Yttrande till Stadsledningskontoret (Diarienr: 1413/18)
Finansdepartementets remiss - Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Förslag till beslut i styrelsen för Förvaltnings AB Framtiden

Styrelsen föreslås besluta

att tillstyrka remissförslagen och översända yttrandet till Stadsledningskontoret

att omedelbart justera beslutet

Sammanfattning

Antalet överprövningsmål inom offentlig upphandling är högre i Sverige än i andra medlemsstater inom EU, inte minst för att den ekonomiska tröskeln för en leverantör att begära domstolsprövning i Sverige är lägre än i många andra länder. Vidare utförs en betydande del av det offentligas verksamhet av privata utförare. Detta förhållande kan 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. Den svenska offentlighetsprincipen ska också lyftas fram, som i upphandlingsärenden sannolikt bidrar till att leverantörer uppmärksammar fler fel och brister i upphandlingar än i andra medlemsstater.

Ärendet

I huvudsak har utredningen lämnat förslag till två nya regler. För att minska antalet överprövningsmål föreslår utredningen ett nytt processkostnadsansvar och en avgift på 7 500 kronor för att ansöka om överprövning. Processkostnadsansvar ger domstolen rätt att bestämma att den part som förlorar ska ersätta den vinnande partens kostnader för rättegången. Kostnadens storlek är i princip desamma som i allmän domstol.

Förvaltning AB Framtidens bedömning

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. I dag vinner upphandlande myndighet åtta av tio mål och förhoppning är att processkostnadsansvaret kommer att renodla processen eftersom alla parter, inklusive rätten, kommer att vilja lägga tid på rätt saker.

Regeringskansliet

Remiss

2018-09-14
Fi2018/02531/OU

Styrelsehandling nr 17 b
Bilaga 1
2018-11-08

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling
Kansliråd
Jonatan Wahlberg
08-405 22 71
070-351 08 49

Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Remissinstanser

Affärsverket svenska kraftnät

Almega

Arbetsförmedlingen

Arbetsgivarverket

Byggherrarna

Degerfors kommun

Domstolsverket

Energiföretagen

Enköpings kommun

Ersta diakoni

Falu kommun

Famna – Riksorganisationen för idéburen vård och omsorg

Forum – idéburna organisationer med social inriktning

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

Gotlands kommun

Gävle kommun

Göteborgs kommun

Haninge kommun

Herrljunga kommun

Härjedalens kommun

Hässleholms kommun

IVA Ingenjörsvetenskapsakademin

Jämtlands läns landsting

Kammarkollegiet

Kammarrätten i Jönköping

Kammarrätten i Stockholm

Kiruna kommun

Kommerskollegium

Konkurrensverket

KRAV

Kungsbacka kommun

Landskrona kommun

Landsorganisationen i Sverige

Lantbrukarnas Riksförbund

Lantmäteriet

Lika Unika – Federationen mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Linköpings kommun

Livsmedelsföretagen

Luftfartsverket

Lunds kommun

Malmö kommun

Migrationsverket

Myndigheten för delaktighet

Myndigheten för digital förvaltning

Myndigheten för samhällsskydd och beredskap

Nacka kommun

Naturvårdsverket

Norrbottens läns landsting

Norrtälje kommun

Osby kommun

Piteå kommun

Post- och telestyrelsen

Regelrådet

Sandvikens kommun

Sjöfartsverket

Skatteverket

SKL Kommentus inköpscentral AB

Skåne läns landsting

Socialstyrelsen

Sollefteå kommun

Statens servicecenter

Statskontoret

Stockholms kommun

Stockholms läns landsting

Stockholms tingsrätt

Stockholms universitet (juridiska fakulteten)

Strängnäs kommun

Strömsunds kommun

Sundsvalls kommun

Svenskt Näringsliv

Sveriges advokatsamfund

Sveriges Akademikers Centralorganisation

Sveriges Byggindustrier

Sveriges Kommuner och Landsting

Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut

Sveriges Offentliga Inköpare

Tillväxtverket

Tjänstemännens Centralorganisation

Torsby kommun

Trafikverket

Transportstyrelsen

Umeå universitet (samhällsvetenskapliga fakulteten)

Upphandlingsmyndigheten

Varbergs kommun

Vinnova

Värmlands läns landsting

Västra Götalands läns landsting

Örebro kommun

Östersunds kommun

Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet **senast den 1 februari 2019**. Svaren bör lämnas i bearbetningsbar form (t.ex. Wordformat) per e-post till fi.remissvar@regeringskansliet.se. Ange diarienummer Fi2018/02531/OU och remissinstansens namn i ämnesraden på e-postmeddelandet.

Remissvaren kommer att publiceras på regeringens webbplats.

I remissen ligger att regeringen vill ha synpunkter på förslagen eller materialet i betänkandet. Om remissen är begränsad till en viss del av

betänkandet, anges detta inom parentes efter remissinstansens namn i remisslistan. En sådan begränsning hindrar givetvis inte att remissinstansen lämnar synpunkter också på övriga delar.

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.

Till remissen fogas ett exemplar av betänkandet. Betänkandet finns också att ladda ner på regeringens webbplats: https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2018/06/sou-201844/.

Råd om hur remissyttranden utformas finns i Statsrådsberedningens promemoria Svara på remiss – hur och varför (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02).

Magnus Bengtson
Expeditions- och rättschef

Kopia till

Norstedts Juridik, kundservice, 106 47 Stockholm

Styrelsehandling nr 17 b
Bilaga 2
2018-11-08

Möjligt, tillåtet och tillgängligt

– förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

Betänkande av Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler

Stockholm 2018

STATENS OFFENTLIGA UTREDNINGAR

SOU 2018:44

SOU och Ds kan köpas från Norstedts Juridiks kundservice.
Beställningsadress: Norstedts Juridik, Kundservice, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: kundservice@nj.se
Webbadress: www.nj.se/offentligapublikationer

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Norstedts Juridik AB
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/remisser

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet
Omslag: Elanders Sverige AB
Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2018

ISBN 978-91-38-24814-0
ISSN 0375-250X

Till statsrådet Ardalan Shekarabi

Regeringen beslutade den 15 juni 2017 att tillkalla en särskild utredare för att göra en översyn av de bestämmelser i LOU och LUF som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden i syfte att utreda hur regelverket kan göras enklare och mer flexibelt. Utredaren gavs även i uppdrag att föreslå regler om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader och om avgifter för att ansöka om överprövning som ett alternativ eller komplement till regler om processkostnadsansvar i överprövningsmål.

Till särskild utredare utsågs advokaten Anna Ulfsdotter Forssell.

Som experter att biträda utredningen förordnades den 29 augusti 2017 rättssakkunnige Maria Andersson Müller, chefsjuristen Anders Asplund, chefsjuristen Pär Cronhult, juristen Amir Daneshpip, juristen Ulrica Dyrke, chefsjuristen Åsa Edman, processrådet Magnus Ehn, enhetschefen Anna Ekberg, rättssakkunnige Victor Hagstedt, juristen Ellen Hausel Heldahl, kammarrättsrådet Birgitta Henriksson, näringspolitiske experten Stefan Holm, rådmannen Tomas Kjellgren, verksamhetsområdeschefen Martin Kruse, bolagsjuristen Patricia Lehman, juristen Rickard Lindmark, kanslirådet Erik Murray, ämnesrådet Emma Regnér, förbundsjuristen Eva Sveman, juristen Oskar Taxén, juristen Sofia Tot, rättssakkunnige Maria Westergren och rättssakkunnige Sara Westerlund.

Emma Regnér entledigades från sitt uppdrag den 1 februari 2018, och från samma dag förordnades departementssekreteraren Lina Schött att vara expert i utredningen.

Som sekreterare i utredningen anställdes från och med den 15 september 2017 kanslirådet Jonatan Wahlberg och från och från och med den 15 december 2017 upphandlingsjuristen Henrik Grönberg.

Utredningen har antagit namnet *Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler*.

Utredningen får härmed överlämna betänkandet *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål* (SOU 2018:44). Uppdraget är därmed slutfört.

Stockholm i juni 2018

Anna Ulfsdotter Forssell

/Jonatan Wahlberg
Henrik Grönberg

Innehåll

Sammanfattning **19**

Förkortningar och definitioner **37**

Författningsförslag **43**

1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling 43

1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna 68

1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 93

1.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 113

1.5 Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet 116

1.6 Förslag till lag om ändring i lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader 118

1.7 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter 120

1.8 Förslag till förordning om ändring i upphandlingsförordningen (2016:1162) 121

2 Utredningens uppdrag och arbete ... 129

2.1 Utredningens uppdrag ... 129
2.1.1 Avgränsning av uppdraget ... 130

2.2 Utredningens arbete ... 130

2.3 Utmaningar ... 132

2.4 Betänkandet disposition ... 133

***Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler* ... 135**

3 Upphandlingsregler i Sverige förr och nu ... 137

3.1 Äldre regler om myndigheters inköp ... 137

3.2 EG-rättens inträde – 1992 års LOU ... 138

3.3 Huvudregeln om affärsmässighet ... 144

3.4 2007 års LOU och LUF ... 147
3.4.1 Höjd direktupphandlingsgräns ... 153

3.5 Kort om lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ... 154

3.6 Regleringen i LUK ger ett betydande handlingsutrymme ... 155

3.7 Den icke direktivstyrda regleringen i LOU och LUF är svåröverskådlig och otymplig ... 156

4 Ett enklare och flexiblare regelverk ... 161

4.1 Utredningens uppdrag avser upphandlingar enligt 19 kap. LOU och LUF ... 161
4.1.1 Proposition (2017/18:158) om ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling av välfärdstjänster ... 162

4.2 Upphandlingarna ska även fortsättningsvis regleras ... 163

4.3 Ett regelverk med ramar och nödvändiga skyddsregler ... 164

4.4 Formen för ett förenklat regelverk ... 168

4.4.1 De icke direktivstyrda reglerna bör inte tas in i en eller flera separata lagar ... 168
4.4.2 Ska LOU och LUF disponeras om i avdelningar? ... 170
4.4.3 Nya kapitel i LOU och LUF ... 171

4.5 Utredningens principiella utgångspunkter och målsättning ... 171

5 Upphandlingsregler i några andra stater ... 175

5.1 Danmark ... 176
5.1.1 Offentlig upphandling av varor och tjänster ... 176
5.1.2 Offentlig upphandling av byggentreprenader ... 178
5.1.3 Upphandling inom försörjningssektorerna ... 178

5.2 Finland ... 178
5.2.1 Offentlig upphandling ... 178
5.2.2 Upphandling inom försörjningssektorerna ... 179

5.3 Norge ... 180
5.3.1 Offentlig upphandling ... 180
5.3.2 Upphandling inom försörjningssektorerna ... 182

5.4 Island ... 182
5.4.1 Offentlig upphandling ... 182
5.4.2 Upphandling inom försörjningssektorerna ... 183

5.5 Estland ... 184
5.5.1 Offentlig upphandling ... 184
5.5.2 Upphandling inom försörjningssektorerna ... 185

5.6 Nederländerna ... 185
5.6.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna ... 185

5.7 Grekland ... 186
5.7.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna ... 186

5.8 Rumänien ... 187
5.8.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna ... 187

5.9 Italien ... 187
5.9.1 Offentlig upphandling ... 187

5.10 Frankrike ... 188
5.10.1 Offentlig upphandling ... 188

5.11 Tyskland ... 189
5.11.1 Upphandling av varor och tjänster ... 189
5.11.2 Upphandling av byggentreprenader ... 190

5.12 Utredningens allmänna slutsatser ... 191

6 Reglering av upphandling utöver upphandlingsreglerna ... 193

6.1 Inledning ... 193
6.1.1 Utgångspunkter och några huvuddrag ... 194
6.1.2 Upphandling utgör inte myndighetsutövning ... 194
6.1.3 Kort om den svenska förvaltningens särdrag ... 195
6.1.4 Kontroll av offentlig verksamhet ... 196

6.2 Grundläggande utgångspunkter för offentlig verksamhet ... 197
6.2.1 Regeringsformens krav på lagstöd, likabehandling och objektivitet ... 197
6.2.2 Förvaltningslagen ... 199
6.2.3 Lagen om offentlig anställning ... 202
6.2.4 Särskilt om JO:s och JK:s tillsyn ... 202

6.3 Regler om insyn och öppenhet ... 203
6.3.1 Offentlighetsprincipen ... 203
6.3.2 Insyn i upphandlingar av sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen ... 207

6.4 Regler om jäv ... 211
6.4.1 Förvaltningslagens regler om jäv ... 211
6.4.2 Kommunallagen ... 213
6.4.3 Annan offentligrättslig reglering av jäv ... 215
6.4.4 Sammanfattning av jävsregleringen ... 216

6.5 Straffrättsligt ansvar i vissa fall ... 217

6.6 Konkurrenslagstiftningen och statsstödsreglerna 219
6.6.1 Samarbeten som begränsar konkurrensen 219
6.6.2 Missbruk av dominerande ställning..... 219
6.6.3 Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (”konfliktlösningsregeln”) 220
6.6.4 Statsstödsreglerna och transparenslagen..... 220

6.7 Skyldigheter som följer av Sveriges internationella åtaganden 222
6.7.1 Europeiska förvaltningsprinciper i svensk förvaltningsrätt 222
6.7.2 Världshandelsorganisationens upphandlingsöverenskommelse (WTO-avtalet) 222
6.7.3 Europarådet..... 223

6.8 Regeringens styrning av sina myndigheter..... 223
6.8.1 Myndighetsförordningen och andra förordningar..... 224
6.8.2 Instruktioner, regleringsbrev och regeringsuppdrag 226
6.8.3 Den nationella upphandlingsstrategin..... 228
6.8.4 Övrig statlig styrning 228

6.9 Bolagsstyrning..... 230

6.10 Sammanfattning och slutsatser 232

7 Ett regelverk som motverkar korruption 233

7.1 Inledning och utredningens utgångspunkter 233
7.1.1 Korruption – ett begrepp med många betydelser 233
7.1.2 Offentlig upphandling är ett riskområde för korruption..... 236

7.2 Regler mot korruption i offentlig upphandling 239
7.2.1 Förenta nationernas konvention mot korruption..... 239
7.2.2 Upphandlingsdirektiven och korruption 240
7.2.3 Institutet Mot Mutors näringslivskod 241

7.3 Vilka regler bör ett upphandlingsregelverk innehålla för att motverka korruption? ... 242
7.3.1 Förfaranderegler som motverkar korruption ... 243
7.3.2 Riktlinjer för direktupphandling ... 248
7.3.3 Uteslutning av leverantörer på grund av korruption ... 249
7.3.4 Utredningens slutsatser avseende nuvarande regelverks utformning ur korruptionssynpunkt ... 254

7.4 Utredningens slutsatser vad gäller korruption i offentlig upphandling ... 254
7.4.1 Regelförenkling kan i sig motverka korruption ... 255
7.4.2 Åtgärder mot korruption stärker förtroendet för den offentliga upphandlingen ... 256

8 Bestämt gränsöverskridande intresse ... 257

8.1 Vad är ett bestämt gränsöverskridande intresse? ... 257

8.2 Vad innebär ett bestämt gränsöverskridande intresse i praktiken? ... 260

8.3 Bör lagstiftningen ta höjd för ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte? ... 268

9 Principer för upphandling ... 275

9.1 De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för annonspliktiga upphandlingar ... 275

9.2 En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling ... 277
9.2.1 När en direktupphandling kan vara av intresse för en leverantör i en annan EU- eller EES-stat ... 281
9.2.2 Ska domstol kunna pröva om ett direktupphandlat avtal har ingåtts i strid med tillämpliga principer? ... 281

10 Upphandlingens utformning 283

10.1 Förfarande för och metoder vid upphandling 283
10.1.1 Möjligt, tillåtet och tillgängligt 283
10.1.2 Val av förfarande vid upphandling 286
10.1.3 Metoder för upphandling 287

10.2 Annonsering 289

10.3 Upphandlingsdokumenten 291

11 Dialog i upphandlingar 295

11.1 EU-domstolens praxis och 2014 års direktiv om rättelser och kompletteringar av anbud samt förhandlingar 295

11.2 Svensk rätt och praxis 300

11.3 De norska bestämmelserna om dialog i upphandlingar 302

11.4 Olika slag av krav och villkor i upphandlingar 303

11.5 Vilket utrymme finns för rättelser och kompletteringar, och vem kan ta initiativet? 305
11.5.1 Vad bör upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer särskilt tänka på? 306
11.5.2 Ett exempel på ett fall med otillåten reservation 307

11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar 308

12 Nödvändiga förfarandebestämmelser 313

12.1 Tillämpningsområdet vid icke direktivstyrd upphandling 313

12.2 Ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme 315
12.2.1 Kommuniceringsformer 315
12.2.2 Tidsfrister 317
12.2.3 Information om beslut 320
12.2.4 Dokumentation av annonspliktiga upphandlingar 323

12.3 Skyddsregler för leverantörer ... 324
12.3.1 Rätten att delta i en upphandling ... 324
12.3.2 Kommuniceringsskyldighet inför beslut om uteslutning ... 326
12.3.3 Kommuniceringsskyldighet vid onormalt låga anbud ... 327

12.4 Förfarandebestämmelser som inte behövs ... 330
12.4.1 Förbud mot uteslutning på grund av företagsform ... 331
12.4.2 Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna ... 331
12.4.3 CPV-nomenklaturen ... 332
12.4.4 Begränsad kontroll ... 333
12.4.5 Öppnande och prövning av anbudsansökningar och anbud ... 334
12.4.6 Tilldelningskriterier ... 335

13 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ... 337

13.1 Vilka är de sociala och andra särskilda tjänsterna, och hur är de reglerade? ... 337
13.1.1 Reglerna i upphandlingsdirektiven ... 337
13.1.2 Svensk reglering ... 339

13.2 Tidigare och samtidiga förslag ... 340
13.2.1 Utredningen för ett stärkt civilsamhälle ... 340
13.2.2 Välfärdsutredningen ... 340
13.2.3 Regeringens förslag i prop. 2017/18:158 ... 340

13.3 Ett enkelt och flexibelt regelverk för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster ... 341
13.3.1 Samma regler för alla sociala tjänster och andra särskilda tjänster ... 341
13.3.2 Annonspliktiga upphandlingar ... 343
13.3.3 En möjlighet att reservera upphandlingen av vissa tjänster ... 346
13.3.4 Direktupphandlingar ... 347

14 Projekttävlingar ... 351

15 Direktupphandling ... 353

15.1 Definitionen av direktupphandling ... 353

15.2 När får direktupphandling användas? ... 354
15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde ... 354
15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp) ... 356
15.2.3 Direktupphandling i andra särskilda situationer ... 360
15.2.4 Direktupphandling av tjänster enligt bilaga 2 ... 362

15.3 Förfarandet vid direktupphandlingar ... 362
15.3.1 Information om beslut vid direktupphandling ... 362
15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar ... 363
15.3.3 Riktlinjer ... 364

15.4 Frivillig förhandsannonsering ... 364

15.5 Förfaranderegler som inte behövs ... 365
15.5.1 Kommuniceringsformer vid direktupphandlingar ... 365
15.5.2 Tidsfrister vid direktupphandlingar ... 365

15.6 Om myndigheten eller enheten väljer att inte direktupphandla ... 366

15.7 Beräkning av en upphandlings värde ... 366
15.7.1 De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling utgår ... 366
15.7.2 Självständiga separata operativa enheter ska få direktupphandla ... 370

16 Rätten att ansöka om överprövning ... 373

17 Konsekvensändringar och andra ändringar i LOU och LUF ... 377

17.1 Konsekvensändringar ... 377

17.2 Förutsättningarna för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt LUF ... 378

18 Följdändringar i andra lagar 381

18.1 Lagen (1976:380) om medbestämmande i arbetslivet 381

18.2 Lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter 386

19 Ändringar av LUFS och LUK 389

19.1 LUFS 389

19.2 LUK 390

***Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål* 391**

20 Erfarenheter och fakta avseende överprövningar 393

20.1 Tidigare överväganden i fråga om rättsmedlen på upphandlingsområdet 394

20.1.1 Överväganden i samband med införandet av nya rättsmedel på upphandlingsområdet 394

20.1.2 Kommissionens utvärdering av införlivandet av rättsmedelsdirektiven 394

20.1.3 Upphandlingsutredningen 396

20.1.4 Överprövningsutredningen ansåg att ansökningsavgifter och processkostnadsansvar inte borde införas 397

20.2 Överprövningar i siffror 398

20.2.1 Överprövade upphandlingar, överprövningsmål och avgöranden i överprövningsmål 398

20.2.2 Antalet överprövningsmål 399

20.2.3 Antalet överprövade upphandlingar 401

20.2.4 Den upphandlande myndigheten vinner i cirka 80 procent av överprövningsmålen 401

20.2.5 Antalet överprövningsmål i Sverige har flera orsaker 402

20.3 Handläggningstider i domstol 402

20.4 Kostnaderna för överprövningsmål 404

21 Processkostnadsansvar i överprövningsmål 407

21.1 Utredningens uppdrag 407

21.2 Om processkostnadsansvar i domstol 408
21.2.1 Tidigare överväganden om processkostnadsansvar i överprövningsmål 408
21.2.2 Reglering och erfarenheter i några andra europeiska stater 410
21.2.3 Regler om processkostnadsansvar och rätt till ersättning i olika måltyper och domstolar..... 415

21.3 Utredningens överväganden om införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål..... 423
21.3.1 Synpunkter från intressenter avseende införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål 423
21.3.2 Utredningens överväganden 425

21.4 Utformningen av utredningens förslag till processkostnadsansvar i överprövningsmål..... 434
21.4.1 Rätten får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts skäliga kostnader i målet 434
21.4.2 Förvaltningsdomstolarnas hantering av processkostnadsansvaret..... 441
21.4.3 Tredje part och processkostnadsansvaret 444
21.4.4 Gemensam upphandling, inköpscentraler och medparter 447

21.5 Processkostnader som ska ersättas 449

21.6 En regel om processkostnadsansvarets fördelning mellan parten och dennes ombud 452

21.7 Skyldighet att ställa säkerhet för utländska leverantörer ... 454

22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål 457

22.1 Utredningens uppdrag 457

22.2 Om ansökningsavgifter i domstol 458
22.2.1 Tidigare överväganden i fråga om ansökningsavgifter i överprövningsmål 458
22.2.2 Regler och erfarenheter i några andra stater 459
22.2.3 Avgifter i svenska domstolar 464

22.3 Utredningens överväganden ifråga om införandet av en ansökningsavgift i överprövningsmål 469
22.3.1 Synpunkter från utredningens intressenter 469
22.3.2 Unionsrättsliga utgångspunkter 470
22.3.3 Utredningens överväganden 473

22.4 Utformningen av utredningens lagförslag 476
22.4.1 Avgiftens konstruktion, förhållandet till avtalsspärren och effekterna av utebliven betalning 476
22.4.2 Överväganden i fråga om avgiftens storlek 483
22.4.3 Utredningens förslag: en fast avgift för överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet 484
22.4.4 Storleken på avgiften 487
22.4.5 Vissa lagtekniska aspekter 489

22.5 Ingen avgift vid överklagande till högre domstolsinstans 491

22.6 Ansökningsavgiften ska utgöra en ersättningsgill processkostnad 491

23 Domstolarnas handläggning av överprövningsmålen 493

23.1 Utredningens uppdrag 493

23.2 Bör det införas ett krav på tidsplan för handläggningen av överprövningsmål? 494

23.3 Domstolens ansvar för materiell processledning 496

Del 3 – Gemensamma överväganden 501

24 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser 503

24.1 Lagändringarna ska träda i kraft den 1 juli 2019 503

25 Konsekvensanalys 505

25.1 Konsekvenser av förslagen om ett enklare och flexiblare regelverk 506
25.1.1 Konsekvenser för staten 506
25.1.2 Konsekvenser för kommuner och landsting 508
25.1.3 Konsekvenser för företagen 510
25.1.4 Samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt 512
25.1.5 Konsekvenser avseende ansvarsutkrävande och demokrati 512
25.1.6 Konsekvenser med avseende på EU-rätt 512
25.1.7 Övriga konsekvenser av förslagen 513

25.2 Konsekvenser av införandet av ansökningsavgifter och processkostnadsansvar 513
25.2.1 Förslagens effekter på antalet inkomna överprövningsmål 513
25.2.2 Konsekvenser för staten 517
25.2.3 Konsekvenser för kommuner och landsting 524
25.2.4 Konsekvenser för företagen 526
25.2.5 Samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt 529
25.2.6 Konsekvenser avseende ansvarsutkrävande och demokrati 530
25.2.7 Konsekvenser med avseende på EU-rätt 530
25.2.8 Övriga konsekvenser av förslagen 530

26 Författningskommentar 531

26.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling 531

26.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling inom försörjningssektorerna 548

26.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 551

26.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 554

26.5 Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:380) om medbestämmande i arbetslivet 555

26.6 Förslaget till lag om ändring i lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader 555

26.7 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter 556

Referenser 557

Särskilt yttrande 569

Särskilt yttrande 571

Särskilt yttrande 573

Bilaga

Bilaga 1 Kommittédirektiv 2017:69 581

Sammanfattning

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 upphandlingsdirektiv 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 lagstiftningen 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 överprövningar 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 upphandlingar 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 förfaranderegler na 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.

Förkortningar och definitioner

EU-direktiv

Kortnamn	Fullständigt namn
2004 års LOU-direktiv	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.
2004 års LUF-direktiv	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
Första rättsmedelsdirektivet	Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i lydelsen enligt 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, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 23 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Andra rättsmedelsdirektivet	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, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 23 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.
Ändringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i lydelsen enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2365 av den 18 december 2017 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.
LUF-direktivet	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, i lydelsen enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2364 av den 18 december 2017 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

LUK-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 23 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i lydelsen enligt kommissionens delegerade förordning (EU) 2017/2366 av den 18 december 2017 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.
LUFS-direktivet	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, i lydelsen enligt kommissionens förordning (EU) 2017/2367 av den 18 december 2017 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.
Rättsmedelsdirektiven	Första och andra rättsmedelsdirektivet, för de direktivens fullständiga namn se ovan.
Ändringsdirektivet	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.

Lagar och förordningar

Kortnamn eller förkortning	Fullständigt namn
1986 års FL	Förvaltningslagen (1986:223)
1991 års KL	Kommunallagen (1991:900)
1992 års LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
2007 års LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
2007 års LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
FL	Förvaltningslagen (2017:900)
KL	Kommunallagen (2017:725)
LOU	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner
OSL	Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
RF	Regeringsformen
TF	Tryckfrihetsförordningen.

Institutioner och företeelser

Kortnamn eller förkortning	Fullständigt namn och ev. beskrivning
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen

Kommissionen	Europeiska kommissionen
TED	Tenders Electronic Daily, webbversionen av tillägget till EU:s officiella tidning där offentliga upphandlingar publiceras.

Definitioner

Definition	Med definitionen avses
Icke direktivstyrda upphandlingsregler	Regler i upphandlingslagarna som inte, eller endast delvis, styrs av EU-direktiven om upphandling, dvs. regler om 1. upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader vars beräknade värde understiger gällande EU-tröskelvärden, och 2. upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, alternativt B-tjänster, oavsett värde.

Författningsförslag

1.1 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 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*

1 kap.

1 §

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. – Blandad upphandling

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärden

6 kap. – Upphandlingsförfaranden

7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling

9 kap. – Tekniska krav

10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

13 kap. – Uteslutning av leverantörer

14 kap. – Kvalificering

15 kap. – Egen försäkran och utredning om leverantörer

16 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

17 kap. – Fullgörande av kontrakt

18 kap. – Projekttävlingar

19 kap. – *Upphandling* under tröskelvärdena och *upphandling* av tjänster enligt bilaga 2	19 kap. – *Annonspliktiga upphandlingar* under tröskel-värdena och *annonspliktiga upphandlingar* av tjänster enligt bilaga 2
	19 a kap. – Direktupphandling

20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

21 kap. – Upphandlingsskadeavgift

22 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

	Bilaga 2 a – Förteckning över tjänster som kan reserveras enligt 19 kap. 20 §
Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer	Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Tröskelvärden	**Tröskelvärden och beräkning av värdet av en upphandling**
	4 §
	Värdet av en upphandling eller projekttävling ska beräknas enligt 5 kap.
Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt	Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt

5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.	5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap. *eller 19 a kap.*
Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.	Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av *antingen* 19 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 19 a kap.*

7 §

I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. I bilaga 3 finns definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

Anbudsinfordran i 10 kap. 1 §

Blandade kontrakt i 2 kap. 1 §

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 19 §

Direktupphandling i *19 kap. 4 §*	Direktupphandling i *19 a kap. 1 §*

Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §

Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §

Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §

Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §

Förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i 6 kap. 30 och 31 §§

Förhandlat förfarande med föregående annonsering i 6 kap. 4–6 §§

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 12–19 §§

Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§
Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 20 och 21 §§
Leverantör av medietjänster i 3 kap. 20 §

Metoder för upphandling i 19 kap. 3 §

Märkning i 9 kap. 12 §
Selektivt förfarande i 6 kap. 3 §
Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §
Öppet förfarande i 6 kap. 2 §.

8 §

Med anbudssökande avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i

1. ett selektivt förfarande,

2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,

3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

4. en konkurrenspräglad dialog,

5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller

6. *ett urvalsförfarande.*

Med anbudssökande avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i *ett förfarande som genomförs i mer än ett steg.*

11 a §

Med CPV-kod avses ett referensnummer som hänvisar till den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

2 kap.

8 §

Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.	2. bestämmelserna i 19 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 19 a kap.* i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

5 kap.

7 a §

En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap.

8 §

Om en planerad byggentreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §.

Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet. Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller
2. 1 000 000 euro när det gäller byggentreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.	För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 19 a kap.*

10 kap.

2 §

En upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet får använda en förhandsannons som anbudsinfordran när upphandling ska genomföras med selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En myndighet som ska upphandla tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 får också använda en förhandsannons som anbudsinfordran.	

4 §

En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. En myndighet som tilldelat kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska skicka en efterannons senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt.

Trots första stycket får myndigheten vid tilldelning av kon-	Trots första stycket får myndigheten vid tilldelning av kon-

trakt 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 senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

trakt enligt ett dynamiskt inköpssystem samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

19 kap. Annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2

Tillämpningsområde

1 § Detta kapitel ska tillämpas vid upphandling eller projekttävling vars värde, beräknat enligt 5 kap.

1. uppgår till minst 600 000 kronor men understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, eller

2. uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, när upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. får den upphandlande myndigheten i stället genomföra upphandlingen med tillämpning av det kapitlet.

Vid upphandlingar enligt detta kapitel tillämpas även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (likabehandlingsprincipen och icke diskrimineringsprincipen) samt med iakttagande av principerna om öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande (transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande).

Förfarande vid och metoder för upphandling

3 § En upphandlande myndighet är fri att utforma förfarandet vid upphandlingen. Myndigheten är även fri att använda olika metoder för upphandling.

Med metoder för upphandling avses olika tekniker och instrument för upphandling, såsom ramavtal och dynamiska inköpssystem.

Anbud i grupp och tillgång till andra företags kapacitet

4 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss form när den har blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

5 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa ett annat företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från det andra företaget eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Annonsering

6 § En upphandlande myndighet ska genom en annons informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

Upphandlingsdokumenten

7 § En upphandlande myndighet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller den senare dag som anges i annonsen.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och att lämna konkurrenskraftiga anbud.

Tidsfrister

8 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Kommuniceringsformer under en upphandling

9 § Förfarandet är skriftligt. Muntlig kommunikation får dock användas som ett komplement i en upphandling när den upphandlande myndigheten bedömer det som lämpligt, om myndigheten dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen.

Kompletterande information om upphandlingsdokumenten

10 § Om en leverantör begär kompletterande upplysningar om innebörden av upphandlingsdokumenten, ska den upphandlande myndigheten lämna sådan information senast sex dagar före sista anbudsdag, förutsatt att leverantören har begärt upplysningarna i rimlig tid.

Samma frist gäller, om den upphandlande myndigheten på eget initiativ vill lämna kompletterande upplysningar.

Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingen.

Förlängning av anbudstiden

11 § En upphandlande myndighet ska förlänga fristen för att komma in med anbud så att alla leverantörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom den tidsfrist som anges 10 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Dialog i en upphandling

12 § En upphandlande myndighet får ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med en dialog avses ett skriftligt eller, i förekommande fall, muntligt informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

En dialog får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in.

En dialog får också omfatta förhandling om

1. alla aspekter av upphandlingsdokumenten, förutom minimikrav och tilldelningskriterier,

2. alla aspekter av anbud eller andra handlingar ingivna av leverantören.

Skyddsregler för leverantörer

Beslut om uteslutning på grund av bristande lämplighet

13 § Om en upphandlande myndighet överväger att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare på grund av bristande lämplighet, ska den innan beslut fattas ge anbudssökanden eller anbudsgivaren tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning.

Beslut om att förkasta ett onormalt lågt anbud

14 § Om en upphandlande myndighet överväger att förkasta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt, ska den innan beslut fattas ge anbudsgivaren möjlighet att inom en bestämd tid förklara det låga anbudet. Ett anbud får endast förkastas om myndigheten inte har fått ett tillfredsställande svar.

Information om beslut

15 § När en upphandlande myndighet har fattat beslut om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal, ska den skriftligen under-

rätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period inom vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Om myndigheten använder sig av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, ska anbudsgivarna skriftligen underrättas om ett beslut om tilldelning av kontrakt när beslutet har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet. Om myndigheten väljer att iaktta en avtalsspärr enligt 20 kap. 1 § ska underrättelsen innehålla uppgift om det och om avtalsspärrens längd.

Underrättelsen innebär inte att ett anbud förfaller.

16 § En upphandlande myndighet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats, samt de relativa fördelarna med det valda anbudet.

Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

17 § En upphandlande myndighet som beslutar att avbryta en upphandling eller att göra om upphandlingen ska skriftligen informera anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Dokumentation

18 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

19 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats eller ett ramavtal har ingåtts ska den upphandlande myndigheten på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana

dokument som avses i 18 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet eller ramavtalet ingicks.

Myndigheten ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under dess löptid.

Särskilda bestämmelser för upphandling av tjänster enligt bilaga 2

Reserverad upphandling för tjänster enligt bilaga 2 a

20 § Vid upphandling av en hälso- och sjukvårdstjänst eller någon annan tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 a får en upphandlande myndighet reservera deltagandet för sådana organisationer som

1. har som syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till att tillhandahålla sådana tjänster,
2. återinvesterar eventuell vinst för att uppnå syftet enligt 1, och
3. har en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

Löptiden för ett kontrakt som tilldelas med stöd av första stycket får inte överstiga tre år.

Om en upphandlande myndighet med tillämpning av första stycket har tilldelat en organisation ett kontrakt för en viss tjänst under de senaste tre åren, får myndigheten inte med stöd av samma stycke tilldela den organisationen ytterligare ett kontrakt för den berörda tjänsten.

Annonsering

21 § Vid upphandling av en sådan tjänst som anges i bilaga 2 ska en upphandlande myndighet, i stället för vad som anges i 6 §, informera genom en anbudsinfordran om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller en förhandannons.

22 § När en upphandlande myndighet har ingått ett kontrakt eller ett ramavtal avseende en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska den genom en annons informera om upphandlingsresultatet (efterannons). Detta gäller dock inte för kontrakt som ingås med stöd av ett ramavtal. Myndigheten får samla efterannonserna kvartalsvis och skicka dem senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Dokumentation

23 § Vid upphandling av en sådan tjänst som anges i bilaga 2 ska en upphandlande myndighet, i stället för vad som sägs i 18 § om dokumentation, dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 och 16 § om individuella rapporter.

Tillgång till kontrakt

24 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller andra och tredje stycket.

En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 19 § 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 §§.

Projekttävlingar

25 § Bestämmelserna i 18 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar enligt detta kapitel.

En projekttävling ska annonseras enligt 6 §.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

Bemyndiganden

26 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser samt innehållet i upphandlingsdokument enligt detta kapitel.

19 a kap. Direktupphandling

Tillämpningsområde

1 § I detta kapitel finns bestämmelser om direktupphandling. Med direktupphandling avses upphandling utan obligatorisk annonsering. Vid upphandlingar enligt detta kapitel tillämpas även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Direktupphandling får användas om värdet av upphandlingen, beräknat enligt 5 kap., understiger 600 000 kronor eller, när upphandlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.

Direktupphandling får också användas i de fall som anges i 4–6 §§.

2 § Om en upphandlande myndighet väljer att inte direktupphandla enligt detta kapitel, trots att det är tillåtet, ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av 19 kap.

Principer för direktupphandling

3 § En upphandlande myndighet ska använda direktupphandling så att de konkurrensmöjligheter som finns utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde.

Den upphandlande myndigheten ska genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Om upphandlingen kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat, ska upphandlingen, i stället för vad som anges i första och andra stycket, genomföras i enlighet med de principer som anges i 19 kap. 2 §.

Direktupphandling i särskilda situationer

Direktupphandling efter en misslyckad upphandling enligt 19 kap.

4 § Direktupphandling får användas om det vid en upphandling enligt 19 kap.

1. inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt,

2. endast inkommer anbud som är ogiltiga eller inte acceptabla, under förutsättning att den upphandlande myndigheten i förfarandet endast tar med de anbudsgivare som

a. inte ska uteslutas på grund av bristande lämplighet,

b. uppfyller eventuella krav på kapacitet eller regler för urval av anbudssökande, och

c. har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven i det föregående förfarandet.

Direktupphandling i brådskande fall och vissa andra fall

5 § Direktupphandling får användas när värdet av upphandlingen, beräknat enligt 5 kap., inte överstiger tröskelvärdet enligt 5 kap. 1 § och

1. förhållandena motsvarar de som enligt 6 kap. 14 § eller 6 kap. 17–19 §§ gör det tillåtet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

2. det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. och anskaffningen är absolut nödvändig, eller

3. det finns synnerliga skäl.

Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

6 § Direktupphandling får användas för en anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att

1. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av en upphandling, och

a) en förlängd avtalsspärr gäller enligt 20 kap. 8 §, eller

b) rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås innan något annat har bestämts enligt 20 kap. 9 §,

2. allmän förvaltningsdomstol har beslutat om ingripande enligt 20 kap. 6 §, eller

3. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet, och rätten har beslutat enligt 20 kap. 16 § att avtalet inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Ett kontrakt som ingås med stöd av första stycket får inte ha längre löptid än nödvändigt. Det får inte heller vara mer omfattande än nödvändigt.

Direktupphandling enligt denna paragraf får bara användas om värdet av upphandlingen inte överstiger det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 §.

Frivillig förhandsannonsering

7 § En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons.

I 20 kap. 3 § finns en bestämmelse om avtalsspärr i dessa fall.

Regeringen får meddela närmare föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Information om beslut

8 § Om en upphandlande myndighet har begärt in anbud från fler än en anbudsgivare ska den snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna när beslut om leverantör och anbud har fattats.

Underrättelsen utlöser inte någon avtalsspärr enligt 20 kap. 1 §.

Dokumentation

9 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Riktlinjer för direktupphandling

10 § En upphandlande myndighet ska besluta riktlinjer för direktupphandling.

Nuvarande lydelse *Föreslagen lydelse*

20 kap.

1 §

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. *29* § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. *15* § *första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

2 §

Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 12–19 §§,

2. vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§,

3. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, *eller*

2. vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§, *eller*

3. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, *som har inrättats enligt 8 kap*.

4. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

3 §

Vid annonsering enligt 10 kap. 5 § eller *19 kap. 13 §* får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Vid annonsering enligt 10 kap. 5 § eller *19 a kap. 7 §* får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

6 §

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon *av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 den upphandlande myndigheten har brutit mot någon 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.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

10 §

När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten 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 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.

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § *eller 19 kap. 9 §* när det inte har varit tillåtet att använda *direktupphandling enligt 19 kap.*,

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 § *eller* 18 kap. 2 § när det inte har varit tillåtet att använda *förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§*,

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. 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.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

13 a §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 19 kap. 6 eller 21 §, när direktupphandling enligt 19 a kap. inte har fått användas,

2. efter en direktupphandling i samband med överprövning, i strid med förutsättningarna i 19 a kap. 6 §, eller

3. efter att myndigheten har tilldelat kontrakt enligt 19 kap. med användning av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, om

a. kontraktstilldelningen har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens, och

b. föreskrivna villkor för metoden inte har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

13 b §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om det har slutits

1. i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 §, eller

2. före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 15 § första stycket.

För ogiltighet i dessa fall krävs dessutom att någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 §

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet i 13 § är uppfyllda.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet i 13–*13 b §§* är uppfyllda.

15 §

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 *§* ska inte tillämpas

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 *och 13 a §§* ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 §, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §,

2. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, *eller*

2. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet enligt ett dynamiskt inköpssystem *som har inrättats enligt 8 kap.*, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §,

3. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet enligt 19 kap efter användning av en

metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, om myndigheten har

a. skickat ut en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 19 kap. 15 § andra stycket, och

b. iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

3. om en upphandlande myndighet genom annons enligt 10 kap. 5 § eller *19 kap. 13 §* har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

4. om en upphandlande myndighet genom annons enligt 10 kap. 5 § eller *19 a kap. 7 §* har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

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.

21 kap.

1 §

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. *9 §*.	3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. *6 eller 21 §*.

4 §

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. *eller 19 kap. 8 §*.	Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap.

---

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.

Föreslagen lydelse

Bilaga 2 a

Förteckning över tjänster som kan reserveras enligt 19 kap. 20 §

Beskrivning	CPV-kod
Utbildningsadministration	75121000-0
Hälsovårdsförvaltning	75122000-7
Fastighetsförvaltning	75123000-4
Tillhandahållande av hemtjänstpersonal	79622000-0
Förmedling av vårdpersonal	79624000-4
Förmedling av läkare	79625000-1
Förskoleundervisning	80110000-8
Högre utbildning	80300000-7
E-lärande	80420000-4
Vuxenundervisning på universitetsnivå	80430000-7
Personalutbildning	80511000-9
Utbildningslokaler/system	80520000-5
Handledning	80590000-6
Hälso- och sjukvård	85000000-9 till 85323000-9
Biblioteks-, arkiverings-, musei- och övriga kulturtjänster	92500000-6
Sporttjänster	92600000-7
Tjänster tillhandahållna av sociala medlemsorganisationer	98133000-4
Tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer	98133110-8

1.2 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., 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*

1 kap.

1 §

Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. – Verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärden

6 kap. – Upphandlingsförfaranden

7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling

9 kap. – Tekniska krav

10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

13 kap. – Uteslutning av leverantörer

14 kap. – Kvalificering

15 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

16 kap. – Fullgörande av kontrakt

17 kap. – Projekttävlingar

18 kap. – Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland

19 kap. – *Upphandling* under tröskelvärdena och *upphandling* av tjänster enligt bilaga 2	19 kap. – *Annonspliktiga upphandlingar* under tröskel–värdena och *annonspliktiga upphandlingar* av tjänster enligt bilaga 2
	19 a kap. – Direktupphandling

20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

21 kap. – Upphandlingsskadeavgift

22 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

	Bilaga 2 a – Förteckning över tjänster som kan reserveras enligt 19 kap. 20 §
Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer	Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Tröskelvärden	**Tröskelvärden och beräkning av värdet av en upphandling**
	4 §
	Värdet av en upphandling eller projekttävling ska beräknas enligt 5 kap.
Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.	Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap. *eller 19 a kap.*

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.	Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av *antingen* 19 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 19 a kap.*

6 §

I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. I bilaga 3 finns definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

Anbudsinfordran i 10 kap. 1 §

Anknutet företag i 3 kap. 19 §

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 17 §	*Blandade kontrakt i 2 kap. 9 §*
Blandade kontrakt i 2 kap. 9 §	*CPV-nomenklaturen i 4 kap. 17 §*

Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 11 §

Direktupphandling i *19 kap. 4 §*	Direktupphandling i *19 a kap. 1 §*

Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §

Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §

Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §

Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §

Förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i 6 kap. 23 och 24 §§

Förhandlat förfarande med föregående annonsering i 6 kap. 4 §

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 5–12 §§

Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§

Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 13 och 14 §§

Leverantör av medietjänster i 3 kap. 26 §

	Metoder för upphandling i 19 kap. 3 §
Märkning i 9 kap. 13 § Posttjänst i 2 kap. 6 § Selektivt förfarande i 6 kap. 3 § *Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §* Öppet förfarande i 6 kap. 2 §.	

7 §

Med anbudssökande avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i *1. ett selektivt förfarande,* *2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,* *3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,* *4. en konkurrenspräglad dialog,* *5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller* 6. *ett urvalsförfarande.*	Med anbudssökande avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i *ett förfarande som genomförs i mer än ett steg.*

9 a §

	Med CPV-kod avses ett referensnummer som hänvisar till den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

2 kap.

15 §

Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.	2. bestämmelserna i 19 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 19 a kap.* i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

5 kap.

6 a §

En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap.

7 §

Om en planerad byggentreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §.

Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet. Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller
2. 1 000 000 euro när det gäller byggentreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.	För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 19 a kap.*

6 kap.

5 §

En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett *öppet eller selektivt förfarande* inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.	En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett *förfarande med föregående annonsering* inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

10 kap.

2 §

En upphandlande enhet får använda en förhandsannons som anbudsinfordran när upphandling ska genomföras med selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En enhet som ska upphandla tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 får också använda en förhandsannons som anbudsinfordran.	

5 §

En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. En myndighet som tilldelat kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska skicka en efterannons senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt.

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 senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Trots första stycket får enheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

19 kap. Annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2

Tillämpningsområde

1 § Detta kapitel ska tillämpas vid upphandling eller projekttävling vars värde, beräknat enligt 5 kap.

1. uppgår till minst 1 100 000 kronor men understiger det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 §, eller

2. uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, när upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2.

Om direktupphandling får användas enligt 19 a kap. får den upphandlande myndigheten i stället genomföra upphandlingen med tillämpning av det kapitlet.

Vid upphandlingar enligt detta kapitel tillämpas även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel ska en upphandlande enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (likabehandlingsprincipen och icke diskrimineringsprincipen) samt med iakttagande av principerna om öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande (transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande).

Förfarande vid och metoder för upphandling

3 § En upphandlande enhet är fri att utforma förfarandet vid upphandlingen. Enheten är även fri att använda olika metoder för upphandling.

Med metoder för upphandling avses olika tekniker och instrument för upphandling, såsom ramavtal och dynamiska inköpssystem.

Anbud i grupp och tillgång till andra företags kapacitet

4 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss form när den har blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

5 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa ett annat företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från det andra företaget eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Annonsering

6 § En upphandlande enhet ska genom en annons informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

Upphandlingsdokumenten

7 § En upphandlande enhet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller den senare dag som anges i annonsen.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och att lämna konkurrenskraftiga anbud.

Tidsfrister

8 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Kommuniceringsformer under en upphandling

9 § Förfarandet är skriftligt. Muntlig kommunikation får dock användas som ett komplement i en upphandling när den upphandlande enheten bedömer det som lämpligt, om enheten dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen.

Kompletterande information om upphandlingsdokumenten

10 § Om en leverantör begär kompletterande upplysningar om innebörden av upphandlingsdokumenten, ska den upphandlande enheten lämna sådan information senast sex dagar före sista anbudsdag, förutsatt att leverantören har begärt upplysningarna i rimlig tid.

Samma frist gäller, om den upphandlande enheten på eget initiativ vill lämna kompletterande upplysningar.

Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingen.

Förlängning av anbudstiden

11 § En upphandlande enhet ska förlänga fristen för att komma in med anbud så att alla leverantörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom den tidsfrist som anges 10 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Dialog i en upphandling

12 § En upphandlande enhet får ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med en dialog avses ett skriftligt eller, i förekommande fall, muntligt informationsutbyte mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

En dialog får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in.

En dialog får också omfatta förhandling om

1. alla aspekter av upphandlingsdokumenten, förutom minimikrav och tilldelningskriterier,
2. alla aspekter av anbud eller andra handlingar ingivna av leverantören.

Skyddsregler för leverantörer

Beslut om uteslutning på grund av bristande lämplighet

13 § Om en upphandlande enhet överväger att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare på grund av bristande lämplighet, ska den innan beslut fattas ge anbudssökanden eller anbudsgivaren tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning.

Beslut om att förkasta ett onormalt lågt anbud

14 § Om en upphandlande enhet överväger att förkasta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt, ska den innan beslut fattas ge anbudsgivaren möjlighet att inom en bestämd tid förklara det låga anbudet. Ett anbud får endast förkastas om enheten inte har fått ett tillfredsställande svar.

Information om beslut

15 § När en upphandlande enhet har fattat beslut om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal, ska den skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period inom vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Om enheten använder sig av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, ska anbudsgivarna skriftligen underrättas om ett beslut om tilldelning av kontrakt när beslutet har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet. Om myndigheten väljer att iaktta en avtalsspärr enligt 20 kap. 1 § ska underrättelsen innehålla uppgift om det och om avtalsspärrens längd.

Underrättelsen innebär inte att ett anbud förfaller.

16 § En upphandlande enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats, samt de relativa fördelarna med det valda anbudet.

Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

17 § En upphandlande enhet som beslutar att avbryta en upphandling eller att göra om upphandlingen ska skriftligen informera anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Dokumentation

18 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

19 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats eller ett ramavtal har ingåtts ska den upphandlande enheten på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 18 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet eller ramavtalet ingicks.

Enheten ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under dess löptid.

Särskilda bestämmelser för upphandling av tjänster enligt bilaga 2

Reserverad upphandling för tjänster enligt bilaga 2 a

20 § Vid upphandling av en hälso- och sjukvårdstjänst eller någon annan tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 a får en upphandlande enhet reservera deltagandet för sådana organisationer som

1. har som syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till att tillhandahålla sådana tjänster,
2. återinvesterar eventuell vinst för att uppnå syftet enligt 1, och
3. har en lednings- och ägarstruktur som grundar sig på personalens ägande eller deltagande eller som kräver aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

Löptiden för ett kontrakt som tilldelas med stöd av första stycket får inte överstiga tre år.

Om en upphandlande enhet med tillämpning av första stycket har tilldelat en organisation ett kontrakt för en viss tjänst under de senaste tre åren, får enheten inte med stöd av samma stycke tilldela den organisationen ytterligare ett kontrakt för den berörda tjänsten.

Annonsering

21 § Vid upphandling av en sådan tjänst som anges i bilaga 2 ska en upphandlande enhet, i stället för vad som anges i 6 §, informera genom en anbudsinfordran om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller

ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller en förhandannons.

22 § När en upphandlande enhet har ingått ett avtal eller ett ramavtal avseende en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska den genom en annons informera om upphandlingsresultatet (efterannons). Detta gäller dock inte för kontrakt som ingås med stöd av ett ramavtal. Enheten får samla efterannonserna kvartalsvis och skicka dem senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Dokumentation

23 § Vid upphandling av en sådan tjänst som anges i bilaga 2 ska en upphandlande enhet, i stället för vad som sägs i 18 § om dokumentation, dokumentera upphandlingen med tillämpning av 12 kap. 15 § om bevarande av information.

Tillgång till kontrakt

24 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller andra och tredje stycket.

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 en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 19 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 19–23 §§.

Projekttävlingar

25 § Bestämmelserna i 17 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar enligt detta kapitel.

En projekttävling ska annonseras enligt 6 §.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

Bemyndiganden

26 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser samt innehållet i upphandlingsdokument enligt detta kapitel.

19 a kap. Direktupphandling

Tillämpningsområde

1 § I detta kapitel finns bestämmelser om direktupphandling. Med direktupphandling avses upphandling utan obligatorisk annonsering. Vid upphandlingar enligt detta kapitel tillämpas även 1–3 kap., 5 kap. och 20–22 kap.

Direktupphandling får användas om värdet av upphandlingen, beräknat enligt 5 kap., understiger 1 100 000 kr eller, när upphandlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.

Direktupphandling får också användas i de fall som anges i 4–6 §§.

2 § Om en upphandlande enhet väljer att inte direktupphandla enligt detta kapitel, trots att det är tillåtet, ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av 19 kap.

Principer för direktupphandling

3 § En upphandlande enhet ska använda direktupphandling så att de konkurrensmöjligheter som finns utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde.

Den upphandlande enheten ska genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Om upphandlingen kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat, ska upphandlingen, i stället för vad som anges i första och andra stycket, genomföras i enlighet med de principer som anges i 19 kap. 2 §.

Direktupphandling i särskilda situationer

Direktupphandling efter en misslyckad upphandling enligt 19 kap.

4 § Direktupphandling får användas om det vid en upphandling enligt 19 kap.

1. inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt,

2. endast inkommer anbud som är ogiltiga eller inte acceptabla, under förutsättning att den upphandlande enheten i förfarandet endast tar med de anbudsgivare som

a. inte ska uteslutas på grund av bristande lämplighet,

b. uppfyller eventuella krav på kapacitet eller regler för urval av anbudssökande, och

c. har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven i det föregående förfarandet.

Direktupphandling i brådskande fall och vissa andra fall

5 § Direktupphandling får användas när värdet av upphandlingen, beräknat enligt 5 kap., inte överstiger tröskelvärdet enligt 5 kap. 1 § och

1. förhållandena motsvarar de som enligt 6 kap. 7 § eller 6 kap. 10–12 §§ gör det tillåtet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

2. det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande enheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. och anskaffningen är absolut nödvändig, eller

3. det finns synnerliga skäl.

Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

6 § Direktupphandling får användas för en anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att

1. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av en upphandling, och

a) en förlängd avtalsspärr gäller enligt 20 kap. 8 §, eller

b) rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås innan något annat har bestämts enligt 20 kap. 9 §,

2. allmän förvaltningsdomstol har beslutat om ingripande enligt 20 kap. 6 §, eller

3. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet, och rätten har beslutat enligt 20 kap. 16 § att avtalet inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Ett kontrakt som ingås med stöd av första stycket får inte ha längre löptid än nödvändigt. Det får inte heller vara mer omfattande än nödvändigt.

Direktupphandling enligt denna paragraf får bara användas om värdet av upphandlingen inte överstiger det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 §.

Frivillig förhandsannonsering

7 § En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en allmänt tillgänglig databas.

I 20 kap. 3 § finns en bestämmelse om avtalsspärr i dessa fall.

Regeringen får meddela närmare föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Information om beslut

8 § Om en upphandlande enhet har begärt in anbud från fler än en anbudsgivare ska den snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna när beslut om leverantör och anbud har fattats.

Underrättelsen utlöser inte någon avtalsspärr enligt 20 kap. 1 §.

Dokumentation

9 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Riktlinjer för direktupphandling

10 § En upphandlande enhet ska besluta riktlinjer för direktupphandling.

Nuvarande lydelse *Föreslagen lydelse*

20 kap.

1 §

Om en upphandlande enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. *29* § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om en upphandlande enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. *15 § första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

2 §

Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 5–12,

2. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller

3. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 5–12, *eller*

2. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, som har inrättats enligt 8 kap.

3 §

Vid annonsering enligt 10 kap. 6 § eller *19 kap. 13 §* får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.	Vid annonsering enligt 10 kap. 6 § eller *19 a kap. 7 §* får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

6 §

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon *av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 den upphandlande enheten har brutit mot någon 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.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

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.

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § *eller 19 kap. 8 §* när det inte har varit tillåtet att använda *direktupphandling enligt 19 kap.*,

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 § *eller* 17 kap. 2 § när det inte har varit tillåtet att använda *förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5–12 §§*,

2. 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.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

13 a §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 19 kap. 6 eller 21 §, när direktupphandling enligt 19 a kap. inte har fått användas,

2. efter en direktupphandling i samband med överprövning, i strid med förutsättningarna i 19 a kap. 6 §, eller

3. efter att enheten har tilldelat kontrakt enligt 19 kap. med användning av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, om

a. kontraktstilldelningen har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens, och

b. föreskrivna villkor för metoden inte har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

13 b §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om det har slutits

1. i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 §, eller

2. före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 15 § första stycket.

För ogiltighet i dessa fall krävs dessutom att någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 §

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet i 13 § är uppfyllda.	Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet i 13–*13 b §§* är uppfyllda.

15 §

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 *§* ska inte tillämpas	Bestämmelserna om ogiltighet i 13 *och 13 a §§* ska inte tillämpas
1. på avtal som har slutits av en upphandlande enhet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, *eller*	1. på avtal som har slutits av en upphandlande enhet enligt ett dynamiskt inköpssystem *som har inrättats enligt 8 kap.*, om den upphandlande enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §,
	2. på avtal som har slutits av en upphandlande enhet enligt 19 kap. efter användning av en metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, om enheten har
	a. skickat ut en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 19 kap 15 § andra stycket, och
	b. iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller
2. om en upphandlande enhet genom annons enligt 10 kap. 6 § eller *19 kap. 13 §* har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.	*3.* om en upphandlande enhet genom annons enligt 10 kap. 6 § eller *19 a kap. 7 §* har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

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.

21 kap.

1 §

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. *9 §*.	3. enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. *6 eller 21 §*.

4 §

Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. *eller 19 kap. 8 §.*	Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap.

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.

Föreslagen lydelse

Bilaga 2 a

Förteckning över tjänster som kan reserveras enligt 19 kap. 20 §

Beskrivning	**CPV-kod**
Utbildningsadministration	75121000-0
Hälsovårdsförvaltning	75122000-7
Fastighetsförvaltning	75123000-4
Tillhandahållande av hemtjänstpersonal	79622000-0
Förmedling av vårdpersonal	79624000-4
Förmedling av läkare	79625000-1
Förskoleundervisning	80110000-8
Högre utbildning	80300000-7
E-lärande	80420000-4
Vuxenundervisning på universitetsnivå	80430000-7
Personalutbildning	80511000-9
Utbildningslokaler/system	80520000-5
Handledning	80590000-6
Hälso- och sjukvård	85000000-9 till 85323000-9
Biblioteks-, arkiverings-, musei- och övriga kulturtjänster	92500000-6
Sporttjänster	92600000-7
Tjänster tillhandahållna av sociala medlemsorganisationer	98133000-4
Tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer	98133110-8

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

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

dels att 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*

1 kap.

1 §

I denna lag finns föreskrifter om

– lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),

– definitioner (2 kap.),

– tröskelvärden (3 kap.),

– upphandlingsförfaranden (4 kap.),

– ramavtal (5 kap.),

– elektronisk auktion (6 kap.),

– tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m. (7 kap.),

– annonsering av upphandling (8 kap.),

– tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m. (9 kap.),

– kommunikation, information och dokumentation (10 kap.),

– uteslutning av leverantörer (11 kap.),

– kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (12 kap.),

– tilldelning av kontrakt (13 kap.),

– underentreprenad (14 kap.),

– *upphandling som inte omfattas av direktivet* (15 kap.),	– *annonspliktig upphandling under tröskelvärdena och annonspliktig upphandling av tjänster enligt bilaga 3*
	– *direktupphandling (15 a kap.)*

– avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.),
– upphandlingsskadeavgift (17 kap.), och
– tillsyn (18 kap.).

Till lagen hör följande bilagor:
– Förteckning över byggentreprenadkontrakt (bilaga 1)
– Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) (bilaga 2)
– Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) (bilaga 3)
– Definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 4)

2 §

Denna lag gäller, med de undantag som anges i 7–10 §§, för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

1. militär utrustning, inklusive alla tillhörande delar, komponenter och delar av komponenter,

2. utrustning av känslig karaktär, inklusive alla tillhörande delar, komponenter och delar av komponenter,

3. byggentreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den utrustning som avses i 1 och 2, under hela dess livslängd, eller

4. byggentreprenader och tjänster särskilt avsedda för militära syften eller byggentreprenader och tjänster av känslig karaktär.

Vad som avses med upphandling, militär utrustning och utrustning av känslig karaktär anges i 2 kap. 28, 18 respektive 29 §.

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om upphandling som	Endast 15 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 15 a kap* tillämpas i fråga om upphandling som
1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), eller	1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), eller
2. avser andra kontrakt, vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.	2. avser andra kontrakt, vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster ska anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna

överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt samt A-tjänster och B-tjänster. För upphandling som avses i 9 § får undantag göras från denna lag endast med stöd av bestämmelserna i den paragrafen.

2 kap.

1 §

Med anbudssökande avses den som ansöker om att få delta i ett *selektivt eller förhandlat förfarande, i en konkurrenspräglad dialog eller i ett urvalsförfarande enligt 15 kap.*	Med anbudssökande avses den som ansöker om att få delta i ett *förfarande som genomförs i mer än ett steg.*

3 kap.

4 a §

En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i 15 kap.

6 §

Om en planerad byggentreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas samtidigt i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas vid tillämpningen av 1 §. Om tröskelvärdet då överskrids, ska varje enskild upphandling av delkontrakt göras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag.

Första stycket andra meningen behöver inte tillämpas för ett delkontrakt vars värde understiger 80 000 euro när det gäller tjänster eller varor och 1 000 000 euro när det gäller byggentreprenader.

Andra stycket gäller bara om det sammanlagda värdet av sådana delkontrakt inte överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

Vid upphandling av sådana delkontrakt som undantas med stöd av denna paragraf ska 15 kap. tillämpas.	Vid upphandling av sådana delkontrakt som undantas med stöd av denna paragraf ska 15 kap. *eller, när direktupphandling får användas, 15 a kap.* tillämpas.

15 kap. Annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 3

Tillämpningsområde

1 § Detta kapitel ska tillämpas vid upphandling vars värde, beräknat enligt 3 kap.

1. uppgår till minst 1 100 000 kronor men understiger det tröskelvärde som gäller enligt 3 kap. 1 §, eller

2. uppgår till minst 1 100 000 kronor, när upphandlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 3 (B-tjänst).

Om direktupphandling får användas enligt 15 a kap. får den upphandlande myndigheten eller enheten i stället genomföra upphandlingen med tillämpning av det kapitlet.

Vid upphandlingar enligt detta kapitel tillämpas även 1–3 kap. och 16–18 kap.

Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel ska en upphandlande myndighet eller enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (likabehandlingsprincipen och icke diskrimineringsprincipen) samt med iakttagande av principerna om öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande (transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande).

Förfarande vid och metoder för upphandling

3 § En upphandlande myndighet eller enhet är fri att utforma förfarandet vid upphandlingen. Myndigheten eller enheten är även fri att använda olika metoder för upphandling.

Med metoder för upphandling avses olika tekniker och instrument för upphandling, såsom ramavtal.

Anbud i grupp och tillgång till andra företags kapacitet

4 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet eller enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss form när den har blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

5 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa ett annat företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från det andra företaget eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Annonsering

6 § En upphandlande myndighet eller enhet ska genom en annons informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

Upphandlingsdokumenten

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller den senare dag som anges i annonsen.

Myndigheten eller enheten ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och att lämna konkurrenskraftiga anbud.

Med upphandlingsdokument avses varje dokument som en upphandlande myndighet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

Tidsfrister

8 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Kommuniceringsformer under en upphandling

9 § Förfarandet är skriftligt. Muntlig kommunikation får dock användas som ett komplement i en upphandling när den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt, om myndigheten eller enheten dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen.

Kompletterande information om upphandlingsdokumenten

10 § Om en leverantör begär kompletterande upplysningar om innebörden av upphandlingsdokumenten, ska den upphandlande myndigheten eller enheten lämna sådan information senast sex dagar före sista anbudsdag, förutsatt att leverantören har begärt upplysningarna i rimlig tid.

Samma frist gäller, om den upphandlande myndigheten eller enheten på eget initiativ vill lämna kompletterande upplysningar.

Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingen.

Förlängning av anbudstiden

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska förlänga fristen för att komma in med anbud så att alla leverantörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom den tidsfrist som anges 10 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Dialog i en upphandling

12 § En upphandlande myndighet eller enhet får ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med en dialog avses ett skriftligt eller, i förekommande fall, muntligt informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

En dialog får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in.

En dialog får också omfatta förhandling om

1. alla aspekter av upphandlingsdokumenten, förutom minimikrav och tilldelningskriterier,
2. alla aspekter av anbud eller andra handlingar ingivna av leverantören.

Skyddsregler för leverantörer

Beslut om uteslutning på grund av bristande lämplighet

13 § Om en upphandlande myndighet eller enhet överväger att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare på grund av bristande lämplighet, ska den innan beslut fattas ge anbudssökanden eller anbudsgivaren tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning.

Beslut om att förkasta ett onormalt lågt anbud

14 § Om en upphandlande myndighet eller enhet överväger att förkasta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt, ska den innan beslut fattas ge anbudsgivaren möjlighet att inom en bestämd tid förklara det låga anbudet. Ett anbud får endast förkastas om myndigheten eller enheten inte har fått ett tillfredsställande svar.

Information om beslut

15 § När en upphandlande myndighet eller enhet har fattat beslut om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal, ska den skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period inom vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Om myndigheten eller enheten använder sig av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, ska anbudsgivarna skriftligen underrättas om ett beslut om tilldelning av kontrakt när beslutet har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet. Om myndigheten eller enheten väljer att iaktta en avtalsspärr enligt 16 kap. 1 § ska underrättelsen innehålla uppgift om det och om avtalsspärrens längd.

Underrättelsen innebär inte att ett anbud förfaller.

16 § En upphandlande myndighet eller enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats, samt de relativa fördelarna med det valda anbudet.

Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

17 § En upphandlande myndighet eller enhet som beslutar att avbryta en upphandling eller att göra om upphandlingen ska skriftligen informera anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Dokumentation

18 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

19 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats eller ett ramavtal har ingåtts ska den upphandlande myndigheten eller enheten på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 18 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då avtalet eller ramavtalet ingicks.

Myndigheten eller enheten ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under dess löptid.

Särskilda bestämmelser för upphandling av tjänster enligt bilaga 3

Tekniska specifikationer

20 § Om en upphandling avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 3 (B-tjänst), och upphandlingen omfattas av bestämmelserna i detta kapitel, ska 7 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§ om tekniska specifikationer tillämpas.

Meddelande till kommissionen om resultatet av en upphandling av B-tjänster

21 § Om en upphandling avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 3 (B-tjänst), och upphandlingen omfattas av bestämmelserna i detta kapitel, ska den upphandlande myndigheten eller enheten

senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelades meddela detta till Europeiska kommissionen.

Bemyndiganden

22 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser samt innehållet i upphandlingsdokument enligt detta kapitel.

15 a kap. Direktupphandling

Tillämpningsområde

1 § I detta kapitel finns bestämmelser om direktupphandling. Med direktupphandling avses upphandling utan obligatorisk annonsering. Vid upphandlingar enligt detta kapitel tillämpas även 1–3 kap. och 16–18 kap.

Direktupphandling får användas om värdet av upphandlingen, beräknat enligt 3 kap., understiger 1 100 000 kronor. Direktupphandling får också användas i de fall som anges i 4 och 5 §§.

2 § Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte direktupphandla enligt detta kapitel, trots att det är tillåtet, ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av 15 kap.

Principer för direktupphandling

3 § En upphandlande myndighet eller enhet ska använda direktupphandling så att de konkurrensmöjligheter som finns utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Om upphandlingen kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat, ska upphandlingen, i stället för vad som anges i första och andra stycket, genomföras i enlighet med de principer som anges i 15 kap. 2 §.

Direktupphandling i särskilda situationer

4 § Direktupphandling får användas när värdet av upphandlingen, beräknat enligt 3 kap., inte överstiger tillämpligt tröskelvärde enligt det kapitlet och

1. förhållandena motsvarar de som enligt 4 kap. 4–10 §§ gör det tillåtet att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, eller
2. det finns synnerliga skäl.

Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

5 § Direktupphandling får användas för en anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att

1. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av en upphandling, och
   a) en förlängd avtalsspärr gäller enligt 16 kap. 8 §, eller
   b) rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås innan något annat har bestämts enligt 16 kap. 9 §,
2. allmän förvaltningsdomstol har beslutat om ingripande enligt 16 kap. 6 §, eller
3. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet, och rätten har beslutat enligt 16 kap. 16 § att avtalet inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Ett kontrakt som ingås med stöd av första stycket får inte ha längre löptid än nödvändigt. Det får inte heller vara mer omfattande än nödvändigt.

Direktupphandling enligt denna paragraf får bara användas om värdet av upphandlingen inte överstiger det tröskelvärde som gäller enligt 3 kap. 1 §.

Frivillig förhandsannonsering

6 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en allmänt tillgänglig databas.

I 16 kap. 3 § finns en bestämmelse om avtalsspärr i dessa fall.

Regeringen får meddela närmare föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Information om beslut

7 § Om en upphandlande myndighet eller enhet har begärt in anbud från fler än en anbudsgivare ska den snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna när beslut om leverantör och anbud har fattats.

Underrättelsen utlöser inte någon avtalsspärr enligt 16 kap. 1 §.

Dokumentation

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Riktlinjer för direktupphandling

9 § En upphandlande myndighet eller enhet ska besluta riktlinjer för direktupphandling.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	16 kap.
	1 §
Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. *29* § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått	Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. *15* § *första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar

från det att underrättelsen skickades.	har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet eller enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

2 §

Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt för vilka undantag beslutats med stöd av 1 kap. 9 §,

2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 4–10 §§,	2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 4–10 §§, *eller*
3. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, *eller*	3. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §.
4. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.	

3 §

Vid *förhandsinsyn* enligt 8 kap. 4 § eller *15 kap. 7 §* får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen *om förhandsinsyn* publicerats.	Vid *annonsering* enligt 8 kap. 4 § eller *15 a kap. 6 §* får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

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 leve-	Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta

rantören 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.

att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

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.

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § *eller 15 kap. 5 §* när det inte har varit tillåtet att använda *direktupphandling enligt 19 kap.*,

1. utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § när det inte har varit tillåtet att använda *förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–10 §§*,

2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

3. 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.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

13 a §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet

och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 15 kap. 6 §, när direktupphandling enligt 19 a kap. inte har fått användas,

2. efter en direktupphandling i samband med överprövning, i strid med förutsättningarna i 15 a kap. 6 §, eller

3. efter att myndigheten eller enheten har tilldelat kontrakt enligt 19 kap. med användning av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, om

a. kontraktstilldelningen har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens, och

b. föreskrivna villkor för metoden inte har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

13 b §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om det har slutits

1. i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 §, eller

2. före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 15 § första stycket.

För ogiltighet i dessa fall krävs dessutom att någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 §

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet i 13 § är uppfyllda.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet i 13, *13 a eller 13 b §* är uppfyllda.

15 §

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 *§* ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet eller enhet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, *eller*

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 *och 13 a §§* ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet eller enhet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §,

2. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet eller enhet enligt 15 kap. efter användning av en metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, om myndigheten eller enheten har

a. skickat ut en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 15 kap. 15 § andra stycket, och

b. iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande myndighet eller enhet genom *förhandsinsyn* enligt 8 kap. 4 § eller *15 kap. 7 §* har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

3. om en upphandlande myndighet eller enhet genom *annons* enligt 8 kap. 4 § eller *15 a kap. 6 §* har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

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.

17 kap.

1 §

Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör	3. myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör

utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. *5 §*.	utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. *6 §*.
4 §	
Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.	Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet, *beräknat enligt 3 kap. 2 och 3 §§*.
Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ eller 15 kap. 4 §.	

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.

1.4 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.

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.

1.5 Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

Härigenom föreskrivs att 39 § lagen (1976:580) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
39 §[1]	
Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.	
Vid upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i	
– 13 kap. *2 § andra stycket och 3 § samt 19 kap. 18 §* lagen om offentlig upphandling,	– 13 kap. *1–3 §§* lagen om offentlig upphandling,
– 13 kap. *2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ och 19 kap. 18 §* lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,	– 13 kap. *1 § eller 2–4 §* lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,
– 11 kap. 2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ lagen om upphandling av koncessioner,	
– 11 kap. *2 § och 15 kap. 13 §* lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller	– 11 kap. *1–3 §§* lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller
– 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.	

[1] Senaste lydelse 2016:1149.

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

2. Äldre bestämmelser gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

1.6 Förslag till lag om ändring i lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader

Härigenom föreskrivs att 2 § lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse *Föreslagen lydelse*

2 §[2]

Säkerhet behöver inte ställas i

1. mål som handläggs enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister,

2. mål och ärenden vid mark- och miljödomstol enligt

– jordabalken,

– 21 kap. 1 § första stycket 2 miljöbalken som är ansökningsmål eller 21 kap. 1 § första stycket 5 miljöbalken som avser ersättning vid ingripande av det allmänna,

– lagen (1933:269) om ägofred,

– lagen (1945:119) om stängselskyldighet för järnväg m.m.,

– fastighetsbildningslagen (1970:988),

– rennäringslagen (1971:437),

– väglagen (1971:948),

– lagen (1971:1037) om äganderättsutredning och legalisering,

– lagen (1972:114) med anledning av konventionen den 9 februari 1972 mellan Sverige och Norge om renbetning,

– expropriationslagen (1972:719),

– lagen (1973:1084) om avveckling av vissa godmanskap för delägare i skifteslag,

– ledningsrättslagen (1973:1144),

– anläggningslagen (1973:1149),

– lagen (1973:1150) om förvaltning av samfälligheter,

– bostadsförvaltningslagen (1977:792),

– lagen (1978:160) om vissa rörledningar,

– jordförvärvslagen (1979:230),

– skogsvårdslagen (1979:429),

[2] Senaste lydelse 2016:992.

– lagen (1985:139) om ersättning för intrång i enskild fiskerätt,
– kulturmiljölagen (1988:950),
– minerallagen (1991:45),
– bostadsrättslagen (1991:614),
– lagen (1995:1649) om byggande av järnväg,
– ellagen (1997:857),
– lagen (2004:875) om särskild förvaltning av vissa elektriska anläggningar,
– naturgaslagen (2005:403), och
– plan- och bygglagen (2010:900),
3. växelmål och checkmål,
4. mål som har tagits upp efter offentlig stämning, och

5. mål vid förvaltningsdomstol.	5. mål vid förvaltningsdomstol, *med undantag av mål om överprövning av upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen samt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.*

Säkerhet behöver inte heller ställas i annat fall om talan väcks genom genstämning.

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.

1.7 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Härmed föreskrivs att 6 kap. 4 § lagen (2009:47) om kommunala befogenheter ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	6 kap.
	4 §[3]
En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller när nämnden anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader genom en inköpscentral enligt 7 kap. 12 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling eller 7 kap. 7 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.	En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller när nämnden anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader genom en inköpscentral enligt 7 kap. 12 § *eller 19 kap.* lagen (2016:1145) om offentlig upphandling eller 7 kap. 7 § *eller 19 kap.* lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Uppdrag enligt första stycket får inte lämnas i de fall som avses i 6 kap. 38 § kommunallagen (2017:725)

---

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

2. Äldre bestämmelser gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

[3] Senaste lydelse 2017:755.

1.8 Förslag till förordning om ändring i upphandlingsförordningen (2016:1162)

Härigenom föreskrivs i fråga om upphandlingsförordningen (2016:1162)

dels att 2 §, 11 § och 13 § ska ha följande lydelse,

dels att det ska föras in sju nya paragrafer, 4 a §, 5 a §, 14 a § och 19–22 §§ och närmast före 4 a § och 14 a § nya rubriker med följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	2 §
En annons om upphandling enligt 10 kap., 17 kap. 16 § *och* 18 kap. 2 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 10 kap, 16 kap. 16 § *och* 17 kap. 2 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller 8 kap. och 14 kap. 16 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ska skickas elektroniskt till Europeiska unionens publikationsbyrå för publicering.	En annons om upphandling enligt 10 kap., 17 kap. 16 §, 18 kap. 2 § *och 19 kap. 21 och 22 §§* lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 10 kap, 16 kap. 16 §, 17 kap. 2 § *och 19 kap. 21 och 22 §§* lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller 8 kap. och 14 kap. 16 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ska skickas elektroniskt till Europeiska unionens publikationsbyrå för publicering.

En annons enligt 8 kap. lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska skickas elektroniskt eller på annat sätt till publikationsbyrån för publicering. Vid förfarande med förkortade tidsfrister enligt 9 kap. 7 § samma lag ska annonsen eller meddelandet skickas antingen med elektroniska medel eller med telefax.

En upphandlande myndighet eller enhet får dessutom offentliggöra upphandlingen på något annat sätt under förutsättning att 6, 9 och 10 §§ följs.

Annonsering av upphandlingar i en allmänt tillgänglig databas

4 a §

Annonsering enligt 19 kap. 6 § och 19 a kap. 7 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 19 kap. 6 § och 19 a kap. 7 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 15 kap. 6 § och 15 a kap. 6 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska göras i en allmänt tillgänglig databas.

5 a §

En annons enligt 19 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 19 kap. 6 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och 15 kap. 6 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska innehålla information om:

1. kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten eller enheten,

2. om upphandlingen avser

a. tilldelning av ett kontrakt, eller

b. ingående av ett ramavtal, inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem eller att någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt ska användas,

3. för det fall att upphandlingen avser ingående av ett ramavtal, hur många leverantörer som myndigheten eller enheten avser att ingå ramavtal med,

4. vad som ska upphandlas,

5. var upphandlingsdokumenten kan hämtas,

6. hur en leverantör kan anmäla sitt intresse att delta i upphandlingen samt hur anbud eller anbudsansökan ska lämnas,

7. den dag då anbud eller anbudsansökan senast ska ha kommit in, och

8. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

När avsikten med annonsen endast är att informera om en kommande upphandling behöver information enligt första stycket 7 eller 8 inte lämnas, om datum enligt första stycket 7 ännu inte har bestämts. När så har skett ska de leverantörer som har anmält sitt intresse att delta i upphandlingen informeras.

11 §

En förhandsannons som används som anbudsinfordran enligt 10 kap. 2 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling *eller* 10 kap. 2 § första stycket lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ska skickas för publicering senast 35 dagar men tidigast 12 månader före den dag

En förhandsannons som används som anbudsinfordran enligt 10 kap. 2 § första stycket *eller 19 kap. 21 §* lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 10 kap. 2 § första stycket *eller 19 kap. 21 §* lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ska skickas för publicering senast 35 dagar men tidigast

då inbjudan att bekräfta intresse skickas. Förhandsannonsen får avse en period om längst 12 månader från den dag annonsen skickades.	12 månader före den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickas. Förhandsannonsen får avse en period om längst 12 månader från den dag annonsen skickades.

13 §

En annons enligt *19 kap. 13 §* lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, *19 kap. 13 §* lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och *15 kap. 7 §* lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska innehålla	En annons enligt *19 a kap. 7 §* lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, *19 a kap. 7 §* lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och *15 a kap. 6 §* lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska innehålla

1. den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och kontaktuppgifter,
2. uppgifter om föremålet för och värdet av kontraktet,
3. namn och kontaktuppgifter avseende den eller de som har tilldelats kontraktet,
4. skälen till att upphandlingen inte har annonserats, och
5. de upplysningar i övrigt som är relevanta.

Annonsen ska publiceras i en allmänt tillgänglig databas.

Upphandlingsdokumenten

14 a §

Beskrivningen i upphandlingsdokumenten enligt 19 kap. 7 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 19 kap. 7 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och 15 kap. 7 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och

säkerhetsområdet ska omfatta uppgifter såsom

1. hur förfarandet kommer att genomföras, särskilt

a. om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen och vad dialogen kan omfatta,

b. i förekommande fall, krav på anbudssökandens eller anbudsgivarens lämplighet,

c. i förekommande fall, krav för leverantörens deltagande i upphandlingen (krav på minsta acceptabla kapacitet),

d. i förekommande fall, hur urval av anbudssökande kommer att ske,

e. i förekommande fall, minimikrav på det som ska anskaffas,

2. vilka tilldelningskriterier som används samt deras viktning eller prioritetsordning,

3. kommersiella villkor,

4. särskilda villkor för fullgörande av kontraktet. och

5. för det fall att upphandlingen avser ingående av ett ramavtal, inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem eller att någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt ska användas, vilka villkor som föreskrivs för metoden när det gäller

a. hur metoden kommer att användas, och

b. hur kontrakt kommer att tilldelas.

Ansökningsavgift

19 §

Ansökningsavgift enligt 20 kap. 19 a § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap. 19 a § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 16 kap. 19 a § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och 16 kap. 19 a § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska tas ut av domstolen när ett mål inleds.

Avgiften betalas till staten.

20 §

Ansökningsavgiften tas ut med ett belopp som uppgår till 7 500 kronor.

21 §

Ett beslut om ansökningsavgift enligt denna förordning får överklagas till Domstolsverket. Överklagandet ska inom ett år från den dag då avgiften betalades in till den domstol som meddelade beslutet.

Den omständigheten att överklagandet getts in till Domstolsverket hindrar inte att överklagandet tas upp till prövning, om handlingarna har kommit in före överklagandetidens utgång.

Domstolsverkets beslut får inte överklagas.

22 §

Domstolsverket får meddela de ytterligare föreskrifter som behövs för verkställigheten av denna förordning såvitt avser bestämmelserna om ansökningsavgifter i allmän förvaltningsdomstol.

---

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

2. Äldre bestämmelser gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna i 19–22 §§ ska dock tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter.

2 Utredningens uppdrag och arbete

2.1 Utredningens uppdrag

Regeringen beslutade den 15 juni 2017 att tillkalla en särskild utredare för att göra en översyn av de bestämmelser i LOU och LUF, som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden, dvs. sådana upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven om offentlig upphandling eller om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Syftet med översynen är enligt kommittédirektiven att utreda hur regelverket kan göras enklare och flexiblare. Utredaren ska lämna förslag till hur regelverket kan utformas. Utredaren ska vidare överväga om motsvarande regler bör införas också för sådana upphandlingar under tröskelvärdena som regleras i LUK och LUFS. I uppdraget ingår att beakta såväl upphandlande myndigheters och enheters som leverantörers intressen, bl.a. små och medelstora företag och idéburna leverantörer.

Utredaren ska också överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål. Utredaren ska närmare analysera samt väga för- och nackdelar med bestämmelser om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. Utredaren ska även analysera samt väga för- och nackdelar med att införa avgifter för att ansöka om överprövning av en upphandling som ett alternativ eller komplement till regler om processkostnadsansvar. Utredaren ska vidare föreslå regler om hur detta kan utformas. Utredaren ska i övrigt föreslå de författningsändringar eller övriga åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade.

Utredningens direktiv är fogat till betänkandet som bilaga 1.

2.1.1 Avgränsning av uppdraget

Utredningen har tolkat uppdraget att föreslå enklare och flexiblare regler för upphandling under tröskelvärdena som att det omfattar all upphandling som för närvarande regleras i 19 kap. LOU respektive LUF. Således omfattar översynen och förslagen såväl reglerna för upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga EU:s tröskelvärde, som reglerna för upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 till respektive lag (sociala tjänster och andra särskilda tjänster), såväl över som under det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster.

Utredningen ska enligt sina direktiv överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål. Med hänsyn till utredningens tidsramar och den närmare avfattningen av uppdraget i denna del har arbetet inriktats på att utforma förslag till regler om processkostnadsansvar och ansökningsavgifter i överprövningsmål.

Under arbetet har det framförts önskemål om att utredningen ska analysera hur vissa av bestämmelserna i den nya förvaltningslagen (2017:900) förhåller sig till upphandlingsreglerna, med anledning av regeringens förslag om vissa följdändringar till följd av den nya förvaltningslagen (prop. 2017/18:235). Det har också från experter och andra aktörer framförts att utredningen, med anledning av regeringens förslag om en generell rätt till kommunal avtalssamverkan (prop. 2017/18:151), borde klargöra och underlätta avtalssamverkan mellan upphandlande myndigheter på det icke direktivstyrda området. Varken utredningens snäva tidsram eller dess resurser har emellertid tillåtit ett så omfattande arbete som det skulle innebära att på ett seriöst sätt gripa sig an de nämnda frågorna. Utredningen noterar i sammanhanget att riksdagens inställning till regeringens lagförslag inte varit känd under utredningsarbetet.

2.2 Utredningens arbete

Utredningen har haft sammanlagt fem möten med experterna samt därutöver mottagit skriftliga synpunkter från experterna vid flera tillfällen.

Samtidigt som utredningen tillsattes gav regeringen Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att i samverkan med Konkurrensverket analysera och kartlägga överprövningsmål. Utredningen har i enlighet

med sina direktiv samrått med Upphandlingsmyndigheten med anledning av detta uppdrag.

Utredningen ska enligt sitt uppdrag redogöra för hur ett relevant urval av EU- och EES-länder har valt att reglera upphandling under EU-direktivens tröskelvärden. Utredningen ska även närmare redogöra för och analysera hur Danmark, Finland, Norge, Nederländerna och Tyskland samt, om det bedöms befogat, andra EU-medlemsstater har utformat regler om ansvar för motpartens kostnader i mål eller ärenden om överprövning och om ansökningsavgifter, dels redovisa erfarenheterna av nämnda länders regleringar. Utredningen har i syfte att inhämta sådana uppgifter och erfarenheter skickat två enkäter till utvalda medlemsstater samt Norge. De uppgifter som utredningen erhöll på detta sätt har sedan kompletteras med riktade frågor till respektive stat. Utredningen har därtill besökt det norska Nærings- og fiskeridepartementet. De uppgifter som utredningen erhållit på detta sätt har sedan kompletterats genom egna studier av författningstext, rapporter och annat material från de undersökta länderna liksom av studier som gjorts av kommissionen.

Utredningen ska enligt sina direktiv genomföra uppdraget på ett utåtriktat sätt. Utredningen har därför haft en referensgrupp bestående av praktiskt verksamma inköpare och upphandlare för upphandlande myndigheter och enheter från kommuner, landsting och statliga myndigheter. Utredningen har haft ett möte med referensgruppen samt inhämtat vissa kompletterande skriftliga synpunkter.

Utredningen har vidare haft ett stort antal möten med representanter för upphandlande myndigheter och enheter, leverantörer, branschorganisationer samt andra berörda aktörer, inklusive advokater och andra med erfarenhet av ett uppträda som ombud i upphandlingsmål. Utredningen har medverkat vid flera konferenser och ”work shops” för att berätta om utredningens uppdrag och arbete samt inhämta deltagarnas synpunkter. Utredningen har genom sitt utåtriktade arbete, tillsammans med egen erfarenhet, uppnått syftet att skapa sig en bra bild av de problem som det nuvarande regelverket skapar i den praktiska tillämpningen. Utredningen har också fått många värdefulla synpunkter i fråga om avgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål.

Utredningen har därutöver inhämtat synpunkter och kompletterande uppgifter från representanter för Stockholms tingsrätt, Institutet mot mutor, Upphandlingsmyndigheten och Domstolsverket.

Utredningen riktar ett varmt tack till experterna och alla andra som bidragit med erfarenheter, synpunkter och förslag till utredningens arbete. Utredningen riktar ett särskilt tack till de representanter från Domstolsverket, Stockholms tingsrätt, Upphandlingsmyndigheten och norska Nærings- og fiskeridepartementet som varit utredningen behjälpliga i arbetet.

2.3 Utmaningar

En generell utmaning för utredningen har varit att förhålla sig till de många andra lagstiftningsinitiativ som har tagits på upphandlingsområdet. Det är, bildligt talat, redan många bollar i luften för såväl utredningen som remissinstanser och riksdag att hantera. Genom detta betänkande skjuts dessutom ytterligare en boll upp i luften.

Utredningens uppdrag har delvis överlappats av det lagstiftningsarbete som omnämns i utredningens direktiv och som syftar till ändrade regler för upphandling av välfärdstjänster (prop. 2017/18:158). De s.k. välfärdstjänsterna är en del av de s.k. sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna, som omfattas av utredningens uppdrag. Riksdagen kommer inte att ta slutlig ställning till regeringens proposition förrän efter att utredningen har slutfört sitt arbete. Att det således parallellt med utredningsarbetet har pågått ett lagstiftningsarbete som rör delvis samma frågor har inneburit en utmaning i rent formell mening men också materiellt. Utredningen har givetvis beaktat förslagen i propositionen, men har valt att utforma betänkandets förslag till reglering med utgångspunkt från i första hand egna överväganden om hur uppdraget att föreslå ett enklare och flexiblare regelverk bäst genomförs.

I samband med den höjning av direktupphandlingsgränserna som gjordes den 1 juli 2014 förutskickade regeringen en utvärdering efter tre år. Utredningen har valt att inte föreslå någon ändring av de aktuella direktupphandlingsgränserna, i avvaktan på att den utvärderingen kommer till stånd.

I departementspromemorian Statistik på upphandlingsområdet[1] lämnas förslag som syftar till en förbättrad upphandlingsstatistik. Ett sådant syfte går inte alltid hand i hand med det uttalade syftet

[1] Ds 2017:48.

med denna utrednings uppdrag; att göra regelverket enklare och flexiblare.

De förslag som Överprövningsutredningen lade i sitt betänkande (SOU 2015:12) bereds för närvarande inom Regeringskansliet. Förslagen har uppenbara beröringspunkter med denna utrednings arbete, och i den utsträckning de leder till lagstiftning kan detta påverka såväl behovet av som effekterna av att införa ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål.

2.4 Betänkandet disposition

Betänkandet är indelat i tre delar. I den första delen (avsnitt 3–19) återfinns utredningens överväganden och förslag om ett enklare och flexiblare regelverk för upphandling under tröskelvärdena och för sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

I den andra delen (avsnitt 20–23) finns överväganden och förslag om införandet av processkostnadsansvar och ansökningsavgift i överprövningsmål.

I den tredje delen (kapitel 24–26) finns utredningens överväganden i fråga om ikraftträdande- och övergångsbestämmelser, konsekvenser och författningskommentaren.

Till betänkandet fogas tre särskilda yttranden (bilaga 2–4).

DEL 1

Enklare och flexiblare upphandlingsregler

3 Upphandlingsregler i Sverige förr och nu

3.1 Äldre regler om myndigheters inköp

Statliga myndigheter hade redan på 1800-talet regler för hur upphandlingar skulle genomföras. De äldsta reglerna gällde för militära organisationer. Med 1920 års upphandlingsförordning beslutades mer moderna regler, men främst genom 1952 års upphandlingskungörelse infördes regler som mest liknar de regler vi har i dag.

År 1973 utfärdades upphandlingskungörelsen (1973:600).[1] Kungörelsen gällde för de statliga myndigheterna. Den 1 juli 1986 trädde upphandlingsförordningen (1986:366) i kraft, vilken materiellt väsentligen motsvarade den tidigare kungörelsen. Till förordningen utfärdade dåvarande Riksrevisionsverket föreskrifter, som var bindande för statliga myndigheter, samt allmänna råd och kommentarer. Reglerna samlades i ett häfte, ”Bestämmelser för statlig upphandling”, som gavs ut av Riksrevisionsverket.

För kommunernas del kom det första regelverket 1973, när bl.a. dåvarande Svenska kommunförbundet beslöt att rekommendera samtliga kommuner och landsting att anta det kommunala upphandlingsreglementet med tillhörande anvisningar. Reglementet motsvarade i huvudsak upphandlingskungörelsen. När 1992 års LOU trädde i kraft, den 1 januari 1994, hade samtliga landsting och i stort sett alla kommuner antagit reglementen.

[1] Prop. 1973:73.

3.2 EG-rättens inträde – 1992 års LOU

Det främsta skälet för den översyn som ledde fram till 1992 års LOU var att åstadkomma ett införlivande i svensk rätt av EG-reglerna på området för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa skulle gälla enligt det av Sverige då ingångna, men ej ikraftträdda, EES-avtalet. De regler som var i fråga motsvarade de då gällande EG-direktiven på området.

På samma sätt som i nuvarande upphandlingsdirektiv var direktivens regler tillämpliga endast för upphandlingar vars uppskattade värden översteg vissa gränsvärden, s.k. tröskelvärden. Tröskelvärdena angavs i direktiven. Som nyss framgått gällde vid denna tid inte några tvingande regler under tröskelvärdena för bl.a. kommunerna i Sverige. Bestämmelserna i 1992 års LOU om upphandling över tröskelvärdena skulle emellertid – till följd av upphandlingsdirektivens omfattning – tillämpas av såväl statliga myndigheter som kommunala myndigheter. Lagen skulle vidare tillämpas av de statliga och kommunala bolag som var att betrakta som s.k. upphandlande enheter enligt 1 kap. 6 § i 1992 års LOU och av de organisationer samt vissa privata företag som var upphandlande enheter enligt 4 kap. 1 § i 1992 års LOU. Att den nya regleringen skulle gälla även för kommunerna var den främsta anledningen till att reglerna till övervägande del gavs lagform.[2]

Regler om icke direktivstyrd upphandling togs in i 1992 års LOU

Den version av LOU som först beslutades innehöll främst regler om upphandlingar vars beräknade värde översteg de tröskelvärden som angavs i lagen. Några få bestämmelser skulle tillämpas generellt, dvs. för såväl de större som de mindre upphandlingarna. Upphandlingsförordningen gällde ännu för den statliga upphandlingen, och var mönster för den kommunala upphandlingen.

Redan innan lagen hade hunnit träda i kraft initierades emellertid ytterligare ett lagstiftningsärende, där lagen kompletterades med regler om upphandling under tröskelvärdena. De reglerna togs in i ett eget kapitel i lagen (6 kap.) och var på plats när lagen trädde i

[2] Prop. 1992/93/88 s. 39 f.

kraft den 1 januari 1994 – då också EES-avtalet började gälla. Lagstiftaren ville undvika en ordning där den offentliga upphandlingen skulle komma att regleras i flera olika regelverk. Ytterligare en besvärande konsekvens av den först beslutade ordningen var att kretsen av upphandlande enheter under tröskelvärdena skulle bli mindre än den nya krets av upphandlande enheter (med vilket, med nutida terminologi, avsågs såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter) som skulle tillämpa LOU vid upphandling över tröskelvärdena.

På detta sätt kom all upphandling i Sverige att regleras i en och samma lag. Skälen för denna ordning var, för det första, att det ansågs att det låg ett egenvärde i att all offentlig upphandling reglerades i en och samma författning. För det andra skulle endast vissa enkla generella regler gälla över hela fältet. För det tredje skulle detaljreglering undvikas under tröskelvärdena och för det fjärde borde kretsen av upphandlande enheter vara densamma såväl över som under tröskelvärdena. Att även regleringen under tröskelvärdena skulle gälla för kommunerna var för övrigt också denna gång skälet till att reglerna gavs lagform.[3]

Regeringen konstaterade i förarbetena att reglerna för den internationella upphandlingen i LOU var mer detaljerade än de regler som hittills hade gällt i Sverige. Detta sågs som naturligt, med hänsyn till att konkurrens skulle uppsökas och öppenhet garanteras på en stor och diversifierad internationell marknad. När det gällde mindre upphandlingar gavs utrymme för en mindre omfattande formell reglering. Regeringen fann emellertid att de icke direktivstyrda reglerna likväl borde avvägas så att de var praktiska att använda även i internationellt hänseende.[4]

B-tjänster upphandlades enligt de icke direktivstyrda reglerna

Vid tiden för arbetet med 1992 års LOU hade Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) nyligen beslutats i EG. Genom det direktivet introducerades uppdelningen av tjänster i två olika slag, för vilka olika regler gällde. De

[3] Prop. 1993/94:78 s. 15.
[4] a. prop. s. 17.

s.k. A-tjänsterna skulle upphandlas med tillämpning av direktivets regler om annonsering m.m. För de s.k. B-tjänsterna gjordes dock undantag från bestämmelserna i väsentliga hänseenden. För sådan upphandling gällde endast reglerna om användning av tekniska specifikationer samt om meddelande i efterhand om att en upphandling avslutats (s.k. efterannonsering).

1992 års LOU anpassades efter tjänsteupphandlingsdirektivets bestämmelser. Genom den utformning som lagen hade fått i det första lagstiftningsärendet, skulle upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena i huvudsak ha reglerats endast på så sätt att upphandling skulle göras enligt huvudregeln om affärsmässighet och att resultatet av upphandlingen skulle efterannonseras. Något reglerat förfarande om t.ex. anbudsinfordran angavs inte. I praktiken skulle alltså upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena i så gott som samtliga moment vara oreglerad.

I det kompletterande lagstiftningsärendet beslutades emellertid att reglerna för upphandling under tröskelvärdena skulle gälla för all upphandling av B-tjänster, oavsett B-tjänstens värde. I den departementspromemoria som hade föregått det kompletterande lagstiftningsärendet hade föreslagits att endast upphandling av B-tjänster under tröskelvärdet skulle omfattas av dessa regler. För upphandling av B-tjänster över tröskelvärdet skulle alltså den väsentligt mindre reglerade ordningen fortsätta att gälla. Samtliga remissinstanser som behandlade frågan invände mot detta. De förordade att den ordning som föreslogs för upphandling av B-tjänster under tröskelvärdet skulle gälla, oavsett värde. Regeringen instämde i att skillnaden i regleringens omfattning över respektive under tröskelvärdet var opåkallad. B-tjänsterna avsåg i huvudsak tjänster som utgjorde en betydande del av den offentliga sektorns upphandling. Mot den bakgrunden ansåg regeringen att det låg ett värde i att den upphandlingen fick en i huvudsak likartad reglering.[5]

De icke direktivstyrda reglerna i 1992 års LOU vid ikraftträdandet

När 1992 års LOU trädde i kraft, den 1 januari 1994, innehöll lagens sjätte kapitel regler för upphandling under tröskelvärdena och för upphandling av B-tjänster oavsett värde. Kapitlet reglerade också

[5] a. prop. s. 17 f.

upphandlingar som omfattades av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte hade en civil användning och omfattades av artikel 296 i Romfördraget.

Sjätte kapitlet innehöll vid ikraftträdandet 17 paragrafer. I 1 § angavs kapitlets tillämpningsområde. Upphandling skulle enligt 2 § göras genom förenklad upphandling, med vilket avsågs ett förfarande där alla leverantörer hade rätt att delta, deltagande leverantörer skulle lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten fick förhandla med en eller flera anbudsgivare. Direktupphandling fick dock användas om upphandlingens värde var lågt eller om det fanns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller berodde på den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten skulle vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

Härutöver innehöll kapitlet bestämmelser om förfrågningsunderlag och infordrande av anbud (3–6 §§), mottagande och öppnande av anbud (7 och 8 §§), krav som får ställas på leverantören (9 och 10 §§), prövning av anbud (11 och 12 §§), dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar (13–15 §§), särskilda bestämmelser för upphandling av B-tjänster (16 §) samt upphandling som rörde rikets säkerhet m.m. (17 §).

Bestämmelsen om infordrande av anbud i 4 § innebar att en upphandlande enhet som använde förenklad upphandling skulle infordra skriftliga anbud genom annons eller skrivelse. Vid avvägningen av hur omfattande annonseringen eller utskicket behövde vara, skulle enheten särskilt beakta huvudregeln om affärsmässighet i lagens 1 kap. 4 §. Det fanns alltså inget absolut krav på att upphandlingar skulle annonseras.

Regelverket byggdes ut efter hand

Regelverket i 6 kap. i 1992 års LOU kom med tiden att byggas ut, främst när det gällde tillgängliga förfaranden, annonseringsskyldighet och dokumentation. Ledstjärnan för arbetet kan sägas ha varit förenkling. En effekt blev emellertid att både antalet paragrafer i kapitlet i sig och antalet hänvisningar till paragrafer i övriga kapitel ökade.

När lagen hade varit i kraft i några år, fick Upphandlingskommittén i uppdrag att bl.a. göra en översyn av 6 kap. Kommittén konstaterade att, trots att det ibland hade framkommit kritik mot att reglerna i kapitlet var krångliga, det inte hade förts fram krav till kommittén på ett avskaffande av kapitlet eller en återgång till den reglering som gällde före år 1994. Regler för upphandling under tröskelvärdena hade tvärtom bedömts vara av stor betydelse för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Kommittén ansåg därför att det även fortsättningsvis skulle finnas regler för icke direktivstyrda upphandlingar, dvs. att 6 kap. LOU skulle finnas kvar.

Kommittén lämnade ett antal ändringsförslag och konstaterade att i dess arbete med 6 kap. skulle regelförenkling vara en ledstjärna. Enligt kommittén innebar en förenkling i detta sammanhang dels ett förtydligande av otydliga och invecklade bestämmelser, dels en justering av gällande regler, då problemen inte kunde lösas genom tolkning av reglerna. Reglerna i 6 kap. borde enligt kommittén inte tyngas av en onödigt hög detaljeringsgrad. En avvägning måste dock alltid göras mot inköparnas och leverantörernas intresse av klara och tydliga spelregler för den offentliga upphandlingen.[6]

Kommitténs förslag ledde bl.a. till att en ny upphandlingsform infördes för upphandling under tröskelvärdena och för upphandling av B-tjänster oavsett värde, nämligen urvalsupphandling. Den upphandlingsformen innebar att alla leverantörer hade rätt att ansöka om att få lämna anbud, och den upphandlande enheten bjöd in vissa av sökandena att lämna anbud. Under remissbehandlingen hade invänts att kommitténs förslag i denna del var mindre väl avvägt i förhållande till önskemålet om ett lättillämpat regelverk. Regeringen menade emellertid att införandet av en ny upphandlingsform kunde ses som att upphandlingen kunde underlättas, snarare än att den blev mer komplicerad.[7]

Vidare infördes i princip obligatorisk annonsering vid såväl förenklad upphandling som urvalsupphandling. Huvudregeln blev att annonsering skulle ske i elektroniska databaser, som var allmänt tillgängliga. Regeringen ansåg att öppenhet var mycket viktigt främst för små och medelstora företags möjligheter att delta i offentlig upphandling, och att dessa möjligheter skulle öka om praktiskt taget

[6] SOU 1999:139 s. 278.
[7] Prop. 1999/2000:128 s. 24.

alla upphandlingar under tröskelvärdena annonserades. Regeringen hänvisade även till en rapport från dåvarande Nämnden för offentlig upphandling. Av rapporten framgick att andelen upphandlande enheter som ansåg att de hade kunnat göra besparingar tack vare införandet av LOU var störst i den grupp som hade ökat annonseringen.[8]

I syfte att inte ha en strängare reglering för upphandlingar under tröskelvärdena än för upphandlingar över tröskelvärdena infördes också en möjlighet för en upphandlande enhet att utan föregående annonsering begära anbud av en enda leverantör. Den möjligheten skulle stå till buds i sådana situationer när det, vid upphandling över tröskelvärdena, hade varit tillåtet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.[9]

Dokumentationskraven skärptes, vilket gällde för alla upphandlingar utom sådana direktupphandlingar som avsåg lågt värde. En upphandlande enhet skulle dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet.[10]

I samma lagstiftningsärende genomfördes också vissa lagtekniska anpassningar. Vissa bestämmelser hade införts i både 6 kap. och andra kapitel i lagen, efter förebild av bestämmelser i upphandlingsdirektiven. Några av bestämmelserna i de övriga kapitlen hade därefter ändrats, medan ingen ändring hade skett i motsvarande bestämmelser i 6 kap. Nu gavs de motsvarande lydelse. Syftet var att få en enhetlig tillämpning.

Ett alternativ, vilket också var kommitténs förslag, hade varit att göra hänvisningar i 6 kap. till bestämmelserna i lagens övriga kapitel. Regeringen ansåg dock att det av pedagogiska skäl kunde vara värdefullt att de paragrafer som gällde vid upphandling enligt 6 kap. så långt som möjligt återfanns i det kapitlet. Det hade pekats på att inköpare som tillämpade 6 kap. LOU ofta inte hade den juridiska skolning som krävdes för att snabbt och enkelt tillgodogöra sig lagtext med hänvisningar till paragrafer i andra kapitel.[11] Ändringarna som gjordes efter Upphandlingskommitténs förslag trädde i kraft den 1 januari 2001.

---

[8] a. prop. s. 26.
[9] a. prop. s. 27 f.
[10] a. prop. s. 33.
[11] a. prop. s. 34.

I ett senare lagstiftningsärende föreslog regeringen bl.a. att direktupphandling skulle få ske om värdet understeg fem prisbasbelopp (motsvarande 189 500 kronor i då gällande penningvärde). Även detta var en följd av förslag från Upphandlingskommittén.[12] Med andra ord föreslogs att begränsningen ”lågt värde” skulle överges till förmån för en beloppsbestämd gräns. Riksdagen avslog emellertid det förslaget. Finansutskottet fann att effekterna av en fastställd gräns för direktupphandling behövde analyseras ytterligare. Bestämmelserna som angav att direktupphandling fick medges om det är fråga om lågt värde behölls därför tills vidare.[13]

Upphandlingskommittén hade föreslagit en regel om att direktupphandling skulle få ske av tjänster som innefattade hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster i de fall en upphandling inte skulle vara ändamålsenlig eller skulle riskera kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ. Regeringen ansåg att den föreslagna regeln innehöll alltför vaga begrepp och gick därför inte vidare med denna. De avsedda situationerna borde, enligt regeringens uppfattning, anses utgöra sådana synnerliga skäl som gav rätt till direktupphandling. Däremot ändrades bestämmelsen om direktupphandling på grund av synnerliga skäl, så att den inte skulle framstå som onödigt restriktiv. De exemplifierande orden ”såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter utanför den upphandlande enhetens kontroll” utgick. Därmed borde, enligt regeringen, undantaget för synnerliga skäl även omfatta sådana hälso- och sjukvårdstjänster där patienten genom sin rätt till val av vårdgivare hade utsett tjänsteleverantören.[14]

3.3 Huvudregeln om affärsmässighet

Principen om affärsmässighet i äldre regelverk

Att upphandlingen skulle bedrivas affärsmässigt var under lång tid en grundläggande princip för den statliga upphandlingen. Långt tillbaka var innebörden av upphandlingsreglerna främst en uppmaning till myndigheterna att handskas försiktigt med offentliga medel. I äldre regelverk hade priset större tyngd, men i senare regelverk kan

[12] Prop 2001/02:142 s. 47 f.
[13] Bet. 2001/02:FiU12.
[14] Prop. 2001/02:142 s 49 f.

principen om affärsmässighet sägas ha kommit att innebära ett krav på den upphandlande enheten att tillförsäkra det offentliga mest värde för pengarna.

Vid tiden för 1973 års upphandlingskungörelse ansågs principen bygga på antagandet att det som var mest förmånligt i den enskilda upphandlingen också var mest fördelaktigt på sikt från samhällsekonomisk synpunkt. På så sätt uppnåddes en optimal resursfördelning. Vad affärsmässigheten omfattade i olika upphandlingssituationer fick bestämmas efter en sammanvägning av relevanta omständligheter i varje enskilt fall, såsom pris, kvalitet samt anbudsgivarens förmåga att fullgöra sina åtaganden.

Affärsmässighetsbegreppet användes också för att markera att myndigheterna hade att bedöma upphandlingen enbart som en affärstransaktion. Andra, vidare bedömningar, såsom sysselsättnings-, närings-, försvars- och säkerhetspolitiska hänsyn fick inte tas. I vissa fall kunde principen om affärsmässighet behöva modifieras av sådana hänsyn. Dessa bedömningar skulle emellertid göras av regeringen, och inte av myndigheterna själva.[15]

Huvudregeln om affärsmässighet i 1992 års LOU

Även i 1992 års LOU var huvudregeln, enligt dess 1 kap. 4 §, att upphandling skulle göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som fanns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skulle behandlas utan ovidkommande hänsyn. Huvudregeln gällde vid all upphandling enligt lagen, dvs. såväl över som under tröskelvärdena och för upphandling av B-tjänster, oavsett värde.

Begreppet affärsmässighet hade, tillsammans med paragraftexten i övrigt, förts över till LOU från 1986 års upphandlingsförordning och det kommunala upphandlingsreglementet med endast marginella ändringar. Enligt lagens förarbeten var avsikten med lagen att införa upphandlingsregler som låg så nära de EG-rättsliga reglerna som möjligt, för att undvika att andra regler skulle gälla i svenska upphandlingar än i upphandlingar i andra avtalsländer. Regeringen konstaterade att enligt både EG:s och Sveriges regelverk gällde att

[15] Prop. 1973:73 s. 49 f.

upphandling skulle ske affärsmässigt, i konkurrens och på ett icke-diskriminerande sätt.[16] Genom kraven i 1 kap. 4 § i 1992 års LOU på konkurrens, affärsmässighet och på att upphandlingen skulle ske utan ovidkommande hänsyn ansågs de grundläggande principerna i EG-rätten, att upphandling ska genomföras i konkurrens och utan diskriminering, genomförda i svensk rätt.[17]

Det gjordes emellertid gällande i den allmänna debatten att huvudregeln om affärsmässighet i LOU var onödigt begränsande. Margareta Hentze och Hans Sylvén var i sin lagkommentar[18] kritiska mot portalparagrafens utformning. De menade att det nationella kravet på affärsmässighet, i kombination med begreppet ”utan ovidkommande hänsyn”, innebar att andra hänsyn, såsom miljöhänsyn och sociala hänsyn, inte fick tas vid upphandlingen. Andra än rent företagsekonomiska aspekter kunde inte åberopas i upphandlingar, oavsett om gemenskapsrätten skulle lämna vissa öppningar. Kravet på affärsmässighet gick enligt denna uppfattning ibland längre än vad gemenskapsrätten krävde.[19]

Mot bakgrund av bl.a. den nyss redovisade invändningen övervägde Upphandlingskommittén om affärsmässighetsbegreppet borde modifieras eller helt ersättas med en hänvisning till de grundläggande EG-rättsliga principerna för upphandling. Kommittén konstaterade träffande att den traditionella och snäva uttolkningen av affärsmässighetsbegreppet, som hade sina rötter i den gamla upphandlingsförordningen, inte var anpassad till EG-rätten. Den tolkningen hade sitt ursprung i en rättsutveckling i Sverige med en helt annan bakgrund än det konkurrensrättsliga regelverket i EG.

Det fanns dock enligt kommittén en risk för att ett borttagande av begreppet affärsmässighet skulle kunna tolkas så att det inte längre fanns något krav på att göra sitt yttersta för att se till att skattemedlen användes så effektivt som möjligt. Med andra ord; att det inte längre var aktuellt att göra goda affärer. Vidare bedömde kommittén att en modifiering eller ett borttagande av begreppet inte med säkerhet skulle ge något större utrymme att tillgodose andra än rent ekonomiska mål i förhållande till vad som gällde enligt gemen-

[16] Prop. 1992/93:88 s. 37 f.
[17] a. prop. s. 40 och s. 59–60, se även prop. 2006/07:128 del 1 s. 153 f.
[18] Offentlig upphandling – en lagkommentar, upplaga 1:2, Stockholm 1998.
[19] a. arb. s. 43 f.

skapsrätten. Äldre och mer inskränkta tolkningar av affärsmässighetsbegreppet torde enligt kommittén ha blivit obsoleta i och med Sveriges anslutning till EG. Kommittén föreslog därför inte någon ändring av begreppet.[20]

3.4 2007 års LOU och LUF

2004 års LOU-direktiv och 2004 års LUF-direktiv genomfördes i svensk rätt genom två nya lagar, 2007 års LOU och 2007 års LUF, vilka ersatte 1992 års LOU. Bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster samlades i ett eget kapitel, 15 kap. i respektive lag.

Begreppet affärsmässighet utmönstrades och huvudregeln om affärsmässighet uttrycktes i stället med en bestämmelse som hänvisade till fem grundläggande EG-rättsliga principer för upphandling.

Kapitlet gällde således för upphandling av varu-, tjänste- och byggentreprenadkontrakt under tröskelvärdena. Liksom tidigare gällde kapitlet också för all upphandling av B-tjänster, oavsett värde. Vidare reglerades försvars- och säkerhetsupphandlingar.

Genom 2007 års lagar introducerades också uppdelningen i upphandlande myndigheter och upphandlande enheter. Den uppdelningen har behållits i senare lagar. Upphandlande myndigheter är sådana myndigheter m.fl. organ som är skyldiga att upphandla enligt LOU. Sådana myndigheter och organ som är skyldiga att upphandla enligt LUF för vissa verksamheter inom försörjningssektorerna kallas upphandlande enheter.

En portalbestämmelse med hänvisning till de EG-rättsliga principerna

Som nyss nämnts utmönstrades begreppet affärsmässighet till förmån för en portalbestämmelse i vardera lagen som hänvisade till fem grundläggande principer för upphandling; likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, samt principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Den bestämmelsen gällde för all upphandling enligt lagarna, således även för upphandling enligt lagarnas 15 kap.

[20] SOU 2001:31 s. 287 f.

Så som bestämmelsen kom att utformas innefattade den, enligt regeringen, ett krav på upphandlande myndigheter och enheter att utnyttja de konkurrensmöjligheter som fanns. Detta krav hölls nu fram, såväl av Upphandlingsutredningen 2004 som av regeringen, som den väsentliga betydelsen av affärsmässighetsbegreppet. Kravet tillgodosågs genom att en upphandlande myndighet eller enhet i ett upphandlingsärende iakttog de grundläggande EG-rättsliga principerna för upphandling. Regeringen såg inte tillräckliga skäl att behålla begreppet affärsmässighet. Det väsentliga var att lagen utformades i syfte att konkurrensen kom att tas tillvara vid upphandlingar.

Avsikten med den valda utformningen var också att ge en upphandlande myndighet eller enhet möjlighet att ta sociala hänsyn och miljöhänsyn i den omfattning som direktivet medgav.[21]

I en rättshistorisk kontext är det intressant att konstatera att den svenska lagstiftaren genom 2007 års upphandlingslagar definitivt kan sägas ha övergett ett mer nationellt präglat synsätt till förmån för ett konkurrensrättsligt, europeiskt präglat synsätt. Ett syfte med de icke direktivstyrda upphandlingsreglerna var, och är alltjämt, att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska handskas väl med offentliga medel och få värde för pengarna. Medlet för att uppnå detta är att ta till vara konkurrensen på bästa sätt. Det sistnämnda torde enligt utredningen kunna beskrivas som det främsta skälet till varför upphandlingsreglerna är utformade som de är. Detta gäller för såväl det direktivstyrda regelverket som det icke direktivstyrda.

De icke direktivstyrda reglerna i 2007 års lagar vid ikraftträdandet

Till grund för utformningen av den icke direktivstyrda regleringen i 15 kap. i 2007 års LOU respektive LUF låg förslag från Upphandlingsutredningen 2004, lagda i ett delbetänkande (SOU 2005:22). När propositionen beslutades (prop. 2006/07:128) hade utredningen överlämnat sitt slutbetänkande (SOU 2006:28). I slutbetänkandet lades efter en allmän översyn bl.a. fram förslag om förenkling av de icke direktivstyrda bestämmelserna. Slutbetänkandet remissbehandlades vid tiden för propositionen och kom huvudsakligen att behandlas i ett senare lagstiftningsärende (se nedan).

[21] Prop. 2006/07:128 del 1 s. 156 f.

I sak kom den icke direktivstyrda regleringen väsentligen att motsvara den som dittills hade gällt enligt 6 kap. i 1992 års LOU. En större förändring var att de obligatoriska uteslutningsgrunderna på det direktivstyrda området gjordes tillämpliga. Från att det tidigare var föreskrivet en möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att utesluta leverantörer i vissa situationer, t.ex. om leverantören befann sig i konkurs eller likvidation, var myndigheterna och enheterna nu också skyldiga att utesluta leverantörer vid viss allvarlig brottslighet av ekonomiskt slag.[22]

Regleringen i 15 kap. LOU respektive 15 kap. LUF var i allt väsentligt överensstämmande. Vid ikraftträdandet innehöll kapitlet 23 paragrafer. I en inledande paragraf (2 §) angavs vissa bestämmelser i lagens övriga kapitel som skulle tillämpas vid upphandling enligt kapitlet. Det gällde bl.a. bestämmelserna om tillämpningsområdet och de allmänna bestämmelserna i 1 kap. samt definitionerna i 2 kap., samt bestämmelsen i 11 kap. 6 § om krav på registrering.

Av 3 § framgick att förenklat förfarande och urvalsförfarande var de upphandlingsförfaranden som alltid var tillgängliga. Vidare att förutsättningarna för att få använda direktupphandling alltjämt var att kontraktets värde var lågt eller att det fanns synnerliga skäl.

I de följande paragraferna gjordes i vissa fall ytterligare hänvisningar till bestämmelser i lagen. Exempelvis hänvisades i 7 § första stycket om förfrågningsunderlagets innehåll till bestämmelser i 6 kap. om tekniska specifikationer och miljömärken. I 8 § om kommunikationsmedel hänvisades till bestämmelser i 9 kap. i detta ämne. I 13 § om kontroll och uteslutning av leverantörer hänvisades till bestämmelserna om obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunder i 10 kap. 1 § respektive 2 och 3 §§.

I vissa fall reglerades fristående i en paragraf vad som skulle gälla, trots att det fanns en direkt motsvarande bestämmelse i de direktivstyrda delarna av lagen. Exempelvis motsvarades 17 § om förkastande av onormalt låga anbud av en likalydande bestämmelse i 12 kap. 3 § första stycket i båda lagarna.

Ytterligare en variant fanns i 16 § om tilldelningsgrunder. Den paragrafen innehöll dels en fristående reglering som hade en direkt motsvarighet i 12 kap. 1 §, dels en hänvisning till 12 kap. 1 § andra stycket. Hänvisningen gjordes i fråga om exempel på faktorer som den upphandlande myndigheten eller enheten kunde ta hänsyn till

[22] a. prop. del 1 s. 434 f.

när ett kontrakt skulle tilldelas det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller enheten. I 19 § reglerades en skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att lämna underrättelser om beslut vid förenklat förfarande och urvalsförfarande. Eftersom det rörde sig om specifikt nationella förfaranden var bestämmelsen i så måtto unik. När det gällde vilka beslut som utlöste underrättelseskyldigheten, och i fråga om underrättelsens innehåll, hänvisades dock till bestämmelserna i 9 kap. 9 och 10 §§.

Slutligen fanns reglering som var unik för 15 kap. Exempelvis fanns det inte någon direkt motsvarighet i lagen i övrigt till bestämmelsen i 18 § om dokumentationsskyldighet. Bestämmelserna i såväl 9 kap. 12 § LOU, om skyldighet att upprätta protokoll, som 9 kap. 14 § LUF, om skyldighet att bevara information, var båda mer detaljerade än den nyss nämnda icke direktivstyrda bestämmelsen.

Skälen bakom det icke direktivstyrda regelverkets struktur och utformning

Som nämnts ovan, lämnade Upphandlingsutredningen 2004 i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28) bl.a. förslag som syftade till att förenkla det icke direktivstyrda regelverket i det som kom att bli 15 kap. i 2007 års LOU och LUF. Någon genomgripande förändring av bestämmelserna föreslogs inte. Bestämmelserna enligt utredningens förslag motsvarade därför i huvudsak lagarnas bestämmelser för upphandlingar som omfattades av direktiven.

Utredningen resonerade kring utformningen av det icke direktivstyrda regelverket, närmare bestämt frågan hur valet bör göras mellan att i det regelverket ta in fristående bestämmelser eller hänvisningar till motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena. Som framgått ovan hade frågan övervägts tidigare. Det kan konstateras att den alltjämt är aktuell.

Den princip utredningen valde var att centrala och viktiga bestämmelser, samt bestämmelser av begränsat omfång, togs in i fristående form i det icke direktivstyrda regelverket. I övrigt användes hänvisningar. Principen kan antas ha varit vägledande även för utredningens lagförslag i delbetänkandet (SOU 2005:22), vilket låg till grund för hur 15 kap. i 2007 års LOU respektive LUF kom att struktureras och utformas vid ikraftträdandet (se avsnittet ovan).

Detta är ett intressant konstaterande eftersom de icke direktivstyrda reglerna i nu gällande lagar i huvudsak är strukturerade och utformade på samma sätt. Låt vara att regeringen, som framgår nedan, valde en något annorlunda formulerad princip vid den vidare behandlingen av utredningens förslag.

Regelförenklingar i upphandlingslagarna

I samband med genomförandet av det s.k. ändringsdirektivet beslutades även om vissa regelförenklingar i 2007 års LOU och LUF, bl.a. i lagarnas 15 kap. (prop. 2009/10:180). Till grund för förslagen låg slutbetänkandet från Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2006:28) och en departementspromemoria (Ds 2009:30).

Regeringen övervägde bl.a. om en särskild lag borde införas för upphandling som inte eller endast till viss del omfattades av direktiven, men kom fram till att ordningen med särskilda kapitel i LOU och LUF skulle behållas. Regeringen bedömde att en separat lag inte i någon nämnvärd omfattning skulle bidra till ökad överskådlighet, tydlighet eller ge utrymme för nationella anpassningar och önskemål. Att bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF skulle tolkas i ljuset av de direktivstyrda bestämmelserna talade också för en för respektive regelsystemen gemensam lag.

Regeringens förslag till utformning av 15 kap. LOU och LUF byggde på att kapitlen i stort behöll sin tidigare struktur, baserad på en i förhållande till upphandlingsprocessen kronologisk ordning. Reglerna i kapitlen omfattade i stor utsträckning hänvisningar till bestämmelser i övriga kapitel vilka var tillämpliga också vid upphandling som reglerades i 15 kap. Därvid eftersträvade regeringen principen att sådana hänvisningar till bestämmelser som regelmässigt ska övervägas vid samtliga upphandlingar försågs med en egen rubrik (t.ex. tekniska specifikationer, kommunikationsmedel vid offentlig upphandling samt mottagande och öppnande av anbud). Övriga hänvisningar skulle återfinnas i en av de inledande paragraferna om tillämpliga bestämmelser.[23]

Genom de beslutade ändringarna kom 15 kap. 2 § i båda lagarna att utformas som en katalog. I denna angavs bestämmelser i lagen i

[23] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 285.

övrigt som var tillämpliga även vid upphandlingar enligt detta kapitel. Det innebar i sin tur att bestämmelsen om förfrågningsunderlag i 7 §, som hänvisade till bestämmelserna om tekniska specifikationer, kunde utgå. I kapitlet i övrigt hänvisades alltjämt i stor utsträckning till andra bestämmelser i lagen. De olika varianterna av hänvisningar, som har redogjorts för ovan, behölls i huvudsak.

När det gäller regelförenklingar i materiell mening, beslutades bl.a. att nu införa fasta beloppsgränser för direktupphandling. De beloppsgränserna indexerades genom att de bestämdes till en procentsats av vissa tröskelvärden, vilka då liksom nu reviderades vartannat år. Regeringen bedömde att det till tröskelvärdet relaterade procenttalet skulle användas för att få ett värde som ändrades efterhand, för att slippa ändra lagarna enbart på grund av förändringar i kronans värde.[24] Att beloppsgränserna blev fasta medförde att också bestämmelser om beräkningen av värdet av kontrakt som omfattades av 15 kap. infördes.

Beträffande övriga fall, då direktupphandling fick användas, knöts nu detta till de direktivstyrda bestämmelserna om förutsättningar att få använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det innebar att de dittills gällande bestämmelserna om begäran om anbud utan föregående annonsering upphävdes. Liksom tidigare fick direktupphandling också användas om det förelåg synnerliga skäl.

Definitionen av begreppet direktupphandling ändrades från ”ett förfarande utan krav på anbud” till ”upphandling utan krav på anbud i viss form”. Den dittills gällande definitionen ansågs som missvisande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 286). Den definition som då beslutades har förts över till nu gällande lagar på området. Det kan konstateras att denna, alltjämt gällande definition knyter an till förekomsten av anbud och dess form, snarare än frånvaron av ett obligatoriskt krav på konkurrensutsättning genom annonsering. Enligt utredningen kan det ifrågasättas om inte det sistnämnda är det mest utmärkande draget för direktupphandling (se vidare avsnitt 15.1).

I förtydligande syfte infördes också en bestämmelse om rätt för leverantörer att åberopa andra företags kapacitet, som väsentligen motsvarade vad som gällde på det direktivstyrda området.

[24] Se prop. 2013/14:133 s. 16.

Ett nytt förfarande och nya verktyg för upphandling infördes

I samma lagstiftningsärende beslutades att införa ett nytt upphandlingsförfarande, konkurrenspräglad dialog, på det direktivstyrda området genom nya bestämmelser i 4 kap. LOU. Vidare infördes bestämmelser om elektronisk auktion och om inköpscentraler i både LOU och LUF. Samtliga dessa bestämmelser gjordes tillämpliga vid upphandlingar enligt 15 kap. genom hänvisningar i katalogen i 15 kap. 2 §. I fråga om konkurrenspräglad dialog i LOU gjordes hänvisningen genom ett nytt andra stycke i 15 kap. 2 §. I 3 § angavs också närmare förutsättningar för när förfarandet fick användas.

3.4.1 Höjd direktupphandlingsgräns

Efter förslag från Upphandlingsutredningen 2010 (SOU 2013:12) och en kompletterande promemoria från Socialdepartementet höjdes den 1 juli 2014 beloppsgränsen för att få använda direktupphandling i 2007 års LOU och LUF samt i LUFS (prop. 2013/14:13, se om LUFS närmare nedan). De fasta beloppen indexerades alltjämt genom att de knöts till vissa med regelbundenhet reviderade tröskelvärden, men procentsatserna höjdes.

Reglerna har i den då beslutade utformningen förts över till 19 kap. i LOU respektive LUF. Direktupphandling enligt LOU får användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster, vilket i dagsläget innebär en gräns om 586 907 kronor. Direktupphandling enligt LUF och LUFS får användas om kontraktets värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster, vilket i dagsläget innebär en gräns om 1 092 436 kronor.

Upphandlingsutredningen 2010 hade, på grundval av en analys av professor Jerker Holm och bl.a. en jämförelse av gränsvärden i nordiska grannländer, föreslagit nominella gränsbelopp för direktupphandling, 600 000 kronor för upphandling av varor och tjänster som omfattas av LOU och 1 200 000 kronor för byggentreprenader som omfattas av LOU, samt 1 000 000 kronor för upphandling av varor och tjänster som omfattas av LUF och 1 600 000 kronor för upphandling av byggentreprenader som omfattas av LUF.

Regeringen bedömde, i överensstämmelse med en övervägande del av remissinstanserna, att en höjning av direktupphandlingsgränsen kunde vara ett värdefullt moment avseende strategisk upphandling som medförde förenklingar för de upphandlande myndigheterna och enheterna, och som kunde frigöra resurser att lägga på de större och mer arbetskrävande upphandlingarna. Dock fann regeringen att det inte hade framförts några bärande skäl för att överge principen att genom ett procenttal relatera direktupphandlingsgränsen till tröskelvärdet. Regeringen fann, efter en redogörelse för bl.a. professor Jerker Holms analys, sammanfattningsvis att direktupphandlingsgränserna borde justeras och bestämmas till de procenttal som angetts ovan.[25]

Vidare infördes ett dokumentationskrav beträffande skälen för beslut och annat av betydelse vid upphandlingen om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor. Kravet var betingat av de höjda direktupphandlingsgränserna. Det är dock inte förenat med någon sanktion för underlåtenhet. Slutligen ska de upphandlande myndigheterna och enheterna anta riktlinjer för genomförande av direktupphandlingar.

Regeringen bedömde att bestämmelserna om de nya direktupphandlingsgränserna och kravet på dokumentation av direktupphandlingar borde utvärderas när de varit i kraft i tre år. Utvärderingen borde enligt regeringen omfatta bl.a. hur transaktionskostnaderna påverkats hos upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer samt hur direktupphandlingsgränserna påverkat konkurrensen, inte minst för små och medelstora företag.[26]

Den förutskickade utvärderingen är emellertid ännu inte genomförd.

3.5 Kort om lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Den 1 november 2011 trädde LUFS i kraft. Lagen genomför LUFS-direktivet. Lagens tillkomst innebar att de dittillsvarande bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF rörande upphandling på försvars-

[25] Prop. 2013/14:13 s. 11–21.
[26] a. prop. s. 24.

och säkerhetsområdet utgick. 15 kap. LUFS utformades i enlighet med 15 kap. LOU.[27] Se om LUFS vidare avsnitt 19.1.

3.6 Regleringen i LUK ger ett betydande handlingsutrymme

Samtidigt med att LOU- och LUF-direktiven beslutades, dvs. i februari 2014, beslutades också LUK-direktivet. Det direktivet genomfördes, samtidigt med de två andra direktiven, med en helt ny lag, LUK.

LUK gäller för både upphandlande myndigheter och enheter, när de väljer att upphandla ett kontrakt i formen av en tjänstekoncession eller en byggkoncession. Vid sådan upphandling ger LUK-direktivet den upphandlande myndigheten eller enheten ett betydligt större handlingsutrymme att organisera förfarandet än vad LOU- och LUF-direktiven medger. 15 kap. LUK om upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området innehåller därför endast sådana grundläggande bestämmelser som är nödvändiga för att säkerställa likabehandling och öppenhet under tilldelningsförfarandet. Detta kapitel är betydligt kortare än motsvarande kapitel i LOU och LUF.[28] Enligt samma mönster som för 19 kap. LOU och LUF gäller 15 kap. LUK för upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och för upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster, angivna i lagens bilaga 3, oavsett värde.

I 15 kap. LUK finns 11 paragrafer som reglerar kapitlets tillämpningsområde (1 §), principer för upphandling (2–4 §§), annonsering (5 §), direktupphandling (6 och 7 §§), information till leverantörer (8 §), dokumentation (9 och 10 §§) samt rättsmedel och tillsyn (11 §).

Det finns i 15 kap. LUK inte någon motsvarighet till katalogen i 19 kap. 2 § LOU respektive LUF. I specialmotiveringen till 15 kap. 1 § anges att det ligger i sakens natur att vissa övriga bestämmelser i lagen är tillämpliga vid sådan upphandling som omfattas av kapitlets tillämpningsområde, utan att det anges särskilt. Det rör sig om 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner) och 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde). Bestämmelserna i 5 kap. (tröskelvärde) måste vidare användas för att avgöra om en

[27] Prop. 2010/11:150 del 1 s. 173.
[28] Prop. 2015/16:195 del 2 s. 882.

upphandlings värde beräknas understiga tröskelvärdet och bestämmelserna i 15 kap. därmed blir tillämpliga. Det finns, enligt regeringen, inte något som hindrar att även andra bestämmelser på det direktivstyrda området, som t.ex. bestämmelsen om reserverad upphandling, tillämpas vid upphandling under tröskelvärdena så länge de allmänna principerna iakttas.[29]

I 15 kap. 11 § anges att bestämmelserna i 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), 17 kap. (upphandlingsskadeavgift) och 18 kap. (tillsyn) gäller vid upphandling enligt 15 kap.

När det gäller förfarandet vid upphandling av koncessioner över tröskelvärdet anges i 6 kap. 1 § LUK att en upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera detta under förutsättning att principerna i 4 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i lagen följs. Detta gäller, utan att det finns någon uttrycklig bestämmelse, även för upphandlingar av koncessioner enligt 15 kap.

Att upphandlande myndigheter och enheter har stor frihet att själva organisera förfarandet har sin grund i att koncessioner oftast är långsiktiga och komplicerade arrangemang som kräver individuella lösningar. Principerna om öppenhet och insyn ska dock följas och det ska även finnas vissa garantier vid tilldelningsförfarandet. Garantierna avser bl.a. information om koncessionen och hur informationen ska göras tillgänglig samt regler om att villkoren inte får frångås. Reglerna syftar till att förhindra orättvis behandling av potentiella anbudssökande.[30]

3.7 Den icke direktivstyrda regleringen i LOU och LUF är svåröverskådlig och otymplig

Tillämpningsområdet för de icke direktivstyrda reglerna i LOU och LUF

LOU-direktivet och LUF-direktivet, som beslutades i EU i februari 2014, genomfördes i Sverige med två nya lagar, LOU och LUF. De ersatte 2007 års lagar och trädde i kraft den 1 januari 2017 (prop. 2015/16:195).

[29] A. prop. del 2 s. 1 373.
[30] a. prop. del 2 s. 1 343 f.

När det gäller bestämmelserna i 15 kap. i 2007 års LOU och LUF var de inte föremål för någon lagteknisk översyn i lagstiftningsärendet. De har i allt väsentligt förts över oförändrade från 2007 års lagar. Regeringens utgångspunkt var att reglerna borde föras över till 19 kap. i de nya lagarna med endast de justeringar och kompletteringar som var påkallade till följd av ändrad reglering på det direktivstyrda området.[31]

Exempel på nyheter som, till följd av ändringar på det direktivstyrda området, har tagits in i 19 kap. LOU och LUF är att kommunikationen under upphandlingen ska ske med elektroniska medel och att upphandlingsdokumenten ska göras tillgängliga med sådana medel. En annan nyhet är att en upphandling ska kunna ske enligt ett dynamiskt inköpssystem. Även om syftet med att föra in dessa regler har varit att åstadkomma överensstämmelse mellan det icke direktivstyrda regelverket och det direktivstyrda, kan utredningen konstatera att tilläggen ofrånkomligen har ökat kapitlets komplexitet.

I de nya direktiven har uppdelningen i A- och B-tjänster avskaffats. I stället har införts enklare och mer flexibla regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, vilka räknas upp i en bilaga till respektive direktiv. Upphandling av dessa tjänster omfattas i LOU och LUF av samma bestämmelser som upphandling under tröskelvärdena. Tjänsterna anges i bilaga 2 till respektive lag. Bestämmelserna i 19 kap. LOU respektive LUF gäller alltså dels för upphandling vars värde beräknas understiga relevanta tröskelvärden, dels för upphandling av tjänster enligt bilaga 2, i det sistnämnda fallet oberoende av värdet.

Struktur och utformning av reglerna i LOU och LUF

19 kap. i såväl LOU som LUF består av 34 paragrafer. I 19 kap. 1 § anges att kapitlet gäller för upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2. Detta följer också av 1 kap. 4 § i respektive lag.

De definitioner som enbart gäller för upphandling enligt detta kapitel – definitioner av begreppen direktupphandling, förenklat förfarande och urvalsförfarande – har placerats i 19 kap. 4–6 §§, efter

[31] Prop. 2015/16:195 del 2 s. 882.

att i 2007 års lagar ha varit placerade i ett inledande kapitel med definitioner.

19 kap. 2 § är, liksom 15 kap. 2 § i 2007 års lagar, utformad som en katalog. Katalogen består nu av ett större antal strecksatser med relativt omfattande hänvisningar till kapitel eller enskilda bestämmelser i lagen i övrigt. I vissa fall, t.ex. beträffande 4 kap., hänvisas först till ett kapitel såsom generellt tillämpligt, varefter undantag görs för vissa i kapitlet ingående paragrafer. 19 kap 2 § LOU har följande utformning.

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas
– 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner),
– 2 kap. (blandad upphandling),
– 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde),
– 4 kap. (allmänna bestämmelser), utom 6 och 7 §§ om begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud, 10-12 §§ om val av anbud samt 13–17 §§ om tilldelning av ett kontrakt i separata delar,
– 7 kap. (ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling), utom 14-23 §§ om gemensam upphandling med myndighet från annan medlemsstat,
– 8 kap. 1–14 §§ (dynamiska inköpssystem), utom 6 § om ändringar i giltighetstiden, 8 och 11 §§ om tidsfrister samt 12 och 13 §§ om tilldelning av kontrakt och egen försäkran av leverantörer,
– 9 kap. 6 § (uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer),
– 9 kap. 12–15 §§ (märkning),
– 14 kap. 2 § (behörighet att utöva yrkesverksamhet),
– 17 kap. 1 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
– 20 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
– 21 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
– 22 kap. (tillsyn).

I 3 § görs relativt omfattande hänvisningar till andra bestämmelser i lagen som ska tillämpas vid konkurrenspräglad dialog samt vid upphandling över tröskelvärdet av sådana tjänster som anges i lagens bilaga 2, dvs. sociala tjänster och andra särskilda tjänster. I LOU har paragrafen följande utformning.

3 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 6 och 7 §§, 6 kap. 1 § 5 och 20–29 §§, 10 kap. 9 och 10 §§ och 11 kap. 3 §.

Vid upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, tillämpas även bestämmelserna om tekniska specifikationer i 9 kap. 1–5 och 7–11 §§, om annonsering i 10 kap. 1, 2 och 4 §§ och om individuella rapporter i 12 kap. 15 och 16 §§.

I kapitlets paragrafer i övrigt görs i många fall ytterligare hänvisningar till andra bestämmelser i lagen. I 19 kap. LOU görs hänvisningar i

- 7 § första stycket (6 kap. 3 §, 8 kap. 15–27 §§),
- 7 § tredje stycket (5 kap. 1 §, 6 kap. 12–19 §§),
- 11 § andra stycket (4 kap. 18 §),
- 14 § tredje stycket (10 kap.),
- 16 § (12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket, undantag görs för 12 kap. 1–5 §§ vid direktupphandling),
- 18 § första stycket (13 kap. 1 §),
- 18 § andra stycket (13 kap. 2 och 3 §§),
- 18 § tredje stycket (15 kap. 7–9 §§),
- 19 § (13 kap. 2 §),
- 29 § första stycket (12 kap. 12 § och 12 kap. 13 §),
- 31 § andra stycket (12 kap. 15 §)
- 33 § andra stycket (12 kap. 20–24 §§),
- 34 § första stycket (18 kap. 1 och 3–6 §§, 5 kap. 1 §).

På några ställen hänvisas också till reglering i andra lagar. I 19 kap. 13 § andra stycket LOU hänvisas till 8 kap. 7 § regeringsformen, i 31 § första stycket hänvisas till arkivlagen (1990:782) och i 32 § hänvisas till 2 kap. tryckfrihetsförordningen.

På samma sätt som i 2007 års lagar motsvarar vissa paragrafer i 19 kap. helt eller delvis bestämmelser i andra kapitel. I 19 kap. LOU gäller detta följande bestämmelser.

- 23 § om tillgång till andra företags kapacitet motsvarar delvis 14 kap. 6 §,
- 24 § om tilldelning av kontrakt motsvarar 16 kap. 1 §,
- 25 § första stycket om utvärdering av anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet motsvarar 16 kap. 2 § första stycket,

- 25 § andra stycket om utvärdering av anbud på grunden kostnad motsvarar 16 kap. 3 §,
- 26 § om viktning av tilldelningskriterier motsvarar i allt väsentligt 16 kap. 6 §
- 27 § om onormalt låga anbud motsvarar delvis 16 kap. 7 §,
- 28 § om information till leverantörer motsvarar 12 kap. 11 § första stycket,
- 31 § om arkiveringsskyldighet för myndigheter som inte omfattas av arkivlagen motsvarar 12 kap. 17 §.

I 32 och 33 §§ om tillgång till kontrakt finns vidare bestämmelser som anknyter till bestämmelserna i 12 kap. 18 och 19 §§ om detta. Bestämmelserna i 19 kap. gäller för vissa större kontrakt avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster. I fråga om utlämnande av sådana kontrakt hänvisas, som framgår ovan, i 33 § andra stycket till 12 kap. 20–24 §§.

Lagrådet ansåg att den valda lagstiftningstekniken gör regleringen svåröverskådlig och otymplig. Detta, menade Lagrådet, är särskilt olyckligt eftersom de som har att tillämpa regleringen i betydande utsträckning är myndigheter med små resurser och begränsad upphandlingskompetens.[32] Utredningen instämmer i Lagrådets synpunkter.

[32] a. prop. del 4 s. 1016.

4 Ett enklare och flexiblare regelverk

4.1 Utredningens uppdrag avser upphandlingar enligt 19 kap. LOU och LUF

Bedömning: Utredningens uppdrag i fråga om att föreslå ett förenklat och flexiblare regelverk omfattar sådana upphandlingar som regleras i 19 kap. LOU och LUF, dvs. upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader med beräknat värde under EU:s tröskelvärden samt upphandling av s.k. sociala eller andra särskilda tjänster med beräknat värde såväl under som över det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster.

Utredningen ska enligt kommittédirektiven undersöka och bedöma behovet av att göra reglerna som styr upphandlingarna under tröskelvärdena enklare och mer flexibla, med beaktande av såväl upphandlande myndigheters och enheters intressen som leverantörers intressen, bl.a. hos små och medelstora företag samt idéburna organisationer.

Utredningen ska också, med beaktande av Välfärdsutredningens förslag och den fortsatta beredningen av dessa, analysera och bedöma behovet och lämpligheten av att ha särskilda och delvis olika regler – dels för upphandling av välfärdstjänster, dels för upphandling under tröskelvärdena och upphandling av andra tjänster i kategorin social tjänster och andra särskilda tjänster än välfärdstjänster – i jämförelse med att, såsom enligt nuvarande ordning, ha ett enhetligt regelverk för alla sådana upphandlingar. Utredningen ska föreslå hur bestämmelserna om upphandlingar under tröskelvärdena kan utformas i LOU och LUF.

Utredningen har utgått från att uppdraget att föreslå ett förenklat och flexiblare regelverk omfattar alla upphandlingar som regleras i

nuvarande 19 kap. LOU respektive LUF. Således omfattar utredningens förslag reglerna för upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader med beräknat värde under EU:s tröskelvärden samt reglerna för upphandling de s.k. sociala tjänster och andra särskilda tjänster, som anges i bilagor till lagarna, i detta fall med ett beräknat värde såväl under som över det särskilda tröskelvärde som gäller för dessa tjänster. Dessa upphandlingar behandlas i detta betänkande gemensamt under benämningen icke direktivstyrda upphandlingar.

Utredningen ska enligt direktiven även analysera och bedöma om det är möjligt och lämpligt att införa motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF i LUK eller LUFS och, om så är fallet, föreslå hur bestämmelserna kan utformas. Utredningens överväganden i denna del finns i avsnitt 19.

Detta avsnitt (avsnitt 4) innefattar i huvudsak bedömningar i fråga om den allmänna inriktningen av utredningens förslag. I avsnitt 4.2 behandlas frågan om någon reglering alls ska föreslås, eller om de aktuella upphandlingarna helt eller till någon del bör undantas från upphandlingslagarna. I avsnitt 4.3 analyseras vad förenkling och ökad flexibilitet innebär för dem som använder upphandlingslagarna, och hur detta påverkar utredningens förslag. I avsnitt 4.4 behandlas frågan om ett förenklat regelverk för de icke direktivstyrda upphandlingarna bör inarbetas i upphandlingslagarna eller presenteras i formen av en eller flera separata lagar. I avsnitt 4.5 redogör utredningen för de principiella utgångspunkter och målsättningar som gäller för utredningens förslag.

4.1.1 Proposition (2017/18:158) om ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling av välfärdstjänster

Regeringen har i proposition (2017/18:158) om ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling av välfärdstjänster föreslagit vissa ändringar i LOU i syfte att förenkla vid upphandling av välfärdstjänster vars värde beräknas understiga tillämpligt EU-tröskelvärde på 750 000 euro. Något renodlat undantag föreslås inte. För upphandling av sådana tjänster föreslås att ett fåtal regler i 19 kap. LOU ska gälla om bl.a. annonsering, information till leverantörerna och dokumentation av upphandlingen. Vissa andra allmänna bestämmelser i lagen ska också vara tillämpliga vid sådan upphandling, t.ex.

bestämmelserna om rättsmedel. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna föreslås endast vara tillämpliga om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Vid den tidpunkt då detta betänkande färdigställs har propositionen överlämnats till riksdagen, som dock ännu inte har behandlat den i kammaren.

Utredningen beaktar givetvis regeringens förslag, så som det också följer av kommittédirektiven att utredningen ska göra. Vid utformningen av föreslagna ändringar i LOU har utredningen emellertid utgått från LOU:s nuvarande lydelse och innehåll, och inte från förslagen i propositionen.

4.2 Upphandlingarna ska även fortsättningsvis regleras

Bedömning: De icke direktivstyrda upphandlingarna bör inte lämnas oreglerade eller undantas från upphandlingslagarna.

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

Utredningen för ett stärkt civilsamhälle lämnade ett förslag av sådan innebörd. Den utredningen föreslog att upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster vars beräknade värde understeg tillämpligt tröskelvärde, och som inte hade ett gränsöverskridande intresse, inte skulle omfattas av LOU.[1]

Välfärdsutredningen lämnade ett liknande förslag beträffande upphandling av välfärdstjänster, dvs. hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster. Den utredningen föreslog att de nämnda tjänsterna, under tröskelvärdet, skulle undantas från LOU. I de fall en upphandling av en sådan tjänst i det enskilda fallet bedömdes ha ett bestämt gränsöverskridande intresse skulle dock vissa bestämmelser i lagen tillämpas.[2]

[1] SOU 2016:13 s. 362 f.
[2] SOU 2016:78 s. 532 f.

Utredningen har övervägt alternativet att föreslå att de icke direktivstyrda upphandlingarna lämnas helt oreglerade. Det finns internationella exempel på sådana lösningar. I exempelvis Finland är så fallet beträffande upphandling inom försörjningssektorerna.

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. En övervägande del av de intressenter som utredningen har träffat har också förespråkat att såväl det övergripande kravet på konkurrensutsättning liksom skyldigheten att följa de grundläggande principerna ska finnas kvar vid de icke direktivstyrda upphandlingarna.

Utredningen har därför inte lämnat något förslag av innebörd att de icke direktivstyrda upphandlingarna lämnas helt oreglerade, eller att de till stora delar undantas. Det bör även fortsättningsvis finnas regler. Ett nytt regelverk kan emellertid göras mindre detaljerat och mer lättillgängligt än det nuvarande.

4.3 Ett regelverk med ramar och nödvändiga skyddsregler

Bedömning: Ett nytt regelverk för icke direktivstyrd upphandling som omfattas av LOU och LUF bör vara enklare till såväl utformning som innehåll.

Regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för upphandling men även omfatta bestämmelser som är nödvändiga bl.a. till skydd för leverantörer. I övrigt bör regelverket lämna ett stort utrymme åt de upphandlande myndigheterna och enheterna att själva utforma förfarandet i varje upphandling.

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

Förenkling och flexibilitet – för vem?

Vad innebär en ”enklare” reglering? Utredningen anser att en förenkling bör omfatta såväl utformningen av som det materiella innehållet i regelverket.

En förenklad struktur eller *utformning* av regelverket är till fördel för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Som konstaterats ovan är nuvarande 19 kap. LOU respektive LUF både svåröverskådligt och otympligt (se avsnitt 3.7). En given målsättning är därför att regelverket ska ges en tydligare och mer lättillgänglig struktur.

Med ett förenklat materiellt *innehåll* måste enligt utredningen förstås ett regelverk som har färre och mindre detaljerade regler än det nuvarande. Både för inköpare eller upphandlare vid upphandlande myndigheter och enheter och för involverade leverantörer skulle ett sådant regelverk vara lättare att ta till sig och tillämpa, jämfört med det nuvarande detaljerade och snåriga regelverket.

Det nyss sagda gäller åtminstone vid en första anblick. Om ett regelverk med färre regler innebär att upphandlingarna till än större del än i dag kommer att styras av oskrivna regler och svårtillgänglig rättspraxis, skulle enkelheten kunna bli en chimär. Det behöver inte innebära en förenkling i praktiken att ha färre uttryckliga regler. Utredningen bedömer dock att det är möjligt att ge det icke direktivstyrda regelverket ett mindre detaljerat innehåll utan en sådan ovälkommen kantring.

För leverantörernas del skulle ett regelverk som ger större handlingsutrymme för de upphandlande myndigheterna och enheterna kunna innebära att det blir svårare att förutse hur myndigheterna och enheterna avser att genomföra sina olika upphandlingar. För leverantörerna skulle ett steg i förenklande riktning kanske snarare kunna vara att framtida upphandlingar genomfördes med ännu större enhetlighet beträffande förfarandet.

Även leverantörerna torde dock gynnas av om varje upphandling bättre skulle kunna anpassas efter vad som upphandlas och dess värde. Det skulle förbättra möjligheterna för dem att styra företagets resurser, och totalt sett minska såväl kostnader som nedlagd tid vid anbudsgivning i upphandlingar. På så sätt kan flexibiliteten öka också för leverantörerna genom ett friare regelverk.

Att upphandlingarna skulle kunna se mer olika ut beträffande själva genomförandet, utesluter heller inte en utveckling mot enklare administration för leverantörerna genom exempelvis standardisering av annonsformulär och större enhetlighet beträffande upphandlingsdokumentens utformning. Deltagande i nätverk, marknadsdialoger och inte minst Upphandlingsmyndighetens arbete kan också bidra till att upphandlingar på olika områden genomförs på ett mer standardiserat och enhetligt sätt. Detta kan innebära ökad förutsebarhet för leverantörerna och reducerade transaktionskostnader för samtliga aktörer i en upphandling.

Ett regelverk som anger ramarna och skyddar leverantörernas rättigheter

De flesta av bestämmelserna i det nuvarande regelverket är utflöden av någon eller några av de grundläggande principerna för upphandling. De upphandlande myndigheterna och enheterna är väl förtrogna med kravet att dessa principer ska upprätthållas genom hela upphandlingsförfarandet, och generellt vad det innebär i praktiken. Ett regelverk bör enligt utredningen utformas med utgångspunkt från detta faktum. Det kan omfatta färre och mindre detaljerade regler, utan att det innebär alltför stor osäkerhet om vad som i givna situationer är tillåtet och inte. När det gäller direktupphandlingar finns enligt utredningens bedömning också ett utrymme att låta andra principer än de EU-rättsliga vara vägledande. Det utrymmet bör enligt utredningen tas till vara.

En målsättning för de icke direktivstyrda upphandlingsreglerna bör enligt utredningen vara att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer att göra goda och sunda affärer med varandra. Reglerna bör då utformas med utgångspunkt från att den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna, och deras anställda, vill och är kapabla göra just detta (se avsnitt 4.5). Det måste enligt utredningen också beaktas att det, utöver upphandlingsreglerna, finns många andra författningar och föreskrifter som styr vad som är tillåtet och lämpligt agerande i upphandlingar (se avsnitt 6).

Ett mindre detaljerat regelverk, som syftar till att ange ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme,

kan ge myndigheterna och enheterna incitament att utforma förfarandet efter omständigheterna i den specifika upphandlingen: vad det är som upphandlas, av vem och från vilka, samt upphandlingens uppskattade värde. På så sätt ökar myndigheternas och enheternas flexibilitet.

Ett enklare och flexiblare regelverk kan ge de positiva effekterna att de upphandlande myndigheterna och enheterna ges mer tid att

- fokusera på affärsutveckling (smartare och bättre affärer samt möjlighet att utveckla affären genom samarbete på upphandlingsområdet),
- upphandla innovationer,
- genom sina upphandlingar uppnå andra samhälleliga mål,
- utforma upphandlingar så att deltagande underlättar för små och medelstora företag och idéburen sektor,
- upprätta bra avtal för upphandlingarna,
- följa upp de upphandlade avtalen,
- hålla dialog både före, under och efter en upphandling liksom att upprätthålla en god relation med leverantörerna under avtalsperioden.

Ovanstående effekter skulle gynna såväl de upphandlande myndigheterna och enheterna som leverantörerna på marknaden. Effekterna skulle därmed bidra till en bättre och mer ändamålsenlig offentlig upphandling, till nytta för samhället i stort.

En förutsättning för att dessa effekter ska inträda är dock att intresserade leverantörer på ett enkelt sätt kan få tillgång till tillräcklig och tydlig information om hur en förestående upphandling är tänkt att genomföras. Att en upphandlande myndighet eller enhet lämnar sådan information är viktigt också för att förebygga riskerna för korruption och godtycke.

En större frihet för de upphandlande myndigheterna och enheterna när det gäller att utforma upphandlingsförfarandena måste därför kombineras med en relativt långt gången skyldighet att informera i upphandlingsdokumenten om hur upphandlingen ska genomföras. Utredningen vill dock i sammanhanget påpeka att ansvaret för

bra och tydliga upphandlingsdokument inte enbart åvilar de upphandlande myndigheterna och enheterna, utan också leverantörerna. När leverantörerna tar del av upphandlingsdokumenten och ser oklarheter bör de använda de medel som står till buds, såsom institutet frågor och svar, i syfte att undanröja otydligheter.

Utredningen bedömer att vissa av reglerna i nuvarande 19 kap., som är skyddsregler för leverantörerna, bör finnas kvar. Det gäller exempelvis reglerna om leverantörers rätt att åberopa ett annat företags kapacitet och om skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att kommunicera med en leverantör inför vissa beslut om uteslutning. De först nämnda reglerna behövs för att tillförsäkra affärsmöjligheter för framför allt små leverantörer och därmed för att tillförsäkra att konkurrensen i de offentliga upphandlingarna blir så god som möjligt.

En allmän inriktning i arbetet med förenkling bör också vara att i respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt. Syftet är att undvika gränsdragningsproblem och tvister i frågan om rätt regler har tillämpats.

4.4 Formen för ett förenklat regelverk

Utredningen ska enligt direktiven väga för- och nackdelar med att, såsom enligt nuvarande och tidigare ordning, reglera de icke direktivstyrda upphandlingarna i ett särskilt kapitel i upphandlingslagarna, jämfört med att reglera sådana upphandlingar i en eller flera separata lagar.

4.4.1 De icke direktivstyrda reglerna bör inte tas in i en eller flera separata lagar

Bedömning: Icke direktivstyrd upphandling bör inte regleras i en eller flera separata lagar.

Det finns många små upphandlande myndigheter och enheter som kan antas till övervägande del upphandla med stöd av de icke direktivstyrda reglerna, dvs. 19 kap. LOU och LUF. Upphandlingsfunktionen hos dessa myndigheter och enheter kan många gånger ha

begränsade resurser. En målsättning bör vara att det regelverk som dessa myndigheter och enheter huvudsakligen använder ska vara så lättillgängligt och lättanvänt som möjligt. Det kan inte sägas vara fallet i dag.

Om de icke direktivstyrda reglerna togs in i en eller flera separata lagar, skulle det kunna öka användarvänligheten vilket skulle vara till nytta inte minst för de nyss nämnda myndigheterna och enheterna. Det skulle också kunna minska risken för att reglerna för upphandling under tröskelvärdet automatiskt tolkas lika strikt som reglerna över tröskelvärdet, även i de fall när det faktiskt finns ett utrymme för ett annat angreppssätt och en mer flexibel tolkning.

En viktig utgångspunkt är dock att de icke direktivstyrda upphandlingarna även fortsättningsvis, som huvudregel, ska omfattas av de grundläggande principerna för upphandling, vilka är grunden för de direktivstyrda reglerna. Det icke direktivstyrda regelverket måste också i princip ha samma tillämpningsområde som det direktivstyrda. En annan ordning skulle kunna bli mycket komplex, och riskerar att ge upphov till gränsdragningsproblem och svårbedömda tolkningsfrågor.

I en eventuell separat lagstiftning bör således bestämmelserna om tillämpningsområdet, undantag från tillämpningsområdet och i princip även bestämmelserna om beräkning av en upphandlings uppskattade värde, överensstämma med bestämmelserna om detta i respektive ”huvudlag” – dvs. bestämmelserna i 1 och 3 kap. samt 5 kap. LOU och LUF.

En separat lagstiftning skulle därför behöva innehålla självständiga bestämmelser på nämnda områden, som i princip var likalydande med motsvarande bestämmelser i huvudlagarna. Ett alternativ skulle kunna vara att göra hänvisningar till huvudlagarna. Sådana hänvisningar skulle dock antingen i sig bli tämligen omfattande eller, om en mer generell hänvisningsteknik används, riskera att ge upphov till oklarheter och tolkningsfrågor. Allt det nu sagda går emot målsättningen att förenkla regelverket.

Det torde också, enligt utredningens bedömning, vara vanligare att de som tillämpar lagarna genomför upphandlingar såväl under som över tröskelvärdet enligt en och samma upphandlingslag, än att de endast upphandlar enligt de icke direktivstyrda delarna i de olika lagarna.

Ett argument för en separat lagstiftning som har förts fram under arbetet med detta betänkande är att en separat lag, gemensam för all icke direktivstyrd upphandling, skulle onödiggöra lagvalsbestämmelser om s.k. blandad upphandling. De nya, direktivstyrda bestämmelserna om detta i 2 kap. LOU, LUF och LUK uppfattas som komplicerade och svårtillgängliga. Utredningen kan i och för sig instämma i den uppfattningen. Utredningen bedömer emellertid att det även i en separat lag skulle behöva finnas bestämmelser som behandlar blandad upphandling, antingen självständigt eller genom hänvisningar till huvudlagarna. I annat fall skulle det kunna uppstå osäkerhet om vilket regelverk som får eller ska vara styrande exempelvis när en upphandling omfattas av dels den separata icke direktivstyrda lagen, dels någon av de direktivstyrda ”huvudlagarna”. Sådana oklarheter bör undvikas, i synnerhet när en upphandling delvis avser försvars- eller säkerhetsaspekter.

Utredningens sammantagna mening är att kopplingen i sak mellan de båda regelnivåerna – dvs. reglerna för direktivstyrd respektive icke direktivstyrd upphandling, inom respektive upphandlingslag – är så utpräglad att det är mest lämpligt att arbeta in de icke direktivstyrda bestämmelserna i respektive lag. Det finns ett utrymme att på det icke direktivstyrda området ha andra och enklare regler än de direktivstyrda, men det bör tas tillvara inom ramen för de befintliga lagarna.

4.4.2 Ska LOU och LUF disponeras om i avdelningar?

Utredningen har övervägt om LOU och LUF ska struktureras om i avdelningar, i förtydligande och förenklande syfte. Våra nordiska grannländer Finland, Norge och Danmark har samtliga valt att disponera sina upphandlingsregelverk i avdelningar. Här kan i synnerhet framhållas Norge, vars anskaffelseforskrift, som trädde i kraft den 1 januari 2017, är tydligt utformad och strukturerad i avdelningar. Den föreskriften är enligt utredningen betydligt mer lättillgänglig än LOU och LUF.

En disposition av lagarna i avdelningar skulle kunna ge tydligare, mer överskådliga och mer lättillgängliga lagar. Det skulle kunna vara en förenkling som i sig skulle innebära att lagarna uppfattas som mer lättillämpade. 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 emellertid stannat för att inte lägga fram ett sådant förslag. Det skulle behöva läggas i formen av helt nya upphandlingslagar. Lagstiftningen på området för offentlig upphandling har nyligen genomgått en omfattande reform, vilken ledde till ikraftträdandet av tre nya lagar den 1 januari 2017. Att relativt snart efter detta återigen införa helt nya lagar skulle komplicera tillämpningen. Den avgörande orsaken är emellertid att utredningen, på grund av den korta utredningstiden, inte har haft tid att ta fram ett förslag av en så stor omfattning som det skulle behöva bli frågan om.

4.4.3 Nya kapitel i LOU och LUF

Förslag: Det förenklade regelverket för icke direktivstyrd upphandling arbetas in i de befintliga lagarna, LOU och LUF, med bibehållen struktur.

Som framgår ovan har utredningen stannat för att föreslå ett förenklat och flexiblare regelverk i formen av ändringar av nu gällande LOU och LUF. Det innebär främst en ny lydelse av 19 kap. LOU och LUF, som enligt förslaget ska innehålla bestämmelser om sådan icke direktivstyrd upphandling som är annonspliktig, och ett helt nytt 19 a kap., som ska innehålla bestämmelser om direktupphandling.

4.5 Utredningens principiella utgångspunkter och målsättning

Principiella utgångspunkter för den icke direktivstyrda regleringen

Upphandlande myndigheter och enheter har redan genom de krav som gäller för offentlig förvaltning att genomföra upphandlingar på ett objektivt, öppet och affärsmässigt sätt. Sådana krav följer exempelvis av grundlagarna (se avsnitt 6).

Vid utredningens externa kontakter har företrädare för de upphandlande myndigheterna och enheterna också genomgående hållit

fram att det ligger i deras eget intresse att genomföra upphandlingarna med uppsökande av konkurrens, upprätthållande av opartiskhet och öppenhet samt på ett affärsmässigt sätt, oavsett vilka lagregler som gäller för handläggningen. Även leverantörerna till offentlig sektor har gett uttryck för en sådan inställning. Det är utredningens uppfattning att det icke direktivstyrda regelverket bör utformas med detta som utgångspunkt.

Utredningen har därför, sammanfattningsvis, utformat författningsförslagen från 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.

Målsättning med den icke direktivstyrda regleringen

Med nyss nämnda principiella utgångspunkter har utredningen följande målsättning med författningsförslagen.

- Lagstiftningen ska utformas så lättillgängligt och användarvänligt som möjligt.
- Lagstiftningen ska möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer att göra goda och sunda affärer med varandra.
- Lagstiftningen ska motverka korruption. Lagstiftningen ska bidra till att såväl leverantörer som allmänheten i övrigt har förtroende för att de upphandlande myndigheterna genomför sina upphandlingar med bibehållen integritet och utan godtycke.
- Lagstiftningen ska styra de upphandlande myndigheterna och enheterna mot att ta till vara konkurrensen på marknaden. Konkurrensuppsökandet ska emellertid kunna göras med så låga transaktionskostnader som möjligt. En upphandlande myndighet

eller enhet ska kunna genomföra varje upphandling på ett sätt som står i proportion till anskaffningens art, omfång och värde.

- Samtidigt ska regler och normer styra myndigheten eller enheten mot att genomföra upphandlingen på ett sådant sätt att de leverantörer som vill delta får en faktisk möjlighet att utforma sitt bästa anbud. Exempelvis ska fristen för ingivande av anbud vara tillräckligt lång.
- Lagstiftningen ska möjliggöra för de upphandlande myndigheterna och enheterna att genomföra en upphandling så att det anbud kan antas som tillgodoser myndighetens eller enhetens behov på bästa sätt.
- Den administrativa bördan för alla inblandade aktörer ska minimeras.
- Lagstiftningen ska möjliggöra för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ta strategiska hänsyn för att uppnå andra samhälleliga mål, som att värna om miljön, ta sociala hänsyn samt att underlätta för idéburen sektor och små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.
- Lagstiftningen ska ge tillräckliga möjligheter för rättslig kontroll av den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut under en upphandling. Lagstiftningen ska således ge nödvändiga ramar för att åstadkomma en bra balans mellan intressena av effektivitet och rättssäkerhet.

5 Upphandlingsregler i några andra stater

Utredningen ska enligt kommittédirektiven redogöra för hur ett relevant urval av EU- och EES-stater har valt att reglera upphandling under EU-direktivens tröskelvärden.

Utredningen har därför inhämtat information om den upphandlingsregleringen i vissa stater, bl.a. genom en enkätundersökning. Undersökningen har avsett det som i detta betänkande benämns den icke direktivstyrda regleringen, dvs. regler om upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader under EU:s tröskelvärden samt all upphandling (oberoende av värde) av de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna, som finns intagna i bilagor till 2014 års upphandlingsdirektiv (exempelvis bilaga XIV till LOU-direktivet).

I redogörelsen nedan avses med offentlig upphandling sådan upphandling som i materiellt avseende omfattas av LOU-direktivets tillämpningsområde. Med upphandling inom försörjningssektorerna avses sådan upphandling som materiellt omfattas av LUF-direktivets tillämpningsområde.

För de stater som har annan valuta än euro som sin nationella valuta, anges också förekommande belopp i den nationella valutan omvandlade till euro. Detta är bara en ungefärlig omvandling, som har gjorts och tagits med enbart för jämförbarhetens skull.

5.1 Danmark

5.1.1 Offentlig upphandling av varor och tjänster

Vattendelaren är om det finns det ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte

När det gäller offentlig upphandling av varor och tjänster under EU:s tröskelvärden är vattendelaren i Danmark huruvida upphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte.

Om upphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, ska den upphandlande myndigheten genomföra upphandlingen i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna, som principerna om likabehandling och transparens. Det är i dessa fall obligatoriskt att annonsera upphandlingen.

Det finns inte någon lagfäst definition av begreppet bestämt gränsöverskridande intresse. Allmänt kan sägas att ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse om en upphandlande myndighet finner att ett företag i en annan medlemsstat kan vara intresserat av att lämna anbud. Således rör bedömningen bara om ett företag i en annan medlemsstat än Danmark kan vara intresserat, och inte om kontraktet kan vara av intresse för ett utländskt företag som redan är verksamt i Danmark. Det är den enskilda upphandlande myndigheten som ska göra bedömningen.

Bedömningen av om ett visst kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse omfattar faktorer som föremålet för kontraktet, kontraktets uppskattade värde, förhållandena på den berörda marknaden – inklusive marknadens storlek, struktur och branschsedvänja – samt kontraktets geografiska belägenhet. Andra faktorer kan också ha betydelse och ska då ingå i bedömningen. Exempelvis kan kontraktets löptid påverka utländska företags vilja att lämna anbud. Ett långvarigt kontrakt ger bättre möjligheter att skriva av investeringar, vilket indikerar att kontraktet har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Om upphandlingen inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse, gäller ett nationellt tröskelvärde om 500 000 DKK (cirka 67 100 euro). Över det tröskelvärdet måste den upphandlande myndigheten tillförsäkra att inköpet sker på marknadsmässiga villkor, exempelvis genom att undersöka marknaden och bjuda in en leverantör på grundval av den undersökningen. Andra alternativ är att

bjuda in två eller flera leverantörer till budgivning eller att myndigheten annonserar upphandlingen på sin webbplats. De grundläggande principerna för upphandling är inte tillämpliga.

Under det nationella tröskelvärdet om 500 000 DKK saknas regler. Det som gäller över tröskelvärdet följer emellertid redan av de danska förvaltningsrättsliga principerna om bl.a. opartiskhet och proportionalitet. Dessa principer gäller i all verksamhet för sådana upphandlande myndigheter som är myndigheter. I praktiken har tröskelvärdet därför bara betydelse för sådana offentligrättsliga organ som inte är myndigheter.

För beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling tillämpas regler som motsvarar beräkningsreglerna i artikel 5 i LOU-direktivet.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Tjänsterna enligt LOU-direktivets bilaga XIV är enhetligt reglerade i Danmark. Det görs alltså inte någon åtskillnad mellan exempelvis sociala tjänster och de övriga tjänsterna i bilagan.

Över EU:s tröskelvärde om 750 000 euro gäller, i grova drag, en skyldighet att annonsera upphandlingen och att genomföra den med iakttagande de grundläggande principerna för upphandling.

Under EU:s tröskelvärde är, även beträffande dessa tjänster, vattendelaren om upphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Om den är det, gäller en skyldighet att annonsera upphandlingen och att genomföra den med iakttagande av de grundläggande principerna.

Om upphandlingen inte är av ett gränsöverskridande intresse, gäller – på samma sätt som beträffande övrig upphandling av tjänster – ett nationellt tröskelvärde om 500 000 DKK (cirka 67 100 euro). Över det tröskelvärdet, och upp till EU:s tröskelvärde, måste den upphandlande myndigheten genomföra upphandlingen på marknadsmässiga villkor. Under tröskelvärdet om 500 000 DKK saknas regler, men som nyss framhållits ska sådana upphandlande myndigheter som är myndigheter iaktta de förvaltningsrättsliga principerna.

5.1.2 Offentlig upphandling av byggentreprenader

För upphandling av byggentreprenader gäller två tröskelvärden – 300 000 DKK (cirka 40 311 euro), och 3 000 000 DKK (cirka 403 115 euro). Under det lägsta tröskelvärdet är det tillåtet att vända sig endast till en leverantör för erbjudande. I spannet mellan 300 000 DKK och 3 000 000 DKK, måste myndigheten bjuda in åtminstone två leverantörer i ett anbudsförfarande. Över det högsta tröskelvärdet, måste annonsering ske.

5.1.3 Upphandling inom försörjningssektorerna

När det gäller upphandling under EU:s tröskelvärden inom försörjningssektorerna, ska sådana upphandlande enheter som är statliga eller regionala myndigheter tillämpa reglerna på det klassiska området. Det diskuteras om sådana upphandlande enheter som inte är vare sig statliga eller regionala myndigheter, eller myndigheter, omfattas av principerna i fördraget.[1]

5.2 Finland

5.2.1 Offentlig upphandling

För offentlig upphandling av varor och tjänster (dock undantaget sociala tjänster och andra särskilda tjänster) gäller i Finland ett nationellt tröskelvärde om 60 000 euro. För byggentreprenader är det nationella tröskelvärdet 1 500 000 euro. När det uppskattade värdet av en upphandling ska beräknas, tillämpas bestämmelser som motsvarar beräkningsreglerna i artikel 5 i LOU-direktivet.

Upphandlingar med ett beräknat värde över det nationella tröskelvärdet ska annonseras i Hilma, den nationella databasen. För offentlig upphandling under det nationella tröskelvärdet gäller inte upphandlingslagstiftningen. Det betyder emellertid inte att det helt saknas reglering av betydelse för de upphandlande myndigheternas inköp. Upphandlande myndigheter som är offentliga myndigheter ska följa de allmänna förvaltningsrättsliga reglerna som bl.a. innebär

[1] Se EU-domstolens dom Wall, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182

ett krav på icke-diskriminering, samt allmänna regler om god ekonomisk hushållning. Upphandlande myndigheter som inte är offentliga myndigheter måste följa sådana policyers och påbud som har utfärdats av tillsynsorgan eller av enheter högre upp i administrationen. De flesta upphandlande myndigheter har även antagit egna interna riktlinjer eller policyers om upphandling under tröskelvärdena. I riktlinjerna för statliga myndigheter påbjuds exempelvis någon form av konkurrensutsättning vid all anskaffning över 10 000 euro.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

För offentlig upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster finns ett nationellt tröskelvärde, vilket uppgår till 400 000 euro. För de andra särskilda tjänsterna gäller ett tröskelvärde om 300 000 euro.

Under de angivna tröskelvärdena gäller inte upphandlingslagstiftningen. Andra allmänna regler har dock betydelse (se ovan).

Från och med det nationella tröskelvärdet och uppåt är ett och samma regelverk tillämpligt. EU:s tröskelvärde om 750 000 euro tillämpas alltså inte. Det betyder att de unionsanpassade reglerna gäller för finska upphandlande myndigheter vid upphandlingar av lägre värde än vad som kan vara fallet i andra medlemsstater.

Vid upphandlingar över det nationella tröskelvärdet är den upphandlande myndigheten skyldig att annonsera upphandlingen, vilket sker i den nationella annonsdatabasen. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna ska iakttas. I övrigt baseras reglerna om förfarandet på bestämmelserna i artikel 74 och följande artiklar om de sociala och andra särskilda tjänsterna i LOU-direktivet. Det finns bl.a. en bestämmelse som möjliggör direktupphandling om det med hänsyn till tryggandet av ett för klienten betydelsefullt vård- eller klientförhållande skulle vara uppenbart oskäligt eller särskilt oändamålsenligt att ordna ett anbudsförfarande eller byta tjänsteleverantör.

5.2.2 Upphandling inom försörjningssektorerna

Den finska lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är inte tillämplig för upphandlingar under EU:s tröskelvärden. På motsvarande sätt som vid upphandlingar under tröskelvärdet på det

klassiska området finns dock regler av annan karaktär samt, i förekommande fall, policyers som de upphandlande enheterna ska iaktta vid sin upphandling.

5.3 Norge

5.3.1 Offentlig upphandling

För all offentlig upphandling i Norge gäller ett lägsta nationellt tröskelvärde om 100 000 NOK (cirka 10 230 euro). Under denna gräns gäller inte upphandlingslagarna. Det finns också ett högre nationellt tröskelvärde om 1,1 miljoner NOK (cirka 112 527 euro), dock med undantag för de sociala och andra särskilda tjänsterna (se närmare nedan).

För offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader i spannet mellan 100 000 NOK och 1,1 miljoner NOK gäller ett fåtal regler. Det finns inte något absolut annonseringskrav. De grundläggande principerna ska emellertid iakttas. Det finns också en dokumentationsplikt. I en vägledning, utfärdad av närings- och fiskeridepartementet, behandlas bl.a. de grundläggande principernas betydelse vid anskaffningar i detta spann. I vägledningen betonas proportionalitetsprincipen som styrande för de övriga principernas tillämpning. Den proportionalitetsbedömning som ska göras, tar som utgångspunkt den upphandlande myndighetens arbetsinsats. Tanken är att möjliggöra för den upphandlande myndigheten att kunna genomföra anskaffningen i överensstämmelse med lagens målsättning om ett effektivt nyttjande av samhällets resurser. Den upphandlande myndigheten ska inte lägga ner mer arbete på inköpet än vad inköpets art, omfång, komplexitet och värde motiverar[2].

För upphandlingar över 1,1 miljoner NOK och upp till respektive EES-tröskelvärde gäller en annan uppsättning regler, som bl.a. innebär ett annonseringskrav. I detta spann finns två förfaranden tillgängliga, öppet och begränsat förfarande. Det öppna förfarandet är ett s.k. enstegsförfarande, där myndigheten tar in leverantörernas anbud efter en annons om upphandlingen. Det begränsade förfaran-

[2] ”Gennomföring av Del I-anskaffelser”, vägledning från Naerings- og fiskeridepartementet, www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/gjennomforing-av-del-i-anskaffelser/id2525566/

det är ett s.k. tvåstegsförfarande där det första steget efter myndighetens annons är att leverantörerna får ansöka om att få delta i förfarandet.

I båda förfarandena är dialog tillåten. Begreppet dialog omfattar i norsk rätt all kommunikation, allt från att reda ut oklarheter eller rätta felaktigheter i anbud till rena förhandlingar. Den upphandlande myndigheten ska upplysa i upphandlingsdokumenten om myndigheten planerar att använda dialog eller inte. Om så är fallet ska myndigheten ange om dialogen endast kommer att avse förtydliganden eller rättelse av felaktigheter eller om myndigheten avser att genomföra förhandlingar. Om myndigheten avser att hålla förhandlingar, ska den så vitt möjligt också beskriva hur förhandlingarna kommer att genomföras, exempelvis genom att ange en ungefärlig tidplan[3].

Det övre nationella tröskelvärdet har nyligen höjts från 500 000 NOK till den nuvarande gränsen om 1,1 miljoner NOK.

Hälso- och socialtjänster

I fråga om offentlig upphandling av hälso- och socialtjänster är det nationella gränsvärdet motsvarande EES-tröskelvärdet om 6,3 miljoner NOK (750 000 euro). För upphandlingar under detta belopp gäller reglerna för upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader under 1,1 miljoner NOK, dvs. ett fåtal regler och inget absolut annonseringskrav (se vidare ovan).

Över tröskelvärdet gäller ett regelverk som är baserat på artikel 74 i LOU-direktivet och de följande artiklarna om sociala och andra särskilda tjänster. Upphandlingen ska annonseras. Bland de materiella bestämmelserna kan nämnas att ”brukarval” anges som ett möjligt tilldelningskriterium, om det är det enda kriterium som används. Den upphandlande myndigheten kan vidare ingå långvariga kontrakt om det är nödvändigt på grund av brukarnas behov, kontraktsföremålet, investeringskostnader eller andra relevanta grunder. Den upphandlande myndigheten kan ingå löpande kontrakt med uppsägningsklausuler.

[3] ”Nye prosedyrer i del II”, vägledning från Naerings- og fiskeridepartementet, www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/nye-prosedyrer-i-del-2/id2518817/

Andra särskilda tjänster

Reglerna för offentlig upphandling av de andra särskilda tjänsterna motsvarar, upp till EU:s s tröskelvärde, reglerna för upphandling av ”vanliga” tjänster (dvs. sådana tjänster som över tröskelvärdet omfattas fullt ut av upphandlingsdirektiven). För upphandling med ett beräknat värde mellan 100 000 NOK och det nationella tröskelvärdet om 1,1 miljoner NOK gäller således ett fåtal regler, med betoning på proportionalitetsprincipen (se ovan). Om det beräknade värdet överstiger 1,1 miljoner NOK är de två förfarandena öppet och begränsat förfarande tillämpliga (se ovan). De reglerna gäller även för upphandlingar över EES-tröskelvärdet om cirka 6,3 miljoner NOK (750 000 euro). I dessa fall ska dock upphandlingen annonseras i hela EES-området.

5.3.2 Upphandling inom försörjningssektorerna

Även för upphandling inom försörjningssektorerna gäller ett nationellt tröskelvärde om 100 000 NOK, under vilken lagen inte gäller. Här finns dock inte något högre nationellt tröskelvärde. Nästa gräns är helt enkelt EES-tröskelvärdena för varor och tjänster (3,5 miljoner NOK), de sociala och andra särskilda tjänsterna (8,4 miljoner NOK) respektive byggentreprenader (44 miljoner NOK).

För upphandling över 100 000 upp till respektive tröskelvärde gäller vissa allmänna bestämmelser som exempelvis anger vilka verksamheter som omfattas av lagen och reglerar undantag, definitioner och blandade kontrakt. Några förfaranderegler i egentlig mening finns inte.

För upphandling av sociala och andra särskilda tjänster över EU:s tröskelvärde gäller ett regelverk som är inspirerat av artikel 91 i LUF-direktivet och de följande artiklarna om sociala och andra särskilda tjänster.

5.4 Island

5.4.1 Offentlig upphandling

De isländska nationella tröskelvärdena vid offentlig upphandling gäller för närvarande endast för statliga myndigheter. Tröskelvärdena är 15 500 000 ISK för varor och tjänster (cirka 127 153 euro)

och 49 000 000 ISK för byggentreprenader (cirka 401 969 euro). Enligt uppgift ska dessa tröskelvärden från och med den 1 juni 2019 gälla också för lokala myndigheter, såsom kommuner. Fram till dess har de lokala myndigheterna egna tröskelvärden, vilka ofta är mycket lägre än de nyss angivna.

I den isländska finanslagstiftningen finns ett krav på myndigheterna att ha särskilda policyers angående upphandling, även under de nationella tröskelvärdena. I den förvaltningsrättsliga lagstiftningen och konkurrenslagstiftningen finns vidare krav på att kontrakt under EES-tröskelvärdena ska annonseras.

Över de nationella tröskelvärdena, ska upphandling genomföras i enlighet med bestämmelser som genomför LOU-direktivet.

Under de nationella tröskelvärdena ska den upphandlande myndigheten alltid tillförsäkra effektivitet och göra jämförelser mellan så många leverantörer som möjligt. Jämförelserna ska som regel göras med användning av elektroniska medel. Vid upphandlingarna ska konkurrensaspekter beaktas och de ska genomföras i enlighet med de grundläggande principerna och bestämmelserna om tekniska specifikationer.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

För de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna är det nationella tröskelvärdet 115 620 000 ISK. Detta ska motsvara EU-tröskelvärdet, dvs. 750 000 euro. Över detta tröskelvärde ska upphandling genomföras i enlighet med bestämmelser som är inspirerade av artikel 74 i LOU-direktivet och följande artiklar. Under tröskelvärdet gäller de regler som också tillämpas vid upphandling av övriga tjänster.

5.4.2 Upphandling inom försörjningssektorerna

Även för upphandling inom försörjningssektorerna finns nationella tröskelvärden, som uppgår till 64 438 880 ISK för varor och tjänster (cirka 522 190 euro), 805 486 000 ISK för byggentreprenader (cirka 6 527 410 euro) och 154 160 000 ISK för sociala och andra särskilda tjänster (cirka 1 249 265 euro).[4]

[4] Avsikten är att de i ISK angivna beloppen ska motsvara EU:s tröskelvärden, den nuvarande skillnaden beror på fluktuationer i växelkursen.

Upphandling över tröskelvärdena ska genomföras med tillämpning av bestämmelser som genomför LUF-direktivet. Under de angivna tröskelvärdena gäller att den upphandlande enheten vid upphandlingen ska eftersträva effektivitet och att observera de grundläggande principerna.

5.5 Estland

5.5.1 Offentlig upphandling

Estlands nationella regelsystem för offentlig upphandling påminner till sin uppbyggnad om det norska, med två nationella tröskelvärden och därmed också två regelnivåer för upphandlingar under EU:s tröskelvärden. Det påminner emellertid också om den finska modellen för de sociala och andra särskilda tjänsterna. Det högsta nationella tröskelvärdet är lägre än motsvarande EU-tröskelvärde, men upphandling över det nationella tröskelvärdet ska genomföras med direktivstyrda regler även i de fall upphandlingens beräknade värde inte uppgår till EU-tröskelvärdet.

För upphandling av varor och tjänster (dock med undantag för sociala och andra särskilda tjänster, se nedan) gäller ett lägsta nationellt tröskelvärde om 30 000 euro och ett högre nationellt tröskelvärde om 60 000 euro. För upphandlingar under det lägsta tröskelvärdet finns inte några förfaranderegler. De grundläggande principerna är emellertid tillämpliga vid all upphandling i Estland, oberoende av sektor, uppskattat kontraktsvärde och kontraktstyp. Den upphandlande myndigheten ska alltså även vid inköp av låga värden utforma förfarandet med tillämpning av principerna. Tanken är att ju större värde kontraktet har, desto mer detaljerade bör de uppställda förfarandereglerna vara. Detta är dock inte reglerat i lag.

I spannet mellan 30 000 euro och 60 000 euro genomförs upphandlingen med tillämpning av regler om ett s.k. enkelt förfarande. Den upphandlande myndigheten ska annonsera upphandlingen, men är fri att utforma själva förfarandet. Myndigheten får använda de direktivstyrda förfarandereglerna.

För upphandling av byggentreprenader är motsvarande två nationella tröskelvärdesbelopp 60 000 euro respektive 150 000 euro.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

För såväl de sociala som de särskilda tjänsterna finns endast ett nationellt tröskelvärde. Det uppgår till 300 000 euro för de sociala tjänsterna och 60 000 euro för de särskilda tjänsterna. Under dessa gränser är upphandlingsförfarandet oreglerat, men som framhållits ovan är principerna alltid tillämpliga. Om upphandlingens beräknade värde uppgår till eller överstiger de nationella tröskelvärdena ska särskilda regler tillämpas, som är inspirerade av bestämmelserna i artikel 74 i LOU-direktivet och följande artiklar om de sociala och andra särskilda tjänsterna.

5.5.2 Upphandling inom försörjningssektorerna

Vid upphandling inom försörjningssektorerna i Estland finns ett nationellt tröskelvärde, som för varor och tjänster (undantaget sociala och andra särskilda tjänster) uppgår till 60 000 euro och för byggentreprenader 300 000 euro. Upphandlingar under dessa belopp styrs endast av principerna. I spannet mellan dessa belopp upp till EU:s tröskelvärden genomförs upphandlingarna med det enkla förfarandet.

För de sociala och andra särskilda tjänsterna är det nationella tröskelvärdet 300 000 euro. För upphandlingar över dessa belopp tillämpas de regler som också gäller för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster över de nationella tröskelvärdena i den klassiska sektorn.

5.6 Nederländerna

5.6.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

I Nederländerna är de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna alltid tillämpliga, även vid upphandlingar under tröskelvärdena. Det är också obligatoriskt att följa Gids Proportionaliteit, vilket är en nationell vägledning om proportionalitet som har ”uppgraderats” till lag.[5] När det finns ett bestämt gränsöverskridande

[5] Se översättning till svenska, gjord av Svenskt Näringsliv, tillgänglig på Svenskt Näringslivs webbplats via länken www.svensktnaringsliv.se/fragor/offentlig-upphandling/proportionalitetsguiden_706615.html

intresse för upphandlingen är det obligatoriskt att annonsera den. Annonsering sker i TenderNed, en statlig upphandlingsplattform. Frågan om det finns ett gränsöverskridande intresse ska avgöras i enlighet med EU-domstolens praxis.

För varor och tjänster, såväl vid offentlig upphandling som vid upphandling i försörjningssektorerna, är direkttilldelning möjlig upp till det lägsta nationella tröskelvärdet 50 000 euro. Upp till ett högre nationellt tröskelvärde om 150 000 euro är det tillåtet att tilldela kontrakt efter en mindre konkurrensutsättning bland 3–5 inbjudna leverantörer. För byggentreprenader är motsvarande två tröskelvärden 50 000 euro respektive 1,5 miljoner euro.

Det finns en förordning om byggentreprenader, som i detalj beskriver alla förfaranden. Den är obligatorisk vid upphandling av byggentreprenader under tröskelvärdet, men frivillig vid upphandling av byggentreprenader över tröskelvärdet och vid upphandling av varor och tjänster.

5.7 Grekland

5.7.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

I Grekland finns en direktupphandlingsgräns om 20 000 euro för varor, tjänster (inklusive sociala och andra särskilda tjänster) och byggentreprenader. Gränsen är tillämplig både vid offentlig upphandling och vid upphandling inom försörjningssektorerna. Vid uppskattade värden mellan 20 001 och 60 000 euro får den upphandlande myndigheten eller enheten använda ett förenklat tilldelningsförfarande. Beräkningen av upphandlingens värde, och ställningstagandet till om direkttilldelning är möjlig, ska göras med tillämpning av beräkningsreglerna i artikel 5 i LOU-direktivet. Vid offentlig upphandling av byggentreprenadkontrakt ska den upphandlande myndigheten också publicera, en gång om året och under tjugo dagar, en inbjudan att ingå i en lista av leverantörer varifrån kontraktsparter sedan väljs ut genom lottning (public electronic draw).

För upphandlingar vars uppskattade värde överstiger 60 000 euro gäller ett nationellt förfarande. De grundläggande principerna är tillämpliga. Det är obligatoriskt att annonsera upphandlingen i KHMDHS, ett centralt register för offentliga kontrakt.

5.8 Rumänien

5.8.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Rumäniens enda nationella tröskelvärde är, i likhet med ordningen i Sverige, en direktupphandlingsgräns. Såväl vid offentlig upphandling som vid upphandling inom försörjningssektorerna uppgår gränsen till 132 519 RON för varor och tjänster (cirka 28 600 euro), till samma belopp för de sociala och andra särskilda tjänsterna och till 441 730 RON för byggentreprenader (cirka 953 000 euro).

Huvudregeln vid direktupphandling är att inköp ska ske från en elektronisk katalog som tillhandahålls av det nationella elektroniska systemet för offentlig upphandling. Endast undantagsvis får direktupphandling ske på den öppna marknaden.

De grundläggande principerna gäller för all upphandling, oberoende av värde. Det nationella regelverket för såväl offentlig upphandling som upphandling inom försörjningssektorerna innebär ett förenklat förfarande. Förfarandet påkallar annonsering och påminner om det direktivstyrda öppna förfarandet, men har kortare frister och färre tillåtna tilldelningskriterier. Det finns en skyldighet att dokumentera upphandlingar över direktupphandlingsgränsen.

Vid upphandling av sociala tjänster kan den upphandlande myndigheten eller enheten välja mellan att använda det förenklade förfarandet eller egna interna regler, de sistnämnda dock under förutsättning att de grundläggande principerna iakttas.

5.9 Italien

5.9.1 Offentlig upphandling

Vid offentlig upphandling i Italien får den upphandlande myndigheten använda direktupphandling vid kontraktsvärden upp till 40 000 euro. Även vid sådan upphandling ska dock de grundläggande principerna för upphandling iakttas. Vid upphandlingar med värden mellan 40 000 euro och 150 000 euro får den upphandlande myndigheten använda ett förhandlat förfarande, genom att bjuda in minst fem leverantörer, som ett alternativ till ett standardförfarande. För byggentreprenadkontrakt vars värde är mellan 150 000 euro och

1 000 000 euro är ett förhandlat förfarande tillåtet under förutsättning att minst tio leverantörer bjuds in.

Offentliga upphandlingar över EU:s tröskelvärden ska annonseras såväl på EU-nivå som nationellt. För upphandlingar av lägre värde är sådan annonsering inte obligatorisk. Den upphandlande myndigheten ska dock publicera information om upphandlingen (annons, upphandlingsdokument och efterannons) på sin webbplats.

5.10 Frankrike

5.10.1 Offentlig upphandling

I likhet med Norge och Estland finns i Frankrike två tillämpliga nationella tröskelvärden för offentlig upphandling under EU:s tröskelvärden. Om värdet av det som ska anskaffas understiger 25 000 euro, är den upphandlande myndigheten undantagen från annonseringskrav och krav på konkurrensutsättning. De enda kraven är att den offentliga inköparen ska välja ett lämpligt anbud, för god användning av allmänna medel, och inte systematiskt tilldela kontrakt till en och samma leverantör när det finns flera leverantörer som synes kunna tillgodose behoven.

Upphandlingar som understiger EU:s tröskelvärden men överstiger 90 000 euro, måste annonseras antingen i databasen BOAMP eller i en dagstidning med tillstånd att publicera rättsliga annonser. Om nödvändigt ska annonsering också ske sektorsspecifikt eller på EU-nivå i TED.

I spannet mellan 25 000 euro och 90 000 euro får den upphandlande myndigheten fritt välja lämplig annonsering utifrån det framtida kontraktets art och värde. Friheten är dock relativ, då frågan om annonseringen i ett specifikt fall har varit tillräcklig kan underställas domstolsprövning.

Vid upphandlingar under EU:s tröskelvärden får den upphandlande myndigheten använda ett anpassat förfarande (procédure adaptée). Den upphandlande myndigheten får själv utforma förfarandet under förutsättning att de grundläggande principerna för upphandling iakttas.

Det åvilar vidare den upphandlande myndigheten att från fall till fall avgöra om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

5.11 Tyskland

Den tyska lagen mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) innehåller i del 4 regler som genomför 2014 års upphandlingsdirektiv samt LUFS-direktivet. Lagen kompletteras av en federal förordning om tilldelning av offentliga kontrakt (Vergabeverordnung, VgV). Förordningen gäller för offentlig upphandling och således inte vid upphandling inom försörjningssektorerna.

I Tyskland är upphandlingsregelverket, av historiska skäl, uppdelat efter slag av upphandling. I en förordning regleras upphandling av varor och tjänster vars beräknade värde underskrider EU-tröskelvärdet (Unterschwellenvergabeordnung, UgV). I en annan förordning finns regler om upphandling av byggentreprenader, såväl över som under tröskelvärdet, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB-A). UgV gäller än så länge endast på federal nivå. VOB-A har förklarats tillämplig av alla Bundesländer, vilket kan förväntas ske även beträffande UgV.

5.11.1 Upphandling av varor och tjänster

Reglerna för upphandling under tröskelvärdena är utformade i linje med EU-reglerna, särskilt när det gäller struktur och terminologi, men tanken är att de ska vara mer flexibla.

De grundläggande principerna om bl.a. konkurrens, öppenhet och proportionalitet är tillämpliga vid all upphandling av varor och tjänster.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får alltid välja ett öppet förfarande eller ett begränsat förfarande med full konkurrensutsättning (mit Teilnahmewettbewerb). I dessa fall ska upphandlingen offentliggöras.

Ett begränsat förfarande utan full konkurrensutsättning (ohne Teilnahmewettbewerb) får användas i vissa fall, bl.a. om ett öppet förfarande eller ett begränsat anbudsförfarande med konkurrensutsättning skulle medföra en börda för den upphandlande enheten, anbudssökande eller anbudsgivare, vilken skulle stå i oproportionerligt förhållande till fördelen eller värdet av föremålet för upphandlingen. Ett begränsat förfarande utan konkurrensutsättning innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten ska vända sig till minst tre

leverantörer. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste byta uppdragstagare.

I de nyss nämnda förfarandena får förhandlingar inte ske. Ett förhandlat förfarande, med eller utan full konkurrensutsättning, får dock få användas om det är befogat utifrån kontraktsföremålet. Den upphandlande myndigheten eller enheten har således relativt goda möjligheter att använda sig av förhandlingar vid sina upphandlingar. Även i dessa fall gäller att den upphandlande myndigheten eller enheten minst ska vända sig till tre leverantörer, samt byta uppdragstagare.

Direktupphandling är tillåten vid uppskattade värden upp till 1 000 euro. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska dock byta uppdragstagare. Utöver denna direktupphandlingsgräns finns inte några nationella tröskelvärden för upphandling av varor och tjänster.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

När det gäller upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över EU-tröskelvärdet, får den upphandlande myndigheten eller enheten välja fritt mellan de direktivstyrda förfarandena öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande under konkurrens, konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap. Förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling får dock bara användas i de fall det annars är tillåtet.

Vid upphandlingar under EU-tröskelvärdet står det förhandlade förfarandet med full konkurrensutsättning fritt till den upphandlande myndighetens eller enhetens förfogande, utöver det öppna förfarandet och det begränsade förfarandet med full konkurrensutsättning.

5.11.2 Upphandling av byggentreprenader

Enligt VOB-A är huvudregeln att byggentreprenader ska upphandlas genom ett offentligt upphandlingsförfarande där alla företag med kompetens inom området har möjlighet att delta. Under vissa omständigheter får den upphandlande myndigheten eller enheten

emellertid använda ett begränsat förfarande, bl.a. vid lägre kontraktsvärden (50 000 euro för bl.a. landskapsarkitektur, 150 000 euro för bl.a. civilingenjörsarbeten och 100 000 euro i övriga fall). Ett begränsat förfarande bör omfatta flera, i allmänhet minst tre företag. Om inget av de två nämnda förfarandena är lämpligt, t.ex. på grund av ensamrätt, får kontrakt tilldelas utan ett formligt förfarande. Vid begränsat förfarande och det formlösa förfarandet bör om möjligt uppdragstagarna bytas ut.

5.12 Utredningens allmänna slutsatser

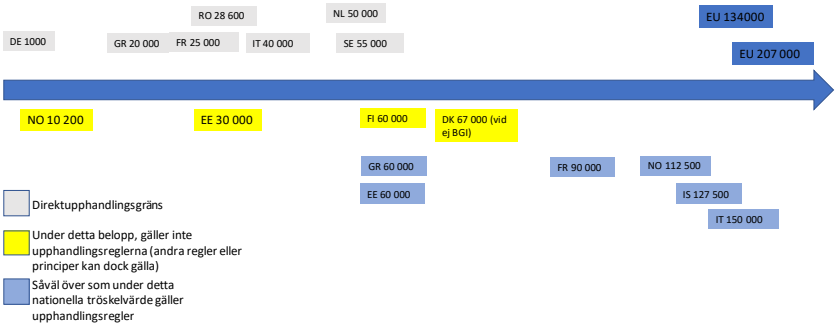
Utredningen kan konstatera att det inte finns någon enhetlighet i regleringen de undersökta staterna emellan. Tvärtom är det påfallande hur stor variation som uppvisas, redan vid en jämförelse mellan de valda lösningarna i våra nordiska grannländer. Detta kan illustreras med de två sammanställningarna nedan av nationella tröskelvärden vid offentlig upphandling av varor och tjänster samt byggentreprenader. På grund av brister i det underlag som utredningen har erhållit har en motsvarande sammanställning inte kunnat göras beträffande tröskelvärden vid upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Det kan antas att en betydande del av den samlade upphandlingen inom EU och EES-området genomförs med tillämpning av de icke direktivstyrda regelverken i de olika staterna. Om ökad enhetlighet kunde uppnås, borde det kunna gynna och öka den gränsöverskridande handeln inom unionen. Vägen dit synes emellertid vara lång.

Det går emellertid att hämta inspiration från andra staters regleringar. Utredningen har i detta avseende särskilt funnit regleringen i Norge intressant, såväl när det gäller författningarnas innehåll som struktur. Även Finland och Danmark har lösningar som är intressanta. I Norge har man nyligen genomfört ett arbete med att förenkla det icke direktivstyrda regelverket. De nya bestämmelserna trädde i kraft den 1 januari 2017. Utredningen har studerat det arbetet och har också träffat tjänstemän vid norska närings- och fiskeridepartementet för att ta del av deras erfarenheter.

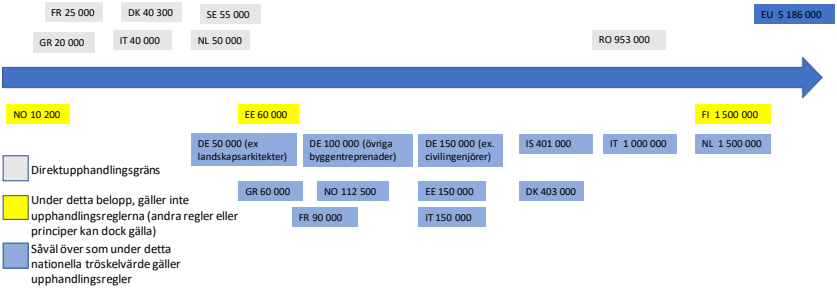
Figur 5.1 **Nationella tröskelvärden i några MS och EES-stater vid offentlig upphandling av varor och tjänster (ej sociala och andra särskilda tjänster)**

Beloppen anges i euro. För stater som inte är med i valutasamarbetet är beloppen ungefärliga och avrundade



Figur 5.2 **Nationella tröskelvärden i några MS och EES-stater vid offentlig upphandling av byggentreprenader**

Beloppen anges i euro. För stater som inte ingår i valutasamarbetet är beloppen ungefärliga och avrundade



6 Reglering av upphandling utöver upphandlingsreglerna

6.1 Inledning

Upphandlingslagstiftningen reglerar upphandlande myndigheters och enheters tilldelning av offentliga kontrakt och koncessioner. Det finns dock även en rad andra föreskrifter som reglerar upphandlingar. Syftet med detta kapitel är dock inte att redogöra för alla de lagar och andra föreskrifter som en upphandlande myndighet och enhet eller en leverantör måste följa i samband med en upphandling, utan endast att beskriva ett urval av de bestämmelser som upphandlande myndigheter och enheter har att följa vid handläggningen av en sådan. Syftet med denna genomgång är inte heller att i detalj redogöra för dessa regelverk. Däremot ska genomgången bidra till en överblick över hur den offentliga upphandlingen är reglerad. Utredningen vill med detta avsnitt peka på att det förhållandet att upphandlande myndigheter och enheter också styrs av andra regler möjliggör ett enklare och flexiblare upphandlingsrättsligt regelverk utan att för den skulle ge avkall på behovet av effektivitet och rättssäkerhet.

Kapitlet är strukturerat på följande sätt. I detta inledande avsnitt 6.1 går utredningen igenom några utgångspunkter och huvuddrag avseende den svenska förvaltningen och hur den kontrolleras. I avsnitt 6.2 går utredningen igenom de bestämmelser i RF, den nya förvaltningslagen och lagen om offentlig anställning som har särskild betydelse för den offentliga upphandlingen. Utredningen går därefter igenom offentlighetsprincipens och dess betydelse för den offentliga upphandlingen i avsnitt 6.3. I avsnitt 6.4 beskrivs de regler om jäv som har betydelse för handläggningen av upphandlingar och i avsnitt 6.5 nämns något om det straffrättsliga ansvaret för fel och

brister vid handläggningen av upphandlingar. Konkurrenslagstiftningen beskrivs översiktligt i avsnitt 6.6. I avsnitt 6.7 beskrivs kortfattat de skyldigheter som följer av Sveriges internationella åtaganden (utöver den unionsrättsliga regleringen av den offentliga upphandlingen). Regeringens styrning av sina myndigheter såvitt gäller den offentliga upphandlingen presenteras i avsnitt 6.8 och i avsnitt 6.9 berörs kortfattat bolagsstyrningens betydelse för den offentlig upphandling. Utredningens sammanfattning och slutsatser vad gäller de regler som gäller för offentlig upphandling utöver upphandlingsreglerna redovisas i avsnitt 6.10.

6.1.1 Utgångspunkter och några huvuddrag

Mer specifikt ska inventeringen besvara en rad konkreta frågor kring de olika regelverken:

- Vilken typ av upphandlande myndighets eller enhets agerande styrs av regelverket ifråga?
- Vilka kravs ställs enligt den aktuella regleringen?
- Under vilken del av inköpsprocessen aktualiseras tillämpning av de olika regelverken?
- Vilket organ utövar tillsyn över regelverket och hur är överträdelser sanktionerade?

6.1.2 Upphandling utgör inte myndighetsutövning

Det har funnits en diskussion om huruvida upphandling utgör myndighetsutövning eller inte. Om en åtgärd utgör myndighetsutövning eller inte har betydelse bl.a. för det allmännas skadeståndsrättsliga ansvar liksom för frågan om ansvar för tjänstefel enligt brottsbalken liksom (se avsnitt 6.1.4 respektive 6.5).

Det får enligt utredningens uppfattning numera anses klarlagt att åtgärder som en upphandlande myndighet eller enhet vidtar inom ramen för tilldelning av kontrakt eller koncessioner inte utgör myndighetsutövning.[1]

[1] Se till exempel prop. 2006/07:128 del 1 s. 142–143 och Lagrådets yttrande med anledning av den lagrådsremiss som föregick förslaget, a. prop. del 2 s. 598.

6.1.3 Kort om den svenska förvaltningens särdrag

Den svenska förvaltningen kännetecknas av en rad särdrag som enligt utredningens uppfattning även är av betydelse för regleringen av den offentliga upphandlingen. Några av dessa särdrag, och hur de påverkar den offentliga upphandlingen, berörs kortfattat i detta avsnitt.

Dualism

Med dualism förstås i sammanhanget det förhållandet att regeringen (och Regeringskansliet) är tydligt organisatoriskt åtskild från de statliga myndigheterna. I detta begrepp inkluderas ofta även förbudet mot ministerstyre. Styrning av de statliga myndigheterna sker i stället genom lagar och förordningar och genom regeringens kollektiva beslutsfattande.

Öppenheten

Offentlighetsprincipen lyfts ofta fram som ett av de mest utmärkande särdragen för den svenska förvaltningen. Offentlighetsprincipen och dess betydelse för den offentliga upphandlingen utvecklas utförligt i avsnitt 6.3.

Kommunernas viktiga ställning och roll

Mycket av samhällsservicen i Sverige tillhandahålls av kommuner och landsting, som också enligt regeringsformen tillerkänns ett stort mått av självstyrelse. Även om innebörden av det kommunala självstyret är omdebatterat torde det ändå stå klart att en väsentlig del av välfärdstjänsterna tillhandahålls av kommuner och landsting som har ett stort mått av frihet att organisera sig. Kommunerna och landstingen har även huvudansvaret för att genom sin beskattningsrätt finansiera tillhandahållandet av dessa tjänster samt i varierande omfattning möjlighet att bestämma kvalitén på dessa tjänster.

6.1.4 Kontroll av offentlig verksamhet

Kontrollen av offentlig verksamhet sker på flera olika sätt, främst genom *tillsyn*, *insyn*, *överklagande* och (i någon mening) *genom arbetsrättsligt-*, *skadeståndsrättsligt* och *straffrättsligt ansvar*.[2]

Tillsyn

Tillsyn över offentlig verksamhet sker på olika sätt. Myndigheters verksamhet står under tillsyn av institutioner som Justitiekanslern och Riksdagens ombudsmän. Inom olika områden utövas därtill tillsyn av olika statliga myndigheter, som kan vara sektorspecifikt (till exempel Energimarknadsinspektionen) eller generellt (såsom Konkurrensverkets tillsynsuppdrag avseende upphandlingslagstiftningen). Vidare bedrivs en form av intern tillsyn genom interrevisionen.

Insyn

Rätten till insyn i offentlig verksamhet som garanteras av offentlighetsprincipen är en viktig komponent i den svenska samhällsmodellen. Betydelsen för upphandlingsområdet beskrivs i avsnitt 6.3.

Överklagande

Rätten att få olika typer av myndighetsbeslut prövade av domstol är en viktig möjlighet för enskilda. Huvudregeln är i dag att myndighetsbeslut överklagas till allmän förvaltningsdomstol, dvs. förvaltningsrätten i första instans (se avsnitt 6.2.2). I några fall överklagas emellertid beslut till närmast högre förvaltningsmyndighet eller till regeringen, och kommunallagen (2017:725) innehåller särskilda bestämmelser om överklagande (laglighetsprövning) av vissa kommunala beslut.

[2] Se von Essen, Ulrik, *Arbete i offentlig förvaltning*, 2014, s. 47 f.

Arbetsrättsligt ansvar

För offentliganställda finns särskilda regler om bland annat bisysslor, disciplinpåföljder och hur anställningar ska gå till som bidrar till kontrollen av offentligt sektor (se avsnitt 6.2.3).

Det allmännas skadeståndsansvar

De allmännas skadeståndsansvar regleras i 3 kap. skadeståndslagen (1972:207). Skadestånd för staten eller för en kommun förutsätter att skadan vållats genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning (3 kap. 2 § skadeståndslagen). Därtill finns en möjlighet till skadestånd om en myndighet lämnar felaktiga upplysningar eller råd (3 kap. 3 § skadeståndslagen). Skadeståndslagens bestämmelser är subsidiära och upphandlingslagstiftningen innehåller särskilda regler om skadestånd i offentlig upphandling (1 kap. 1 § skadeståndslagen).

Straffrättsligt ansvar.

Vissa fel och brister i myndigheters agerande kan leda till straffrättsligt ansvar. Betydelsen för den offentliga upphandlingen beskrivs i avsnitt 6.5.

6.2 Grundläggande utgångspunkter för offentlig verksamhet

6.2.1 Regeringsformens krav på lagstöd, likabehandling och objektivitet

Det finns en rad bestämmelser i regeringsformen (RF) av betydelse för handläggningen av offentliga upphandlingar. Enligt 1 kap. 1 § tredje stycket gäller att den offentliga makten utövas under lagarna (legalitetsprincipen). Denna för en rättsstat helt grundläggande utgångspunkt innebär bl.a. att en statlig myndighet eller kommun är skyldig att följa gällande lagstiftning vid utövandet av sina befogenheter och i all sin verksamhet. Regeln är inte begränsad till handläggning av ärenden som innefattar myndighetsutövning. En aspekt av legalitetsprincipen är att det inte ankommer på våra myndigheter

att lösa brister i lagstiftningen: en myndighet får alltså inte åsidosätta gällande lagstiftning även om den anser att det finns nog så god anledning i ett enskilt fall.[3]

Enligt 1 kap. 9 § RF ska domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Kravet på saklighet och opartiskhet gäller även privaträttsliga subjekt när de fullgör förvaltningsuppgifter som har överlämnats till dem.[4] Bestämmelsen riktar sig därför även till regeringen och Regeringskansliet när de uppträder som förvaltningsmyndigheter.[5]

Kravet på saklighet och opartiskhet – objektivitetsprincipen – har bl.a. ansetts innebära myndigheternas avgöranden måste grundas enbart på hänsyn som enligt olika författningar får beaktas. Andra intressen får alltså inte vägleda myndigheterna och godtycke i förvaltningen är förbjudet.[6] I litteraturen har också uttryckts att principen träffar alltifrån faktafel, hänsyn till politiska åsikter, bristande rutiner samt brister i uppträdande och uttalanden.[7] Principen ska iakttas även vid t.ex. upphandling.[8]

Kravet på allas likhet inför lagen innebär ett skydd mot godtycke och diskriminering.[9] En annan innebörd av kravet på likabehandling är kravet på konsekvens.[10] En upphandlande myndighet eller enhet vars verksamhet styrs av objektivitetsprincipen och som förespråkar en viss principiell tolkning av upphandlingslagstiftningen i ett fall torde mot bakgrund av denna princip vara skyldig att i ge lagstiftningen samma tolkning i ett annat fall.

Kravet på saklighet och objektivitet bildar även utgångspunkt för regleringen av jäv i andra lagar. Det bör i sammanhanget också tilläggas att kravet gäller även hur myndighetens agerande uppfattas – och inte bara om det rent faktiskt har varit sakligt och opartiskt.[11] Men det grundläggande kravet på saklighet och objektivitet konkretiseras också på andra sätt, t.ex. genom kriminaliseringen av givande

[3] von Essen, Ulrik, *Arbete i offentlig förvaltning*, 2014, s. 88.
[4] Prop. 2009/10:80 s. 247.
[5] Eka, Anders, *Regeringsformen – med kommentarer*, 2012, s. 41 och 42.
[6] Lerwall, Lotta, JO och 1 kap. 9 § Regeringsformen, i *JO – Lagens väktare*, s. 233.
[7] Bull, Thomas, Objektivitetsprincipen, i *Offentligrättsliga principer*, 2017, s. 97.
[8] Eka, Anders, *Regeringsformen – med kommentarer*, 2012, s. 43. Se även t.ex. RÅ 81 2:25 om kravet på saklighet och opartiskhet i upphandlingsärenden.
[9] Bull, Thomas, m.fl. *Regeringsformen*, upplaga 3, 2015, s. 53.
[10] von Essen, Ulrik, a.a., s. 90.
[11] Bull, Thomas, m.fl. a.a., s. 54.

och tagande av mutor liksom på regleringen av offentliga tjänstemäns bisysslor (se avsnitt 6.5 respektive 6.2.3).

Bestämmelser om förvaltningen finns i 12 kap. RF. Här är bl.a. bestämmelsen i 2 § av viss betydelse för den offentliga upphandlingen. Enligt denna får ingen myndighet, inte heller riksdagen eller en kommuns beslutande organ, bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag. Paragrafen ger uttryck för förvaltningens självständighet och syftar till att upprätthålla rättssäkerheten vid ärendehandläggning och beslut. Regeln har betydelse för handläggningen av offentliga upphandlingar på så sätt att fullmäktige (en kommuns beslutande organ) inte får lägga sig i handläggningen av en upphandling (tillämpningen av lag). Däremot kan fullmäktige i denna situation ha ett berättigat intresse av information – både om tillämpningen av lagstiftningen och kring en aktuell upphandling.

6.2.2 Förvaltningslagen

Förvaltningslagen (FL) är den huvudsakliga lag som reglerar handläggning av ärenden hos förvaltningsmyndigheterna och handläggning av förvaltningsärenden hos domstolarna. Vissa bestämmelser i FL är emellertid även tillämpliga i annan förvaltningsverksamhet. Lagen gäller därmed t.ex. inte för statliga eller kommunala bolag. Den tidigare förvaltningslagen (1986:223) ersätts fr.o.m. den 1 juli 2018 av förvaltningslagen (2017:900), och denna redogörelse utgår ifrån den nya lagen.

Förvaltningslagen är som utgångspunkt tillämplig i myndigheternas ärenden om upphandling.[12] Förvaltningslagen innehåller också en rad bestämmelser av betydelse för handläggningen av offentliga upphandlingar. Vidare innehåller FL en generell bestämmelse om subsidiaritet (4 § FL), som innebär att om en annan lag eller en förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från denna lag, tillämpas den bestämmelsen. I den utsträckning handläggningen av en viss aspekt av en upphandling är reglerad i upphandlingslagstiftningen ska alltså den bestämmelsen tillämpas i stället för mot-

[12] Prop. 2016/17:180 s. 54.

svarande regel i FL. Detsamma gäller om det finns avvikande bestämmelser i t.ex. kommunallagen eller annan lag eller förordning. Det torde dock vara ovanligt med bestämmelser i annan lag som ger enskilda ett lägre rättskydd än det som följer av FL.[13]

En viktig distinktion i förvaltningsrättsliga sammanhang är åtgärder inom ramen för handläggningen av ett *ärende* och sådana som i stället betecknas *faktiskt handlande* (eller *övrig förvaltningsverksamhet*). Förenklat kan ett ärende sägas bestå i åtgärder som syftar till ett ställningstagande av myndigheten i form av ett beslut. Faktiskt handlande består i stället i att myndigheten utför någon form av faktisk verksamhet. Kännetecknande för ett ärende är vidare att det uppstår en skyldighet för myndigheten att avsluta det när det väl har inletts. Flera av bestämmelserna i förvaltningslagen är endast tillämpliga på handläggningen av ärenden. Vare sig den nuvarande eller den nya förvaltningslagen innehåller någon definition av dessa begrepp, även om behovet diskuteras i förarbetena.[14] Det får emellertid anses klarlagt att en myndighets handläggning av en upphandling sker inom ramen för ett ärende i den betydelse begreppet har i förvaltningsrättsliga sammanhang.[15]

Av särskilt intresse vad gäller offentliga upphandlingar är bl.a. bestämmelsen i 5 § FL, i vilken anges att myndigheterna endast får vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen samt i sin verksamhet ska vara sakliga och opartiska. Den förstnämnda delen av bestämmelsen ger uttryck för legalitetsprincipen. Kravet på legalitet kan även vara uppfyllt genom att åtgärden har stöd i myndighetens regleringsbrev.[16] Vidare innehåller paragrafen i tredje stycket ett krav på proportionalitet när myndigheterna ingriper i ett enskilt intresse. Bestämmelsens andra led – kravet på objektivitet – innebär ett förbud för myndigheterna att låta sig vägledas av andra intressen än dem som de är satta att tillgodose. De får heller inte vid prövningen av ett ärende lägga andra omständigheter till grund för sina beslut än de som får beaktas enligt de författningar de tillämpar.[17]

Enligt 6 § FL gäller att myndigheter ska se till att kontakterna med enskilda blir smidiga och enkla och att myndigheten ska lämna

[13] Prop. 2016/17:180 s. 289.
[14] Prop. 2016/17:180 s. 52 f.
[15] Prop. 2016/17:180 s. 54.
[16] Prop. 2016/17:180 s. 289.
[17] Prop. 2016/17:180 s. 290.

den enskilde sådan hjälp att han eller hon kan ta till vara sina intressen. Hjälpen ska ges i den utsträckning som är lämplig med hänsyn till frågans art, den enskildes behov av hjälp och myndighetens verksamhet. Den ska ges utan onödigt dröjsmål.

Enligt 9 § FL ska ett ärende handläggas så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt utan att rättssäkerheten eftersätts.

Enligt 13 § FL gäller bl.a. att en myndighet ska se till att översätta handlingar om det behövs för att den enskilde ska kunna ta till vara sin rätt när myndigheten har kontakt med någon som inte behärskar svenska.

I 28–30 §§ FL finns bestämmelser om hur myndigheter fattar beslut i ärenden. Även dessa bestämmelser är tillämpliga vid upphandlingar. Däremot torde reglerna i 24 §, 27 § samt 32–34 §§ FL om muntliga uppgifter, dokumentation, motivering och underrättelse av beslut vara subsidiära i förhållande till motsvarande bestämmelser i LOU.[18]

Enligt 10 § FL gäller att den som är part i ett ärende har rätt att ta del av allt material som har tillförts ärendet (partsinsyn). Vidare finns i 25 § en bestämmelse om kommunikation under ärendehandläggningen. Motsvarande bestämmelser enligt den äldre förvaltningslagen var begränsade till ärenden som innefattar myndighetsutövning. Genom att denna begränsning tagits bort i nya FL är regeln nu även formellt tillämplig på offentliga upphandlingar. Regeringen har dock uttalat att det är nödvändigt att förslaget om borttagandet av uttrycket myndighetsutövning i den nya förvaltningslagen inte förändrar den nuvarande ordningen på upphandlingsområdet. Regeringen har därför föreslagit att förvaltningslagen ändras i samband med att den träder ikraft så att bestämmelserna i FL om partsinsyn och kommunikation inte ska gälla handläggning av upphandlingar.[19] Regeringen har också föreslagit att 24 § i den nya förvaltningslagen inte ska tillämpas i upphandlingsärenden enligt LUFS.[20]

Vidare gäller bestämmelserna i upphandlingslagarna om överprövning m.m. före bestämmelserna om överklagande av beslut m.m. i FL.

Förvaltningslagen innehåller även bestämmelser om jäv (16–18 §§). Denna reglering beskrivs i avsnitt 6.4.1. nedan.

[18] Ds 2017:42 s. 432–437.
[19] Se prop. 2017/18:235 s. 128–130.
[20] Se prop. 2017/18:235 s. 132 f.

6.2.3 Lagen om offentlig anställning

I 12 kap. 5–7 §§ RF finns särskilda bestämmelser om statligt anställda. Enligt 12 kap. 7 § RF ska andra grundläggande bestämmelser om statligt anställdas rättsställning meddelas i lag. Sådana bestämmelser finns framför allt i lagen (1994:260) om offentlig anställning (LOA). Bestämmelserna i LOA reglerar bl.a. vissa aspekter av förfarandet vid anställning, deltagandet i arbetskonflikter och disciplinansvar för offentliganställda. I detta sammanhang är det emellertid främst reglerna om bisysslor som är av intresse. LOA gäller enligt 1 § första stycket som utgångspunkt för anställda i myndigheterna under såväl regeringen som riksdagen. LOA:s föreskrifter om bisysslor gäller emellertid enligt 2 § även arbetstagare hos kommuner, landsting och kommunalförbund.

Enligt bestämmelserna i 7–7 c §§ får en arbetstagare inte ha någon anställning eller något uppdrag eller utöva någon verksamhet som kan rubba förtroendet för hans eller någon annan arbetstagares opartiskhet i arbetet eller som kan skada myndighetens anseende. Arbetsgivaren ska också på lämpligt sätt informera arbetstagarna om vilka slags förhållanden som kan göra en bisyssla otillåten. Vidare gäller att en arbetstagare på arbetsgivarens begäran ska lämna de uppgifter som behövs för att arbetsgivaren ska kunna bedöma arbetstagarens bisysslor. Om arbetsgivaren bedömer att en bisyssla inte är förenlig med kraven i LOA ska den på visst sätt besluta att arbetstagaren ska upphöra med eller inte åta sig bisysslan.

6.2.4 Särskilt om JO:s och JK:s tillsyn

Riksdagens ombudsmän (JO) ska i sin tillsyn särskilt tillse att domstolar och förvaltningsmyndigheter iakttar kraven på saklighet och opartiskhet (3 § lagen [1986:765] med instruktion för Riksdagens ombudsmän). Justitiekanslern (JK) har tillsyn över att de som utövar offentlig verksamhet efterlever lagar och andra författningar samt i övrigt fullgör sina åligganden (1 § lagen [1975:1339] om justitiekanslerns tillsyn). Båda dessa myndigheter ska när de utövar sin tillsyn beakta den kommunala självstyrelsen. Tillsynen omfattar statliga och kommunala myndigheter inklusive deras anställda, andra som utöver myndighetsutövning samt anställda vid statliga affärs-

verk och i sådana aktiebolag i vilka staten har ett bestämmande inflytande. Folkvalda, riksdagens myndigheter och statsråden är dock undantagna från den tillsyn som bedrivs av såväl JO som JK. Utredningen konstaterar vidare att upphandlande myndigheters tillämpning av upphandlingslagarna har varit föremål för granskning av båda institutionerna, även om sådana ärenden inte tycks särskilt vanliga.[21]

6.3 Regler om insyn och öppenhet

6.3.1 Offentlighetsprincipen

Möjligheten till insyn i den offentliga verksamheten är ett av den svenska förvaltningens mest utmärkande särdrag. Enligt offentlighetsprincipen är utgångspunkten i förvaltningen att medborgarna har rätt till insyn, genom rätten att ta del av allmänna offentliga handlingar, medan möjligheten att hemlighålla information är ett noga reglerat undantag från denna huvudregel (allmänna handlingar som ska beläggas med sekretess kräver stöd i lag). Offentlighetsprincipen består av en uppsättning friheter som främst regleras i Tryckfrihetsförordningen (TF) och Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) samt i offentlighets- och sekretesslagen (OSL). Offentlighetsprincipen brukar sägas bestå av följande delar:[22]

- förhandlingsoffentlighet
- meddelarfrihet
- anskaffarfrihet
- handlingsoffentlighet

Förhandlingsoffentlighet innebär att domstolars förhandlingar, men även riksdagens och kommun- och landstingsfullmäktiges sammanträden, som huvudregel ska vara öppna för alla som vill närvara. *Meddelarfriheten* innebär ett skydd för envar som medverkar vid tillkomsten av en tryckt skrift (1 kap. 1 § tredje stycket TF) eller offentliggör-

[21] JK:s beslut 2238-01-40 och JO 2006/07 s. 168.
[22] Terminologin på området skiftar något. Ibland används t.ex. ”meddelarfrihet” som beteckning på den del av offentlighetsprincipen tillsammans med anskaffarfriheten, rätten till anonymitet, efterforskningsförbudet och repressalieförbudet utgör *meddelarskyddet*. Se t.ex. bet. 2016/17:KU7 s. 5.

ande (1 kap. 2 § YGL) genom att lämna meddelande för offentliggörande. Meddelarfriheten innebär en rätt att fritt lämna uppgifter i vilket ämne som helst i syfte att dessa uppgifter ska publiceras i ett medium som omfattas av TF eller YGL utan att kunna tilltalas eller dömas till ansvar eller ersättningsskyldighet i annan ordning än den som stadgas i TF och YGL. *Anskaffarfriheten* innebär frihet att anskaffa uppgifter i syfte att dessa ska offentliggöras enligt TF eller YGL. *Handlingsoffentligheten*, som är den i praktiken viktigaste beståndsdelen i offentlighetsprincipen, innebär att svenska medborgare[23] som huvudregel har rätt att ta del av uppgifter i allmänna handlingar, som är offentliga och inte hemliga (TF 2 kap.).

Ingen av dessa grundläggande friheter är dock obegränsad. Det finns alltså situationer där uppgifter inte får lämnas ut eller anskaffas. *Meddelarfrihet* gäller inte när meddelandet utgör högförräderi eller vissa andra grövre brott mot rikets säkerhet (7 kap 3 § första stycket punkten 1 TF och 5 kap 3 § första stycket punkten 1 YGL.). Den ger heller inte rätt att lämna ut sekretessbelagd handling eller att tillhandahålla sådan handling i strid med ett förbehåll som en myndighet meddelat i samband med att sådan handling lämnats ut (7 kap 3 § första stycket punkten 2 TF och 5 kap 3 § första stycket punkten 2 YGL). Slutligen gäller den inte vid uppsåtligt åsidosättande av s.k. kvalificerad tystnadsplikt i de fall som anges i OSL (7 kap. 3 § första stycket punkten 3 TF och 5 kap. 3 § första stycket punkten 3 YGL), se. I förhållande till avtalad tystnadsplikt inom privat verksamhet gäller i normalfallet överhuvudtaget ingen meddelarfrihet.[24] *Anskaffarfriheten* är endast begränsad på så sätt att den inte gäller för anskaffande som utgör högförräderi eller annat allvarligt brott mot rikets säkerhet (7 kap. 3 § andra stycket TF, 5 kap. 3 § YGL). *Handlingsoffentligheten* begränsas av reglerna om sekretess i framför allt OSL och som innebär att vissa uppgifter inte får lämnas ut.

Reglerna i OSL – som begränsar offentlighetsprincipen enligt TF – är uttömmande och tvingande, och gäller t.ex. framför avtal om sekretess mellan offentliganställda.

Vad gäller offentlig upphandling innebär handlingsoffentligheten bl.a. att uppgifter från en leverantör som inkommer till en myndighet i samband med en upphandling är offentliga om de inte skyddas

[23] Denna rätt har genom TF 14:5 utsträckts till att även om fatta utländska medborgare, må vara att rätten för utlänningar att ta del av allmänna handlingar kan begränsas i lag.
[24] Bet. 2016/17:KU7, s. 7.

av sekretess enligt OSL (främst 31 kap. 16 § OSL). När det gäller anbud och andra skrivelser från en leverantör finns dock ett viktigt undantag från denna regel om inkomna handlingar i form av den s.k. absoluta anbudssekretessen (19 kap. 3 § andra stycket OSL). En uppgift i en handling i ett ärende som rör upphandling får nämligen inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet förrän alla anbud offentliggörs, tilldelningsbeslut fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts (se 19 kap. 3 § andra stycket OSL). När tilldelningsbeslut sedan är fattat omfattas uppgifterna i anbuden i stället av huvudregeln om allmänna handlingars offentlighet, såvida det inte finns anledning att belägga vissa uppgifter med sekretess.

Sekretess kan föreligga för uppgifter i offentliga upphandlingar på flera olika grunder. För det första kan sekretess gälla till skydd för det allmännas ekonomiska intresse (19 kap. 3 § OSL). Vidare kan sekretess gälla till skydd för enskildas ekonomiska intresse (31 kap. 16–17 §§ OSL). Det finns även andra sekretessbestämmelser som kan vara tillämpliga i upphandlingar. T.ex. gäller sekretess för uppgift som har tillkommit eller inhämtats för en myndighets räkning med anledning av myndighetens eller ett statligt eller kommunalt företags rättstvist (19 kap. 9 § OSL). Vidare gäller sekretess i upphandlingsärenden för viss affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden (31 kap. 3 § OSL).

De ovan beskrivna sekretessbestämmelserna har inte utformats för att uppfylla Sveriges skyldigheter enligt unionsrätten. Tvärtom har dessa bestämmelser i princip varit utformade på samma sätt sedan åtminstone 1937 års sekretesslag.[25] Reglerna skiljer heller inte på om handlingen förekommer i en upphandling som över eller under tröskelvärdena, eller vilket upphandlingsförfarande som används. Samma sekretessbestämmelser är alltså tillämpliga vid direktupphandling.

Enligt denna bestämmelse krävs dock att det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs för att

[25] Jfr. fra.a. 21 och 34 §§ lagen (1937:249) om inskränkningar i rätten att utbekomma allmänna handlingar.

uppgiften ska vara skyddsvärd enligt OSL. Denna bestämmelse bryter heller inte meddelarfriheten.

Regleringen kring arkivering av allmänna handlingar

Arkivlagen (1990:782) innehåller bestämmelser om myndigheternas arkiv. Utöver bestämmelser som är gemensamma för alla myndigheter finns bestämmelser som endast gäller statliga respektive kommunala och landstingskommunala myndigheter. Bestämmelserna i arkivlagen gäller även för vissa organ som i 2 kap. 3 § och 2 kap. 4 § första meningen OSL jämställs med myndigheter. Slutligen gäller vissa av bestämmelserna i lagen även för riksdagen och de beslutande församlingarna i kommuner och landsting.

En myndighets arkiv bildas enligt 3 § arkivlagen av allmänna handlingar från myndighetens verksamhet och sådana minnesanteckningar och utkast m.m. som enligt i 2 kap. 9 § TF tas om hand för arkivering. Enligt huvudregeln i 3 § tredje stycket arkivlagen ska myndigheternas arkiv bevaras, hållas ordnade och vårdas så att de tillgodoser rätten att ta del av allmänna handlingar, behovet av information för rättskipningen och förvaltningen, och forskningens behov. Från denna utgångspunkt kan sägas finnas två undantag: dels får myndigheten enligt 6 § punkten 4 arkivlagen avgränsa arkivet genom att fastställa vilka handlingar som ska vara arkivhandlingar (s.k. *rensning*), dels får handlingar i arkivet enligt 10 § arkivlagen *gallras*.

I arkivförordningen (1991:446) har Riksarkivet bemyndigats att meddela föreskrifter avseende statliga myndigheters arkiv, inklusive beslut om gallring av handlingar. Kommuner och landsting fastställer sina egna regler för gallring av handlingar, även om föreskrifter på vissa områden kan finnas i lag.

Riksarkivet har även beslutat en generell gallringsföreskrift som avser offentlig upphandling (Riksarkivets föreskrifter och allmänna råd om gallring och återlämnande av handlingar vid upphandling [RA-FS 2013:1]). Enligt 3 § denna föreskrift får gallring eller återlämnande av handlingar i offentlig upphandling som huvudregel ske tidigast efter fyra år från den dag avtalet slöts eller underrättelse om beslut att avbryta upphandlingen skickades ut. Detta under förutsättning att det inte framgår något annat av någon annan reglering.

Vidare gäller inte dessa föreskrifter handlingar i överprövnings- och skadeståndsmål.

Reglerna om arkivering av allmänna handlingar gäller även i offentlig upphandling, men endast för sådana upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av TF och OSL. I 12 kap. 14–16 §§ LOU finns vissa ytterligare bestämmelser om dokumentation av handlingar i upphandlingar som gäller alla upphandlande myndigheter. Vidare innehåller 17–24 §§ samma lag och kapitel bestämmelser om bevarande av handlingar och tillgång till kontrakt vad gäller sådana upphandlande myndigheter som inte omfattas av arkivlagen. Bestämmelserna innebär att även sådana upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen som huvudregel ska lämna ut sådana kontrakt som ingåtts i upphandlingar och att deras beslut i frågan kan överklagas till domstol.[26] Liknande bestämmelser om dokumentationsplikt finns i 12 kap. 14–15 §§ LUF och gäller för upphandlande enheter. Vidare finns även i LUF bestämmelser om bevarande av handlingar i 12 kap. 16 § LUF samt regler om tillgång till kontrakt som träffar de upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter men som inte omfattas av offentlighetsprincipen i 2 kap. TF. De sistnämnda reglerna finns i 12 kap. 17–23 §§ LUF.

6.3.2 Insyn i upphandlingar av sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen

Handlingsoffentligheten enligt TF gäller endast hos myndigheter och vissa andra organisationer. Handlingsoffentligheten har emellertid genom 2 kap. 3–4 §§ OSL utökats till att omfatta även vissa andra organisationer, bl.a. bolag där kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande och sådana aktörer som särskilt räknas upp i en bilaga till lagen. Det finns dock vissa aktörer som ska tillämpa upphandlingslagstiftningen men inte omfattas av OSL. Det gäller bl.a. om statliga bolag och stiftelser som inte finns upptagna i bilagan till OSL samt vissa privata bolag som anses vara upphandlande enheter enligt LUF och LUK.[27] För sådana upphandlande

[26] Prop. 2015/16:195 s. 688–705.
[27] Se prop. 2006/07:128 del 1 s. 267.

myndigheter och enheter kan lagen om skydd för företagshemligheter vara tillämpliga på vissa känsliga uppgifter som lämnas av leverantörer under en upphandling (se längre ner i detta avsnitt).

Vad gäller andra upphandlande myndigheter och enheter gäller i stället andra regler i upphandlingslagstiftningen. Även sådana aktörer är nämligen skyldiga att lämna ut viss information om upphandlingen (se 12 kap. 12–24 §§ LOU) Enligt 19 kap. 33 § LOU gäller liknande regler för kontrakt som avser sociala och vissa andra särskilda tjänster. Motsvarande bestämmelser finns också i LUF. Utredningens överväganden ifråga om behov av sådana bestämmelser i upphandlingslagstiftningen finns i avsnitt 12.2.3.

Kommuners överlämnande av uppgifter till privata utförare

Enligt 10 kap. 9 § kommunallagen (2017:725) ska kommuner och landsting, när verksamhet lämnas över till en privat utförare, genom avtal tillförsäkra sig information som gör det möjligt att ge allmänheten insyn i den verksamhet som lämnas över. Med privat utförare avses en privat aktör till vilken en kommun eller ett landsting genom avtal har lämnat över vården av en kommunal angelägenhet.[28]

Meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter

De ovan beskrivna grundlagsreglerade rättigheterna enligt TF och YGL ger enskilda – både privat- och offentliganställda – ett skydd mot det allmänna. För offentligt anställda innebär innefattar detta även ett skydd gentemot arbetsgivaren. Omvänt gäller grundlagsskyddet som huvudregel inte för privatanställda, även om ett visst skydd följer av såväl arbetsrätten som Europakonventionen.

Den 1 juli 2017 trädde lagen (2017:151) om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter ikraft. Lagen tillförsäkrar anställda, uppdragstagare och vissa andra som deltar i yrkesmässigt bedriven enskild verksamhet inom skola, vård och omsorg motsvarande rätt som offentligt anställda har att lämna uppgifter om verksamheten för publicering i medier som omfattas av TF eller YGL. Detta under förutsättning att verksamheten till någon del är offentligt finansierad. Den som bedriver verksamheten är vidare förbjuden att efterforska

[28] Ett *kommunalt* företag är inte en sådan privat utförare.

vem som har utnyttjat sin meddelarfrihet eller medverkat till en grundlagsskyddad framställning (*efterforskningsförbud*) och får inte heller utsätta den personen för negativa åtgärder på grund av detta (*repressalieförbud*).

Regeringen har som bakgrund till den nya lagen bl.a. uttalat att det är angeläget att möjligheterna till en öppen debatt om hur våra gemensamma tillgångar används och hur offentligt finansierade verksamheter drivs och utvecklas inte inskränks genom att verksamheterna bedrivs av privata aktörer i stället för genom det offentliga. Det är därför viktigt att anställda och uppdragstagare kan känna sig trygga när de påtalar t.ex. missförhållanden.[29] Även företagshemligheter omfattas av lagens tillämpningsområde, och de som omfattas av lagen ska därmed kunna lämna information som utgör företagshemligheter utan risk för repressalier.[30]

Rätten att lämna uppgifter gäller inte om det är föreskrivet i lag att uppgifterna omfattas av tystnadsplikt (5 §).[31] Detsamma gäller för tystnadsplikt som avtalats eller förordnats med stöd av lagen om förtroendemans ställning på arbetsplatsen eller lagen om medbestämmande i arbetslivet (men inte andra avtalsbaserade tystnadsplikter).[32] Lagen ger heller inte rätt att lämna ut handlingar (1 § andra stycket).

Lagen om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter innehåller slutligen i 6 § bestämmelser om straff för överträdelser av repressalieförbudet och efterforskningsförbudet som motsvarar vad som gäller enligt TF och YGL. Däremot utövar inte JO eller JK tillsyn över lagen.[33]

Lagen om skydd för företagshemligheter

I lagen (1990:409) om företagshemligheter finns bestämmelser om skydd för företagshemligheter som någon fått i förtroende i samband med en affärsförbindelse. Regeringen har förslagit att den nuvarande

[29] Prop. 2016/17:31 *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*, s. 16.
[30] A. prop. s. 36–39.
[31] A. prop. s. 40–44.
[32] A. prop. s. 39 f.
[33] A. prop. s. 47 f.

lagen om företagshemligheter den 1 juli 2018 ersätts med en ny lag och denna framställning utgår från den föreslagna lagen.[34]

Bakgrunden till den nya lagen är framför allt ett nytt EU-direktiv som ska genomföras i svensk rätt.[35] Förändringarna syftar till att stärka skyddet för företagshemligheter.

I förarbetena till den nu gällande lagen om företagshemligheter uttalades bl.a. att det ofta vid affärsförbindelsen föreligger en avtalsrelation mellan näringsidkaren och den som har fått del av företagshemligheten, men redan under ett förhandlingsskede kan mottagaren ha fått del av en företagshemlighet på ett sådant sätt att ett förtroendeförhållande kan anses föreligga.[36] En sådan affärsförbindelse kan t.ex. utgöras av ett avtalsförhållande eller föreligga genom att en part begärt in ett anbud i vilket det finns förtroliga uppgifter. Den information som kan skyddas i offentlig sektor är emellertid klart begränsad jämfört med privat verksamhet, eftersom huvudregeln (i Sverige) är att sådana handlingar är offentliga. I det ovan nämnda direktivet understryks emellertid att bestämmelserna i direktivet inte bör inskränka offentliga myndigheters skyldigheter i fråga om konfidentialitet avseende information som lämnas till dem i upphandlingar (skäl 18). För upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av såväl OSL som av lagen om skydd för företagshemligheter är sistnämnda lag subsidiär i förhållande till OSL.[37]

Personuppgiftslagen och dataskyddsförordningen

Personuppgiftslagen (1998:204), förkortad PUL, syftar till att skydda enskilda mot att deras personliga integritet kränks genom helt eller delvis automatiserad behandling av personuppgifter. PUL har sin grund i det s.k. dataskyddsdirektivet[38]. PUL är subsidiär i förhållande till andra lagar och förordningar och kompletteras av ett stort antal s.k. registerförfattningar.

---

[34] Prop. 2017/18:200, se även SOU 2017:45 *Ny lag om företagshemligheter*.
[35] Europaparlamentets och rådets direktiv 2016/943/EU om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs.
[36] SOU 2017:45 s. 195.
[37] Prop. 1987/88:155 s. 54.
[38] Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

Dataskyddsdirektivet ersätts den 25 maj 2018 av en ny EU-förordning om dataskydd, den allmänna dataskyddsförordningen (GDPR).[39] Genom att regleringen i stället sker genom en EU-förordning innebär att reglerna kommer att vara direkt tillämpliga och gälla på samma sätt i alla EU:s medlemsstater, varför PUL kommer att upphävas.

Reglerna i GDPR medför inte några egentliga krav på själva handläggningen av offentliga upphandlingar. Däremot måste bestämmelserna i förordningen iakttas vid utformningen av vissa upphandlingar, t.ex. av IT-system. De kan även ha betydelse vid utförandet av upphandlande uppdrag som innefattar hantering av personuppgifter.

6.4 Regler om jäv

Den svenska offentligrättsliga regleringen av jäv kan sägas garantera RF:s krav på objektivitet och opartiskhet i offentlig förvaltning. Förvaltningslagen innehåller den huvudsakliga regleringen av jäv, men det finns även jävsregler i annan lagstiftning.

6.4.1 Förvaltningslagens regler om jäv

Bestämmelserna i FL har utformats med regleringen i rättegångsbalken som förebild, även om kraven i vissa avseende har ställts lägre.[40]

Enligt 16 § FL gäller att den som för en myndighets räkning tar del i handläggningen på ett sätt som kan påverka myndighetens beslut i ärendet är jävig om

1. han eller hon eller någon närstående är part i ärendet eller annars kan antas bli påverkad av beslutet i en inte oväsentlig utsträckning,

2. han eller hon eller någon närstående är eller har varit ställföreträdare eller ombud för en part i ärendet eller för någon annan som kan antas bli påverkad av beslutet i en inte oväsentlig utsträckning,

[39] Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG.
[40] Prop. 1985/86:80 s. 352 och 354 och Hellners, Trygve och Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen – Med kommentarer*, 3e upplagan, kommentar till 11–12 §§ nuvarande FL.

3. han eller hon har medverkat i den slutliga handläggningen av ett ärende hos en annan myndighet och till följd av detta redan har tagit ställning till frågor som myndigheten ska pröva i egenskap av överordnad instans, eller

4. det finns någon annan särskild omständighet som gör att hans eller hennes opartiskhet i ärendet kan ifrågasättas.

Om det är uppenbart att frågan om opartiskhet saknar betydelse, ska myndigheten bortse från jäv.

Förekomst av jäv innebär att den som är jävig inte får ta del i handläggningen av ärendet och inte heller närvara när ärendet avgörs. De personer som åsyftas är de som tar sådan befattning med ett ärende att de kan tänkas inverka på ärendets utgång. Jävsbestämmelserna träffar alltså inte alla personer på en myndighet som på något sätt har att göra med ett ärende hos myndigheten. För att förvaltningslagens jävsbestämmelser ska vara tillämpliga på en uppdragstagare (t.ex. en upphandlad konsult) krävs emellertid inte bara att konsulten har någon form av faktiskt inflytande över ett ärende utan också att han eller hon har en formell ställning som handläggare eller beslutsfattare.[41] Myndigheten är emellertid under alla omständigheter skyldig att även vad gäller uppdragstagares och utomstående experters deltagande i förvaltningen upprätthålla RF:s grundläggande objektivitetsprincip, och de överväganden som myndigheten därvid har att göra är i praktiken av samma slag som när en handläggares eller beslutsfattares opartiskhet ska bedömas. Även om jävsreglerna inte formellt är tillämpliga vad gäller sådana personers deltagande i handläggningen av en upphandling kan deras medverkan ändå medföra att handläggningen sker i strid med RF:s grundläggande krav på objektivitet.

En anställd som känner till en omständighet som kan antas innebära att personen är jävig ska omedelbart anmäla detta till den egna myndigheten. En person som anser sig vara jävig vid handläggningen av ett ärende kan antingen självmant avstå från att delta i handläggningen, eller låta myndigheten avgöra frågan. Vad gäller handläggningen av själva jävsfrågan har JO uttalat följande:

Allmänt sett gäller att reglerna om jäv inte tar sikte på en befattningshavares moral och kompetens utan på förekomsten av sådana yttre faktorer som placerar honom eller henne i situationer, där det allmänt

[41] JO 2011/12 s. 278.

> sett – oberoende av vem det gäller – föreligger en risk för att ovidkommande hänsyn skulle kunna spela en roll. Befinner sig vederbörande i en sådan situation spelar det ingen roll om man efteråt kan konstatera att han eller hon ändå handlat helt klanderfritt.[42]

En myndighet ska också pröva en jävsfråga så snart som möjligt. Den som jävet gäller får ta del i prövningen av jävsfrågan endast om det krävs för att myndigheten ska vara beslutsför och någon ersättare inte kan kallas in utan att prövningen försenas avsevärt. Denna bestämmelse är tänkt att utgöra en slags nödventil för fall där myndighetens handläggning av jävsfrågan annars helt skulle blockeras. Utgångspunkten är dock att myndigheterna har en sådan organisation och bemanning att en tillämpning av ventilen inte aktualiseras annat än i sällsynta undantagsfall, och möjligheten är avsedd att tillämpas mycket restriktivt.[43]

Personen får dock utföra sådana uppgifter som inte någon annan kan utföra utan att handläggningen försenas avsevärt.

Tidigare fick beslut i jävsfrågor endast överklagas särskilt.[44] Detta överklagandeförbud har tagits bort i nya FL. Detta främst med hänsyn till enskildas grundläggande rättssäkerhetsintresse.[45] Beslut i jävsfrågor kommer alltså enligt nya FL att kunna överklagas utan samband med överklagande av det slutliga beslutet i ärendet.

6.4.2 Kommunallagen

Bestämmelser om jäv finns även i kommunallagen (2017:725). Genom subsidiaritetsbestämmelsen i 2 § nya FL har reglerna i kommunallagen i princip företräde framför jävsregleringen i FL. Jävsreglerna i kommunallagen har emellertid utformats med regleringen i nuvarande FL som förebild och har i många avseenden getts en likartad utformning. Något förenklat är alltså FL tillämplig på handläggning av sådana ärenden som regleras i speciallag medan bestämmelserna i KL gäller vid handläggningen av ärenden inom det oreglerade området. Detta motiveras bl.a. med att det kommunala självstyret bör ges företräde framför intresset av att detaljreglera förfarandet i den

[42] JO 2012/13 s. 393.
[43] Prop. 2016/17:180 s. 304.
[44] Jfr prop. 1971:30 del 2 s. 357.
[45] Prop. 2016/17:180 s. 258 f.

oreglerade kommunförvaltningen.[46] Skillnaderna har till del att göra med att kommunalt verksamma personer ofta har dubbla engagemang och därför kan få handlägga samma ärende i olika egenskaper.[47]

Enligt 5 kap. 47 § KL får ledamot av fullmäktige inte delta i handläggningen av ett ärende som personligen rör ledamoten själv, ledamotens make, sambo, förälder, barn eller syskon eller någon annan närstående. I 5 kap. 48 § finns en särskild jävsregel för ledamot som är redovisningsskyldig till kommunen eller landstinget. Vidare finns särskilda bestämmelser om ersättares tjänstgöring vid jäv i 5 kap. § 8 § KL.

Regleringen i kommunallagen är mer utförlig vad gäller förtroendevaldas tjänstgöring i styrelsen och nämnder. Enligt 6 kap. 28 § KL är en sådan förtroendevald ledamot jävig, om

> 1. saken angår honom eller henne själv eller hans eller hennes make, sambo, förälder, barn eller syskon eller någon annan närstående eller om ärendets utgång kan väntas medföra synnerlig nytta eller skada för den förtroendevalde själv eller någon närstående,
>
> 2. han eller hon eller någon närstående är ställföreträdare för den som saken angår eller för någon som kan vänta synnerlig nytta eller skada av ärendets utgång,
>
> 3. ärendet rör tillsyn över sådan kommunal verksamhet som han eller hon själv är knuten till,
>
> 4. han eller hon har fört talan som ombud eller mot ersättning biträtt någon i saken, eller
>
> 5. det i övrigt finns någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet för hans eller hennes opartiskhet i ärendet.

En jämförelse med jävsgrunderna i nya FL ger vid handen att KL:s reglering i flera avseende är mer tillåtande än förvaltningslagen. T.ex. förutsätter jäv enligt FL att en person eller någon närstående ”kan antas bli påverkad av beslutet i en inte oväsentlig utsträckning.” Enligt KL förutsätter jäv i stället att ärendets utgång kan väntas ”medföra synnerlig nytta eller skada” för den förtroendevalde själv eller någon närstående.

[46] Prop. 2016/17:180 s. 29.
[47] Hellners, Trygve och Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen – Med kommentarer*, 3e upplagan, kommentar till 11 § nuvarande FL.

Om det är uppenbart att frågan om opartiskhet saknar betydelse, ska nämnden bortse från jäv. Enligt 30 § samma lag och kapitel får en förtroendevald som är jävig i ett ärende hos en nämnd som utgångspunkt inte delta eller närvara vid handläggningen av ärendet. Den som känner till en omständighet som kan antas utgöra jäv mot honom eller henne ska självmant uppge det. Enligt 12 kap. 14–17 §§ KL gäller i princip samma jävsregler för revisorerna.

Om ett ärende hos en nämnd berör ett aktiebolag där kommunen eller landstinget äger minst hälften av aktierna eller en stiftelse där kommunen eller landstinget utser minst hälften av styrelseledamöterna, ska den som handlägger ärendet inte anses jävig enligt 28 § 2 eller 5 enbart på grund av att han eller hon är ställföreträdare för bolaget eller stiftelsen eller på något annat sätt är knuten dit. Detta gäller inte när en nämnd handlägger ärenden som avser myndighetsutövning mot enskilda. Enligt 32 § samma lag och kapitel får ett beslut om jäv överklagas endast i samband med överklagande av det beslut genom vilket nämnden avgör ärendet. Enligt 7 kap. 4 § KL gäller i princip samma jävsregler för anställda i kommunen som för ledamöter av styrelsen eller nämnder. Däremot finns särskilda bestämmelser i 7 kap. 17 § om jäv för personalföreträdare och i 24 § 2 samma lag och kapitel för partssammansatta organ.

6.4.3 Annan offentligrättslig reglering av jäv

Det finns bestämmelser om jäv i några ytterligare lagar. I 4 kap. 13 § rättegångsbalken finns jävsgrunderna avseende domare. Dessa torde dock sakna betydelse för offentlig upphandling eftersom de endast gäller domare i sin roll som rättstillämpare. I RB återfinns dels i princip samma jävsgrunder som i FL (4 kap. 13 § punkterna 1–5 och 10), dels vissa specifika jävsgrunder som avser just handläggning i domstol (4 kap. 13 § punkterna 6–9). Rättegångsbalkens regler om jäv mot domare gäller enligt 41 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) även vid handläggning av mål i allmän förvaltningsdomstol. I 7 kap.

finns RB särskilda bestämmelser om jäv mot anställda vid brottsbekämpande myndigheter. Det finns även bestämmelser om jäv i några ytterligare lagar.[48]

6.4.4 Sammanfattning av jävsregleringen

Ovan redovisade bestämmelser om jäv är i och för sig tillämpliga i olika verksamheter. De bygger dock på vissa gemensamma utgångspunkter.

Jävsgrunderna

Jävsgrunderna är i princip desamma i de olika bestämmelserna. En tjänsteman är jävig om

- ärendet angår denne själv eller någon närstående (RB 1 kap. 13 § p. 1–3, FL 16 § p. 1, KL 6 kap. 28 § p. 1);
- om denne på visst angivet sätt företrätt någon part eller annan som har kvalificerat intresse i ärendet (RB 1 kap. 13 § p. 4–5 och 9, FL 13 § p. 2, KL 6 kap. 28 § p. 2 och 4);
- denne tidigare eller i annan roll befattat sig med ärendet, s.k. tvåinstansjäv (RB 1 kap. 13 § p. 7–8, FL 13 § p. 3, KL 6 kap. 28 § p. 3);
- om det annars finns någon särskild omständighet som rubbar förtroendet för tjänstemannen (RB 1 kap. 13 § p. 10, FL 13 § p. 4, KL 6 kap. 28 § p. 5).

En skillnad mellan de olika lagarna är att förtroendevalda (i riksdag liksom i fullmäktige i kommuner och landsting) i större utsträckning äger befatta sig med handläggning av ärenden trots att de kan ha ett intresse i saken än vad som gäller för statliga och kommunala tjänstemän.

[48] Enligt 6 kap. 19 § första stycket Riksdagsordningen (RO) får ingen ledamot delta i behandlingen av ett ärende vid ett sammanträde i kammaren, om ärendet rör honom eller henne eller någon närstående personligen. Motsvarande gäller enligt 7 kap. 21 § RO vid behandlingen av ett ärende i ett utskott. Vidare finns särskilda jävsregler i fastighetsbildningslagen (1970:988) och lagen (2000:192) om allmänna pensionsfonder.

Undantag för brådskande åtgärder

Regleringen av jäv innehåller i samtliga lagar undantag för handläggningsåtgärder som inte kan vänta till dess en annan tjänsteman kan sätta sig in i ärendet och fatta beslut. Även en jävig tjänsteman kan alltså vidta åtgärder som inte kan anstå (4 kap. 15 § RB, 17 § andra meningen nya FL, 6 kap. 30 § första stycket andra meningen KL).

Anställda förväntas själva anmäla eventuellt jäv

Tjänstemän som har anledning att tro att de är jäviga i ärendet ska själva anmäla saken till sina överordnade. (4 kap. 14 § RB, 18 § första stycket nya FL, 6 kap. 30 § andra stycket KL).

Jäv som saknar betydelse

Enligt såväl förvaltningslagen som kommunallagen bortses från jäv i situationer där jävet saknar betydelse (16 § andra stycket nya FL; 6 kap. 29 § KL).

6.5 Straffrättsligt ansvar i vissa fall

Fel och brister vid handläggning av en upphandling hos den upphandlande myndigheten eller enheten kan i vissa fall medföra straffansvar enligt flera stadganden i brottsbalken (BrB).

Brott mot tystnadsplikt

I 20 kap. 3 § BrB är föreskrivet ansvar för utlämnande av uppgifter i strid med lag eller andra bestämmelser. Röjer någon uppgift, som han är pliktig att hemlighålla enligt lag eller annan författning eller enligt förordnande eller förbehåll som har meddelats med stöd av lag eller annan författning, eller utnyttjar han olovligen sådan hemlighet, dömes, om ej gärningen eljest är särskilt belagd med straff, för brott mot tystnadsplikt till böter eller fängelse i högst ett år.

Mutbrotten

Enligt 10 kap. 5 a § första meningen BrB gäller att den som är arbetstagare eller utövar uppdrag och tar emot, godtar ett löfte om eller begär en otillbörlig förmån för utövningen av anställningen eller uppdraget döms för *tagande av muta* till böter eller fängelse i högst två år. För tagande av sådan muta döms också den som tar emot, godtar ett löfte om eller begär förmånen för någon annan än sig själv.

Enligt 5 b § samma balk och kapitel gäller vidare att den som lämnar, utlovar eller erbjuder en otillbörlig förmån i fall som avses i 5 a § döms för *givande av muta* till böter eller fängelse i högst två år. Är brott som avses i 5 a eller 5 b § att anse som grovt, döms enligt 10 kap. 5 c § BrB för *grovt tagande av muta eller grovt givande av muta* till fängelse i lägst sex månader och högst sex år.

Enligt 10 kap. 5 d § BrB kan vidare den som

1. tar emot, godtar ett löfte om eller begär en otillbörlig förmån för att påverka annans beslut eller åtgärd vid myndighetsutövning eller offentlig upphandling, eller

2. lämnar, utlovar eller erbjuder någon en otillbörlig förmån för att han eller hon ska påverka annans beslut eller åtgärd vid myndighetsutövning eller offentlig upphandling

dömas till ansvar för *handel med inflytande*. Påföljden för detta brott är böter eller fängelse i högst två år och bestämmelsen gäller i annat fall än dem som avses i 5 a eller 5 b § BrB.

Vidare gäller enligt 10 kap. 5 e § BrB att en näringsidkare som tillhandahåller pengar eller andra tillgångar åt någon som företräder näringsidkaren i en viss angelägenhet och därigenom av grov oaktsamhet främjar givande av muta, grovt givande av muta eller handel med inflytande enligt 5 d § 2 i den angelägenheten döms för *vårdslös finansiering av mutbrott* till böter eller fängelse i högst två år.

Brister vid handläggning av upphandling kan inte medföra ansvar för tjänstefel

Enligt 20 kap. 1 § första meningen BrB gäller att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet vid myndighetsutövning genom handling eller underlåtenhet åsidosätter vad som gäller för uppgiften skall dömas för tjänstefel till böter eller fängelse i högst två år. Ansvar för

tjänstefel förutsätter med andra ord att felet eller bristerna har skett vid myndighetsutövning. Såsom utredningen har konstaterat ovan är emellertid inte åtgärder hänförliga till offentlig upphandling myndighetsutövning. Därmed kan inte en tjänsteman dömas till ansvar för sådana fel eller brister vid handläggningen av en offentlig upphandling.

6.6 Konkurrenslagstiftningen och statsstödsreglerna

6.6.1 Samarbeten som begränsar konkurrensen

Enligt 2 kap. 1 § första stycket konkurrenslagen (2008:579) är avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna, om inte annat följer av denna lag. Bestämmelsens främsta betydelse för offentlig upphandling är när otillåtna samarbeten sker på leverantörssidan, t.ex. i form av anbudskarteller. Med företag avses emellertid enligt lagen en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del verksamheten består i myndighetsutövning (1 kap. 5 §). Även staten, kommunerna och landstingen räknas som företag i den mån de bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.[49] Även upphandlande myndigheter och enheter kan därmed i princip vara att betrakta som företag i denna bemärkelse och göra sig skyldiga till sådana konkurrenssnedvridningar som är förbjudna enligt konkurrenslagen. Av betydelse för denna bedömning är bl.a. den senare användningen av de produkter som upphandlas.[50] Detta under förutsättning att den aktuella ekonomiska aktiviteten inte avser myndighetsutövning.

6.6.2 Missbruk av dominerande ställning

Enligt 2 kap. 7 § första stycket konkurrenslagen är missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet. Även detta förbud är i princip tillämpligt på ett offentligt organs ekonomiska aktiviteter.

[49] Se MD 2007:26, Ekfors Kraft m.fl. I, och MD 2004:21 , Vägverket m.fl.
[50] Carlsson, Kenny, Bergman, Mats, *Konkurrenslagen – En kommentar*, kommentar till 1 kap 5 § konkurrenslagen.

6.6.3 Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (”konfliktlösningsregeln”)

Enligt 3 kap. 27 § konkurrenslagen gäller att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket samma lag tillämpa ett visst förfarande, om detta

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller

2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Förbud får emellertid inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. En kommun eller ett landsting får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag.

Syftet med den s.k. konfliktlösningsregeln är att underlätta möjligheterna att ingripa mot förfaranden av offentliga organ som är skadliga för konkurrensen. De ska alltså ses som ett komplement till konkurrenslagens missbruksbestämmelse som gör det möjligt att under vissa förutsättningar ingripa mot en konkurrensskadlig underprissättning av ett offentligt organ. Tillämpningen av konfliktslösningsregeln aktualiseras endast vid just säljverksamhet, inte när de offentliga organen uppträder som köpare. Bestämmelsen är därmed relevant för offentlig upphandling endast i den utsträckning angivna offentliga organ uppträder som leverantör i en upphandling.[51]

6.6.4 Statsstödsreglerna och transparenslagen

Statsstöd innebär att staten, en kommun eller ett landsting på olika sätt stöttar en viss verksamhet med offentliga medel. Förenklat innebär reglerna att statsstöd inte får lämnas förrän det har godkänts av kommissionen, även om det finns vissa undantag i EU:s gruppundantagsförordning[52]. Syftet med reglerna är att förhindra sned-

[51] Prop. 2008/09:231 s. 34.
[52] Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget.

vridning av konkurrensen på den inre marknaden, och statsstödsreglerna begränsar offentlig sektors möjlighet att på olika sätt stödja privat verksamhet ekonomiskt.

Statsstödsreglerna är av betydelse för handläggningen av upphandlingar främst på så sätt att betalning från en myndighet till en leverantör inom ramen för ett avtal som blivit föremål för en konkurrensutsättning enligt upphandlingsreglerna kan presumeras utgöra marknadsmässig ersättning som inte aktualiserar tillämpning av statsstödsreglerna. En upphandling kan dock ske i strid med statsstödsreglerna i framförallt två fall: om den upphandlande myndigheten eller enheten betalar ett överpris för den vara eller tjänst som upphandlas, eller om myndigheten eller enheten, för att stödja den aktuella verksamheten, köper något som den inte behöver.[53]

Det är kommissionen som utöver tillsyn över statsstödsreglerna i EUF-fördraget, och vissa skyldigheter för stödgivare följer även direkt av lagen (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler. Upphandlingsmyndigheten har sedan den 1 januari 2018 regeringens uppdrag att ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och landsting.

I lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. (ofta kallad *transparenslagen*) finns bestämmelser som syftar till att ge kommissionen insyn i de finansiella förbindelserna mellan det allmänna och offentliga företag, samt i vissa företags ekonomiska verksamhet. Detta för att kommissionen ska kunna utöva tillsyn över EU:s statsstödsregler.

Med ”offentligt företag” avses enligt 2 § första stycket 1 ett företag som det allmänna direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över på grund av ägarskap, finansiell medverkan eller de regler som gäller för företaget. Ett sådant offentligt företag ska enligt 3 § redovisa sina finansiella förbindelser med det allmänna så att det tydligt framgår vilka offentliga medel som företaget fått direkt eller indirekt, via andra offentliga företag eller finansiella institut, och hur medlen har använts (öppen redovisning).

[53] Se t.ex. Hedelin, Johan, Statsstöd, upphandling och konkurrens, *Europarättslig tidskrift*, 2018:2.

6.7 Skyldigheter som följer av Sveriges internationella åtaganden

6.7.1 Europeiska förvaltningsprinciper i svensk förvaltningsrätt

EU saknar en egen sammanhållen förvaltningsrättslig reglering. Däremot finns det bestämmelser i fördragen som styr hur EU:s institutioner ska handlägga ärenden. Handläggningsnormer finns även i olika sekundärrättsliga akter.[54] Av betydelse i detta sammanhang är emellertid vilka allmänna krav på handläggningen av upphandlingar i medlemsstaternas myndigheter som följer av unionsrätten – vid sidan av upphandlingsdirektiven och de krav som EU-domstolen ansett följa av EU:s primärrätt. De förvaltningsrättsliga principer som har utvecklats i unionsrätten har även betydelse inom unionsrättens tillämpningsområde, främst där de fria rörligheterna aktualiseras eller vid tillämpningen av sekundärrätt.[55] Medlemsstaterna är alltså skyldiga att respektera unionsrättens allmänna förvaltningsprinciper när de agerar inom unionsrättens tillämpningsområde.[56] Detta område har dock getts en vid tolkning i EU-domstolens rättspraxis.

6.7.2 Världshandelsorganisationens upphandlingsöverenskommelse (WTO-avtalet)

Medlemmar i Världshandelsorganisationen WTO ingick 1979 en överenskommelse om offentlig upphandling. Denna överenskommelse, Agreement on Government Procurement (ofta förkortad GPA- eller WTO-avtalet) har sedan dess reviderats vid flera tillfällen och den senast texten trädde i kraft i april år 2014. WTO-avtalet är en plurilateral överenskommelse som består av två delar: själva överenskommelsen som innehåller förfaranderegler för tilldelning av upphandlingskontrakt, och scheman i vilka varje part i avtalet redovisar vilka myndigheter och aktiviteter som omfattas av avtalet. EU är part i överenskommelsen och samtliga medlemsstater är därmed bundna att följa bestämmelserna i den vid tilldelning av sådana offentliga kontrakt som omfattas av överenskommelsen. Därtill är

[54] Reichel, Jane, i Marcusson, Lena, *Offentligrättsliga principer*, 2017, s. 54.
[55] Reichel, Jane, idem, s. 61.
[56] Se t.ex. EU-domstolens avgörande i C-604/12 p. 49–50.

EU:s upphandlingsdirektiv utformade i syfte att uppfylla kraven enligt WTO-avtalet: upphandlande myndigheter och enheter fullgör alltså skyldigheterna enligt WTO-avtalet genom att tillämpa direktiven även på leverantörer i tredjeländer som är parter WTO-avtalet.[57] Även WTO-avtalet innehåller tröskelvärden på liknande sätt som upphandlingsdirektiven, och även i detta avseende är direktiven utformade så att tröskelvärdena i dem motsvarar WTO-avtalets tröskelvärden.[58]

WTO-avtalet har ingen direkt betydelse utredningens arbete, eftersom de skyldigheter som följer av avtalet också kommer till uttryck i upphandlingsdirektiven. Omvänt följer inga skyldigheter för Sverige vad gäller andra upphandlingar än de som omfattas av direktiven.

6.7.3 Europarådet

Även Europarådet har antagit flera rättsakter som föreskriver vissa allmänna krav på myndigheters handläggning och verksamhet. Dessa är bl.a. Rekommendationen om god administration (2007).[59] Den ”förvaltningskod” som utgör bilaga till rekommendationen innehåller förfaranderegler som liknar de som finns i den svenska förvaltningslagen. Reglerna omfattar inte uttryckligen handläggningen av offentlig upphandling.

6.8 Regeringens styrning av sina myndigheter

Även om de statliga myndigheterna har en stark självständig ställning gentemot regeringen och riksdag är regeringens möjligheter att styra dem betydligt större än vad som gäller för kommuner och landsting. Detta gäller med undantag av det fåtal statliga myndigheter som lyder under riksdagen, bl.a. JO, Riksrevisionen och Riksbanken. Styrning sker på olika sätt: genom förordningar, myndighetsinstruktioner, regleringsbrev och regeringsuppdrag, men också mer informellt genom en myndighetsdialog mellan ansvarigt depar-

[57] Se skäl 17 i LOU-direktivet.
[58] Se skäl 18 i LOU-direktivet.
[59] Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration.

tement och myndighetsledningen. Ett annat sätt att styra myndigheter är genom antagandet av nationella strategier som de statliga myndigheterna förväntas beakta i sin verksamhet. Vad gäller den offentliga upphandlingen har den statliga styrningen ökat under senare år.

6.8.1 Myndighetsförordningen och andra förordningar

För myndigheter under regeringen gäller en särskild förordning, myndighetsförordningen (2007:515) som innehåller vissa grundläggande krav på myndigheternas organisation och verksamhet. Enligt 3 § denna förordning ansvarar myndighetens ledning inför regeringen för verksamheten och ska se till att den bedrivs effektivt och enligt gällande rätt och de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen. Förordningen innehåller också ett krav på att myndigheten hushållar väl med statens medel. Verksamheten ska vidare redovisas på ett tillförlitligt och rättvisande sätt.

Vidare gäller enligt 27 § myndighetsförordningen att respektive myndighet företräder staten vid domstol inom sitt verksamhetsområde. Denna huvudregel är dock försedd med flera undantag: bl.a. är det JK som i flera situationer handlägger skadeståndsanspråk mot staten.[60]

Internrevisionsförordningen (2006:1228)

Internrevisionsförordningen gäller för förvaltningsmyndigheter under regeringen i den omfattning som regeringen föreskriver i myndighetens instruktion eller i någon annan förordning eller beslutar särskilt. Enligt 2 § förordningen ska det vid sådana myndigheter finnas en internrevision vars huvudsakliga uppgift är att granska och lämna förslag till förbättringar av myndighetens process för intern styrning och kontroll. Internrevisionen ska enligt 4 § självständigt granska om ledningens interna styrning och kontroll är utformad så att myndigheten med en rimlig säkerhet fullgör de ovan nämnda kraven enligt myndighetsförordningen.

[60] Se 3 § förordningen (1995:1301) om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten.

Förordningen (2007:603) om intern styrning och kontroll

Förordningen om intern styrning och kontroll – ”FISK” – gäller för de förvaltningsmyndigheter under regeringen som ska följa den ovan nämnda internrevisionsförordningen. Med intern styrning och kontroll avses enligt 2 § förordningen den process som syftar till att myndigheten med rimlig säkerhet fullgör de ovan nämnda kraven enligt myndighetsförordningen. De moment som enligt förordningen ska ingå i denna process är riskanalys, kontrollåtgärder, uppföljning och dokumentation.

Förordningen (1995:1300) om statliga myndigheters riskhantering

Enligt förordningen ska myndigheter under regeringen identifiera vilka risker för skador eller förluster som finns i myndighetens verksamhet samt vidta lämpliga åtgärder för att begränsa och förebygga sådana risker. Vidare framgår av 5 § förordningen att sådana myndigheter inte får teckna försäkring för statens egendom, ansvarighet eller i övrigt för skador som staten ska ersätta.

Förordningen (1995:1301) om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten

Enligt 3 § förordningen gäller att JK handlägger anspråk på ersättning från staten på en rad områden. Vidare ska JK handlägga anspråk på ersättning som grundas på ett påstående om överträdelse av gemenskapsrätten. Förordning gäller emellertid enligt 1 § andra stycket 1 inte anspråk på ersättning som grundas på avtal. Även Kammarkollegiet har uppgifter enligt förordningen, liksom, vad gäller andra anspråk, en rad andra myndigheter inom respektive myndighets verksamhetsområde (5 § och bilaga 1 till förordningen). Förordningen innehåller alltså inga materiella skyldigheter kring skadeståndsanspråk utan reglerar främst vilken myndighet som ska handlägga sådana anspråk.

Förordningen (2000:606) om myndigheters bokföring

Enligt 6 § förordningen ska myndigheters bokföring överensstämma med god redovisningssed. Vidare ska myndigheterna bl.a. löpande bokföra alla ekonomiska händelser och se till att det finns verifikationer för alla bokföringsposter. Vidare gäller enligt 21 f § att en myndighet ska hantera inkommande och utgående fakturor elektroniskt.[61]

Förordningen (2017:170) om statliga betalningar och medelsförvaltning

Enligt 5 § förordningen ska myndigheternas bankkonton vara anslutna till statliga toppkonton i de banker som Riksgäldskontoret ingått ramavtal med för statens räkning. Enligt 6 § gäller att en myndighet som vill öppna eller ändra ett bankkonto ska ansöka om det hos Riksgäldskontoret. Vidare gäller enligt 10 § att en myndighet ska avropa betaltjänster enligt ramavtal som Riksgäldskontoret har ingått för statens räkning. Riksgäldskontoret får dock medge undantag från dessa krav.

6.8.2 Instruktioner, regleringsbrev och regeringsuppdrag

Regeringen har gett en rad statliga myndigheter särskilda uppdrag på upphandlingsområdet i olika styrdokument. Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten har särskilda uppgifter på upphandlingsområdet. Vidare har flera statliga myndigheter uppgifter inom den statliga inköpssamordningen, främst Kammarkollegiet (Statens inköpscentral). Fram till den 1 januari 2018 ansvarade Ekonomistyrningsverkets (ESV) för att upphandla och förvalta statliga ramavtal för administrativa system, ett uppdrag som nu övergått till Statens inköpscentral på Kammarkollegiet. Men även därutöver har flera statliga myndigheter fått särskilda uppdrag på upphandlingsområdet. *Trafikverket* fick t.ex. i juni 2015 i uppdrag att vid offentlig upphandling arbeta för ökad sysselsättning för personer som har svårt att

[61] Må vara att Ekonomistyrningsverket får medge undantag från detta krav om det finns särskilda skäl.

komma in på arbetsmarknaden.[62] I början av 2017 fick verket även i uppdrag att redogöra för hur arbetet bedrivs avseende strategiska offentliga inköp.[63] *SMHI* fick år 2017 i uppdrag att i samråd med Upphandlingsmyndigheten göra en förstudie om möjligheterna till ett systematiskt arbete med klimatanpassning inom ramen för offentlig upphandling. Vidare har några myndigheter, såsom *Folkhälsomyndigheten* och *Skolverket,* getts uttryckliga uppdrag av regeringen att upphandla vissa varor och tjänster inom sina respektive verksamhetsområden.

Ett stort antal myndigheter, inklusive *Arbetsförmedlingen*, *Naturvårdsverket, Tillväxtverket, Domstolsverket* och *Trafikverket* ska enligt sina respektive regleringsbrev för år 2018 redovisa hur myndigheterna vid upphandlingar som överstiger gällande tröskelvärden har arbetat med att uppfylla kraven på kollektivavtalsenliga villkor som följer av 17 kap. 2–5 §§ LOU.

Arbetsförmedlingen ska vidare redovisa arbetet med att utveckla sina offentliga inköp så att de främjar socialt företagande, sociala innovationer och alternativa lösningar, som bidrar till Arbetsförmedlingens övergripande mål och en effektivare statsförvaltning.

SIDA ska även redovisa en plan för ökad tillämpning av miljömässigt, socialt och ekonomiskt hållbar upphandling som beaktar ett jämställdhetsperspektiv i investeringsprojekt som Sida medverkar i bilateralt samt de åtgärder som vidtagits för att stärka den interna kompetensen kring upphandling och hållbar upphandling inom myndigheten.

Försvarets materielverk (FMV) har enligt sitt regleringsbrev för år 2018 en rad uppdrag på upphandlingsområdet. Bl.a. ska myndigheten redovisa hur myndigheten i upphandlingsverksamheten tillvaratar små och medelstora företags kompetens och möjligheter att på lika villkor kunna delta i upphandlingar och komma i fråga för beställningar. FMV ska även redovisa de besparingar som har uppnåtts genom strategiskt inköpsarbete.

[62] Regeringen (Finansdepartementet), beslut den 17 juni 2015, *Uppdrag till Trafikverket att ställa krav på sysselsättning i upphandlinga*r, Fi2015/3404 (delvis).
[63] Regeringen (Finansdepartementet), beslut den 9 mars 2017, *Uppdrag att redogöra för hur myndigheten tillämpar och utvärderar arbetsrättsliga krav m.m. vid upphandling*, N2017/01833fTIF.

6.8.3 Den nationella upphandlingsstrategin

Regeringen beslutade i juni 2016 en nationell strategi för offentlig upphandling bestående av sju inriktningsmål för utvecklingen av den offentliga upphandlingen. Strategin vänder sig främst till företrädare för de statliga myndigheterna och företrädare för bolag med statligt ägande. Regeringen vill emellertid även verka för att företrädare för kommuner och landsting och andra upphandlande myndigheter och enheter, arbetar för att förverkliga regeringens mål med den offentliga upphandlingen.

De sju inriktningsmålen är

1. Offentlig upphandling som strategiskt verktyg för en god affär.
2. Effektiva offentliga inköp.
3. En mångfald av leverantörer och en väl fungerande konkurrens.
4. En rättssäker offentlig upphandling.
5. En offentlig upphandling som främjar innovationer och alternativa lösningar.
6. En miljömässigt ansvarsfull offentlig upphandling.
7. Offentlig upphandling som bidrar till ett socialt hållbart samhälle.

Regeringen har gett Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att genomföra och följa upp strategin, men regeringen avser även följa de upphandlande myndigheternas arbete på andra sätt. Regeringen hade även i regleringsbreven för 2017 gett olika statliga myndigheter uppdrag utifrån olika delar av strategin.

6.8.4 Övrig statlig styrning

Regeringen arbetar även med styrningen av statliga myndigheter på andra sätt.

Värdegrundsdelegationen

Regeringen inrättade i december 2012 en arbetsgrupp på Regeringskansliet med uppdrag att verka för att respekten och förståelsen för den statliga värdegrunden upprätthålls på alla nivåer i statsförvaltningen.[64] Värdegrundsdelegations arbete pågick till den 31 december 2016 varefter uppdraget att främja och samordna arbetet för en god förvaltningskultur i staten överfördes till Statskontoret. Delegationen genomförde en rad utåtriktade aktiviteter och tog fram en rad skrifter, bl.a. *En kultur som motverkar korruption* (2014). Denna skrift, som riktar sig till statligt anställda och fackliga företrädare, beskriver översiktligt korruption som samhällsfenomen och hur man skyddar verksamheten mot den. Upphandling och inköp lyfts som ett riskområde.

Statskontoret

Statskontoret har sedan den 1 januari 2017 regeringens uppdrag att främja och samordna arbetet för en god förvaltningskultur i staten. Regeringen gav i mars 2017 Statskontoret i uppdrag att särskilt verka för att utveckla och intensifiera arbetet med att upptäcka och förebygga korruption och andra oegentligheter i staten genom att bl.a. inrätta och samordna ett statligt nätverk mot korruption.[65] I arbetet ska uppmärksamhet särskilt riktas mot myndigheter med stora inköp och myndigheter som verkar nära byggbranschen. Nära samråd ska ske med Upphandlingsmyndigheten i frågor om offentlig upphandling och Kammarkollegiet i de delar som rör riskhantering kopplad till inköp.

[64] Regeringen (Socialdepartementet), *Forum för främjande av värdegrundsarbetet i statsförvaltningen*, beslut den 22 december 2012, S2012/9080/ESA.
[65] Regeringen (Finansdepartementet), *Uppdrag till Statskontoret att stärka arbetet mot korruption och andra oegentligheter i statsförvaltningen*, beslut 30 mars 2017, F12017/O1 595/SFÖ (delvis).

Tillitsreformen

Regeringen lanserade i februari 2016 ett arbete som kallas tillitsreformen, som syftar till att utveckla formerna för den statliga styrningen genom att balansera behovet av kontroll med förtroende för medarbetarnas kunskap och erfarenhet. Reformen består bl.a. av flera uppdrag till Statskontoret[66] liksom tillsättandet av den s.k. Tillitsdelegationen[67]. Enligt direktiven till Tillitsdelegationen finns det ett behov av att vidareutveckla en tillitsfull styrning av välfärdstjänsterna som bygger på ett ömsesidigt förtroende mellan berörda aktörer. I arbetet bör det klarläggas vilka krav som regelverken för styrning, kontroll, redovisning och uppföljning ställer på kommuner och landsting i dag och hur de tillämpas. Delegationen bör i sitt arbete ta del av och integrera tillämpliga delar av erfarenheterna av att främja innovationsupphandling.

6.9 Bolagsstyrning

Det finns en rad statliga, kommunala och landstingsbolag som är skyldiga att följa upphandlingslagstiftningen. Sådana aktörer omfattas som huvudregel inte av den ovan beskrivna offentligrättsliga regleringen kring t.ex. öppenhet och jäv. Kommuners och landstings skyldighet att tillförsäkra sig information som gör det möjligt att ge allmänheten insyn i den verksamhet som lämnas över till privata utförare har beskrivits ovan (avsnitt 6.3.2). Om bolaget (eller något annat privaträttsligt subjekt) har anförtrotts förvaltningsuppgifter i den mening begreppet har i 1 kap. 9 § RF är dock bolaget skyldigt att i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet (se avsnitt 6.2.1 ovan).

Aktiebolagslagen

De grundläggande bestämmelserna om aktiebolag finns i aktiebolagslagen (2005:551), förkortad ABL. Några bestämmelser som särskilt reglerar aktiebolags upphandlingar finns emellertid inte. Möjligen

[66] Regeringen (Finansdepartementet), *Uppdrag till Statskontoret om statlig styrning av offentlig sektor*, Fi2016/00372/SFÖ (delvis).
[67] Dir. 2016:51.

kan bestämmelsen i 3 kap. 3 § ABL nämnas. Enligt denna bestämmelse ska det anges i bolagsordningen om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till aktieägarna. Bestämmelser om att aktiebolagets syfte är ett annat än att generera vinst förekommer framför allt i offentligt (kommunalt) ägda bolag.[68]

Regeringens ägarpolicy för bolag med statligt ägande

Regeringen beslutade i slutet av 2016 om en ny ägarpolicy för bolag med statligt ägande, som ska tillämpas från och med den 1 januari 2017.[69] Ägarpolicyn innehåller inga särskilda bestämmelser om hur de statliga bolagen ska genomföra sina upphandlingar eller inköp. Regeringen understryker emellertid i ägarpolicyn vikten av hållbart företagande, t.ex. genom att säkerställa att missbruk inte sker av den särställning det kan innebära att vara ett bolag med statligt ägande, bl.a. genom att tillämpa skäliga villkor i förhållande till kunder och leverantörer. Utredningen noterar dock att flera av de aspekter som enligt ägarpolicyn är av särskild vikt att de statliga bolagen arbetar för kan sägas ha sin motsvarighet i inriktningsmålen i den nationella upphandlingsstrategin. Utredningen noterar vidare att det inte har angetts i ägarpolicyn att de statliga bolagen ska ta ställning till om de omfattas av upphandlingslagstiftningen eller inte. Däremot noteras i policyn att de statligt ägda bolagen lyder under samma lagar som privatägda bolag, t.ex. konkurrenslagen, och att EU:s bestämmelser om statligt stöd gäller för allt stöd från staten till såväl statligt ägda som privatägda företag.

Bolagsordningar, ägaranvisningar och ägardirektiv

Det har inte ingått i utredningens uppdrag att göra någon genomgång av i vilken utsträckning kommuner, landsting eller staten i bolagsordningar eller på annat sätt anvisar hur sådana bolag som omfattas av upphandlingslagstiftningen ska genomföra sina upphandlingar och inköp. Sådana anvisningar får givetvis inte stå i strid med tvingande lagstiftning (såsom t.ex. upphandlingslagstiftningen), men skulle

[68] Skog, Rolf, Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen, *Svensk Juristtidning*, 2015 s. 11.
[69] Regeringen (Näringsdepartementet), den 22 december2016, *Statens ägarpolicy och riktlinjer för bolag med statligt ägande 2017*, N2016/08061/BSÄ.

kunna innehålla längre gående krav på bolagens inköpsverksamhet än sådana som följer av upphandlingsreglerna.

6.10 Sammanfattning och slutsatser

Som med tydlighet framgår av framställningen ovan finns det alltså en mängd bestämmelser som vid sidan av upphandlingslagstiftningen reglerar den offentliga upphandlingen och hur upphandlande myndigheter och enheter ska agera. 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 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. Samtidigt står det klart att även upphandlingsreglerna förutan finns en omfattande reglering som avser handläggningen av offentliga upphandlingar.

7 Ett regelverk som motverkar korruption

7.1 Inledning och utredningens utgångspunkter

Det ingår inte 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. Utredningen avser därför särskilt beakta vilka konsekvenser reformering av upphandlingsreglerna kan få för riskerna för korruption i offentlig upphandling.

Detta kapitel är strukturerat på följande sätt. I detta inledande avsnitt går utredningen igenom olika definitioner av begreppet korruption och konstaterar att offentlig upphandling är ett riskområde för korruption (avsnitt 7.1). I avsnitt 7.2 går utredningen översiktligt igenom de krav som av följer av Förenta nationernas konvention mot korruption, upphandlingsdirektiven och Institutet mot mutors näringslivskod. Avsnitt 7.3 utgör en inventering av de rekommendationer som följer av olika internationella vägledningar ifråga om vilka bestämmelser ett upphandlingsregelverk bör innehålla för att motverka korruption. Utredningen presenterar sedan sina slutsatser ifråga om korruption i offentlig upphandling i avsnitt 7.4.

7.1.1 Korruption – ett begrepp med många betydelser

Ordet ”korruption” kommer ursprungligen från latinets *corruptus*, vilket ungefär betyder förstörd eller fördärvad. I olika sammanhang – och på olika språk – används dock termen med lite olika innebörd,

vilket emellanåt ger upphov till viss begreppsförvirring.[1] Flera viktiga internationella dokument som avser korruption saknar också en definition av begreppet korruption. Generellt kan sägas att en *smal definition* av begreppet korruption närmast resulterar i en innebörd som är liktydig med givande och tagande av mutor, medan en *bred definition* även inkluderar andra typer av otillbörliga beteenden. Utredningen noterar vidare att det engelska begreppet ”corruption” (särskilt i upphandlingssammanhang) ofta även innefattar andra typer av osunda beteenden såsom anbudskarteller och olika former av bedrägeri.

Transparency International

Organisationen Transparency International använder i sin tur en definition av korruption som innebär *att utnyttja sin ställning för att uppnå otillbörlig fördel för egens eller annans vinning*,[2] och Riksrevisionen har använt sig av begreppet med den närliggande innebörden *att utnyttja en offentlig ställning för att uppnå otillbörlig vinning – för sig själv eller andra*.[3] Detta är även den definition som regeringen använder sig av[4] liksom Statskontoret[5]. Begreppet används dock som framgår ovan även med andra innebörder i andra sammanhang.[6]

Europarådets civilrättsliga konvention mot korruption

I artikel 2 i Europarådets Civilrättsliga konvention mot korruption definieras korruption som

> […] requesting, offering, giving or accepting, directly or indirectly, a bribe or any other undue advantage or prospect thereof, which distorts

[1] Statskontoret, *Köpta relationer – Om korruption i det kommunala Sverige*, rapport 2012:20, s. 41–46; SOU 2004:22 s 91 f. Vad närmare gäller begreppets innebörd i offentlig upphandling se bl.a. Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling och korruption, *Juridisk Tidskrift*, 2014–15:1, och Upphandlingsmyndigheten, *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?* Vägledning nr 4, 2017, s. 8 f.
[2] Se t.ex. Transparency International Sverige, *Hur ser svenskar på korruption? En nulägesrapport om korruption i Sverige*, 2016, s. 2.
[3] Riksrevisionen, *Statliga myndigheters skydd mot korruption*, 2013:2, s. 17.
[4] Skr. 2012/13:16.
[5] Statskontoret, *Myndigheternas arbete för att förebygga och upptäcka korruption*, rapport 2015:23, s. 12.
[6] Statskontoret 2012 s. 46.

> the proper performance of any duty or behaviour required of the recipient of the bribe, the undue advantage or the prospect thereof.[7]

Unionsrättsliga definitioner

Enligt Konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i är medlemsstaterna skyldiga att vidta åtgärder för att kriminalisera vissa fall av korruption.[8] Enligt artikel 3 i konventionen är medlemsstaterna skyldiga att bl.a. kriminalisera *bestickning*, vilket i konventionen förstås som

> […] varje avsiktlig handling som utförs av en person för att direkt eller genom tredje man utlova eller bevilja en förmån, oavsett art, till en tjänsteman, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denne på ett sätt som strider mot hans officiella förpliktelser skall utföra eller underlåta att utföra en handling i tjänsten eller vid utövandet av tjänsten.

Det finns åtminstone en ytterligare unionsrättslig innebörd av korruption som har betydelse för offentlig upphandling, nämligen i Rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn[9]. Enligt rambeslutet är medlemsstaterna skyldiga att vidta vissa åtgärder för att kriminalisera vissa fall av korruption, under förutsättning att de begås avsiktligt och utförs i samband med kommersiell verksamhet. Rambeslutet innehåller inte någon legaldefinition av korruption, men en sådan följer ändå i någon mening indirekt av artikel 2.1 enligt vilken medlemsstaterna ska kriminalisera gärningar som innebär

> 1. Att direkt eller genom en mellanhand lova, erbjuda eller ge en person som i någon egenskap leder eller arbetar för ett företag inom den privata sektorn en otillbörlig förmån, oavsett art, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denna person i strid med sina skyldigheter skall utföra eller underlåta att utföra en handling.

---

[7] I artikel 2 i konventionen finns även en definition av mutbrott, som med svensk straffrättslig terminologi närmast bör förstås som *tagande av muta*. Med ”mutbrott” i konventionen förstås ”*[…] varje avsiktlig handling som utförs av en tjänsteman för att, direkt eller genom tredje man, för egen räkning eller för tredje mans räkning, begära eller ta emot förmåner, oavsett art, eller att acceptera löften härom för att på ett sätt som strider mot hans officiella förpliktelser utföra eller underlåta att utföra en handling i tjänsten eller vid utövandet av tjänsten.*”

[8] EGT C 195, 25.6.1997, s. 1.

[9] Rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, EUT L 192, 31.7.2003, s. 54.

> 2. Att i någon egenskap i ledande ställning eller som anställd i ett företag inom den privata sektorn direkt eller genom en mellanhand, för egen räkning eller för tredje mans räkning, begära eller ta emot en otillbörlig förmån, oavsett art, eller acceptera ett löfte om en sådan förmån, för att i strid med sina skyldigheter utföra eller underlåta att utföra en handling.

Definitionen av bestickning i rambeslutet och i konventionen har betydelse för offentlig upphandling eftersom den upphandlande myndigheten enligt 2014 års upphandlingsdirektiv bl.a. ska utesluta en leverantör om den eller en företrädare har gjort sig skyldig till bestickning enligt de båda rättsakterna (se mer om uteslutning i avsnitt 7.3.3 nedan).

Utredningens definition

Utredningen utgår i detta betänkande från samma (breda) definition av begreppet som regeringen och fler andra offentliga aktörer gör. Med hänsyn till utredningens uppdrag innebär detta att vi med korruption avser att utnyttja en offentlig ställning för att *i offentlig upphandling* uppnå otillbörlig vinning – för sig själv eller andra. Det bör i sammanhanget särskilt framhållas att definitionen är bredare än att bara inkludera handlingar som är kriminaliserade genom mutbrott eller på annan grund. Vidare finns inget krav på att handlandet medför en förmån för att det ska vara att betrakta som korruption.

7.1.2 Offentlig upphandling är ett riskområde för korruption

I en rad undersökningar under senare år har offentlig upphandling lyfts fram som ett särskilt riskområde för korruption. Statskontoret drog i en rapport om korruption i den kommunala sektorn år 2012 slutsatsen att det är i verksamheter i vilka det kontinuerligt sker inköp av tjänster som otillbörliga förmåner riskerar förekomma i högst utsträckning.[10] Riksrevisionen har i en granskning av statliga myndigheters skydd mot korruption år 2013 identifierat inköp och upphandling som ett riskområde för korruption.[11] Det var också den verksamhet som de undersökta myndigheterna själv främst identifierade som utsatt för korruptionsrisker.

[10] Statskontoret 2012 s. 220.
[11] Riksrevisionen, *Statliga myndigheters skydd mot korruption*, 2013:2.

I en ESO-rapport år 2013 drog författarna bl.a. slutsatsen att det finns en risk att företag och medborgare i Sverige har uppfattat kommunala tjänstemäns och politikers tendens att runda LOU, och att detta bidrar till bilden av en byråkrati som inte fungerar opartiskt. Författarna såg detta som särskilt problematiskt då detta tycks ha konsekvenser för medborgarnas förtroende för demokratin. De drog också slutsatsen att de kommunanställda som ska implementera lagen främst ser en hög transaktionskostnad i form av en krånglig upphandlingsprocedur, medan vinsterna av opartisk och konkurrensutsatt upphandling kan uppfattas som diffusa, långsiktiga och utspridda på många aktörer.[12]

Sverige tycks skilja sig från jämförbara länder, främst de nordiska länderna, genom att våra medborgare i större utsträckning anser att vi har problem med korruption i offentlig upphandling. En undersökning som visar på ett för svensk del anmärkningsvärt utfall är den undersökning om korruption som kommissionen presenterade år.[13] I denna jämförande enkätundersökning, som genomfördes samtidigt i samtliga medlemsstater i EU, ställdes bl.a. en fråga om respondenternas uppfattning om förekomsten av korruption i offentlig upphandling:

> I ditt land, tror du att givande och tagande av mutor och maktmissbruk för personlig vinning är utbrett bland tjänstemän som tilldelar offentliga kontrakt?[14]

Hela 49 procent av de tillfrågade svenskarna ansåg att så är fallet. Resultatet får betraktas som anmärkningsvärt – särskilt mot bakgrund av hur frågan var formulerad (i undersökningen efterfrågades alltså inte om respondenterna ansåg att korruption *förekom* utan om den var *utbredd*). Utredningen noterar vidare att detta resultat sticker ut i jämförelse med bl.a. Danmark (22 procent) och Finland (31 procent) och därtill något översteg genomsnittet för hela unionen (45 procent).

I en rapport från Statskontoret år 2015 framhålls upphandling och inköp som det främsta riskområdet för korruption. I den enkät

[12] Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi, *Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska*, rapport 2013:2, s. 142 f.
[13] Europeiska Kommissionen, *Special Eurobarometer 397 – Corruption*, 2014.
[14] Utredningens översättning. Frågan såsom den återgavs i rapporten var formulerad på följande sätt: *"In your country, do you think that the giving and taking of bribes and the abuse of power for personal gain are widespread among […] officials awarding public tenders?"*.

som ligger till grund för rapporten uppgav de undersökta myndigheterna att upphandling och inköp är det område där det oftast förekommer misstankar om korruption.[15] Hos 9 procent av de undersökta myndigheterna hade det under de två senaste åren förekommit misstankar om korruption i denna verksamhet. Å andra sidan är upphandling och inköp det verksamhetsområde som i störst utsträckning omfattats av myndigheternas riskanalyser avseende korruptionsrisker.[16]

Även Transparency International Sverige har identifierat att ett av de största riskområdena för korruption är gränsytan mellan den offentliga och den privata sektorn. Organisationen anser att den decentraliserade välfärden med omfattande och komplexa upphandlingar torde vara en bidragande orsak till en ökning av korruptionsfall.[17]

Slutligen har även regeringen i den nationella upphandlingsstrategin framhållit att offentlig upphandling ofta pekas ut som ett riskområde för korruption, och att tilltron till hur de offentliga inköpen genomförs skadas allvarligt om det finns misstankar om korruption.[18]

Enligt utredningens uppfattning bör man skilja den offentliga upphandlingens karaktär av riskområde för korruption från den faktiska utbredningen av korruption i sådana sammanhang. Utredningen konstaterar att korruption – oavsett definition – till sin natur är en företeelse som det är svårt att få en tillförlitlig uppfattning om omfattningen av. Att den offentliga upphandlingen är ett riskområde – kanske det verksamhetsområde som är förknippad med störst risker – får emellertid anses stå klart. De uppfattningar som redogjorts för i detta avsnitt kan dock ha olika förklaringar och behöver inte nödvändigtvis visa på att den faktiska förekomsten av korruption är större i Sverige än i jämförbara länder, eller att korruptionen i offentlig upphandling har ökat över tid. Vidare bör man inte endast ha dagens situation i åtanke: även om Sverige – vid internationella jämförelser – ofta framhålls som relativt fritt från korruption finns det anledning att beakta sådana risker när man utformar ett nytt regelverk så att inte regelreformeringen riskerar bidra till ökad före-

[15] Statskontoret 2015 s. 50.
[16] A.a. s. 74 f.
[17] Transparency International Sverige, *Hur ser svenskar på korruption? En nulägesrapport om korruption i Sverige*, 2016, s. 2.
[18] Regeringen, *Nationella upphandlinsstrategin*, s. 16 f.

komst av korruption. Det är vidare av vikt att den offentliga upphandlingen inte endast är fri från korruption, utan den måste också – inte minst av medborgarna – uppfattas vara det.

7.2 Regler mot korruption i offentlig upphandling

7.2.1 Förenta nationernas konvention mot korruption

FN:s generalförsamling antog den 31 oktober 2003 en konvention mot korruption. Sverige undertecknade konventionen den 9 december 2003, och konventionen trädde i kraft den 14 december 2005. Sveriges tillträde till konvention godkändes av riksdagen den 9 maj 2007,[19] och Sverige är alltså skyldigt att tillse att svensk lagstiftning uppfyller de krav som följer av konventionen.

Syfte med konventionen är att främja och förstärka åtgärder för att förebygga och bekämpa korruption.[20] I konventions artikel 9.1 är föreskrivet att staterna ska ha lämpliga regelsystem för offentlig upphandling, grundande på öppenhet, konkurrens och objektiva kriterier för beslutsfattande. Regelsystemen, som får beakta lämpliga tröskelvärden, ska vila på fyra grundpelare:

1. Offentliggörande av information om upphandlingar;
2. tillkännagivande i förväg av villkoren för deltagande i upphandlingar;
3. objektiva och i förhand fastställda kriterier för beslut om upphandlingen samt
4. ett system för effektiv kontroll, inklusive regler för överklagande.

Vidare kräver konventionen ”i förekommande fall” även att ansvarig personals handläggning av upphandlingar regleras i vissa avseenden. Regeringen har gjort bedömningen att Sverige uppfyllde kraven enligt konvention genom reglerna i 1992 års LOU, förvaltningslagens reglering av jäv samt bestämmelserna om bisysslor i lagen (1994:260) om offentlig anställning.[21] Justitieutskottet gjorde samma bedömning som regeringen.[22]

[19] Rskr 2006/07:149.
[20] Prop. 2006/07:74 s. 5.
[21] A.prop. s. 14–16.
[22] Bet. 2006/07:JuU12 s. 6.

7.2.2 Upphandlingsdirektiven och korruption

Enligt artikel 3.2 i föredraget om Europeiska unionen ska unionen erbjuda sina medborgare ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser, där den fria rörligheten för personer garanteras samtidigt som lämpliga åtgärder vidtas avseende kontroller vid yttre gränser, asyl, invandring samt förebyggande och bekämpande av brottslighet. Enligt artikel 83 i funktionsfördraget har EU viss kompetens att anta minimiregler (direktiv) om fastställande av brottsrekvisit och påföljder inom områden med särskilt allvarlig brottslighet med ett gränsöverskridande inslag, såsom korruption.

En vanlig uppfattning tycks vara att LOU bland annat har tillkommit för att motverka korruption i offentlig upphandling. T.ex. kan nämnas att i en undersökning inom EU år 2011 instämde två tredjedelar av de tillfrågade i påståendet att EU:s upphandlingsregler bidrar till att motverka favoritism och korruption. Svenskarna tillhörde de som tydligast företrädde detta synsätt.[23]

På senare tid har motverkandet av korruption även av EU:s institutioner beskrivits som ett av syftena med unionens upphandlingsdirektiv.[24] Utredningen konstaterar emellertid att motverkandet av korruption inte angetts som ett av syftena med vare sig tidigare generationers upphandlingsdirektiv eller de ”general programmes”[25] som beslutades av Europeiska Rådet i början av 1960-talet som förgick det första upphandlingsdirektivet. I den grönbok som föregick 2004 års upphandlingsdirektiv omnämns skyddet mot korruption som en snarare som en positiv bieffekt än en målsättning med upphandlingsdirektiven.[26] Utredningen konstaterar vidare att inte heller EU-domstolen i sina domar brukar ange att upphandlingsdirektiven syftar till att motverka korruption. Först genom arbetet som resulterade i 2014 års upphandlingsdirektiv gjordes ”sunda förfaranden” och skyddet mot korruption till en uttalad målsättning för

[23] Special Eurobarometer 363 *Internal market: Awareness, Perceptions and Impact*, 2011, s. 104 f.
[24] Commission Staff Working Paper, *Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, Brussels, 27.6.2011 SEC(2011) 853 final, s. 10 och 151.
[25] Europeiska Rådet, *General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment*, OJT 36/62, den 15 januari 1962, och *General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services*, OJT 32/62, den 15 januari 1962.
[26] Grönbok om offentlig upphandling inom Europeiska unionen: Överväganden inför framtiden, Bryssel den 27.11.1996 KOM(96) 583 slutlig, s. 4.

regelreformeringen på området.[27] Att framhålla att en av målsättningarna med unionens upphandlingsregler historiskt sett varit att motverka korruption framstår mot denna bakgrund som något missvisande.

De nya regler i LOU-direktivet vars syfte anges vara att motverka korruption är främst:

- Reglerna om intressekonflikter (artikel 24).
- Reglerna om leverantörers tidigare deltagande i upphandlingen (artikel 41).
- Kravet på uteslutning av en leverantör som själv eller vars företrädare gjort sig skyldig till vissa fall av bestickning eller korruption (artikel 57.1 b).
- Reglerna om ändringar av kontrakt under avtalstiden (artikel 72).
- Kraven på att bevara vissa kontrakt och skyldigheten att upprätta individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt (artikel 83.6 och 84).

Vidare anges att den transparens som följer av det helt nya regelverket för tilldelning av koncessioner vara ett steg mot att motverka korruption vid tilldelning av sådana kontrakt.[28]

7.2.3 Institutet Mot Mutors näringslivskod

Institutet Mot Mutor (IMM) är en ideell organisation som inrättades 1923. Organisationens uppgift är att verka för god sed inom näringslivet liksom samhället i övrigt och särskilt att motverka användningen av mutor och andra otillbörliga förmåner som medel för beslutspåverkan.

Som led i sitt uppdrag har IMM bl.a. tagit fram och förvaltar en självreglering: Kod om gåvor, belöningar och andra förmåner i näringslivet (Näringslivskoden). Koden skapades inom ramen för

[27] Se Kommissionens *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, Bryssel den 27.1.2011 KOM(2011) 15 slutlig, s. 5 och 51 f. E

[28] Se European Commission, *EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency – An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016*, 2016, s. 9 f.

arbetet med den nya mutbrottslagstiftningen som trädde i kraft 2012 och ska ses som ett komplement till lagstiftningen. Koden syftar till att vägleda företag i frågor om hur gåvor, belöningar och andra förmåner i näringslivet får användas. Mer konkret är koden utformad så att företag ska kunna förlita sig på att de genom att följa koden inte riskerar att bryta mot mutlagstiftningen. I koden framhålls att det är centralt i en rättsstat att myndighetsutövning och offentlig upphandling sker utan otillbörlig påverkan. Enligt koden är det därmed alltid otillåtet att lämna, utlova eller erbjuda en förmån till någon som beslutar om offentlig upphandling. Koden innehåller därutöver förhållningsregler avseende gåvor och förmåner gentemot andra än sådana som direkt beslutar om offentlig upphandling, men arbetar på en upphandlande myndighet eller enhet och förespråkar gentemot denna personkategori restriktivitet. Koden förespråkar särskild restriktivitet mot sådana personer som arbetar nära offentlig upphandling, även om de inte direkt beslutar om offentlig upphandling.

Koden är inte rättsligt bindande, men utredningen noterar att efterlevnad av näringslivskoden av regeringen framhålls som ett sätt att arbeta för god affärsetik och med anti-korruption.[29]

7.3 Vilka regler bör ett upphandlingsregelverk innehålla för att motverka korruption?

Utredningen ska som redan framgått lämna förslag till reformering av själva regelverket. Utredningens uppdrag omfattar regler för upphandlingar med värde understigande EU:s tröskelvärden och när det gäller upphandling av tjänster i bilaga 2 reglerna såväl under som över EU:s särskilda tröskelvärden för sådana tjänster. Detta medför att utredningen inte överväger förslag som kan förbättra den offentliga upphandlingens motståndskraft mot korruption på andra sätt, t.ex. genom förbättrad tillsyn, utbildning av offentliga tjänstemän och organisatoriska frågor.

Utifrån utredningens uppgift att förenkla regelverket är det även av vikt att identifiera vilka befintliga regler i upphandlingslagstiftningen som särskilt kan anses bidra till att motverka just korruption i offentlig upphandling.

[29] Regeringen, *Statens ägarpolicy och riktlinjer för bolag med statligt ägande 2017*, s. 4.

Utredningen konstaterar att det inte i någon av de rapporter och undersökningar avseende korruption i Sverige som utredningen redogör för ovan har lämnats förslag till reformering av upphandlingsreglerna i syfte att motverka korruptionsriskerna i offentlig upphandling.[30] Detta kan nog delvis förklaras med att det inte varit syftet med dessa studier att lämna förslag till regelreformering. Ett möjligt undantag är regleringen av jäv (se avsnitt 6.4).

7.3.1 Förfaranderegler som motverkar korruption

I detta avsnitt går utredningen igenom vilka förfaranderegler för offentlig upphandling som särskilt anses bidra till skydd mot korruption. Inventeringen utgår från tre olika vägledningar från tre olika internationella organisationer om hur man motverkar korruption i offentlig upphandling:

- OECD:s *OECD Principles for Integrity in Public Procurement* (2009),
- Transparency Internationals *Curbing Corruption in Public Procurement – A Practical Guide* (2014) och
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances – Good practices in ensuring Compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption*.

Rekommendationerna i dessa ovanstående dokument kompletteras med slutsatser och förslag i annat material. Utredningen noterar att de rekommendationer som utredningen utgår ifrån delvis har olika utgångspunkter och är formulerade med olika detaljeringsgrad. Många av rekommendationerna är emellertid gemensamma för dessa och andra vägledningar. Vidare är de olika rekommendationerna avfattade på lite olika sätt: En skiljelinje som är av betydelse för utredningens arbete är om rekommendationerna innebär att själva *regelverket* för offentlig upphandling ska reglera vissa moment på

[30] Se t.ex. ansåg Statskontoret år 2015 att *"det redan finns flera lagar och regler som tar omhand frågor om korruption och korruptionsrisker, även om ingen av dem tar upp korruption explicit. Vi har alltså inte sett något behov av nya lagar eller förordningar på området."* s. 115.

angivet sätt eller om det är tillräckligt att *upphandlingar utformas* med beaktande av rekommendationen.

Tillgänglig och tydlig information om upphandlingen

En utgångspunkt för ett regelverk för offentlig upphandling som är motståndskraftigt mot korruption bör vara att regelverket så långt som möjligt ska innehålla krav på tillgänglig och tydlig information om upphandlingen.[31] Av särskild vikt är att leverantörer erhåller samma information.[32] Å andra sidan bör reglerna säkerställa att konfidentiell information hemlighålls.

Utredningen konstaterar att dessa krav i dagens regelverk tillgodoses genom huvudregeln om annonsering i 19 kap. 9–10 §§ LOU och om innehåll i annonser i 19 kap. 11–12 §§ LOU. Vidare skiljer inte reglerna i OSL eller lagen om företagshemligheter på direktivstyrda upphandlingar och andra upphandlingar (se avsnitt 6.3).

Tydlig reglering av undantagen från kravet på annonsering

Ett ytterligare sätt att begränsa risken för korruption är att tydligt reglera undantagen från huvudregeln om konkurrensutsättning.[33] Det bör alltså av regelverket tydligt framgå under vilka förutsättningar annonsering och konkurrensutsättning kan underlåtas.[34] Transparensen bör även omfatta sådana aspekter som

- en möjlighet till förhandsannonsering i situationer där den upphandlande myndigheten är osäker på om det finns konkurrens på marknaden;
- krav på att de omständigheter som har ansetts utgöra förutsättningarna för undantag från konkurrensutsättning dokumenteras samt

[31] United Nations Office on Drugs and Crime, *Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances – Good practices in ensuring C mpliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption*, 2013, s. 10.
[32] OECD, *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, s. 22.
[33] OECD 2009 s. 24, Transparency International, *Curbing Corruption in Public Procurement – A Practical Guide*, 2014, s. 17.
[34] UN 2013 s. 6.

- ändringar av kontraktet som skulle kunna medföra att kontraktets omfattning eller karaktär förändras på ett påtagligt sätt.

Utredningen konstaterar att dagens regler i 19 kap. LOU och LUF även får anses uppfylla dessa krav. Enligt 19 kap. 13 § LOU får en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling informera om sin avsikt genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Vidare ska den upphandlande myndigheten enligt 19 kap. 30 § dokumentera genomförandet av en upphandling på ett sätt som gör det möjligt att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Utredningen konstaterar vidare att de detaljerade reglerna om ändringar av kontrakt i 17 kap. 8–16 §§ LOU inte är tillämpliga på upphandlingar enligt 19 kapitlet.[35] Detta innebär dock inte att det finns obegränsade möjligheter att ändra kontrakt som upphandlats enligt 19 kapitlet, även om prövningen av en ändrings tillåtlighet torde kunna göras något friare.[36]

Tydliga förfaranderegler

Förfarandereglerna vid konkurrensutsättning bör vara klara och tydliga.[37] Detta gäller särskilt de bestämmelser som reglerar

- villkoren för deltagande i upphandlingen (kvalificeringskrav),[38]
- förutsättningarna för när förhandling ska vara tillåten,
- kriterier för tilldelningen av kontrakt,[39] och
- hur avrop från ramavtal kommer att gå till.

Vidare bör förfarandereglerna föreskriva

- att intresserade leverantörer ges tillräcklig tid att utforma och ge in anbud,[40]

[35] Se prop. 2015/16:195 del 2 s. 858 f.
[36] A. prop. s. 859.
[37] OECD 2009 s. 25, Transparency International, *Curbing Corruption in Public Procurement – A Practical Guide*, 2014, s. 15.
[38] UN 2013 s. 10.
[39] UN 2013 s. 10.
[40] Transparency International 2014 s. 17.

- att svar på frågor från leverantörer under en pågående upphandling förmedlas till samtliga intresserade leverantörer,[41]
- att förtydliganden av anbud inte får medföra materiella förändringar av anbudet så att anbudsgivaren i praktiken ger in ett nytt anbud i upphandlingen.[42]

Utredningen konstaterar att samtliga ovanstående aspekter omfattas av förfarandereglerna i 19 kap. LOU och LUF – antingen genom de olika förfarandereglerna eller genom de grundläggande principerna och hur dessa uttolkats i rättspraxis. Enligt utredningens uppfattning kan emellertid kraven uppfyllas även på andra sätt än att förfarandet för upphandlingar regleras i detalj i lagstiftningen. De krav som följer av de grundläggande principerna och hur de uttolkats i rättspraxis utgör en viktig sådan garanti för förutsebarheten i förfarandet. Kravet på tydliga förfaranderegler kan även uppfyllas genom ett övergripande krav på att den upphandlande myndigheten ska redogöra för hur upphandlingen kommer att gå till i upphandlingsdokumenten.

Även andra krav på handläggningen kan motverka korruption, såsom ett krav på att minst två personer på den upphandlande myndigheten är involverade vad gäller viktigare vägval och beslut under upphandlingen.[43] Utredningen noterar mot denna bakgrund bestämmelsen i 12 kap. 10 § andra stycket och 19 kap. 17 § LOU om att två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta vid öppnandet av anbud. Något krav på att två personer utsedda av den upphandlande myndigheten deltar vid andra moment under upphandlingen finns emellertid inte i dagens regelverk.

Dokumentation

En återkommande rekommendation är att regler bör föreskriva att hela upphandlingsprocessen – från inledande marknadsundersökningar till avtalsuppföljningen – ska dokumenteras.[44]

---

[41] OECD 2009 s. 37.
[42] OECD 2009 s. 65.
[43] OECD 2009 s. 25 och 35, KKV 2013 s. 130 f., Brå, *Att förebygga och hantera påverkansförsök – En handbok*, 2017 s. 110, Transparency International 2014, s. 15.
[44] OECD 2009 s. 22 f.; UN 2013 s. 17.

Det finns flera olika bestämmelser i LOU som avser dokumentation av uppgifter. Endast några av dem är tillämpliga i upphandlingar under tröskelvärdet, men dessa regler kompletteras å andra sida av bestämmelserna i TF, OSL och arkivlagen (se avsnitt 6.3).

För det första ska en upphandlande myndighet dokumentera genomförandet av en upphandling, och dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden (19 kap. 30 § LOU). Vidare ska den upphandlande myndigheten efter en avslutad upphandling av sådana tjänster som anges i bilaga 2 upprätta en individuell rapport som bl.a. innehåller uppgifter om intressekonflikter och åtgärder som vidtagits till följd av dem (12 kap. 15–16 §§ och 19 kap. 3 § andra stycket). Vidare ska kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas (12 kap. 9 § och 19 kap. 16 § LOU). Därtill ska kommunikation som huvudregel ske med elektroniska medel och muntlig kommunikation är begränsad till undantagsfall (12 kap. 1–6 §§ och 19 kap. 16 § LOU). Slutligen finns bestämmelser om bevarande av handlingarna i ett upphandlingsärende (19 kap. 31 § LOU).

Motsvarande bestämmelser finns i LUF och i LUK.

Tillsyn och rättsmedel

Ett regelsystem som är motståndskraftigt mot korruption bör innehålla effektiva och skyndsamma rättsmedel.[45] De ställningstaganden som kan vara föremål för prövning bör inte bara vara det slutliga beslutet om val av leverantör utan även andra viktigare beslut under själva processen. Vidare bör systemet innehålla en överklagandetid som ger leverantörer en faktisk möjlighet att överklaga innan upphandlingen avslutas.[46] Tillsyns- och kontrollmekanismer bör även vara fristående från den upphandlande organisationen.[47]

Den svenska upphandlingslagstiftningen har sedan 1992 års LOU infördes innehållit regler om överprövning av upphandlingar, inklusive sådana som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv.

[45] Transparency International 2014 s. 14, UN 2013 s. 11, OECD 2009 s. 44.
[46] UN 2013 s. 24, Transparency International 2014 s. 24.
[47] OECD 2009 s. 44.

7.3.2 Riktlinjer för direktupphandling

Direktupphandling beskrivs återkommande som ett särskilt riskområde för korruption i offentlig upphandling. Genom att många av de ovan beskrivna reglerna som motverkar korruption normalt inte gäller vid direktupphandling finns det anledning att särskilt analysera kravet på dokumentation vid direktupphandling. Vidare är det givetvis av vikt att sådana riktlinjer (liksom andra policyer som syftar till att motverka risken för korruption) hålls levande och kända i organisationen.[48] Upphandlingsutredningen menade att riktlinjer för direktupphandling även kan utgöra goda verktyg i kampen mot korruption.[49] Även Statskontoret, liksom många andra aktörer, har pekat på behovet av tydliga och konkreta interna riktlinjer för att förebygga korruption.[50] Flera aktörer har dock pekat på att sådana riktlinjer även bör innehålla rutiner för hur man hanterar misstankar om korruption i verksamheten.[51]

Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU ska den upphandlande myndigheten besluta riktlinjer för användning av direktupphandling. Motsvarande regler finns i 19 kap. 7 tredje stycket LUF och 15 kap. 6 § andra stycket LUK. Införandet av detta krav på riktlinjer för direktupphandling synes främst bottna i en vilja att understryka vikten av att den upphandlande myndigheten även tillvaratar konkurrensen vid direktupphandlingar.[52] Konkurrensverket genomförde år 2016 en kartläggning av kravet på riktlinjer.[53] I rapporten drar Konkurrensverket slutsatsen att efterlevnaden av regelverket generellt är god. Däremot anser Konkurrensverket att det är oroande att en del myndigheter inte har infört system så att de kan ta fram uppgifter om dokumenterade direktupphandlingar över 100 000 kronor. Vidare saknas ofta relevanta uppgifter i dokumentationen.

[48] ESO s. 148; KKV 2013 s. 126 f.
[49] SOU 2013:12 s. 270 och 272.
[50] Statskontoret, *En kultur mot korruption*, 2017, s. 13.
[51] Statskontoret 2017 s. 19.
[52] Prop. 2013/14:133 s. 28.
[53] Konkurrensverket, *Direktupphandlingar – en kartläggning av riktlinjer och rutiner*, rapport 2016:11.

7.3.3 Uteslutning av leverantörer på grund av korruption

Redan det första upphandlingsdirektivet 1971 innehöll regler om uteslutning av leverantörer. Enligt artikel 23 c och d i direktiv 71/305/EEC kunde en leverantör som bl.a. gjort sig skyldig till brott avseende yrkesutövningen genom en dom som vunnit laga kraft eller som gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen uteslutas från en upphandling. I 2004 års direktiv förändrades förutsättningarna för uteslutning bl.a. på så sätt att leverantörer som gjort sig skyldiga till vissa i direktiven angivna brott (som huvudregel) skulle uteslutas från upphandlingar (s.k. obligatorisk uteslutning). Enligt artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv gällde att om en upphandlande myndighet får kännedom om en lagakraftvunnen dom som avsåg bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF så skulle den utesluta leverantören från deltagande i upphandlingen. [54] Av fjärde stycket i samma artikel framgick vidare att det i den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där leverantören var etablerad kunde anges att detsamma gällde företagschefer eller varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren.

Genom artikel 57.1 i 2014 års LOU-direktiv har denna skyldighet att utesluta leverantörer som själva eller vars företrädare gjort sig skyldig till vissa fall av korruption utökats till att även omfatta korruption enligt definitionen i den nationella lagstiftning som är tillämplig på den upphandlande myndigheten eller leverantören. Uteslutning är emellertid endast obligatorisk om överträdelsen har fastställts i en dom som har vunnit laga kraft. För svenskt vidkommande innebär detta att en leverantör vars företrädare genom en lagakraftvunnen dom har dömts för tagande av muta, givande av muta, grovt tagande av muta, grovt givande av muta, handel med inflytande och vårdslös finansiering av mutbrott enligt 10 kap. 5 a–5 e §§ brottsbalken som utgångspunkt ska uteslutas från upphandlingar.[55] Vidare ska den upphandlande myndigheten även utesluta en leverantör om en

[54] Hänvisningen i LOU-direktivet till konventionen och rambeslutet är lite märklig eftersom uteslutning enligt direktivet endast ska ske vid lagakraftvunnen dom om *bestickning*, medan artikel 2.1 b i rambeslutet närmast avser gärningar som enligt svensk straffrättslig terminologi är att beteckna som *tagande av muta*. Motsvarande hänvisning till artikel 2 i 1997 års konvention, enligt vilken parterna även ska kriminalisera vissa fall av tagande av mutor (”mutbrott”), saknas också i LOU-direktivet.

[55] Se prop. 2015/16:195 s. 719.

underleverantör vars kapacitet åberopas i upphandlingen har gjort sig skyldig till sådan brottslighet. Därtill finns i artiklarna 57.5–6 och 59–61 flera nya bestämmelser om tillvägagångssättet vid prövning av beslut om uteslutning. Dessa nya bestämmelser har genomförts i 13 kap. 1 § punkten 2 LOU samt genom flera nya bestämmelser i såväl 13 som 15 kap. om handläggningen av frågor om uteslutning.

Uteslutning enligt LUF och LUK

Regleringen av uteslutning och prövning av leverantörer skiljer sig åt mellan LOU och LUF. Samma regler gäller enligt LUF för sådana upphandlande enheter *som också är upphandlande myndigheter* (13 kap. 1 § LUF). Andra upphandlande enheter, får, men måste inte, utesluta en leverantör som själv eller vars företrädare gjort sig skyldighet till angiven brottslighet. Inte heller gäller samma regler för hur själva handläggningen av prövningen av leverantörer ska gå till.

LUK innehåller i 11 kap. liknande regler om uteslutning som LUF. Reglerna i LUK ställer emellertid längre gående krav på upphandlande myndigheter och vissa kategorier av upphandlande enheter (sådana som anges i 1 kap. 20 § första stycket punkten 1 LUK) att utesluta leverantörer än vad de gör på andra kategorier av upphandlande enheter (sådana som anges i 1 kap. 20 § första stycket punkten 2–3 LUK). Vidare saknas regler i LUK om användande av egen försäkran och det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD).[56]

Bestämmelserna om frivillig uteslutning

Därtill kan även några av de frivilliga uteslutningsgrunderna vara av betydelse ur korruptionssynpunkt. Det gäller särskilt möjligheten att utesluta en leverantör som har gjort sig skyldig till något *allvarligt fel i yrkesutövningen* (13 kap. 3 § punkten 3 LOU), *överenskommelser som syftar till att snedvrida konkurrensen* (13 kap. 3 § punkten 4 LOU),

[56] Se 15 kap. LOU och Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2016/7 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. I detta har angetts att medlemsstaterna får reglera eller överlåta till upphandlande myndigheter och enheter att kunna välja om de vill använda det enhetliga upphandlingsdokumentet också i samband med tilldelning av koncessionsavtal, oavsett om de omfattas av bestämmelserna i LUK-direktivet eller inte.

snedvridning av konkurrensen eller jäv (13 kap. 3 § punkten 6 LOU) samt *otillbörlig påverkan på den upphandlande myndighetens beslutsprocess* (13 kap. 3 § punkten 9 LOU). Det är i och för sig frivilligt för den upphandlande myndigheten att utesluta leverantörer i dessa situationer, men reglerna kan ändå tjäna som upplysning till den upphandlande myndigheten om vilka risker ur korruptionssynpunkt som finns under upphandlingsprocessen.

Motsvarande bestämmelser om frivillig uteslutning gäller enligt 13 kap. 4 § LUF och 11 kap. 4 § LUK.

Uteslutning vid icke-direktivstyrd upphandling

Bestämmelsen om obligatorisk uteslutning av leverantörer på grund av vissa brott är även tillämplig på upphandling enligt nuvarande 19 kap. LOU (se 19 kap. 18 § första stycket LOU). Däremot gäller inte bestämmelserna om utredning och beslut om uteslutning i 13 kap. 4–7 §§, och inte heller bestämmelserna i 15 kap. 1–6 §§ om egen försäkran och utredning om leverantörer.

Vid upphandling enligt 19 kap. LUF skiljer regelverket på motsvarande sätt mellan upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter, och andra upphandlande enheter. Däremot saknas helt regler om uteslutning i 15 kap. LUK.[57]

Sammanfattningsvis ska alltså en leverantör som utgångspunkt uteslutas från upphandlingar enligt 19 kapitlet LOU om leverantören eller dess företrädare enligt lagakraftvunnen dom har gjort sig skyldig till något av följande brott:

- *Bestickning* enligt definitionen i artikel 3 i konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i;
- *bestickning* enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF;
- *tagande av muta*, *givande av muta*, *grovt tagande av muta*, *grovt givande av muta*, *handel med inflytande* eller *vårdslös finansiering av mutbrott* enligt 10 kap. 5 a–5 e §§ brottsbalken samt
- *korruption* enligt definition i leverantörens etableringsland.

[57] Prop. 2015/16:195 del 2 s. 751.

Ovanstående gäller även vid upphandling under tröskelvärdena enligt LUF för sådana upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter (19 kap. 18 § LUF).

Reglerna i 19 kapitlet LOU innehåller inte någon uttrycklig regel om utredning motsvarande den i 13 kap. 4 § LOU, dvs. att leverantören ska ges tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning. Det får dock anses följa redan av kravet på proportionalitet.

Utredningen konstaterar vidare att bestämmelserna om s.k. self-cleaning i 13 kap. 5 § 1 och 2 st. LOU inte är tillämpliga vid uteslutning enligt 19 kap. Inte heller synes det finnas en möjlighet att i sådana upphandlingar bortse från skyldigheten att utesluta en leverantör vid tvingande hänsyn till allmänintresset enligt 13 kap. 6 § LOU. Däremot ska de åtgärder som vidtas vad gäller handläggningen av ett upphandlingsärende i vilket en fråga om uteslutning aktualiseras vara förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, inklusive proportionalitetsprincipen.[58]

Regler om jäv i offentlig upphandling

En ytterligare aspekt av ett regelverk som skyddar mot korruption är mekanismer som förebygger intressekonflikter och jäv i offentlig upphandling.[59] Enligt artikel 24 första stycket i LOU-direktivet är medlemsstaterna skyldiga att se till att de upphandlande myndigheterna vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena i syfte att undvika snedvridning av konkurrensen och säkerställa lika behandling av alla ekonomiska aktörer. I andra stycket i artikeln utvecklas begreppet ”intressekonflikt”. Samma regler finns i artikel 42 i LUF-direktivet.[60]

Enligt artikel 35 i LUK-direktivet gäller vidare att

> medlemsstaterna ska kräva att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter vidtar lämpliga åtgärder för att bekämpa bedrägeri, särbehandling och korruption samt effektivt förebygga, identifiera och

[58] Prop. 2015/16:195 del 2 s. 751.
[59] OECD 2009 s. 34 f.; UN 2004 artiklarna 7.4, 8.5 och 9.1 e.
[60] Utredningen noterar att även LUF-direktivet ställer detta krav på upphandlande *myndigheter* och följaktligen inte på upphandlade *enheter*. Detta gäller även enligt den korresponderande skältexten, skäl 26, och i den engelska språkversionen.

> undvika intressekonflikter som uppstår under genomförandet av koncessionstilldelningsförfarandena i syfte att undvika snedvridning av konkurrensen och säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet samt lika behandling av alla anbudssökande och anbudsgivare.

Vid genomförandet av direktiven bedömde regeringen att Sverige (redan) uppfyllde de krav på medlemsstaterna som följer av denna bestämmelse och att det därmed inte var nödvändigt eller lämpligt att ta in särskilda föreskrifter om jäv i de nya upphandlingslagarna.[61] Detta främst då en intressekonflikt i en upphandling även torde medföra en överträdelse av likabehandlingsprincipen men även eftersom bestämmelser om jäv redan fanns i förvaltningslagen och kommunallagen samt att detta skydd mot intressekonflikter kompletteras genom mutbrottslagstiftningen. Regeringens bedömning har dock mötts av kritik, främst med hänsyn till att nuvarande jävsreglering inte omfattar alla upphandlande myndigheter och enheter (t.ex. statliga och kommunala bolag samt sådana upphandlande enheter som inte också är upphandlande myndigheter).[62]

Utredningen konstaterar att över en fjärdedel av det totala antalet upphandlingar som annonserades i Sverige år 2016 genomfördes av offentliga organisationer som inte är statliga eller kommunala myndigheter.[63] Dessa är alltså organisationer på vilkas handläggning av offentlig upphandling vare sig förvaltningslagen eller kommunallagens jävsregler är tillämpliga. Det får vidare anses tveksamt om samtliga sådana organisationer kan anses fullgöra offentliga förvaltningsuppgifter i den mening begreppet har i 1 kap. 9 § regeringsformen, med följd att objektivitetsprincipen i samma paragraf inte är tillämplig på deras handläggning av upphandlingar.

[61] Prop. 2015/16:195 del 1 s. 469–473.
[62] Se t.ex. Sundstrand, Andrea, Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling, *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 2014:1, s. 58–66.
[63] Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5 och Konkurrensverket rapport 2017:11, s. 45.

7.3.4 Utredningens slutsatser avseende nuvarande regelverks utformning ur korruptionssynpunkt

En jämförelse mellan de internationella vägledningar som utredningen utgått ifrån i detta avsnitt kring hur man konstruerar upphandlingssystem som motverkar korruption i offentlig upphandlingen å ena sidan, och 19 kapitlet LOU å andra sidan, ger vid handen att upphandlingsdirektiven tycks innehålla de allra flesta av de förfaranderegler som anses särskilt väl ägnade att motverka korruption i offentlig upphandling.[64] En möjlig slutsats är att upphandlingsdirektiven, från vilka de allra flesta av reglerna i 19 kapitlet är hämtade, faktiskt har utformats med dessa vägledande dokument som utgångspunkt även om detta inte har angetts om en uttrycklig utgångspunkt i själva direktiven.

7.4 Utredningens slutsatser vad gäller korruption i offentlig upphandling

Bedömning: Korruption i offentliga upphandling bör främst motverkas på andra sätt än genom regelreformering.

Det ingår inte i utredningens uppdrag att lämna förslag till hur den offentliga upphandlingens motståndskraft mot korruption kan stärkas på andra sätt än genom regelreformering. Det framstår emellertid som uppenbart mot bakgrund av analysen ovan att korruption i offentliga upphandling snarast bör motverkas på andra sätt än genom regelreformering. Sådana åtgärder skulle t.ex. kunna bestå i att regeringen i tillsynsmyndigheten Konkurrensverkets instruktion tydliggör att verkets upphandlingstillsyn ska bidra till att motverka korruption i offentlig upphandling.

[64] Detsamma verkar för övrigt vara fallet med såväl Världshandelsorganisations upphandlingsöverenskommelse (GPA) och UNCITRAL:s Model Law on Public Procurement.

7.4.1 Regelförenkling kan i sig motverka korruption

Utredningen konstaterar avslutningsvis att flera undersökningar om korruption i Sverige lyfter fram upphandlingsreglernas komplexitet som en faktor som faktiskt riskerar att bidra till, i stället för att motverka, korruption i offentlig upphandling.[65] Även OECD pekar på att om upphandlingsregler blir för komplexa riskerar det att leda till ökad korruption.[66] Om det upplevs som alltför svårt och problematiskt att tillämpa reglerna, kan det leda till att upphandlingspliktiga organisationer undviker att göra det. Organisationerna bedömer helt enkelt de negativa konsekvenserna av att försöka upphandla enligt de komplexa reglerna, t.ex. i form av tidskrävande administration och därtill kanske en långdragen överprövningsprocess som också kan förloras, som så stora att de är värre än vad man riskerar om man gör sitt inköp utan att följa reglerna.

Utredningen anser mot denna bakgrund att en förenklad och mer flexibel lagstiftning bör inriktas mot att ange ramarna för den upphandlande myndighetens eller enhetens handlingsutrymme (se avsnitt 4.3). Utredningen menar att detta är möjligt, utan att intresset att motverka korruption eftersätts, så länge som lagstiftningen också innebär ett krav på de upphandlande myndigheterna och enheterna att vara tydliga i upphandlingsdokumenten om hur upphandlingen kommer att genomföras.

Det ska alltså krävas av de upphandlande myndigheterna och enheterna att det framgår tydligt av upphandlingsdokumenten vad som gäller i upphandlingen. Detta är viktigt både ur konkurrenssynpunkt och för att förebygga korruption. På så sätt kan lagstiftningen förenklas och göras mer flexibel till utformning och innehåll, i enlighet med utredningens uppdrag, utan att det innebär ökade risker för korruption. Som nyss konstaterats kan en sådan lagstiftning till och med ha positiva effekter i fråga om risker för och förekomsten av korruption.

[65] Statskontoret 2012 s. 220; ESO 2012 s. 142 f.; Transparency International Sverige 2012 s. 12 och 18. Se även Transparency International 2014 s. 13.
[66] OECD 2009 s. 23.

7.4.2 Åtgärder mot korruption stärker förtroendet för den offentliga upphandlingen

Inom statsvetenskapen finns det forskning som visar på att det inte bara är den faktiska förekomsten av korruption som är skadlig för samhället, utan även människors uppfattningar om förekomsten är av betydelse för förtroendet till de offentliga institutionerna. En allmänt spridd uppfattning om att politiker eller offentliga tjänstemän är korrupta är alltså i sig ett problem som skadar tilliten till offentlig sektor – och detta oavsett hur utbrett problemet faktiskt är.[67] Detta gäller givetvis även tilltron till den offentliga upphandlingen. Uppfattningar som den som kommer till uttryck i Kommissionens i avsnitt 7.1.2 nämnda undersökning år 2015 är därför i sig ett problem och detta oavsett hur stort problemet med korruption faktiskt är i Sverige.

Mot denna bakgrund anser utredningen 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. Som utredningen har anfört i avsnitt 4.5 utgår utredningen ifrån att den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna liksom leverantörerna vill följa gällande regler och bidra till en sund och god affär. Utredningens utgångspunkt är därmed att den absoluta majoriteten av alla upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer till offentlig sektor är goda aktörer, som har viljan och satsar resurser för att göra rätt. Detta inkluderar också ett aktivt arbete mot korruption och andra former av missförhållanden i affärslivet.

[67] Statskontoret 2012 s. 99.

8 Bestämt gränsöverskridande intresse

8.1 Vad är ett bestämt gränsöverskridande intresse?

EU-domstolen om bestämt gränsöverskridande intresse

I alla upphandlingsdirektiv finns ekonomiska gränsvärden i form av s.k. tröskelvärden. Det finns olika tröskelvärden beroende på vem som upphandlar och vad det är som upphandlas. Tröskelvärdenas funktion är att ange en nedre gräns för direktivens tillämpning. Direktiven ska bara tillämpas på upphandlingar vars beräknade värden minst uppgår till det tröskelvärde som är relevant för upphandlingen i fråga.

Detta innebär emellertid inte att kontrakt, vars värden understiger tröskelvärdena, alltid faller utanför unionsrättens tillämpningsområde. EU-domstolen har nämligen utvecklat ett antal grundläggande principer som i vissa fall gäller också för sådana kontrakt. Dessa principer är direkt grundade på EUF-fördragets bestämmelser och principer, bl.a. artiklarna 34, 49 och 56 (förbud mot kvantitativa importrestriktioner samt bestämmelserna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster) och principerna om likabehandling och icke-diskriminering, samt den skyldighet att lämna insyn som följer av dessa. De grundläggande principerna är enligt domstolens fasta praxis tillämpliga på kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.[1] Ett annat sätt att uttrycka detta kan vara att principerna gäller för kontrakt som i tillräcklig utsträckning sammanhänger med den inre marknadens funktion.[2]

---

[1] Se t.ex. dom Borta, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266, p. 36 och där angiven rättspraxis.
[2] Kommissionens tolkningsmeddelande (2006/C 179/02) om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling.

Att unionens primärrätt, dvs. EUF-fördragets bestämmelser och principer, torde ha betydelse även för kontrakt av lägre värden är inte någon ny insikt. Redan vid tiden för 1992 års LOU fanns en medvetenhet om detta.[3] EU-domstolen har emellertid med åren meddelat flera avgöranden som i åtminstone någon mån klargör omfattningen av primärrättens genomslag.

Vad är syftet med att bedöma om ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, och vad avser bedömningen?

I de fall där EU-domstolen har slagit fast att kontrakt, som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, omfattas av bestämmelser och principer i primärrätten, har domstolen motiverat detta främst med att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid upphandling syftar till att skydda intressena hos företag som är etablerade i en annan medlemsstat. Syftet med att avgöra om ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse är att förhindra att en upphandlande myndighet eller enhet tilldelar kontrakt till leverantörer i samma medlemsstat, utan insyn för leverantörer som är etablerade i andra medlemsstater och som kunde ha haft ett intresse av att delta i upphandlingen. Ett sådant agerande innebär en särbehandling till förfång för leverantörerna i de andra medlemsstaterna. Denna särbehandling utgör en indirekt diskriminering på grund av nationalitet, vilken är förbjuden enligt fördraget.[4]

Det som ska bedömas är alltså om den planerade upphandlingen kan vara intressant för en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat än den stat där den upphandlande myndigheten eller enheten är etablerad.[5] Enligt utredningen avser bedömningen därför inte frågan om kontraktet kan vara intressant för ett utländskt företag som redan är verksamt i den upphandlande myndighetens eller enhetens medlemsstat.[6] Bedömningen görs för att undanröja risken att en leverantör och potentiell anbudsgivare, som är etablerad i en annan medlemsstat, rent faktiskt förblir ovetande om en upphandling, som leverantören borde ha fått möjlighet att få vetskap om.

[3] Se t.ex. Hentze/Sylvén, Offentlig upphandling – en lagkommentar, upplaga 1:2, Stockholm 1998, s. 32 f.
[4] Se t.ex. mål An Post (kommissionen mot Irland), C-507/03, ECLI:EU:C:2007:66, p. 27–31.
[5] Dom kommissionen mot Irland, C-226/09, ECLI:EU:C:2010:697, p. 32.
[6] Jfr regleringen i Danmark, se avsnitt 5.1.1.

Vem ska göra bedömningen, och kan eller bör det finnas nationella bestämmelser om detta?

Enligt EU-domstolens praxis är det i princip den enskilda upphandlande myndighetens eller enhetens ansvar att avgöra om en planerad upphandling skulle kunna vara intressant för någon leverantör i en annan medlemsstat.

EU-domstolen har i de förenade målen *Secap och Santorso* dock angett att det är tillåtet att i nationella eller lokala bestämmelser fastställa objektiva kriterier för att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse (se nedan exempel på vilka objektiva kriterier som kan vara aktuella). Domstolen lämnar även en viss öppning för nationella eller lokala bestämmelser som fastslår att ett sådant intresse inte föreligger, till exempel om det aktuella kontraktet är av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende. Men domstolen håller samtidigt fram att det är nödvändigt att ta hänsyn till att gränser i vissa fall går genom tättbebyggda områden som ligger i olika medlemsstater och att även kontrakt av ringa värde kan vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse under sådana omständigheter.[7] Ett svenskt exempel på ett sådant område kan enligt utredningen vara Öresundsregionen.

EU-domstolen har även, i ett tidigare avgörande, slagit fast att det inte finns någon skyldighet för medlemsstaterna att vid genomförandet av upphandlingsdirektiv anta bestämmelser som erinrar om skyldigheten för upphandlande myndigheter och enheter att iaktta fördragets bestämmelser, en skyldighet som alltså endast föreligger när ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det är således tillräckligt att den upphandlande myndigheten eller enheten gör denna bedömning i sådana upphandlingar. Att det inte finns några bestämmelser i en nationell lagstiftning medför likväl inte att sådana kontrakt inte omfattas av fördragets bestämmelser och principer.[8]

Hur ska bedömningen göras?

Hur kan då en upphandlande myndighet eller enhet avgöra om ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse? Enligt EU-domstolens uttalanden i ett flertal avgöranden ska bedömningen

[7] Dom Secap och Santorso, C-147/06 och C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277, p. 30 och 31.
[8] Dom kommissionen mot Italien, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102, p. 67 och 68.

göras utifrån objektiva kriterier, som kan indikera att det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Sådana kriterier kan vara bl.a. det betydande värdet av det aktuella kontraktet, i kombination med den plats som tjänsten ska utföras på eller kontraktets tekniska aspekter och särskilda egenskaper hos de aktuella produkterna. Vid en allmän bedömning av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse kan det även beaktas om det finns klagomål som ingetts av aktörer i andra medlemsstater, under förutsättning att det är säkerställt att dessa inte är fiktiva.

Bedömningen ska göras utifrån de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet. Det är inte möjligt att dra slutsatsen att det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse genom en hypotetisk bedömning utifrån vissa omständigheter, vilka abstrakt betraktade skulle kunna utgöra indicier för ett gränsöverskridande intresse. Ett bestämt gränsöverskridande intresse ska i stället klart framgå av en konkret bedömning av omständigheterna kring det aktuella kontraktet.[9]

8.2 Vad innebär ett bestämt gränsöverskridande intresse i praktiken?

Genom EU-domstolens fasta rättspraxis framgår att det särskilt är de ur fördraget härledda principerna om likabehandling och ickediskriminering, och den därav följande skyldigheten att lämna insyn, som ska iakttas när det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse för kontrakt vars värde inte når upp till relevant tröskelvärde. Skillnaden i förhållande till de kontrakt som överstiger direktivens tröskelvärden är att det endast är de senare som omfattas av de särskilda och strikta förfaranden som föreskrivs i direktivens bestämmelser.[10]

Vad innebär då detta i praktiken? Vilka regler och principer bör en upphandlande myndighet eller enhet se till att följa, om den finner att en planerad upphandling av exempelvis en byggentreprenad till ett värde under tröskelvärdena är av ett bestämt gränsöverskridande intresse?

[9] Dom Tecnoedi Costruzioni Srl, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747, p. 20 och 22.
[10] Dom Serrantoni Srl, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808, p. 22.

Kommissionen har i ett tolkningsmeddelande[11] identifierat tre moment i ett upphandlingsförfarande, där fördragets grundläggande principer får genomslag i form av skyldigheter för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Det rör sig om skyldigheter vid offentliggörandet av upphandlingen och under själva upphandlingen samt en skyldighet att tillförsäkra rättsligt skydd. Den indelningen fungerar som mall för nedanstående genomgång.

Upphandlingen ska offentliggöras så att alla potentiella anbudsgivare – oberoende av nationalitet – kan nås av informationen

Den skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet och enhet vid upphandlingar som omfattas av primärrätten, syftar enligt EU-domstolen bl.a. till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden ska kunna öppnas för konkurrens.[12]

EU-domstolen har uttryckligen uttalat att kravet på insyn inte nödvändigtvis betyder att man måste sända ut en anbudsinfordran.[13] Enligt kommissionen kan därför annonseringen begränsas till de viktigaste uppgifterna i det kontrakt som ska tilldelas och den metod som ska användas vid tilldelningen, tillsammans med en inbjudan att kontakta den upphandlande myndigheten eller enheten.

Kravet på insyn innebär, vilket har berörts ovan, att en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat ska ha tillgång till relevanta uppgifter om upphandlingen innan kontraktet har tilldelats, så att leverantören har möjlighet att delta i upphandlingen om den så önskar. Detta kan bara uppfyllas genom publiceringen av ett tillräckligt lättillgängligt offentliggörande före tilldelningen av kontraktet. Publiceringen ska ske just i syfte att öppna upphandlingsförfarandet för konkurrens. Kommissionen anför i sitt tolkningsmeddelande att ju större intresse kontraktet har för tänkbara anbudsgivare från andra medlemsstater, desto större spridning bör offentliggörandet få. Omfattningen av ett offentliggörande måste alltså avgöras från fall till fall. Utredningen instämmer i detta synsätt.

[11] Kommissionens tolkningsmeddelande (2006/C 179/02) om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling.
[12] Dom Telaustria, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:699, p. 62.
[13] Dom Coname, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487, p. 21.

När det väl har slagits fast att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse vad beträffar tilldelningen av ett visst kontrakt, ska enligt EU-domstolen den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att lämna insyn komma alla potentiella anbudsgivare till godo, oberoende av om de är etablerade i samma medlemsstat som myndigheten eller enheten eller inte.[14] Konkret innebär det att om en svensk upphandling kan vara intressant för leverantörer i exempelvis Danmark, gäller skyldigheten att lämna de danska leverantörerna insyn också i förhållande till svenska leverantörer.

Om en upphandlande myndighet eller enhet bedömer att det kan finnas en eller flera intresserade leverantörer i någon eller några andra medlemsstater, är det inte nödvändigtvis ett krav att annonsera upphandlingen genom unionens annonsdatabas TED. Sådan annonsering är dock alltid möjlig (artikel 51.6 i LOU-direktivet och artikel 71.6 i LUF-direktivet samt 19 kap. 10 § LOU respektive LUF). Upphandlingen öppnas upp för konkurrens i tillräcklig utsträckning genom att alla intresserade och normalt omsorgsfulla leverantörer i samtliga berörda andra medlemsstater ges en verklig möjlighet att tillkännage sitt intresse att tilldelas kontraktet.[15] Eftersom skyldigheten att lämna insyn också gäller i förhållande till inhemska leverantörer, ska samma information samtidigt offentliggöras också för dessa leverantörer.

Under upphandlingen ska leverantörerna behandlas icke-diskriminerande och opartiskt

Som Andrea Sundstrand har konstaterat är varken förfarandereglerna eller undantagen i upphandlingsdirektiven direkt tillämpliga på tilldelningar av kontrakt i primärrätten. I de fall upphandlingsdirektivens bestämmelser syftar till att hindra en inskränkning av de grundläggande friheterna, är enligt Sundstrand motsvarande bestämmelser tillämpliga vid tilldelningar av kontrakt i primärrätten. Den rättsliga grunden är emellertid inte upphandlingsdirektivens bestämmelser, utan primärrättens bestämmelser och allmänna rättsprinciper. Utredningen instämmer i slutsatsen att detta torde vara tillämpligt oavsett

[14] Dom Belgacom, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, p. 32.
[15] Dom Coname, C:231/03, ECLI:EU:C:2005:487, p. 18.

om det är fråga om en förfarandebestämmelse eller ett undantag från direktiven.[16]

För upphandling under tröskelvärdena av varor, byggentreprenader och sådana tjänster som över tröskelvärdet omfattas fullt ut av direktivens bestämmelser, dvs. alla tjänster förutom sådana som återfinns i bilaga 2 till LOU, tolkar utredningen sammanfattningsvis EU-domstolens hittillsvarande praxis på följande sätt.

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt, som materiellt omfattas av något av upphandlingsdirektiven men vars värde inte uppgår till direktivets tröskelvärde, ska när den utformar förfarandet i princip iaktta sådana direktivbestämmelser som kan anses vara en direkt följd av principerna om icke-diskriminering, likabehandling och insyn.[17] Detta gäller när det kan finnas en leverantör i någon annan medlemsstat som är intresserad av att tävla om kontraktet, och som därför bör ges en verklig möjlighet att tillkännage sitt intresse. Som framhållits ovan ankommer det i princip på den upphandlande myndigheten eller enheten att bedöma detta.

Utredningen kan emellertid konstatera att det inte är lätt att avgöra syftet bakom varje bestämmelse i de omfattande upphandlingsdirektiven. Det är enligt utredningen orimligt att förvänta sig att varje enskild upphandlande myndighet eller enhet ska kunna avgöra vilka direktivbestämmelser som är direkta följder av principerna om icke-diskriminering, likabehandling och insyn. Dessutom är det, i varje tveksamt fall, ytterst EU-domstolen som med auktoritet kan analysera en bestämmelse, uttala sig om dess syfte och om huruvida en motsvarande regel följer redan av primärrätten eller inte.

För att en upphandlande myndighet eller enhet i praktiken ska kunna genomföra en upphandling avseende ett kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, finns två alternativ. Det ena är att utforma regelverket så att det ger tillräcklig vägledning genom direkta regler. Om regelverket å andra sidan utformas så att det lämnar större frihet åt den upphandlande myndigheten eller enheten att själv utforma upphandlingsförfarandet, måste myndigheten eller enheten med nödvändighet tillåtas att ”höja blicken” något. Myndigheten eller enheten måste kunna hålla sig till ett antal vägledande principer vid utformningen, och därmed i princip kunna utgå från att

[16] Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Stockholm 2012, s. 173.
[17] Jfr dom kommissionen mot Irland, C-226/09, ECLI:EU:C:2010:697, p. 41.

förfarandet uppfyller de krav som följer av fördragets bestämmelser och principer. Givetvis kan också Upphandlingsmyndigheten i sin vägledande roll och Konkurrensverket såsom tillsynsmyndighet här ha viktiga roller att fylla.

Kommissionens ovan nämnda tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling[18] är några år gammalt. Det innebär förstås att senare års praxis från EU-domstolen inte är beaktad. Denna praxis behandlas något nedan. Kommissionen abstraherar i sitt tolkningsmeddelande fram vissa principer som den upphandlande myndigheten eller enheten enligt kommissionen ska hålla sig till, när ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Utredningen bedömer att kommissionens slutsatser alltjämt är relevanta. Enligt kommissionen rör det sig om följande principer.

- Föremålet för upphandlingen ska beskrivas icke-diskriminerande, utan hänvisning till tillverkare eller ursprung.
- Leverantörer från alla medlemsstater ska ges möjlighet att delta på lika villkor (villkoren för deltagande får inte vara direkt eller indirekt diskriminerande).
- Examensbevis, certifikat och andra officiella intyg som styrker kvalifikationer som utfärdats i andra medlemsstater ska erkännas ömsesidigt.
- Tidsfristerna ska vara lämpliga och tillräckligt långa för att företag från andra medlemsstater ska kunna göra en tillfredsställande bedömning och utarbeta ett anbud.
- Tillvägagångssättet ska vara öppet och objektivt, alla deltagare måste kunna få kännedom om de regler som gäller för förfarandet och kunna vara säkra på att dessa tillämpas på samma sätt på alla deltagare.
- Det är möjligt att begränsa antalet sökande som bjuds in att lämna anbud, förutsatt att detta görs på ett objektivt och icke-diskriminerande sätt.

[18] Kommissionens tolkningsmeddelande (2006/C 179/02).

- Vid det slutliga beslutet om tilldelning av kontrakt är det viktigt att principerna om likabehandling och icke-diskriminering respekteras fullt ut.

Enligt utredningens mening kan de ovanstående punkterna tjäna som utgångspunkt för hur ett upphandlingsförfarande bör utformas, när det varu-, tjänste- eller byggentreprenadkontrakt som ska tilldelas är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Vilka skyldigheter gäller då i fråga om de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna, som endast omfattas av en enklare reglering i LOU- och LUF-direktiven? Det kan konstateras att EU-domstolens uttalande, att en särskild direktivregel måste kunna betraktas som en direkt följd av principerna om likabehandling och insyn för att en motsvarande regel ska anses gälla i primärrätten, gjordes i ett mål som avsåg en s.k. B-tjänst. De ovanstående punkterna bör dock kunna tjäna som utgångspunkt för hur en upphandlande myndighet eller enhet bör utforma ett förfarande även när upphandlingen gäller tjänster av nu aktuellt slag, och när kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det bör dock noteras att EU-lagstiftaren i skälen till 2014 års direktiv har fört in en presumtion av innebörd att kontrakt, vars värde understiger tröskelvärdet för de sociala och andra särskilda tjänsterna, inte är av ett bestämt gränsöverskridande intresse (se avsnitt 8.3).

Rättsligt skydd

Rättsmedelsdirektiven gäller bara för sådana kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven. Det betyder, i detta sammanhang, kontrakt vars beräknade värden överstiger tillämpliga tröskelvärden. Härvid råder ingen skillnad mellan tjänster som omfattas fullt ut av direktiven och tjänster – B-tjänster eller sociala eller andra särskilda tjänster – som endast delvis omfattas av direktiven.

Men när det gäller kontrakt som understiger tröskelvärdena måste man ta hänsyn till att enskilda personer enligt EU-domstolens rättspraxis har rätt till ett effektivt rättsligt skydd av de rättigheter de har enligt unionens rättsordning. Detta får betydelse för sådana kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse och således omfattas av primärrätten, dvs. fördragets bestämmelser och

principer. I fråga om dessa kontrakt bör åtminstone sådana beslut som är negativa för en person, som är eller har varit intresserad av att tilldelas ett kontrakt, kunna prövas rättsligt. För att rätten till ett sådant prövningsförfarande ska kunna utnyttjas effektivt, bör den beslutande upphandlande myndigheten eller enheten också motivera sådana beslut, antingen i själva beslutet eller på begäran.[19]

I Sverige genomförs rättsmedelsdirektiven bl.a. genom bestämmelser i upphandlingslagarna om överprövning av upphandling och av avtals giltighet. Dessa bestämmelser är i nuläget tillämpliga för alla upphandlingar, oberoende av värde. De är således tillämpliga för upphandlingar och avtal som inte omfattas av upphandlingsdirektiven eller rättsmedelsdirektiven, utan enbart av de nationella reglerna om upphandling. Den nyss berörda unionsrättsliga rätten till ett effektivt rättsligt skydd innebär, enligt utredningens mening, att det även fortsättningsvis måste vara möjligt att överpröva en upphandling som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Även ett ingånget avtal, som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, bör enligt utredningen kunna överprövas.

Senare års praxis från EU-domstolen

Från senare års praxis från EU-domstolen, tillkommen efter kommissionens tolkningsmeddelande, kan i detta sammanhang särskilt nämnas målet *Strong Segurança*.[20] Målet rörde en upphandling av bevaknings- och säkerhetstjänster, vilket både enligt då gällande 2004 års LOU-direktiv som det nuvarande LOU-direktivet är en tjänst som inte fullt ut omfattas av direktivets bestämmelser – en B-tjänst enligt det äldre direktivet och en s.k. särskild tjänst i bilaga XIV enligt det nuvarande. Frågan i målet var om direktivets bestämmelse om att en leverantör vid behov och för ett visst kontrakt får åberopa andra enheters kapacitet (artikel 47.2 i 2004 års LOU-direktiv, se artikel 63.1 i nuvarande LOU-direktiv) var tillämplig vid upphandlingen, trots att det inte fanns någon bestämmelse i den nationella lagstiftningen som föreskrev detta. Var den upphandlande myndigheten således skyldig att godta ett anbud från en leverantör som hade gjort ett sådant åberopande?

[19] Se kommissionens tolkningsmeddelande (2006/C 179/02).
[20] Dom Strong Segurança, C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161.

Domstolen konstaterade att någon sådan skyldighet inte följer direkt av direktivet. Domstolen kom fram till att inte heller de på fördraget grundade principerna om öppenhet eller likabehandling kunde medföra detta. Bestämmelsen i direktivet som föreskriver en sådan skyldighet saknar nämligen samband med öppenheten kring tilldelningsförfarandet. Frånvaron av en skyldighet kunde inte heller ge upphov till någon direkt eller indirekt diskriminering, grundad i nationalitet eller etableringsort (p. 39–41). Principen om likabehandling kunde alltså inte tillämpas så vidsträckt, i vart fall inte när det gällde en B-tjänst (p. 42).

Rättsfallet ger vid handen att bestämmelsen om rätt att åberopa annans kapacitet, snarare än att vara ett utflöde av principen om öppenhet eller likabehandling, är ett utflöde av den allmänna princip om effektiv konkurrens som direktivet vilar på. Tanken med bestämmelsen är ju att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Kommissionen hade i målet argumenterat för att målsättningen om effektiv konkurrens kunde skapa en skyldighet för den upphandlande myndigheten att godta anbudet. EU-domstolen ansåg emellertid att även om en effektiv konkurrens är den huvudsakliga målsättningen med direktivet kan denna målsättning – hur viktig den än må vara – inte tolkas i strid med direktivets klara lydelse, som inte nämner artikelbestämmelsen om rätt att åberopa annans kapacitet bland de bestämmelser som ska tillämpas vid tilldelning av kontrakt som avser B-tjänster (p. 36 och 37).

Domstolen tillade även att kontrakt som avser s.k. B-tjänster är av en speciell natur. I vart fall vissa av dessa tjänster har utmärkande egenskaper som motiverar att det anbud som anbudssökanden lägger beaktas individuellt och specifikt av den upphandlande myndigheten. Detta gäller exempelvis juridiska tjänster, rekrytering och urval av personal, undervisning och yrkesutbildning samt spanings- och säkerhetstjänster (p. 43).

Domstolens sistnämnda resonemang är intressant. Det öppnar upp för ett resonemang om att principen om likabehandling kan ges en särskild tillämpning när det gäller tjänster med dessa särskilda egenskaper, som avviker från tillämpningen beträffande tjänster av mer generisk karaktär vilka också över tröskelvärdet omfattas fullt ut av direktivens bestämmelser. I alla händelser tycks EU-domstolen anse att ett större mått av individuell och specifik prövning av anbu-

den är motiverat när det gäller tjänster med dessa särskilda egenskaper. Intresset av en strikt likabehandling av leverantörerna, i syfte att upprätthålla en effektiv konkurrens, synes i enskilda fall för vissa slag av tjänster kunna få ge vika för intresset av en individuell och specifik anbudsbedömning. Om så är fallet och vad det då innebär är emellertid ytterst en fråga som måste besvaras av EU-domstolen (se vidare avsnitt 13.3.2).

Domstolens synsätt kan sägas gå igen i artikel 76.1 i LOU-direktivet och artikel 93.1 i LUF-direktivet, där medlemsstaterna ges befogenhet att själva fastställa förfaranderegler för tilldelning av de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna, så länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga. I artikeln anges emellertid även att medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna och enheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer.

En mer given slutsats av domen är att om den svenska lagstiftaren anser att en leverantör ska ha rätt att åberopa annans kapacitet vid upphandlingar under tröskelvärdet av kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, bör det finnas en uttrycklig regel om det i lagstiftningen.

8.3 Bör lagstiftningen ta höjd för ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte?

Förslag: Om en direktupphandling kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat, ska upphandlingen genomföras i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling.

Bedömning: Det bör i övrigt inte tas in några regler om fall då ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Finns det en presumtion för bestämt gränsöverskridande intresse, eller är presumtionen den motsatta?

En intressant fråga, beträffande kontrakt vars värden understiger relevanta tröskelvärden, är om det kan presumeras att ett sådant kontrakt inte är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, eller om presumtionen i stället är den motsatta – dvs. att kontraktet är av ett sådant intresse. Om presumtionen är att ett kontrakt inte är av bestämt gränsöverskridande intresse skulle en missnöjd leverantör behöva visa på motsatsen, dvs. att ett specifikt kontrakt visst är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detta kan sägas vara såväl orättvist som ologiskt. Den utländska leverantör som ska visa att den inte har fått veta något om kontraktet vet ju – just på grund av den uteblivna annonseringen – inte om att den ska visa det. Det kan å andra sidan konstateras att EU-domstolen i överträdelseärenden har ansett det vara upp till kommissionen att visa att ett kontrakt har ingåtts i strid med de principer som följer av ett bestämt gränsöverskridande intresse.[21] Det är alltså inte medlemsstaten, dvs. ytterst den upphandlande myndigheten, som i dessa fall har haft att visa att det inte fanns ett sådant intresse.

EU-domstolens hittillsvarande praxis ger inte något uttryckligt svar på frågan om det finns en presumtion och hur den i så fall är utformad. När det gäller personliga tjänster (t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster) har EU-lagstiftaren emellertid uppställt en presumtion i skälen till 2014 års direktiv, se t.ex. skäl 114 till LOU-direktivet. Där sägs att personliga tjänster till värden under direktivens tröskelvärde inte brukar vara av intresse för leverantörer från andra medlemsstater, annat än om det finns konkreta indikationer på motsatsen, till exempel unionsfinansiering av gränsöverskridande projekt. Denna presumtion – att det inte finns ett bestämt gränsöverskridande intresse, vid värden under tröskelvärdet för dessa tjänster – får enligt utredningens bedömning anses gälla för samtliga de tjänster som omfattas av direktivens s.k. enklare reglering.

Det är emellertid tveksamt om det utan vidare går att utsträcka denna presumtion till att gälla under tröskelvärdet även för varukontrakt och sådana tjänstekontrakt som, när deras värden överstiger

[21] Se Dacian C. Dragos och Roxana Vornicu, ”Public Procurement below Thresholds in the European Union”, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 3/2015, s. 198 och där anförd rättspraxis.

tröskelvärdet, omfattas fullt ut av direktiven. I än högre grad gäller detta för byggentreprenadkontrakt, där tröskelvärdet i direktiven är relativt högt satt. Också när det gäller koncessioner är tröskelvärdet enligt LUK-direktivet så högt satt att det inte går att presumera att alla koncessionskontrakt under detsamma saknar bestämt gränsöverskridande intresse.

I fråga om de nu nämnda kontrakten går det, enligt utredningen, därför inte att generalisera fram någon presumtionsregel. Det som går att konstatera är att det enligt EU-domstolens praxis i princip är den enskilda upphandlande myndigheten eller enheten som har ansvaret för att avgöra i det konkreta fallet om en förestående upphandling är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Därmed torde myndigheten eller enheten tämligen enkelt kunna ta fram bevisning till stöd för sitt ställningstagande att upphandlingen inte är av sådant intresse, om ställningstagandet skulle ifrågasättas av någon leverantör. Men mycket talar ändå för att det är den ifrågasättande leverantören som har bevisbördan för att det faktiskt fanns ett bestämt gränsöverskridande intresse, och att utgångspunkten i normalfallet är den motsatta.

Det behövs inte särskilda bestämmelser i lagarna om fall då kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse …

Utredningen konstaterar att den sedan gammalt gällande sanningen att det är upp till medlemsstaterna själva att reglera upphandlingar under tröskelvärdena kan sägas vara en sanning med modifikation, med hänsyn till doktrinen om kontrakt som är av bestämt gränsöverskridande intresse. Begreppet bestämt gränsöverskridande intresse har förts in i lagstiftningen i Danmark och Nederländerna. I båda dessa stater bestäms det med hänvisning till EU-domstolens praxis – dvs. utan någon egen definition. Begreppet kan nu också komma att föras in i LOU genom de av regeringen föreslagna särskilda reglerna om upphandling av välfärdstjänster.[22] Inte heller här föreslås någon definition. I skrivande stund är det oklart vad riksdagen kommer att besluta.

Denna utrednings uppdrag är att föreslå nya regler i syfte att förenkla och öka flexibiliteten. Att föra in ett så komplext och abstrakt

[22] Prop. 2017/18:158, se även avsnitt 4.1.1.

begrepp som bestämt gränsöverskridande intresse i lagstiftningen går på tvärs mot detta. Utredningen anser inte heller att det är nödvändigt. Det föreslagna regelverket för icke direktivstyrd upphandling bör lämna ett stort utrymme åt de upphandlande myndigheterna och enheterna att själva utforma förfarandet i varje upphandling. Om ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, har myndigheten eller enheten möjlighet att beakta det när den utformar förfarandet. Det behövs inte särskilda bestämmelser som tydliggör detta. De upphandlande myndigheterna och enheterna är väl förtrogna med fördelarna med konkurrens i upphandlingarna och det ligger i deras eget intresse att så långt som möjligt, och där så är lämpligt, möjliggöra för sådan.

… med undantag för kontrakt som direktupphandlas

Det nyss sagda gäller dock med ett nödvändigt undantag. I avsnitt 9.2 föreslår utredningen att en nationell princip ska gälla som huvudregel vid direktupphandlingar. Som framgår av redogörelsen i det här avsnittet följer det dock av primärrätten att de på EU-rätten grundade principerna för upphandling, som likabehandlings- och öppenhetsprincipen, är tillämpliga när ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Eftersom det inte kan uteslutas att ett kontrakt, som får direktupphandlas, någon gång är av ett bestämt gränsöverskridande intresse är en regel om principernas tillämplighet i ett sådant fall nödvändig. 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.

I övrigt bör det vara upp till den upphandlande myndigheten eller enheten att beakta det gränsöverskridande intresset när den utformar direktupphandlingen, t.ex. i fråga om offentliggörandet. Några särskilda bestämmelser som anger detta är inte nödvändiga. 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 den upphandlande 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.

Hur annonseras ett kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse?

Oavsett om begreppet bestämt gränsöverskridande intresse tas in i lagstiftningen eller inte, så är doktrinen en realitet. En upphandlande myndighet eller enhet måste bedöma om ett kontrakt är av bestämt gränsöverskridande intresse eller inte när det är påkallat, och i händelse av att så är fallet ta hänsyn till detta när förfarandet utformas. I sådana fall bör den upphandlande myndigheten eller enheten offentliggöra upphandlingen där inte bara svenska leverantörer utan också de aktuella utomlands etablerade leverantörerna kan förväntas söka efter information om affärstillfällen.

Var bör då annonsering ske, och behövs särskilda regler om det? Enligt nuvarande lagstiftning ska annonsering av upphandlingar under tröskelvärdena enligt 19 kap. LOU och LUF ske i en allmänt tillgänglig databas (se t.ex. 19 kap. 9 § LOU). En upphandlande myndighet eller enhet bör enligt utredningen kunna utgå från att det är fullt tillräckligt att annonsera på så sätt, även när ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Det som kravet på transparens ska tillgodose är, konkret, att berörda utländska leverantörer ska få möjlighet att nås av information om upphandlingen. Att annonsera i en allmänt tillgänglig databas är det föreskrivna sättet att offentliggöra icke direktivstyrda upphandlingar i Sverige. Annonserna är tillgängliga för såväl svenska som utländska leverantörer. Det är rimligt att utgå från att utländska leverantörer, som är intresserade av att delta i upphandlingar i Sverige, ser till att leta efter affärstillfällen i de aktuella databaserna. Den utgångspunkten blir ännu mer relevant om förslagen om registrering av annonsdatabaser genomförs.[23] De förslagen bereds för närvarande i Regeringskansliet. I ett sådant fall skulle det nämligen bli ännu tydligare för utländska leverantörer var de ska leta efter affärstillfällen.

[23] Ds 2017:48.

Det kan emellertid inte uteslutas att det i enskilda fall kan vara nödvändigt med annonsering i någon ytterligare källa. Särskilda regler om detta behövs dock inte. Precis som i fråga om direktupphandlingar (se ovan) är en rimlig utgångspunkt nämligen att den berörda upphandlande myndigheten eller enheten i ett sådant fall har vetskap om det utländska intresset. Lagstiftaren bör kunna utgå från att den upphandlande myndigheten eller enheten då ser till att annonsera på nödvändigt sätt. Det ligger i myndighetens eller enhetens intresse att öppna upp upphandlingen för så bred konkurrens som möjligt.

Vilken annonsering som är nödvändig och lämplig i dessa fall får vara upp till den upphandlande myndigheten eller enheten att avgöra, utifrån omständigheter som exempelvis vad det är som upphandlas, upphandlingens värde och var de tänkbara utländska anbudsgivarna kan förväntas söka efter information. Det kan i vissa fall vara lämpligt att annonsera i TED. En sådan annonsering har fördelen att den annonserande myndigheten eller enheten kan vara säker på att transparenskravet när det gäller offentliggörandet är tillgodosett. Ett annat alternativ kan exempelvis vara att annonsera i en utländsk annonsdatabas i den eller de stater där det kan finnas potentiella anbudsgivare. Det kan någon gång vara tillräckligt att den upphandlande myndigheten eller enheten, utöver ”vanlig” publicering i en allmänt tillgänglig databas, också informerar om upphandlingen på sin egna webbplats, om de berörda utländska leverantörerna kan förväntas söka efter affärstillfällen där.

Informationen om den förestående upphandlingen behöver inte nödvändigtvis ges i formen av en annons om upphandling. Det är alltså tillräckligt att exempelvis informera om kommande upphandlingar genom förhandsannons. Kraven är därmed ganska lågt satta. Enligt utredningens mening medför å andra sidan kravet att leverantörerna ska behandlas lika att den upphandlande myndigheten eller enheten måste lämna samma information, vid samma tillfälle, till både utländska och inhemska leverantörer. Det medför att myndigheten eller enheten inte bör välja att exempelvis informera mer formlöst om en kommande upphandling såväl nationellt som i någon internationell kanal, och i ett senare skede publicera en formell anbudsinfordran endast nationellt.

Om information om upphandlingen har publicerats på vederbörligt sätt, kan det enligt utredningen däremot inte anses finnas något krav på den upphandlande myndigheten eller enheten att kontrollera

att den potentiella, utomlands etablerade anbudsgivaren faktiskt har tagit del av informationen. Någon sådan skyldighet finns ju inte i förhållande till inhemska leverantörer.

9 Principer för upphandling

9.1 De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för annonspliktiga upphandlingar

Förslag: För sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras ska de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling gälla även fortsättningsvis.

Bedömning: Bestämmelser motsvarande 4 kap. 2 och 3 §§ LOU respektive LUF behövs inte på det icke direktivstyrda området.

Genom hänvisningar i 19 kap. 2 § LOU respektive LUF görs bestämmelserna om principer för upphandling i 4 kap. 1–3 §§ tillämpliga vid upphandlingar enligt 19 kap.

I 4 kap. 1 § anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Dessa fem principer har sin grund i EU-rätten och brukar sammanfattande benämnas de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, eller de grundläggande principerna för upphandling.

I 4 kap. 2 § anges att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och upphandlingen får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Enligt 4 kap. 3 § bör en upphandlande myndighet eller enhet beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid [offentlig] upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Utredningen anser att de grundläggande principerna bör gälla även fortsättningsvis vid sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras. En uttrycklig bestämmelse om detta bör tas in i 19 kap. LOU och LUF. Principerna bör alltså inte, som i nuvarande lag, endast göras tillämpliga genom en hänvisning. En övergripande målsättning med utredningens arbete är att minska antalet paragrafhänvisningar. Det främsta skälet för en uttrycklig bestämmelse är emellertid att principerna är av central betydelse för tillämpningen av de flesta av kapitlets övriga bestämmelser.

Utredningen anser däremot inte att det behövs bestämmelser motsvarande 4 kap. 2 eller 3 §§ LOU och LUF. Såvitt avser bestämmelsen i 4 kap. 2 § instämmer utredningen i vad regeringen uttalade, när bestämmelsen infördes, nämligen att det som sägs där redan följer av en tillämpning av de allmänna principerna. Regeringen föreslog emellertid ändå en bestämmelse på det direktivstyrda området, i syfte att tydliggöra de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme.[1] Bestämmelsen gjordes även tillämplig vid upphandlingar enligt 19 kap. Utredningen anser emellertid inte att de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme vid icke direktivstyrd upphandling behöver tydliggöras i detta avseende. I förenklande syfte bör någon sådan bestämmelse inte tas in.

När det gäller den s.k. bör-regeln i 4 kap. 3 §LOU och LUF infördes den ursprungligen i upphandlingslagarna genom lagstiftning 2010. Paragrafen är inte sanktionerad och är ett s.k. målsättningsstadgande. Det framgår av att ordet ”bör” används. Ett syfte med bestämmelsen var att skapa incitament för de upphandlande myndigheter och enheter som ännu inte hade prövat möjligheten att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar.[2]

Upphandlingsdirektiven från 2014 innebär en relativt utförlig reglering av de upphandlande myndigheternas och enheternas möjlighet att använda upphandling för att uppnå gemensamma samhälleliga mål. Inte minst genom detta står det klart att myndigheterna och enheterna har omfattande möjligheter att ta såväl miljömässiga som sociala hänsyn vid upphandling. Detta framstår enligt utredningen numera som tämligen självklart. Det behövs därför inte längre något målsättningsstadgande på det icke direktivstyrda området, varken i förtydligande syfte eller i syfte att skapa incitament.

[1] Prop. 2015/16:195 del 1 s. 427.
[2] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 272.

9.2 En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling

Förslag: 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 de konkurrensmöjligheter som finns utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde.

Den upphandlande myndigheten ska genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

De EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling, som likabehandlingsprincipen och transparensprincipen, gäller för all upphandling enligt 19 kap LOU och LUF. Principerna gäller alltså inte bara vid sådana upphandlingar som ska annonseras, utan även vid direktupphandlingar och, i fråga om värdet, från första kronan. Det görs ingen skillnad på om direktupphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Fram till dess att avtal har ingåtts kan en direktupphandling också överprövas i domstol på den grunden att de EU-rättsliga principerna inte har iakttagits i upphandlingen.

Vad de EU-rättsliga principerna mera exakt innebär för direktupphandlingar är inte helt klarlagt. Kraven på förfarandet kan av naturliga skäl inte ställas lika högt vid en direktupphandling som vid övriga upphandlingsförfaranden i LOU, och en bedömning av vad som krävs måste göras i varje enskilt fall. Den upphandlande myndighetens val av leverantör måste dock kunna motiveras på objektiv och affärsmässig grund. Har flera anbud eller offerter tagits in ska en objektiv jämförelse mellan dessa göras. Leverantörerna ska också behandlas lika, vilket exempelvis bör innebära att om den upphandlande myndigheten har angivit en tid för att lämna anbud ska ett för sent lämnat anbud inte beaktas. Likabehandlingsprincipen bör också innebära att en upphandlande myndighet inte kan hindra andra leverantörer än de som tillfrågats att lämna anbud. En offertförfrågan får givetvis inte heller vara diskriminerande och kraven får inte gå längre än vad som är nödvändigt för den aktuella direktupphandlingen.[3]

[3] Kammarkollegiets vägledning om direktupphandling (2011:6), s. 24. Se även prop. 2015/16:195 del 2 s. 895.

Högsta förvaltningsdomstolen har i december 2017 meddelat prövningstillstånd i ett mål där frågan är om de EU-rättsliga principerna om bl.a. likabehandling, transparens och öppenhet ska tillämpas vid en överprövning av en direktupphandling som motiverats av kontraktets värde samt i vilken mån reglering i nationell upphandlingslagstiftning ska tillämpas vid en sådan prövning.[4] Det kan inte förväntas något avgörande i det målet i tid för denna utredning.

En princip om att ta tillvara konkurrensen i rimlig utsträckning

Det är alltså oklart vad de EU-rättsliga principerna konkret innebär för en upphandlande myndighets eller enhets handlingsutrymme vid direktupphandlingar.

Det står dock klart att det finns ett utrymme för att ha andra bestämmelser än de EU-rättsligt grundade principerna som vägledande vid upphandlingar av aktuellt slag. Det utrymmet omfattar alla upphandlingar som inte är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. I exempelvis Finland gäller inte upphandlingslagarna under de nationella tröskelvärdena om 60 000 euro för varor och tjänster, 150 000 euro för byggentreprenader vid offentliga upphandlingar och 400 000 euro för de sociala och andra särskilda tjänsterna. För försörjningssektorerna finns inga nationella upphandlingsregler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden. Därmed gäller inte heller de unionsrättsliga principerna för upphandlingar under dessa gränser. Dock gäller, för flertalet upphandlande myndigheter och enheter, bl.a. de allmänna förvaltningsrättsliga reglerna (se avsnitt 5.2).

När det gäller svenska förhållanden kan det konstateras att den avgörande skillnaden mellan upphandlingar över och under direktupphandlingsgränsen är att det inte är obligatoriskt att annonsera direktupphandlingarna. Redan genom detta är det uppenbart att kravet på öppenhet inte kan ställas lika långtgående för direktupphandlingar som i fråga om annonspliktiga upphandlingar. Den upphandlande myndigheten eller enheten får i princip själv avgöra hur konkurrensutsättningen ska gå till. Även i övrigt bör lagstiftningen ge ett tydligt mandat för myndigheten eller enheten att utforma direktupphandlingen på det sätt som den finner lämpligt. Den osäkerhet som gäller

[4] Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 3830-17.

i dessa avseenden i dag, genom att det är oklart vad de EU-rättsliga grundläggande principerna innebär, är olycklig och bör undanröjas.

Med de beloppsgränser för direktupphandling som utredningen föreslår (se avsnitt 13.3.4 och 15.2.1) kan man enligt utredningen utgå från att upphandlingar under dessa gränser sällan är eller kommer att vara av intresse för den gränsöverskridande handeln. I fråga om de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna bör i sammanhanget beaktas att EU-lagstiftaren har angett presumtionen att upphandlingar under det särskilda tröskelvärdet för dessa tjänster inte är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.[5] Det finns därmed otvetydigt ett utrymme för att som vägledande huvudregler för direktupphandling ha andra principer än dem som är EU-rättsligt grundade. I förenklande och förtydligande syfte bör detta nationella handlingsutrymme användas.

Utredningen anser att det utrymmet bäst tas till vara genom en lagfäst princip av innebörd att konkurrensen ska tas till vara i rimlig utsträckning. På så sätt uppnås 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.

Den huvudprincip som ska gälla för direktupphandling bör styra de upphandlande myndigheterna och enheterna mot att ta till vara konkurrensen på marknaden för att på så sätt uppnå för myndigheten eller enheten bästa möjliga pris och kvalitet. Konkurrensuppsökandet ska emellertid kunna göras med så låga transaktionskostnader som möjligt. En upphandlande myndighet eller enhet ska kunna genomföra varje direktupphandling på ett sätt som står i proportion till anskaffningens art, omfång och värde.

Det ligger i sakens natur att det normalt bör ställas högre krav på omfattningen av det konkurrensuppsökande arbetet ju högre värde direktupphandlingen har. Lämpliga metoder vid direktupphandlingar av större värden kan exempelvis vara att annonsera på myndighetens eller enhetens hemsida eller i en allmänt tillgänglig databas. Myndigheten eller enheten kan också skapa konkurrens genom att vända sig direkt till två eller flera leverantörer och begära in anbud. Ett alternativ kan i vissa fall vara att myndigheten eller enheten genomför en undersökning av den relevanta marknaden, för att klargöra

[5] Skäl 114 i LOU-direktivet och skäl 120 i LUF-direktivet.

hur myndighetens eller enhetens behov bäst tillgodoses, och därefter tillfrågar den leverantör som bedöms bäst kunna svara upp mot behoven. Hur en upphandlande myndighet eller enhet bör sörja för att det är tillräcklig konkurrens om kontrakten bör preciseras i riktlinjer för direktupphandling, som beslutas av myndigheten eller enheten. Upphandlingsmyndighetens vägledande arbete kan här givetvis också vara av betydelse.

Upphandlingar ska genomföras på ett sakligt och opartiskt sätt

Oavsett om en upphandling omfattas av upphandlingsreglerna eller inte, eller vilka handläggningsregler i upphandlingslagarna som i så fall gäller, följer vissa grundläggande krav på handläggningen direkt av RF och FL (se avsnitt 6). Detta är emellertid något som sällan brukar uppmärksammas i upphandlingssammanhang.

Objektivitetsprincipen enligt RF, och dess krav på saklighet och opartiskhet, gäller endast för sådana myndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter. Därmed omfattas inte samtliga upphandlande myndigheter och enheter, exempelvis sådana privaträttsliga subjekt på försörjningsområdet som är upphandlande enheter. Redan av det skälet anser utredningen att det är lämpligt att komplettera den nationella principen för direktupphandlingar med en bestämmelse som innebär ett krav på den upphandlande myndigheten eller enheten att genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Bestämmelsen ska vara en garant för att leverantörer behandlas på ett sakligt och opartiskt sätt vid direktupphandlingar. Den innebär en tydlig markering av vikten av att direktupphandlingarna genomförs på detta sätt. Det är viktigt inte minst mot bakgrund av att de EU-rättsliga grundläggande principerna, enligt utredningens förslag, inte längre ska gälla vid direktupphandlingar. Det får då inte råda någon tvekan om att ett krav på saklighet och opartiskhet gäller. Genom en enkel och tydlig bestämmelse, som gäller lika för alla upphandlande myndigheter och enheter, kan det tillförsäkras att principen får faktiskt genomslag vid myndigheternas och enheternas direktupphandlingar.

Sådana upphandlande enheter som inte omfattas av objektivitetsprincipen enligt RF är enligt de nu gällande reglerna skyldiga att iaktta

de EU-rättsliga principerna vid de direktupphandlingar det är fråga om. Förslaget bedöms därför inte i praktiken innebära några tillkommande skyldigheter för dem.

9.2.1 När en direktupphandling kan vara av intresse för en leverantör i en annan EU- eller EES-stat

När direktupphandling, enligt utredningens förslag, får användas kan man som regel utgå från att kontraktet inte kan vara av intresse för leverantörer som är etablerade i en annan EU- eller EES-stat. När så ändå är fallet, torde den upphandlande myndigheten eller enheten normalt ha vetskap om detta. Som framgår av avsnitt 8.3 anser dock utredningen att det behövs en regel om vad som ska gälla för dessa undantagsfall. I dessa fall bör de EU-rättsliga grundläggande principerna gälla för direktupphandlingen.

9.2.2 Ska domstol kunna pröva om ett direktupphandlat avtal har ingåtts i strid med tillämpliga principer?

Bedömning: Det bör inte införas någon möjlighet att begära överprövning av ett ingånget, direktupphandlat avtal på den grunden att den princip som har gällt för direktupphandlingen inte har iakttagits.

Fram till dess att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör i en direktupphandling, kan en leverantör som anser sig ha lidit eller riskera att lida skada begära överprövning av upphandlingen. Domstolen kan då besluta att upphandlingen ska göras om, exempelvis på grund av att de grundläggande principerna för upphandling inte har iakttagits (20 kap. 6 § LOU och LUF).

När avtal har slutits, kan leverantören begära ogiltigförklaring av avtalet. Av 20 kap. 13 § LOU och LUF följer emellertid att avtalet inte kan ogiltigförklaras om det har ingått efter en tillåten direktupphandling, dvs. en direktupphandling utan krav på annonsering. Ett direktupphandlat avtal kan bara ogiltigförklaras om det har slutits utan föregående annonsering när direktupphandling inte var tillåten.

I dessa fall kan också upphandlingsskadeavgift utgå (21 kap. 1 § 3 LOU och LUF).

Det kan övervägas om det nu bör införas en möjlighet att begära överprövning av ett ingånget direktupphandlat avtal på den grunden att den princip som har gällt för direktupphandlingen inte har iakttagits. På så sätt skulle det – även i de fall då avtal har ingåtts – ytterst kunna bli en sak för domstolarna att kontrollera och avgöra om det konkurrensuppsökande arbetet i en viss direktupphandling har varit tillräckligt, med andra ord om den föreslagna, nationella principen för direktupphandling har iakttagits. En sådan möjlighet till rättslig kontroll skulle innebära ökad rättssäkerhet för förfördelade leverantörer, och skulle allmänt sett även innebära en utökad möjlighet att kontrollera eventuell förekomst av godtycke eller ren korruption.

Mot detta ska ställas de intressen av effektivitet och kontinuitet som främst den upphandlande myndigheten eller enheten har, men också den avtalsslutande leverantören. Dessa talar för att ett slutet avtal ska få bestå, så länge som direktupphandling i och för sig har fått användas. Mot bakgrund av att det generellt sett rör sig om kontrakt av mindre värden anser utredningen att de intressena alltjämt väger tyngst. Möjligheten till ogiltigförklaring av ingångna direktupphandlade avtal bör därför inte utökas. Utredningen vill vidare understryka att den vanligaste, samt mest relevanta och effektiva, formen av överprövning i samband med en direktupphandling är överprövning av själva upphandlingen och inte överprövning av avtalets giltighet.

10 Upphandlingens utformning

10.1 Förfarande för och metoder vid upphandling

10.1.1 Möjligt, tillåtet och tillgängligt

Vid upphandlingar enligt 19 kap. LOU och LUF har den upphandlande myndigheten eller enheten att välja mellan förenklat förfarande, urvalsförfarande eller, vid ett dynamiskt inköpssystem, selektivt förfarande. Vidare får konkurrenspräglad dialog användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt. Även direktupphandling behandlas som ett förfarande, som får användas vid lågt värde och i vissa andra fall (19 kap. 7 § LOU och LUF).

Det är alltså ett ganska omfattande utbud av förfaranden som den upphandlande myndigheten eller enheten ska välja bland vid de icke direktivstyrda upphandlingarna enligt LOU och LUF. Genom hänvisningarna i ”katalogparagrafen” i början av kapitlet (2 §) görs också bl.a. de direktivstyrda bestämmelserna om ramavtal tillämpliga.

En jämförelse kan göras med förfarandereglerna i LUK. Enligt 6 kap. 1 § LUK, som gäller för upphandlingar på det direktivstyrda området, ska en upphandlande myndighet eller enhet vara fri att organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att 4 kap. 1 § (de grundläggande principerna för upphandling) och bestämmelserna i lagen i övrigt följs. I 15 kap. LUK, som gäller för de icke direktivstyrda upphandlingarna, finns ingen särskild bestämmelse om val av förfarande. Det fåtal regler som finns i 15 kap. LUK innebär, översiktligt beskrivet, att en upphandling ska genomföras i enlighet med de grundläggande principerna (15 kap. 2–4) och annonseras (5 §), att den upphandlande myndigheten eller enheten ska informera leverantörer om tilldelningsbeslut (8 §), dokumentera upphandlingen (9 och 10 §§) och iaktta bestämmelserna om

rättsmedel och tillsyn (11 §). Det finns vidare en möjlighet att direktupphandla koncessioner av lägre värden (6 och 7 §§).

Som har berörts i avsnitt 3.6 finns det i 15 kap. LUK inte någon inledande katalogparagraf som detaljerat anger vilka bestämmelser i lagen i övrigt som är tillämpliga. Detta skiljer sig från 19 kap. LOU och LUF (se 19 kap. 2 §). Lagrådet uppmärksammade detta och tog bl.a. upp frågan om de direktivstyrda bestämmelserna om reserverad upphandling (4 kap. 8 § LUK) skulle vara tillämpliga vid upphandling under tröskelvärdena. Regeringen anförde följande.[1]

> Det ligger i sakens natur att vissa övriga bestämmelser i lagen är tillämpliga vid sådan upphandling som avses i första stycket [icke direktivstyrd upphandling, *utredningens anmärkning*] utan att det anges särskilt. Det rör sig om 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner) och 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde) Bestämmelserna i 5 kap. [tröskelvärden, *utredningens anmärkning*] måste vidare användas för att avgöra om en upphandlings värde beräknas understiga tröskelvärdet. *Lagrådet* har i sitt yttrande tagit upp frågan om bestämmelserna om reserverad upphandling ska vara tillämpliga på upphandling under tröskelvärdena och ansett att detta bör utvecklas. Det är inte avsikten att regleringen för upphandlingar under tröskelvärdena ska vara striktare än den som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena. Det finns därför inte något som hindrar att även andra bestämmelser på det direktivstyrda området, som t.ex. bestämmelsen om reserverad upphandling, tillämpas vid upphandling under tröskelvärdena så länge som de allmänna principerna iakttas. Som Lagrådet påpekat kräver principen om öppenhet vid en tillämpning av bestämmelserna om reserverad upphandling att detta anges i annonsen.

Det icke direktivstyrda regelverket i LOU och LUF har byggts ut successivt. Tillägg har bl.a. skett i samband med att de direktivstyrda bestämmelserna i lagarna har ändrats och utökats med fler förfaranden och metoder för upphandling. Dessa har då uttryckligen gjorts tillgängliga för användning också vid upphandling på det icke direktivstyrda området, antingen genom hänvisningar eller självständiga bestämmelser, eller en kombination av de metoderna. Detta gäller exempelvis i fråga om ramavtal och konkurrenspräglad dialog. I det senaste större lagstiftningsärendet, genomförandet av 2014 års upphandlingsdirektiv, infördes bestämmelserna om dynamiska inköpssystem.

Utredningen anser att det bör klargöras, genom inledande paragrafer i de föreslagna 19 kap. och 19 a kap. i LOU och LUF, att de

[1] Prop. 2015/16:195 del 2 s. 1373.

direktivstyrda bestämmelserna om lagarnas tillämpningsområden, tröskelvärden och beräkning av upphandlingens värde samt om rättsmedel och tillsyn är tillämpliga även vid den icke direktivstyrda upphandlingen (se avsnitt 12.1). Genomgången av 15 kap. LUK visar emellertid att det går att bygga en lagstiftning på det icke direktivstyrda området på betydligt färre regler än i LOU och LUF, utan att för den skull färre möjligheter behöver stå den upphandlande myndigheten eller enheten till buds vid sådan upphandling jämfört med upphandling på det direktivstyrda området.

En utgångspunkt är därför 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. Såväl utformningen av det icke direktivstyrda upphandlingsregelverket som tillämpningen av det bör vila på detta synsätt.

Med denna utgångspunkt är det exempelvis tillåtet för upphandlande myndigheter och enheter att använda sig av den konkurrensbegränsning som de direktivstyrda bestämmelserna om reserverad upphandling för vissa kategorier av företag innebär (4 kap. 18 § LOU och 4 kap. 16 § LUF), utan att det behövs uttryckliga bestämmelser som anger detta. För att principen om öppenhet ska upprätthållas ska det framgå av annonsen om upphandlingen att det är fråga om en sådan reserverad upphandling, precis som vid de direktivstyrda reserverade upphandlingarna.

Vidare är det t.ex. möjligt för myndigheterna och enheterna att dela upp kontrakt i separata delar, så som det numera uttryckligen framgår av de direktivstyrda bestämmelserna att myndigheterna och enheterna kan göra (4 kap. 13–17 §§ LOU och 4 kap. 11–15 §§ LUF). Det är också möjligt att ändra kontrakt och ramavtal under löptiden så som på det direktivstyrda området, med ledning av bestämmelserna om detta i 17 kap. LOU och 16 kap. LUF. De direktivstyrda förfarandena (6 kap. i respektive lag) och metoderna för upphandling (7 och 8 kap. i respektive lag, t.ex. ramavtal och dynamiska inköpssystem) är tillgängliga även vid icke direktivstyrd upphandling.

10.1.2 Val av förfarande vid upphandling

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att utforma förfarandet vid upphandlingen.

En bestämmelse bör tas in i det föreslagna 19 kap. i LOU och LUF som, med bestämmelserna i LUK som förebild, anger att den upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att utforma förfarandet vid upphandlingen. Redan av en inledande paragraf i kapitlet följer att de grundläggande principerna för upphandling ska upprätthållas (se avsnitt 9.1).

En upphandlande myndighet eller enhet ges genom förslaget möjlighet att utforma förfarandet i varje upphandling med lämpliga anpassningar utifrån upphandlingens art, komplexitet och värde. Myndigheten eller enheten kan exempelvis välja mellan att utforma förfarandet som ett s.k. enstegsförfarande, där anbudsinlämning följer på en annons om upphandling, eller som ett förfarande i flera steg där leverantörer i en första omgång får ansöka om att lämna anbud.

De direktivstyrda förfarandena för upphandling, som exempelvis konkurrenspräglad dialog, är fritt tillgängliga att använda när den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt. Det görs enligt utredningens förslag inte någon uttrycklig hänvisning i 19 kap. till de olika direktivstyrda bestämmelserna om förfaranden. Avsikten är att ge de upphandlande myndigheterna och enheterna möjlighet att förhålla sig friare till de bestämmelserna än vad fallet är i dag. Sådana avsteg bör enligt utredningen vara acceptabla och tillåtna så länge som avsteget inte innebär annat än att de grundläggande principerna för upphandling ändå upprätthålls. En annan viktig förutsättning i dessa fall är att myndigheten eller enheten tydligt anger i upphandlingsdokumenten hur upphandlingen ska genomföras.

10.1.3 Metoder för upphandling

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att använda olika metoder för upphandling.

Med metoder för upphandling ska avses olika tekniker och instrument för upphandling, såsom ramavtal och dynamiska inköpssystem.

I kapitel II i LOU-direktivet finns bestämmelserna om ramavtal, dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner, elektroniska kataloger, centraliserad inköpsverksamhet och inköpscentraler, tillfällig gemensam upphandling samt upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater (artiklarna 33–39). Kapitlet är rubricerat ”Tekniker och instrument för elektronisk och gemensam upphandling”.

En upphandlande myndighet eller enhet har samma möjligheter att använda sig av inköpscentraler och annan samordnad upphandling på det icke direktivstyrda området, som på det direktivstyrda. Det behövs enligt utredningens bedömning inte särskilda bestämmelser som klargör detta.

Ramavtal, dynamiska inköpssystem och de andra teknikerna och instrumenten för upphandling enligt direktiven ska givetvis också vara tillgängliga. Dessa kan med ett enklare uttryck beskrivas som metoder för upphandling. Ramavtal och dynamiska inköpssystem är metoder som innebär löpande tilldelning av kontrakt. Elektroniska auktioner och elektroniska kataloger är metoder som kan användas inom ramen för en upphandling eller en tilldelning av ett kontrakt.

En upphandlande myndighet eller enhet ska alltså även fortsättningsvis kunna ingå ramavtal eller inrätta ett dynamiskt inköpssystem på det icke direktivstyrda området. Alla metoder som får användas vid direktivstyrd upphandling kan också användas vid icke direktivstyrd upphandling. Det bör heller inte uteslutas att en upphandlande myndighet eller enhet använder en metod för upphandling som saknar motsvarighet på det direktivstyrda området. Detta ska vara möjligt så länge som metoden används i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling.

För icke direktivstyrda ramavtal och dynamiska inköpssystem finns bestämmelser i fråga om rättsmedel i lagarnas 20 kap., som utredningen anser bör gälla även fortsättningsvis (se avsnitt 16).

Ramavtal och dynamiska inköpssystem, och eventuella andra metoder som innebär att kontrakt tilldelas löpande efter konkurrensutsättning, bör av det skälet inte lämnas helt oreglerade i lagarnas 19 kap.

Utredningen anser emellertid inte att en reglering bör ske genom hänvisningar till de direktivstyrda bestämmelserna om ramavtal och dynamiska inköpssystem. Det är inte heller lämpligt eller nödvändigt att i 19 kap. ta in detaljerade, självständiga bestämmelser om ramavtal, dynamiska inköpssystem eller andra eventuella metoder som innebär löpande tilldelning av kontrakt. Behovet av reglering tillgodoses genom en bestämmelse som anger att den upphandlande myndigheten eller enheten är fri att använda olika metoder för upphandling, och en bestämmelse som klargör att med metoder för upphandling avses olika tekniker och instrument för upphandling, såsom ramavtal och dynamiska inköpssystem.

Det behövs också en regel i lagarnas 19 kap. om skyldighet att informera om ett beslut om kontraktstilldelning i vissa fall. En sådan skyldighet ska finnas när den upphandlande myndigheten eller enheten har använt en metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt och där beslutet om kontraktstilldelning har föregåtts av en anbudsgivning i konkurrens (se avsnitt 12.2.3). På så sätt kan de nyss nämnda bestämmelserna om rättsmedel vid ramavtal och dynamiska inköpssystem i 20 kap. kopplas på utan någon ändring av rättsläget när det gäller tillgång till rättsmedel, men också utan att det medför någon onödig inskränkning i den upphandlande myndighetens eller enhetens handlingsutrymme i fråga om användning av metoder för upphandling.

De direktivstyrda bestämmelserna kan vara vägledande för vilka metoder för upphandling som finns och hur de kan användas. Självfallet är det möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att tillämpa de bestämmelserna ”rakt av”. Det kan många gånger vara både enklast och lämpligast att göra så. I likhet med vad som föreslås i fråga om förfarandena, bör emellertid de upphandlande myndigheterna och enheterna kunna förhålla sig friare till de tämligen detaljerade direktivstyrda bestämmelserna än vad fallet är i dag. Vid behov ska myndigheten eller enheten kunna göra avsteg från dessa. Det centrala är att de grundläggande principerna för upphandling upprätthålls.

Myndigheten eller enheten måste också, särskilt i de fall avsteg görs, lämna tydlig information i upphandlingsdokumenten om vad

som ska gälla. Det ska således framgå exempelvis hur ett ramavtal ska ingås, med hur många leverantörer ramavtal avses att tecknas och hur kontrakt ska tilldelas under ramavtalets löptid, eller hur ett dynamiskt inköpssystem ska vara inrättat och hur kontrakt ska tilldelas under dess giltighetstid. På så sätt ges leverantörerna möjlighet att bedöma om upplägget är affärsmässigt intressant. Det gör det också möjligt för såväl leverantörer som tillsynsmyndigheten att reagera för det fall ett upplägg i något avseende skulle strida mot de grundläggande principerna för upphandling.

10.2 Annonsering

Förslag: Upphandlingar vars värde överstiger tillämpliga direktupphandlingsgränser, och som inte heller av andra skäl får direktupphandlas, ska annonseras.

En upphandlande myndighet eller enhet ska genom en annons informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

Annonsering ska ske i en allmänt tillgänglig databas. Annonsen ska innehålla uppgift om bl.a. vad som ska upphandlas och var upphandlingsdokumenten kan hämtas.

Närmare bestämmelser om innehållet i och offentliggörandet av annonser tas in i förordning.

Vid både förenklat förfarande och urvalsförfarande, samt vid inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem, ska den upphandlande myndigheten eller enheten enligt 19 kap. 9 § LOU och LUF annonsera i en allmänt tillgänglig databas. I 19 kap. 11 och 12 §§ finns närmare bestämmelser om vad en annons ska innehålla.

Sådana upphandlingar som inte får direktupphandlas bör enligt utredningen även fortsättningsvis annonseras i en allmänt tillgänglig databas. Dessa upphandlingar rör generellt sett sådana värden att de bör konkurrensutsättas genom annonsering. Det torde, tillsammans med information direkt från den upphandlande myndigheten eller enheten om att en viss upphandling har annonserats, vara det mest effektiva sättet att öppna upp en upphandling för konkurrens.

Att annonsering ska ske i dessa fall bör framgå av lagarna. Utredningen anser att en annons om en avsikt att genomföra en upphandling bör innehålla följande information.

1. kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten eller enheten,
2. om upphandlingen avser
   a. tilldelning av ett kontrakt, eller
   b. ingående av ett ramavtal, inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem eller att någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt ska användas,
3. för det fall att upphandlingen avser ingående av ett ramavtal, hur många leverantörer som myndigheten eller enheten avser att ingå ramavtal med,
4. vad som ska upphandlas,
5. var upphandlingsdokumenten kan hämtas,
6. hur en leverantör kan anmäla sitt intresse att delta i upphandlingen samt hur anbud eller anbudsansökan ska lämnas,
7. den dag då anbud eller anbudsansökan senast ska ha kommit in, och
8. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Om annonsen endast är en förhandsannons, dvs. information om en kommande upphandling, behöver det inte vid tiden för annonsen vara bestämt det exakta datum som ett anbud eller en anbudsansökan senast ska ha kommit in. I sådana fall kan det inte krävas att information enligt de två sista punkterna lämnas redan i annonsen. Det bör i dessa fall vara tillräckligt att de leverantörer som anmäler sitt intresse för att delta i den kommande upphandlingen får den informationen när datumet väl har bestämts.

Om ovanstående uppgifter lämnas i annonsen bedömer utredningen att leverantörerna får tillräckligt med information för att kunna avgöra om det kan vara intressant att delta i upphandlingen, och hur en intresserad leverantör i så fall ska gå till väga. Detta är annonsens absolut viktigaste funktion, såväl vid upphandlingar som endast intresserar inhemskt etablerade leverantörer som vid sådana upphandlingar som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Andra intressen, främst av en god upphandlingsstatistik, kan givetvis innebära

andra överväganden beträffande vad en annons om upphandling bör innehålla.[2] Den frågan får dock tas i andra sammanhang.

Bestämmelsen om var annonsering ska ske och bestämmelserna om annonsens innehåll kan med fördel tas in i förordning. På så sätt begränsas lagarnas omfång och detaljeringsgrad, vilket ökar lagarnas överskådlighet. Vidare uppnås överensstämmelse med den ordning och regelhierarki som redan gäller på lagarnas direktivstyrda områden.

10.3 Upphandlingsdokumenten

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller den senare dag som anges i annonsen.

Myndigheten eller enheten ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och lämna konkurrenskraftiga anbud.

Närmare bestämmelser om upphandlingsdokumentens innehåll tas in i förordning.

I 19 kap. 9 § LOU respektive LUF finns bestämmelser om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten.

Att alla intresserade leverantörer ges fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten är av central betydelse för konkurrensutsättningen. Det bör tas in en uttrycklig bestämmelse i lagen om detta. Utgångspunkten är att dokumenten ska finnas tillgängliga från den dag då annonsen med information om upphandlingen publiceras. För att ge ökad flexibilitet, framför allt vid förfaranden som genomförs i mer än ett steg, bör det dock vara möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att ange en senare dag i annonsen.

Som framgår av avsnitt 12.2.1 bedömer utredningen att det varken är behövligt eller lämpligt att föreskriva något krav på de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda allmänt tillgängliga elektroniska medel vid kommunicering i icke direktivstyrda

[2] Se främst förslagen i Ds 2017:48.

upphandlingar. I konsekvens med detta anser utredningen inte heller att det behövs något krav på att upphandlingsdokumenten ska tillhandahållas elektroniskt. Det ligger i sakens natur att upphandlingsdokumenten ändå oftast tillhandahålls i denna form, eftersom annonsering ska ske i en allmänt tillgänglig databas (se avsnitt 10.2).

Om de upphandlande myndigheterna och enheterna ges större frihet att utforma varje upphandling särskilt, innebär hänsyn till leverantörernas berättigade krav på förutsebarhet att det ställs större krav på den upphandlande myndigheten eller enheten att informera tydligt om hur den förestående upphandlingen ska gå till. Det är också viktigt för att förebygga godtycke eller ren korruption. En bestämmelse bör därför tas in i lagen som innebär att myndigheten eller enheten i något av upphandlingsdokumenten ska beskriva upphandlingen. För att styra myndigheterna och enheterna i rätt riktning, utan att för den skull ange en ren handlingsregel som kan vålla onödiga tvister, bör det uttryckligen anges i bestämmelsen att syftet med att lämna informationen ska vara att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och lämna konkurrenskraftiga anbud. Detta är det centrala syftet, inte minst när upphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Det bör vara upp till myndigheten eller enheten att avgöra om informationen ska ges i annonsen eller i något annat av upphandlingsdokumenten, samt om informationen ska ges samlat i ett dokument eller delas upp på flera dokument. En normalt omsorgsfull leverantör ska med en rimlig arbetsinsats kunna få klarhet i om den förestående upphandlingen är ett intressant potentiellt affärstillfälle, och vad som gäller om leverantören önskar delta.

De detaljerade bestämmelserna om upphandlingsdokumentens innehåll tas lämpligen in i förordning. Med beaktande av utredningens förslag i övrigt i detta betänkande bör vart fall följande information framgå av upphandlingsdokumenten.

1. Hur förfarandet kommer att genomföras, särskilt
   a. om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen och vad dialogen kan omfatta,
   b. i förekommande fall, krav på anbudssökandens eller anbudsgivarens lämplighet,
   c. i förekommande fall, krav för leverantörens deltagande i upphandlingen (minimikrav på förmåga),

d. i förekommande fall, hur urval av anbudssökande kommer att ske,
e. i förekommande fall, minimikrav på det som ska anskaffas,

2. vilka tilldelningskriterier som används samt deras viktning eller prioritetsordning,
3. kommersiella villkor,
4. särskilda villkor för fullgörande av kontraktet, och
5. för det fall att upphandlingen avser ingående av ett ramavtal, inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem eller att någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt ska användas, vilka villkor som föreskrivs för metoden när det gäller
   a. hur metoden kommer att användas, och
   b. hur kontrakt kommer att tilldelas.

11 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 noterar att 19 kap. 2 § i LOU respektive LUF hänvisar till bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU respektive 4 kap. 8 § LUF. De paragraferna reglerar rättelse av fel, förtydligande och komplettering för direktivstyrda upphandlingar.

Utredningen har därför ägnat denna fråga särskild uppmärksamhet. Utredningen har funnit det särskilt intressant att studera de norska reglerna om dialog i en upphandling, vilken bl.a. kan avse rättelser och förtydliganden av anbud. Det förslag som utredningen lägger är inspirerat av dessa regler.

11.1 EU-domstolens praxis och 2014 års direktiv om rättelser och kompletteringar av anbud samt förhandlingar

Det finns en tämligen rikhaltig praxis från EU-domstolen som rör möjligheterna att rätta eller komplettera anbud eller anbudsansökningar i offentliga upphandlingar och upphandlingar inom försörjningssektorerna. Den mest centrala frågan i dessa fall är vad likabehandlingsprincipen kräver och tillåter, men även transparensprincipen har betydelse.

EU-domstolen har i flera avgöranden hållit fram att likabehandlingsprincipen bl.a. innebär att anbudsgivarna ska behandlas lika både

när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Principen kräver särskilt att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, och således att samma anbudsvillkor ska gälla för alla anbudsgivare.

Likabehandlingsprincipen, och även transparensprincipen, innebär enligt domstolens uttalanden i flera avgöranden också hinder för att det sker någon förhandling mellan den upphandlande myndigheten och en anbudsgivare i ett förfarande för offentlig upphandling. Det innebär att anbudet i princip inte kan ändras efter det att det har getts in, vare sig på initiativ av den upphandlande myndigheten eller på initiativ av anbudsgivaren.

Om en upphandlande myndighet fick begära att en anbudssökande, vars anbud den anser är oklart eller inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna i upphandlingsdokumenten, ska lämna förtydliganden på dessa punkter, skulle det nämligen finnas en risk för att det framstår som om myndigheten, om den slutligen antar denna anbudsgivares anbud, har förhandlat fram detta anbud bakom stängda dörrar, till nackdel för övriga anbudsgivare och i strid med likabehandlingsprincipen.[1]

EU-domstolens hittillsvarande praxis om vad hänsyn till likabehandlingsprincipen och transparensprincipen kräver kan sammanfattas på följande sätt. En upphandlande myndighet eller enhet *får inte* begära eller tillåta

- att en anbudssökande förtydligar punkter i anbudet som den upphandlande myndigheten anser är oklara eller inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget/upphandlingsdokumenten,[2]
- rättelse eller förtydligande i form av att leverantören ger in sådana uteblivna handlingar eller upplysningar som vid underlåtelse att inge dessa skulle leda till att anbudsgivaren utesluts, eftersom det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt,[3] eller
- rättelse eller ett förtydligande som leder till att den berörda anbudsgivaren i själva verket ger in ett nytt anbud,[4]

[1] Dom Archus och Gama, C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358, p. 25–28 och där angiven rättspraxis.
[2] Dom Archus och Gama, p. 28.
[3] Dom MA.T.I. SUD, de förenade målen C-523/16 och C-536/16, ECLI:EU:C:2018:122, p. 51 och 54.
[4] Dom MA.T.I. SUD p. 52.

Likväl har den upphandlande myndigheten eller enheten, enligt domstolens praxis, ett skönsmässigt utrymme för bedömning att inom ramen för principerna begära eller tillåta att en anbudsgivare rättar eller förtydligar sina anbud i vissa fall.[5]

EU-domstolens praxis kan sammanfattas så att förutsättningarna för att en myndighet eller enhet *får* begära eller tillåta rättelse eller komplettering är att

- begäran om förtydligande av anbud avser rättelse eller komplettering av enskilda delar i anbudet,[6]
- det är uppenbart att anbudet behöver klargöras, och
- det rör sig om att avhjälpa uppenbara materiella fel, eller sakfel.[7]

När den upphandlande myndigheten eller enheten använder sitt skönsmässiga utrymme, ska också vissa villkor iakttas när det gäller förfarandet, nämligen att

- en begäran ska skickas på likvärdigt sätt till samtliga anbudsgivare som befinner sig i samma situation,
- en begäran ska avse samtliga punkter i anbudet som kräver ett förtydligande (dvs. om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att utnyttja sin möjlighet att begära förtydliganden eller rättelser, får den inte avsiktligt ”hålla” på någon upptäckt oklar punkt i ett anbud, för att senare kunna ha möjlighet att diskvalificera anbudet),
- anbudsgivarna ska behandlas på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå som att en begäran om förtydligande, efter förfarandet för urval av anbuden och med hänsyn till dess utgång, på ett otillbörligt sätt gynnade eller missgynnade den eller de anbudsgivare som var föremål för begäran.[8]

[5] Dom Archus och Gama, p. 32.
[6] Dom MA.T.I. SUD p. 54.
[7] Dom Archus och Gama, p. 29.
[8] Dom Archus och Gama, p. 30 och 32.

Det kan konstateras att förutsättningarna och villkoren ovan gäller både i fråga om anbud och vid ett första urval av anbudsansökningar i ett tvåstegsförfarande.[9] Vidare rör EU-domstolens praxis tillämpningen av såväl 2004 års LOU-direktiv som 2004 års LUF-direktiv, eller äldre motsvarigheter. Uttolkningen av vad likabehandlingsprincipen innebär får alltså betraktas som densamma oavsett om den gäller rättelser och kompletteringar av anbudsansökningar eller anbud, och den skiljer sig heller inte åt mellan direktiven på området för offentlig upphandling och för upphandling inom försörjningssektorerna.

Vad får rättas i ett anbud, och vad får förhandlas om?

Utrymmet att förhandla om anbuden har utökats i 2014 års LOU-direktiv, jämfört med 2004 års LOU-direktiv. Det förhandlade förfarandet under konkurrens, som regleras i artikel 29 i LOU-direktivet, behandlas inte längre ett undantagsförfarande, utan som ett förfarande som får användas exempelvis när den upphandlande myndighetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av lättillgängliga lösningar. Den upphandlande myndigheten ska i dessa fall enligt artikel 29.3 (se också 6 kap. 8 § LOU) förhandla med anbudsgivarna om ”det ursprungliga och alla efterföljande anbud som de lämnat”, för att förbättra innehållen i dessa. Förhandlingarna får dock inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna.

Vad gäller försörjningssektorerna har de upphandlande enheterna sedan lång tid haft stora möjligheter att förhandla om anbuden med anbudsgivarna.

I ljuset av detta kan det te sig svårförståeligt, att EU-domstolen så kategoriskt i rättsfallen ovan slår fast att likabehandlingsprincipen innebär ett hinder mot all förhandling om anbuden. Det gör det också svårt att förstå var gränsen går mellan en tillåten förhandling om förbättring av ett anbud och en otillåten rättelse eller komplettering av detsamma.

I EU-domstolens dom *Nordecon*[10] hade den upphandlande myndigheten i en upphandling använt sig av ett förhandlat förfarande enligt 2004 års LOU-direktiv, vilket var tillåtet i det fallet. Frågan i

[9] Dom Archus och Gama, p. 29.
[10] Dom Nordecon, C-561/12, ECLI:EU:C:2013:793.

målet var om det var tillåtet för myndigheten att förhandla med en anbudsgivare om ett anbud som inte uppfyllde de bindande kraven i de tekniska specifikationerna för upphandlingen.

Domstolen erinrade om öppenhetsprincipen, som huvudsakligen syftar till att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Även om den upphandlande myndigheten har ett utrymme för skönsmässig bedömning i en offentlig upphandling med ett förhandlat förfarande ska den ändå säkerställa iakttagandet av de krav i upphandlingen som den har bestämt ska vara bindande. Något annat skulle, enligt domstolen, innebära brott mot öppenhetsprincipen.

Om det godtogs att förhandlingar kunde föras om ett anbud som inte uppfyllde de bindande villkoren skulle annonsen om upphandling inte fylla någon som helst funktion, det skulle inte heller vara möjligt för myndigheten att förhandla med anbudsgivarna på en gemensam grund (de bindande villkoren), och därmed skulle anbudsgivarna heller inte kunna behandlas lika. Det var därmed inte tillåtet för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivare vars anbud inte uppfyllde de bindande villkoren.[11]

Den ”bortre gränsen” både för vad som är möjligt att rätta och komplettera i ett anbud, och för vilka anbud som är möjliga att förhandla om, går alltså vid krav som den upphandlande myndigheten från början har bestämt ska vara bindande. Det är inte tillåtet att komplettera eller rätta ett anbud, där en uppgift om uppfyllandet av ett sådant bindande krav helt har utelämnats. Ett anbud som inte uppfyller sådana bindande krav får inte förhandlas om. Av det följer att sådana bindande krav inte heller får vara föremål för förhandlingar.

I de nya direktiven används begreppet minimikrav för att beskriva den kategori av krav som den upphandlande myndigheten eller enheten på detta sätt från början har angett som bindande. I skäl 45 i LOU-direktivet anges att minimikrav är de villkor och egenskaper (i synnerhet fysiska, funktionella och rättsliga) som alla anbud bör uppfylla eller inneha för att den upphandlande myndigheten ska kunna tilldela kontraktet i enlighet med de valda tilldelningskriterierna.[12]

EU-lagstiftaren använder begreppet minimikrav främst i fråga om bindande villkor rörande föremålet för upphandlingen, dvs. den vara, tjänst eller byggentreprenad som upphandlingen gäller. En variant av

[11] Dom Nordecon, p. 35-39.
[12] Se även artikel 37.1 i LUK-direktivet.

begreppet används emellertid också, i LOU-direktivets svenska lydelse, i fråga om sådana obligatoriska krav som den upphandlande myndigheten ställer upp gällande leverantörens förmåga, eller kapacitet. De villkor som en upphandlande myndighet anger för att en leverantör ska få delta i upphandlingen, kan enligt artikel 58.5 i LOU-direktivet uttryckas som minimikrav på förmåga (jfr. 14 kap. 1 § andra stycket LOU).

Sammanfattningsvis finns det ett utrymme att begära eller tillåta rättelser och kompletteringar av enskilda delar i ett anbud, och i ett senare skede också att förhandla om anbudet. Detta utrymme finns emellertid endast så länge som det först ingivna anbudet uppfyller de minimikrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp rörande leverantörens kapacitet eller det som ska upphandlas.

I fråga om rättelser eller komplettering får en sådan heller inte vara så långtgående att den innebär att anbudsgivaren i själva verket ger in ett nytt anbud. Så är uppenbart fallet om anbudsgivaren tillåts att först i efterhand ange, eller visa, att den uppfyller minimikraven när så skulle ha skett i samband med anbudsinlämningen. I övrigt är detta en bedömning som måste göras från fall till fall.

Det ska enligt EU-domstolens uttalanden vara uppenbart att anbudet behöver klargöras, och det ska röra sig om ett uppenbart sakfel. Med detta bör enligt utredningen helt enkelt förstås att felet ska vara lätt att upptäcka. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska inte göra en långtgående tolkning av ett anbud i syfte att ”skapa” ett fel, för att kunna fråga anbudsgivaren i syfte att kunna diskvalificera anbudet. När myndigheten eller enheten använder sig av sin möjlighet att rätta eller komplettera anbud i upphandlingen, ska den inte heller göra en långtgående tolkning av någon anbudsgivares anbud i syfte att ”skyla över” ett uppenbart fel för att inte behöva fråga om just det felet.

11.2 Svensk rätt och praxis

Lagregler

Enligt 4 kap. 9 § LOU och 4 kap. 8 § LUF får en upphandlande myndighet eller enhet tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts

in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Den åtgärd som myndigheten eller enheten vidtar ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet. I 19 kap. 2 § såväl LOU som LUF hänvisas till respektive bestämmelse i 4 kap. som gällande även vid upphandlingar under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2.

Bestämmelserna i 4 kap. LOU och LUF motsvaras endast delvis av bestämmelser i 2007 års LOU och LUF. Enligt dessa äldre bestämmelser fick en upphandlande myndighet eller enhet bl.a. tillåta att en felskrivning eller något annat fel i en anbudsansökan eller ett anbud rättades, när felet var uppenbart (9 kap. 8 § första stycket i 2007 års LOU och 2007 års LUF). Denna bestämmelse, och dess begränsning till uppenbara fall, var en nationell bestämmelse som alltså saknade motsvarighet i 2004 års direktiv. Paragrafens andra stycke genomförde direktivbestämmelser. Myndigheten eller enheten fick enligt denna begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligades eller kompletterades om det kunde ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten eller enheten fick också begära att en leverantör förtydligade eller kompletterade handlingar som getts in som bevis för att skäl för uteslutning inte fanns och för att kraven på leverantörens kapacitet var uppfyllda.

Vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2016 ref. 37 (I och II) ansett att en upphandlande myndighet handlat rätt, när den förkastat ett anbud som inte uppfyllt ett obligatoriskt krav, och felaktigt när den godtagit ett anbud med bortseende från ett sådant krav.

I rättsfallet HFD 2015 ref. 63 hade en förhandling under ett förhandlat förfarande kommit att genomföras på ett sätt som direkt eller indirekt kunnat ge information om det konkurrerande anbudet. Detta förfarande har ansetts strida mot likabehandlingsprincipen.

Kammarrättspraxis

Hittillsvarande kammarrättspraxis om rättelser och förtydliganden gäller bestämmelserna i 2007 års lagar.[13] Allmänt kan sägas att kammarrätterna har varit restriktiva när det gäller att tillåta rättelser och förtydliganden, vilket också ligger i linje med uttalanden som gjordes i förarbetena till de äldre bestämmelserna.[14]

Den begränsade möjligheten till rättelse enligt de äldre bestämmelserna kritiserades av såväl leverantörer som upphandlande myndigheter, vilket bl.a. uppmärksammades av Upphandlingsutredningen 2010.[15] Som framgår av avsnittets inledning har även denna utredning genomgående fått synpunkter rörande detta.

11.3 De norska bestämmelserna om dialog i upphandlingar

I den norska forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelseforskriften) som trädde i kraft den 1 januari 2017 finns bestämmelser om dialog i upphandlingar. Bestämmelserna gäller för upphandlingar med uppskattat värde från det nationella tröskelvärdet om 1,1 MNOK upp till EU:s tröskelvärden.

I § 9–3 regleras dialog i de två förfaranden som är tillgängliga, öppet eller begränsat anbudsförfarande (utredningens översättning).

> (1) Dialogen kan avse alla aspekter av anbudet och andra mottagna dokument eller upplysningar och kan bland annat omfatta förtydliganden och förhandlingar.
>
> (2) Uppdragsgivaren [den upphandlande myndigheten, *utredningens anmärkning*] kan ha dialog med en eller flera leverantörer. Ett eventuellt urval ska ske i enlighet med likabehandlingsprincipen.
>
> (3) Uppdragsgivaren ska i upphandlingsdokumenten upplysa om han planerar att ha dialog med leverantörerna. Om uppdragsgivaren planerar dialog, ska han ange vad dialogen kommer att avse och så vitt möjligt beskriva hur dialogen kommer att genomföras.

[13] Se redogörelse i prop. 2015/16:195 del 1 s. 978.
[14] Prop. 2006/07:128 del 1 s. 377.
[15] SOU 2011:73 s. 44.

(4) Uppdragsgivaren ska behandla leverantörerna lika i dialogen. Uppdragsgivaren kan inte på ett diskriminerande sätt ge upplysningar som kan ge någon av leverantörerna en fördel framför andra.

(5) Under dialogen ska uppdragsgivaren inte utan samtycke ge de övriga leverantörerna tillgång till lösningar eller andra konfidentiella upplysningar som en leverantör har gett. Ett samtycke ska gälla de specifika upplysningar som uppdragsgivaren planerar att ge tillgång till.

Av den närmast föregående paragrafen, § 9–2, framgår att uppdragsgivaren efter anbudsfristens utgång ska besluta om han ska ha dialog med leverantörerna.

Utredningen anser att de norska bestämmelserna utgör en mycket intressant lösning och modell för hur rättelser och kompletteringar av anbud samt förhandlingar kan regleras i en icke direktivstyrd författning. Utredningens förslag till bestämmelser om dialog i upphandlingar är inspirerat av de norska bestämmelserna.

11.4 Olika slag av krav och villkor i upphandlingar

Minimikrav och krav på minsta acceptabla kapacitet

Som framgått ovan avser de s.k. minimikraven det som ska upphandlas. Kraven för att leverantören ska få delta i upphandlingen kan enligt LOU-direktivet, i dess svenska lydelse, också uttryckas som minimikrav på förmåga. Ett annat sätt att beskriva vad som menas är krav på minsta acceptabla kapacitet hos leverantören.[16]

Krav på bevisning

En åtskillnad kan göras mellan å ena sidan de ovan nämnda grundläggande, bindande kraven och å andra sidan krav på hur anbudssökanden eller anbudsgivaren ska visa att de kraven och eventuella förhandlingsbara villkor är uppfyllda, dvs. krav på bevisningen.

När det gäller kraven på bevisning följer redan av upphandlingsdirektivens bestämmelser att det ska finnas ett större handlings-

[16] ”Minimikrav på förmåga” motsvaras i den engelska språkversionen av ”minimum levels of ability”. Detta att skilja från ”minimum requirements”, som genomgående har översatts i den svenska språkversionen till ”minimikrav”.

utrymme för leverantören, kanske särskilt när det gäller hur leverantören ska kunna visa att den erbjudna varan, tjänsten eller byggentreprenaden motsvarar de krav som ställs i upphandlingen. Här finns nämligen konkurrensfrämjande hänsyn att ta. Så många leverantörer och anbud som möjligt ska kunna få vara med och tävla om kontraktet.

Några exempel på detta är att om en leverantör har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande myndigheten begär om leverantörens ekonomiska eller finansiella ställning, får leverantören i stället åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig.[17] Om en upphandlande myndighet ställer tekniska krav eller funktionskrav på det som ska upphandlas genom att hänvisa till en standard, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att den offererade varan, tjänsten eller byggentreprenaden inte motsvarar denna standard, om det i anbudet visas att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.[18] En upphandlande myndighet som kräver en viss märkning, avseende exempelvis en varas egenskaper, ska också godta en annan märkning om kraven för den märkningen är likvärdiga med kraven för den angivna märkningen.[19]

I sammanhanget bör också nämnas bestämmelserna om ESPD, det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. De innebär, något förenklat, att en upphandlande myndighet ska godta en försäkran från en leverantör, om att leverantören uppfyller de krav som gäller för deltagande i upphandlingen, som ett preliminärt bevis. Som regel ska myndigheten begära in faktisk dokumentation om detta endast från den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontraktet.[20]

[17] Artikel 60.3 andra stycket i LOU-direktivet och 15 kap. 10 § sista stycket LOU.
[18] Artikel 42.5 i LOU-direktivet och 9 kap. 8 § LOU
[19] Artikel 43.1 tredje stycket i LOU-direktivet och 9 kap. 14 § LOU
[20] Artikel 59 i LOU-direktivet.

Förhandlingsbara villkor

I direktiven anges genomgående att minimikraven och tilldelningskriterierna inte får vara föremål för förhandling. Det innebär, motsatsvis, att exempelvis sådana tekniska specifikationer som *inte* har angetts som minimikrav är möjliga att uttrycka som förhandlingsbara villkor.[21]

11.5 Vilket utrymme finns för rättelser och kompletteringar, och vem kan ta initiativet?

Har leverantören inte angett på anvisade ställen i anbudsunderlaget att kraven på minsta acceptabla kapacitet är uppfyllda, får leverantören inte delta i upphandlingen. Om leverantören uppfyller dessa krav, får anbudet ändå inte delta i upphandlingen om det på motsvarande sätt inte har angetts i underlaget att minimikraven på det som ska upphandlas är uppfyllda.

Det synes finnas ett större utrymme för de upphandlande myndigheterna och enheterna att kunna vara tillåtande när det gäller att komplettera eller rätta handlingar som ska ges in, eller uppgifter som ska lämnas, endast i syfte att bevisa att sådana krav eller något förhandlingsbart villkor är uppfyllt. Om en efterfrågad sådan handling eller uppgift helt skulle saknas i ett inlämnat anbud, måste det få bero på en bedömning från fall till fall om en komplettering kan göras eller om en komplettering i själva verket skulle innebära att ett nytt anbud inges, vilket inte är tillåtet.

Flexibiliteten kan dock inte drivas hur långt som helst. Anbuden i en upphandling ska vara jämförbara. Även detta följer av likabehandlingsprincipen. En leverantör ska vara noggrann när den utformar sitt anbud och följa de anvisningar som ges. Leverantören bär risken för brister i sitt anbud. En leverantör kan påkalla rättelse eller komplettering, men det är ingen rättighet för leverantörer att få rätta eller komplettera ett bristfälligt anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten har ett skönsmässigt utrymme att avgöra om rättelser och kompletteringar ska tillåtas i en upphandling.

[21] Jfr exempelvis artikel 29.5 i LOU-direktivet.

Det är dock i praktiken så att inlämnade anbud i upphandlingar ofta uppvisar brister av olika slag. Enligt utredningen är det nödvändigt att lagstiftningen förhåller sig till denna realitet, och möjliggör rättelser och kompletteringar av anbud och anbudsansökningar när så kan ske utan att de grundläggande principerna för upphandling träds för när.

11.5.1 Vad bör upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer särskilt tänka på?

En upphandlande myndighet eller enhet bör vara noggrann när den bestämmer sig för vilka krav på leverantören som ska gälla i fråga om minsta acceptabla kapacitet samt vilka minimikrav som ska gälla på det som ska upphandlas. Den bör också noggrant överväga vilka villkor som eventuellt ska vara förhandlingsbara och vilka krav som ska gälla i övrigt rörande exempelvis bevisning och anbudets form och innehåll.

Myndigheten eller enheten bör också vara angelägen om att utforma upphandlingsdokumenten tydligt, särskilt när den anger kraven för minsta acceptabla kapacitet och vilka krav som är minimikrav. Anser myndigheten eller enheten också att det ska vara obligatoriskt att exempelvis bifoga vissa behörighetshandlingar i samband med anbudsinlämning, och att detta är så viktigt att påföljden av en utebliven handling är att anbudet inte kommer att tas upp till utvärdering, bör myndigheten ange detta tydligt.

Myndigheten eller enheten bör också ange hur den kommer att hantera den i praktiken vanligt förekommande situationen med s.k. otillåtna reservationer i anbud. Med det avses bl.a. att anbudsgivaren lämnar motstridiga uppgifter i anbudet. Leverantören kan i och för sig förklara sig gå med på ställda krav och villkor, men på annat ställe i anbudet ange egna krav eller villkor som går emot detta, exempelvis genom att hänvisa till egna standardvillkor. Myndigheten eller enheten bör även ta höjd för situationen att en otillåten reservation inte upptäcks i tid, och se till att det tydligt anges i det avtal som ingås vilken tolkningsordning som ska gälla vid eventuella oklarheter om avtalets innehåll.

En leverantör, som uppfyller kraven på minsta acceptabla kapacitet och minimikraven, och som vill vara säker på att få delta i upphandlingen, bör å sin sida vara noggrann och ange tydligt på anvisade

ställen i anbudsunderlaget att kraven uppfylls. Leverantören bör också vara angelägen om att ge in sådana handlingar som myndigheten eller enheten eventuellt efterfrågar redan i samband med anbudet som bevisning för att de ställda kraven uppfylls.

11.5.2 Ett exempel på ett fall med otillåten reservation

Som har framhållits ovan, måste det få bero på en bedömning från fall till fall om en komplettering av en utebliven handling eller uppgift kan tillåtas eller inte. Men vad bör då gälla i den vanligt förekommande situationen att en leverantör lämnar motstridiga uppgifter i sitt anbud?

I en upphandling av it-tjänster kan en upphandlande myndighet exempelvis ha angett som ett villkor, angående tjänstens utförande, att tjänsteleverantören ska tillhandahålla nödvändigt antal programvarulicenser. Villkoret har angetts som ett minimikrav – det ska uppfyllas av samtliga anbud, och det är inte förhandlingsbart. En leverantör kan ha angett på anvisat sätt i anbudet att den accepterar detta krav, men i en annan del av anbudet ha angett att den förutsätter att den upphandlande myndigheten tillhandahåller nödvändiga programvarulicenser.

Den upphandlande myndigheten bör i detta fall ha utrymme att kunna vända sig till leverantören och begära ett förtydligande beträffande de motstridiga uppgifterna, förutsatt att myndigheten har förbehållit sig den möjligheten i upphandlingsdokumenten. Om myndigheten gör det, bör den vara tydlig med att konsekvenserna av ett uteblivet svar från leverantören, eller ett svar av innebörd att minimikravet inte kan accepteras, är att anbudet kommer att diskvalificeras.

Om leverantören i exemplet inte har angett att kravet om tillhandahållande av programvarulicenser godtas, utan antingen enbart har hänvisat till sina egna uppställda villkor eller inte har angett något alls, uppfyller anbudet inte ställda minimikrav. Det ska då diskvalificeras.

11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med en dialog ska avses ett skriftligt eller, i förekommande fall, muntligt informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

En dialog får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in.

En dialog får också omfatta förhandling om

1. alla aspekter av upphandlingsdokumenten, förutom minimikrav och tilldelningskriterier,
2. alla aspekter av anbud eller andra handlingar ingivna av leverantören.

Myndigheten eller enheten ska ange i något av upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen och vad dialogen kan omfatta.

Bedömning: Det behövs ingen särskild bestämmelse om sekretess i en dialog.

En dialog innebär ett informationsutbyte mellan två parter. Huvudregeln bör vara att ett upphandlingsförfarande genomförs skriftligt, men även muntligt informationsutbyte bör kunna tillåtas (se vidare avsnitt 12.2.1). En definition av begreppet dialog bör ha denna innebörd.

Även om det i första hand behövs bestämmelser om dialog för att ange ramarna för dialog efter anbudstidens utgång, dvs. under det som ibland kallas för utvärderingsfasen i en upphandling, finns det enligt utredningen inte anledning att i lagtexten begränsa möjligheten till dialog till denna fas. En sådan begränsning skulle kunna leda till onödiga tolkningssvårigheter och gränsdragningsproblem. Det ska inte råda någon tvekan om att det finns utrymme för dialog vid upphandlingar som genomförs i flera steg, med exempelvis successiva anbud. Utrymmet för dialog täcker även institutet ”frågor och svar” under en upphandling, som ju avser tiden innan anbudstiden går ut.

Det är dock inte nödvändigt att reglera den möjlighet till dialog med leverantörer som en upphandlande myndighet eller enhet har i den marknadsundersökande fasen, innan en upphandling har inletts. De regler som utredningen föreslår ska gälla för det icke direktivstyrda området tar uteslutande sikte på förfarandet när en upphandling väl har inletts. Givetvis är en förberedande marknadsdialog möjlig inför icke direktivstyrda upphandlingar i minst samma omfattning som inför upphandlingar enligt de direktivstyrda reglerna.[22]

Det bör således anges i bestämmelserna om dialog att en upphandlande myndighet eller enhet får ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling.

Det bör uttryckligen regleras att en dialog kan avse dels rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud och andra handlingar, ingivna av leverantören, dels rena förhandlingar.

När det gäller rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar hänvisar utredningen till redogörelsen i avsnitten ovan om vilka allmänna utgångspunkter som bör gälla för en sådan möjlighet.

När det gäller förhandlingar bör lagstiftningen ge utrymme för förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en eller flera leverantörer om alla aspekter av anbuden. Förhandlingar bör uttryckligen tillåtas också beträffande förbättringar av upphandlingsdokumenten, med undantag för minimikraven och tilldelningskriterierna. Detta bygger på och motsvarar väsentligen vad som gäller på det direktivstyrda området för sådana annonserade förfaranden där förhandlingar är tillåtna. Givetvis innebär inte förbudet mot förhandling om minimikraven och tilldelningskriterierna något hinder mot att myndigheten eller enheten förtydligar innebörden av ställda krav och kriterier, exempelvis inom ramen för institutet ”frågor och svar”.

Eftersom dialog, särskilt i form av förhandlingar, är kostnadsdrivande och tidskrävande för en leverantör, bör det krävas av den upphandlande myndigheten eller enheten att den anger i något av upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas i upphandlingen och vad den kan komma att omfatta. Det sistnämnda innebär ett krav att ange om dialogen kan omfatta rättelser, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller dialog i

[22] Jfr analysen i prop. 2015/16:195 del 1 s. 439 ff.

formen av rena förhandlingar. En bestämmelse om detta, och bestämmelserna i övrigt om vad upphandlingsdokumenten ska innehålla, kan tas in i förordning (se avsnitt 10.3).

Enligt utredningen bör en upphandlande myndighet eller enhet som regel i upphandlingsdokumenten förbehålla sig möjligheten att föra en dialog om rättelser, förtydliganden eller kompletteringar av anbuden eller, i förekommande fall, anbudsansökningarna. I vissa fall kan det dock vara lämpligt att inte tillåta rättelser, förtydliganden eller kompletteringar, om exempelvis ett mycket stort antal anbud kan förväntas.

Om myndigheten eller enheten också vill ha möjlighet att föra en dialog i form av förhandlingar, bör den givetvis så långt som möjligt beskriva hur förhandlingarna kommer att genomföras, exempelvis genom att ange en tidsplan. Det behövs dock inte någon uttrycklig bestämmelse om detta.

En upphandlande myndighet eller enhet som har förbehållit sig möjligheten till dialog i någon form bör ha möjlighet att först efter anbudstidens utgång slutligt bestämma om möjligheten kommer att utnyttjas eller inte. Utredningen bedömer dock att det inte är nödvändigt att reglera detta. När det gäller dialog i form av förhandlingar kan möjligheten att avvakta med beslut om huruvida sådan ska genomföras givetvis bara bli aktuell i sådana fall då förfarandet inte är konstruerat på ett sådant sätt att dialog är en förutsättning för dess genomförande, exempelvis om myndigheten eller enheten har angett att den avser att tilldela kontrakt efter genomförandet av en konkurrenspräglad dialog. Utredningen vill understryka vikten av dokumentation av dialogen, särskilt när denna består i en förhandling. Detta eftersom förhandlingen ofta innebär att ett nytt anbud har uppstått och lämnats in.

För den direktivstyrda upphandlingen finns bestämmelser i 6 kap. 8 § LOU om förhandlat förfarande med föregående annonsering som innebär att en upphandlande myndighet får anta ett ursprungligt anbud utan förhandling endast om den har förbehållit sig den rätten i upphandlingsdokumenten. En uttrycklig regel av denna innebörd skulle enligt utredningen vara onödigt inskränkande. Utredningen vill dock framhålla att ett motsvarande tillvägagångssätt även vid icke direktivstyrda upphandlingar underlättar för leverantörerna att förstå hur upphandlingen kommer att gå till.

I avsnitt 9.1 föreslår utredningen att de grundläggande principerna för upphandling ska gälla för alla annonspliktiga upphandlingar. Det innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten ska behandla leverantörerna lika i dialogfallen. Ett eventuellt urval av leverantörer för dialog ska exempelvis ske med beaktande av likabehandlingsprincipen. Myndigheten eller enheten får heller inte ge upplysningar som kan ge någon av leverantörerna en fördel framför andra. Att principerna gäller och ska upprätthållas när dialog används följer redan av den föreslagna bestämmelsen om principernas tillämpning. Det behöver inte anges särskilt i bestämmelserna om dialog.

Sekretess i en dialog

Utredningen bedömer inte att det behövs någon särskild bestämmelse om sekretess i en dialog. Behovet av bestämmelser i dessa avseenden täcks av befintlig reglering i OSL och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.[23]

[23] Jfr. prop. 2015/16:195 del 1 s. 710 ff. Regeringen har i prop. 2017/18:200 föreslagit att lagen (1990:409) om företagshemligheter upphävs den 1 juli 2018 och ersätts med en ny lag med samma namn.

12 Nödvändiga förfarandebestämmelser

I avsnitt 10 föreslår utredningen regler om bl.a. förfarandet vid upphandling, annonsering och upphandlingsdokumenten. I avsnitt 11 presenterar utredningen ett förslag till bestämmelser om dialog i upphandling. I detta avsnitt presenterar utredningen de övriga bestämmelser om förfarandet vid en icke direktivstyrd upphandling, som utredningen anser är nödvändiga för att ange ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme och för att skydda leverantörernas rättigheter och ställning under en upphandling. I avsnittets avslutande del går utredningen igenom några bestämmelser som för närvarande gäller vid icke direktivstyrd upphandling, men som enligt utredningens mening inte behövs.

12.1 Tillämpningsområdet vid icke direktivstyrd upphandling

Förslag: En bestämmelse i inledningen av 19 kap. samt 19 a kap. LOU respektive LUF ska ange att de direktivstyrda bestämmelserna om tillämpningsområdet (1–3 kap. LOU och LUF) är tillämpliga. Av bestämmelsen ska även framgå att bestämmelserna om tröskelvärden och beräkning av en upphandlings värde (5 kap. i respektive lag) samt om överprövning, upphandlingsskadeavgift och tillsyn (20–22 kap i respektive lag) ska tillämpas.

Av den inledande bestämmelsen i lagarnas 19 kap. ska framgå att kapitlet ska tillämpas när värdet överstiger direktupphandlingsgränserna. Om direktupphandling får användas enligt det föreslagna 19 a kap. får den upphandlande myndigheten eller enheten i stället genomföra upphandlingen enligt det kapitlet.

Medlemsstaterna är fria att ha nationella regler för hur upphandling under direktivens tröskelvärden ska genomföras. Det finns dock en oundviklig koppling mellan förfarandereglerna på det icke direktivstyrda området och det direktivstyrda. När upphandling av en viss vara, tjänst eller byggentreprenad beloppsmässigt är tillräckligt omfattande, träder skyldigheten att iaktta direktivens bestämmelser in. Den enda hanterbara ordningen är därför att de icke direktivstyrda bestämmelserna om upphandling har samma tillämpningsområde som de direktivstyrda. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör alltså även fortsättningsvis vara skyldiga att upphandla varor, tjänster och byggentreprenader i samma omfattning på det icke direktivstyrda området som på det direktivstyrda. Utrymmet att *inte* upphandla uttryckligen undantagna varor, tjänster och byggentreprenader bör också vara detsamma.

De tre inledande kapitlen i LOU och LUF rör lagarnas tillämpningsområden. Det kan visserligen anses ligga i sakens natur att dessa bestämmelser ska tillämpas vid såväl direktivstyrd som icke direktivstyrd upphandling. I klargörande och förtydligande syfte bör detta dock framgå av en inledande bestämmelse i de föreslagna 19 och 19 a kap. Vidare bör det framgå att bestämmelserna om tröskelvärden och om beräkning av en upphandlings värde i 5 kap. ska tillämpas. Det beräknade värdet av upphandlingen styr vilka regler i lagen som ska eller får tillämpas för upphandlingen. Vidare bör det anges att bestämmelserna om rättsmedel och tillsyn i lagarnas 20–22 kap. gäller.

Av den inledande bestämmelsen i lagarnas 19 kap. bör också framgå att kapitlet ska tillämpas när värdet överstiger direktupphandlingsgränserna, men att om direktupphandling får användas enligt det föreslagna 19 a kap. får den upphandlande myndigheten eller enheten i stället genomföra upphandlingen enligt det kapitlet. Syftet är att tydliggöra att annonspliktig upphandling enligt 19 kap. är huvudregeln, och att direktupphandling enligt 19 a kap. bara får användas i de fall det är tillåtet.

12.2 Ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme

12.2.1 Kommuniceringsformer

Förslag: Förfarandet är skriftligt. Muntlig kommunikation får dock användas som ett komplement i en upphandling när den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt, om myndigheten eller enheten dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen.

Bedömning: Det bör inte föreskrivas något krav på de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda allmänt tillgängliga elektroniska medel vid kommunicering i icke direktivstyrda upphandlingar.

Enligt 19 kap. 16 § LOU och LUF gäller bl.a. bestämmelserna i lagarnas 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket vid upphandling som avses i 19 kap. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling.

I korthet innebär de direktivstyrda bestämmelserna, som på detta sätt görs tillämpliga även vid icke direktivstyrda upphandlingar, att allmänt tillgängliga elektroniska medel som regel ska användas vid all kommunikation under en upphandling. Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande myndigheten eller enheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen. Muntlig kommunikation får dock inte användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Utredningen menar att reglerna om kommunikationsformer under en icke direktivstyrd upphandling både kan och bör göras enklare och mindre styrande i detaljer än de direktivstyrda bestämmelserna. Detta är möjligt utan att det innebär någon risk för rättsförluster för leverantörer som vill delta eller deltar i en upphandling. Regler bör tas in i det föreslagna 19 kap. för att ge ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme i detta avseende.

Förfarandet är skriftligt – men muntlig kommunikation får användas som ett komplement

Det bör föreskrivas att förfarandet i en annonspliktig icke direktivstyrd upphandling ska vara skriftligt. Enligt utredningens mening bör dock muntlig kommunikation få användas som ett komplement när den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt, under förutsättning att det som då kommer fram och som är av betydelse för upphandlingen dokumenteras.

All kommunikation mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en eller flera leverantörer i en upphandling – skriftlig, såväl som muntlig – ska genomföras med iakttagande av principerna om likabehandling och öppenhet. Detta följer av en uttrycklig bestämmelse i kapitlets inledning och torde för övrigt vara en självklarhet för de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Att de grundläggande principerna för upphandling ska iakttas vid muntlig kommunikation är en tillräcklig ram för myndigheternas och enheternas handlingsutrymme. Det behövs inte någon ytterligare begränsning av möjligheten att använda sig av muntlig kommunikation som ett komplement, annat än att den muntliga kommunikationen ska vara just ett komplement. En sådan regel bör tas in för att klargöra förhållandet till huvudregeln om skriftlig handläggning.

Kommunikation med elektroniska medel

2014 års upphandlingsdirektiv innebär nya krav på de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda allmänt tillgängliga elektroniska medel vid all kommunikation i upphandlingar. Dessa bestämmelser har genomförts i lagarnas 12 kap. och de har, som framgår ovan, gjorts tillämpliga även vid icke direktivstyrda upphandlingar. Det fanns en möjlighet för medlemsstaterna att skjuta upp tillämpligheten av bestämmelserna under två år efter direktivens ikraftträdande. Den möjligheten utnyttjade inte Sverige.

Det är vare sig nödvändigt eller lämpligt att ha regler som påbjuder elektronisk kommunikation vid den icke direktivstyrda upphandlingen. Utredningen konstaterar att det, för de allra flesta svenska upphandlande myndigheterna och enheterna, är en självklarhet att all skriftlig kommunikation i en upphandling ska ske med elektroniska medel, som dessutom i största möjliga utsträckning ska vara allmänt

tillgängliga. Om det i något fall finns skäl för en myndighet eller enhet att använda eller tillåta annan kommunikation än elektronisk bör emellertid den möjligheten finnas. Vid exempelvis mindre upphandlingar i kommunerna kan det någon gång finnas skäl att påbjuda eller tillåta att leverantörerna ger in anbud genom lösbrev.

12.2.2 Tidsfrister

Förslag: Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Om en leverantör begär kompletterande upplysningar om innebörden av upphandlingsdokumenten, ska den upphandlande myndigheten eller enheten lämna sådan information senast sex dagar före sista anbudsdag, förutsatt att leverantören har begärt upplysningarna i rimlig tid.

Samma frist gäller, om den upphandlande myndigheten eller enheten på eget initiativ vill lämna kompletterande upplysningar.

En upphandlande myndighet eller enhet ska förlänga fristen för att komma in med anbud så att alla leverantörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom den tidsfrist som anges ovan, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Enligt 19 kap. 15 § LOU respektive LUF ska anbudsökande och anbudsgivare ges skälig tid att komma in med anbudsansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan publicerades. Vid dynamiska inköpssystem ska inte några tidsfrister gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen skickats.

Enligt 19 kap. 28 § LOU respektive LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Leverantörer ska ges skälig tid att komma in med ansökningar och anbud

Vid utredningens externa kontakter har flera leverantörer framhållit att den tid som de upphandlande myndigheterna och enheterna ger för leverantörerna att komma in med anbudsansökningar och anbud många gånger är alltför kort.

Tiden för att komma in med anbudsansökningar och anbud ska vara så pass lång att det finns möjlighet för de leverantörer som vill delta i upphandlingen att utforma sitt bästa anbud. Tidsfristens längd ska bestämmas utifrån upphandlingens art, omfattning och komplexitet, samt med beaktande av vilka resurser intresserade leverantörer har och kan förväntas lägga ned på att delta i upphandlingen. Detta är enligt utredningen självklara utgångspunkter. Utredningen vågar påstå att dessa utgångspunkter också gäller för de allra flesta upphandlande myndigheterna och enheterna. Det ligger ju i deras eget intresse att skapa så goda förutsättningar som möjligt för konkurrens om kontraktet. När fristen bestäms till den kortast möjliga, eller rent av alltför kort, beror det säkerligen många gånger på att myndigheten eller enheten är ute i senaste laget med upphandlingen på grund av bristande resurser och dålig framförhållning.

Utredningen har övervägt om den nuvarande regeln om skälig tid bör skärpas till förmån för leverantörerna. Utredningen har dock stannat för att det för närvarande inte finns skäl att föreslå det. Att tiden för att lämna in anbudsansökningar eller anbud ska vara skälig innebär att leverantörerna ska ges reella möjligheter att utforma sina bästa anbud. Om regelverket i övrigt görs enklare och flexiblare kan förhoppningsvis både tid och resurser frigöras hos myndigheterna och enheterna samt hos leverantörerna så att det också blir så. Utredningen föreslår dock en regel om att anbudstiden ska förlängas i vissa fall (se nedan).

Den nuvarande särskilda regeln om en tiodagarsfrist för anbudsansökningar kan enligt utredningen undvaras av förenklingsskäl.

Upplysningar om upphandlingsdokumenten

De nuvarande reglerna i 19 kap. 28 § LOU och LUF om en frist om sex dagar före anbudstidens utgång för att lämna upplysningar om upphandlingsdokumenten bör enligt utredningen gälla även fortsättningsvis. I reglerna kan det dock klargöras att samma frist gäller oberoende av om upplysningarna lämnas på begäran av en leverantör eller på den upphandlande myndighetens eller enhetens eget initiativ.

Förlängning av anbudstiden i vissa fall

Av de direktivstyrda bestämmelserna i 11 kap. 8 § LOU respektive LUF framgår att anbudstiden ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om den upphandlande myndigheten eller enheten inte har lämnat upplysningar om upphandlingsdokumenten i tid eller om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Paragraferna genomför nya bestämmelser i 2014 års upphandlingsdirektiv. De saknar motsvarighet i lagarnas 19 kap. Utredningen har emellertid erfarit att dessa bestämmelser anses av upphandlande myndigheter och enheter som klargörande och flexibla, och som en välkommen nyhet på det direktivstyrda området.

Även utredningen anser att bestämmelserna är klargörande. De ger uttryck för en bra balans mellan å ena sidan de upphandlande myndigheternas och enheternas intresse av flexibilitet och möjlighet att kunna ändra i upphandlingsdokumenten under upphandlingens gång, och å andra sidan de deltagande leverantörernas intresse av att få rimlig tid att anpassa sina anbud efter de ändringar som görs. Utredningen föreslår därför att motsvarande bestämmelser tas in i 19 kap.

Anbudstiden ska förlängas vid väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten. I skäl 86 till LOU-direktivet lämnas viss vägledning angående vad som i detta sammanhang ska förstås med ”väsentliga ändringar”.

> Det bör klargöras att behovet av att säkerställa att ekonomiska aktörer har tillräckligt med tid för att utarbeta väl underbyggda anbud kan innebära att de ursprungligen fastställda tidsfristerna måste förlängas. Detta skulle särskilt vara fallet om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten. Det bör också preciseras att väsentliga ändringar i det fallet bör förstås som inbegripande ändringar särskilt i de tekniska specifikationerna, för vilka de ekonomiska aktörerna skulle behöva mer tid i

syfte att förstå dem och reagera på dem på lämpligt sätt. Det bör dock klargöras att sådana ändringar inte får vara så väsentliga att de skulle medföra att andra anbudssökande ges tillträde än de som ursprungligen valdes eller att ytterligare deltagare anmäler sig till upphandlingsförfarandet. Detta skulle särskilt kunna vara fallet om ändringarna innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen fastställdes i upphandlingsdokumenten.

Förhandlingarna i en upphandling får inte avse minimikraven och tilldelningskriterierna. Dessa krav och kriterier, tillsammans med eventuella krav på minsta acceptabla kapacitet hos leverantören, är av grundläggande karaktär i en upphandling. Sådana krav och kriterier kan därför, enligt utredningens bedömning, inte ändras utan att marknaden informeras genom en förnyad annonsering av upphandlingen. Genom en sådan annonsering ska alla tillkommande, potentiella anbudssökande eller anbudsgivare kunna få information om de ändrade förutsättningarna för upphandlingen, och de ska också ges möjlighet att delta. I dessa fall räcker det alltså inte med att enbart förlänga anbudstiden.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten däremot vill ändra exempelvis sådana tekniska specifikationer som har angetts som förhandlingsbara villkor i upphandlingen, ska anbudstiden förlängas i sådan omfattning att berörda leverantörer får tillräckligt med tid att förstå och reagera på ändringarna på lämpligt sätt.

12.2.3 Information om beslut

Förslag: När en upphandlande myndighet har fattat beslut om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal, ska den skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period inom vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Om myndigheten använder sig av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, ska anbudsgivarna skriftligen underrättas om ett beslut om tilldelning av kontrakt när beslutet har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet. Om myndigheten väljer att iaktta en avtalsspärr enligt 20 kap. 1 § ska

underrättelsen innehålla uppgift om det och om avtalsspärrens längd.

Underrättelsen innebär inte att ett anbud förfaller.

En upphandlande myndighet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats, samt de relativa fördelarna med det valda anbudet. Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

En upphandlande myndighet som beslutar att avbryta en upphandling eller att göra om upphandlingen ska skriftligen informera anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Enligt 19 kap. 29 § första stycket LOU respektive LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid förenklat förfarande, urvalsförfarande, konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Information om beslut att tilldela kontrakt eller ingå ramavtal och upplysningar på begäran av en leverantör

Av 12 kap. 12 § LOU respektive LUF framgår att de beslut som bestämmelsen i 19 kap. 29 § första stycket tar sikte på, är beslut om att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En skyldighet att informera om sådana beslut bör gälla även fortsättningsvis. För att undvika onödiga hänvisningar till andra lagrum bör reglering ske genom en självständig bestämmelse i 19 kap.

Motsvarande bör gälla beträffande sådana upplysningar på begäran av en leverantör, som avses genom hänvisningen i nuvarande 19 kap. 29 § LOU respektive LUF till bestämmelsen i 12 kap. 13 §.

Information om att tilldela kontrakt efter en konkurrensutsättning inom ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling

I 20 kap. LOU respektive LUF finns bestämmelser om avtalsspärr, som innebär att om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om ett tilldelningsbeslut enligt bestämmelserna om underrättelseskyldighet i 12 kap. 12 § eller 19 kap. 29 §, så inträder en avtalsspärr (1 §).

En upphandlande myndighet är som regel skyldig att skicka ut en underrättelse om tilldelningsbeslut om den har tilldelat ett kontrakt med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Såväl upphandlande myndigheter som enheter är också som regel skyldiga att skicka ut sådana underrättelser vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, som inrättats enligt 19 kap.

I dessa fall gäller emellertid inte någon avtalsspärr (20 kap. 2 §). Den upphandlande myndigheten eller enheten kan alltså välja att omedelbart ingå avtal. En upphandlande myndighet eller enhet kan emellertid *frivilligt* iaktta en avtalsspärr i dessa fall. Detta kan utläsas av 20 kap. 15 § första och andra punkten LOU samt, när det gäller dynamiska inköpssystem för upphandlande enheter, av 20 kap. 15 § första punkten LUF. Poängen med att göra det är att myndigheten eller enheten då kan freda sig mot en eventuell talan om ogiltighet av det kontrakt som i dessa fall alltså ingås först efter iakttagen avtalsspärr. De leverantörer som har deltagit i konkurrensutsättningen har då fått möjlighet att reagera mot tilldelningsbeslutet.

Upphandlande myndigheter och enheter bör givetvis även fortsättningsvis kunna använda sig av metoder för upphandling, såsom ramavtal och dynamiska inköpssystem, vid icke direktivstyrd upphandling. Reglerna i 19 kap. bör utformas så att de inte innebär någon onödig inskränkning av de upphandlande myndigheternas eller enheternas handlingsutrymme beträffande vilka metoder som kan användas, och hur de kan användas (se avsnitt 10.1.3). Samtidigt anser utredningen att rättsläget bör vara oförändrat dels när det gäller leverantörernas tillgång till rättsmedel, dels beträffande de upphandlande myndigheternas och enheternas möjlighet att välja mellan att ingå avtal omedelbart efter en konkurrensutsättning eller först efter det att en frivilligt iakttagen avtalsspärr har iakttagits.

Detta kan åstadkommas – ihop med nödvändiga ändringar i lagarnas 20 kap. – genom en regel i lagarnas 19 kap. om en skyldighet att

informera om ett beslut om kontraktstilldelning i vissa fall. En skyldighet att informera om beslut ska finnas när den upphandlande myndigheten eller enheten har använt en metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt och där beslutet om kontraktstilldelning har föregåtts av en anbudsgivning i konkurrens.

En upphandlande enhet är enligt de direktivstyrda bestämmelserna om ramavtal (7 kap. 1–4 §§ LUF) och underrättelseskyldighet (12 kap. 12 § första stycket LUF) inte skyldig att skicka ut en underrättelse om tilldelningsbeslut efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Därmed inträder inte någon avtalsspärr i dessa fall.[1] Detsamma gäller på det icke direktivstyrda området.

Genom utredningens förslag blir den upphandlande enheten skyldig att skicka ut underrättelser i dessa fall. Den upphandlande enheten har emellertid möjlighet att välja mellan att ingå avtal omedelbart eller först efter att ha iakttagit en frivillig avtalsspärr, varigenom en talan om ogiltighet av avtalet kan undvikas. Konsekvenserna för de upphandlande enheterna av utredningens förslag torde i praktiken bli små. Förslaget kan i alla händelser motiveras av hänsyn till rättssäkerheten för de leverantörer som har deltagit i en förnyad konkurrensutsättning i en upphandlande enhets ramavtal.

12.2.4 Dokumentation av annonspliktiga upphandlingar

Förslag: En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en annonspliktig upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Vissa bestämmelser om skyldighet att bevara handlingar ska gälla för sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782).

Enligt 19 kap. 30 § LOU respektive LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens

[1] Se prop. 2015/16:195 del 1 s. 524 f.

eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Dokumentationsskyldigheten gäller dock inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kr.

I 19 kap. 31 § LOU respektive LUF finns vissa bestämmelser om bevarande av handlingar, som gäller för upphandlande myndigheter eller enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782).

Reglerna om dokumentation av annonspliktiga upphandlingar bör utformas i överensstämmelse med de nuvarande. Det bör också tas in en bestämmelse om bevarande av handlingar som motsvarar nuvarande 19 kap. 31 §.

Frågan om dokumentationsskyldighet vid värden under 100 000 kronor behandlas i samband med dokumentationskravet vid direktupphandlingar, se avsnitt 15.3.2.

12.3 Skyddsregler för leverantörer

12.3.1 Rätten att delta i en upphandling

Förslag: En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss form när den har blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa ett annat företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från det andra företaget eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I 4 kap. 5 § LOU respektive LUF finns bestämmelser om rätten för grupper av leverantörer att få delta i en upphandling. Bestämmelserna görs tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar genom hänvisningar i 19 kap. 2 § i respektive lag.

Enligt 19 kap. 23 § LOU respektive LUF får en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de

andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

EU-domstolens uttalanden i domen *Strong Segurança*[2] ger vid handen att direktivens bestämmelser om rätt för en leverantör att åberopa ett annat företags kapacitet, snarare än att vara ett utflöde av principen om öppenhet eller likabehandling, är ett utflöde av den allmänna princip om effektiv konkurrens som direktivet vilar på. Syftet med bestämmelsen kan sägas vara att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Även bestämmelsen om rätten för grupper av leverantörer att delta i offentliga upphandling vilar på denna tanke.

Att anbud får lämnas i grupp, och att en leverantör får åberopa ett annat företags kapacitet har stor betydelse för de små och medelstora företagens möjligheter att delta i icke direktivstyrda upphandlingar. Det ska anmärkas att behovet ibland också finns för stora företag. Det bör tas in uttryckliga bestämmelser som garanterar alla leverantörer den rätten.

En upphandlande myndighet eller enhet har enligt de direktivstyrda bestämmelserna i 4 kap. 5 § LOU respektive LUF vissa möjligheter att ange hur en grupp av leverantörer ska uppfylla ställda krav i upphandlingen. Av 14 kap. 6 § LOU respektive 14 kap. 11 § LUF framgår att rätten att åberopa ett annat företags kapacitet i fråga om utbildnings- och yrkeskvalifikationer bara gäller om samma företag ska utföra den tjänst eller byggentreprenad för vilket kapaciteten krävs. I 14 kap. 8 § första stycket LOU och 14 kap. 11 § LUF ges myndigheten eller enheten rätt att kräva att det företag som åberopas görs solidariskt ansvarig för fullgörande av kontraktet, om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning. I 14 kap. 8 § andra stycket LOU ges möjligheter för de upphandlande myndigheterna att i vissa fall kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv. Dessa inskränkningar i leverantörernas rätt att åberopa andra företags kapacitet är motiverade av det som ska upphandlas och följer därmed av proportionalitetsprincipen. I alla händelser kan den upphandlande myndigheten eller enheten vid behov ställa upp krav i enlighet med detta, enligt synsättet att det som är tillåtet på det direktivstyrda området, också är tillåtet på det icke direktivstyrda området.

[2] Dom Strong Segurança, C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161.

12.3.2 Kommuniceringsskyldighet inför beslut om uteslutning

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet överväger att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare på grund av bristande lämplighet, ska den innan beslut fattas ge anbudssökanden eller anbudsgivaren tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning.

Bedömning: Det bör inte föreskrivas en skyldighet eller möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att utesluta leverantörer på grund av bristande lämplighet.

Enligt 19 kap. 18 § LOU ska en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1 § (de direktivstyrda s.k. obligatoriska uteslutningsgrunderna). En leverantör får uteslutas enligt 13 kap. 2 och 3 §§ (de direktivstyrda s.k. fakultativa uteslutningsgrunderna). När en fråga om uteslutning utreds, ska 15 kap. 7–9 §§ tillämpas (direktivstyrda bestämmelser om vilken utredning som den upphandlande myndigheten får begäras in från leverantören). Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten eller i begäran om upplysningar ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

19 kap. 18 § LUF innebär en liknande reglering, som dock endast gäller för sådana upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter.

Utredningen föreslår inte någon motsvarighet till bestämmelserna om en skyldighet eller möjlighet att utesluta leverantörer. Utredningen menar att det kan överlåtas åt de upphandlande myndigheterna och enheterna att, utifrån upphandlingens art och omfattning, avgöra om krav på leverantörens lämplighet ska ställas och i sådana fall vilka krav. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan anförtros detta handlingsutrymme, och bör också ha det.

Det kan förutses att det många gånger kommer att bedömas som lämpligt att tillämpa de direktivstyrda obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunderna ”rakt av” i en upphandling. Det bör dock finnas ett utrymme att inte tillämpa några uteslutningsgrunder, eller att endast tillämpa någon eller några av uteslutningsgrunderna, om det bedöms som lämpligt i exempelvis mindre upphandlingar. Någon gång kan det finns skäl att använda exempelvis en direktivstyrd fakultativ

uteslutningsgrund som en obligatorisk uteslutningsgrund, eller det omvända. Reglerna bör heller inte utesluta att en uteslutningsgrund används som inte finns angiven i de direktivstyrda bestämmelserna, under förutsättning att detta sker i överensstämmelse med de grundläggande principerna för upphandling.

Det är centralt att eventuella krav angående lämplighet anges i något av upphandlingsdokumenten (se avsnitt 10.3).

Till skydd för den anbudssökande eller anbudsgivande leverantör, vars lämplighet ifrågasätts i en upphandling, bör en upphandlande myndighet eller enhet vara skyldig att ge leverantören möjlighet att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning. På så sätt får leverantören möjlighet att förklara sig, och myndigheten eller enheten får underlag för att bedöma om det finns fog för uteslutning och om en sådan åtgärd är proportionerlig.

12.3.3 Kommuniceringsskyldighet vid onormalt låga anbud

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet överväger att förkasta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt, ska den innan beslut fattas ge anbudsgivaren möjlighet att inom en bestämd tid förklara det låga anbudet. Ett anbud får endast förkastas om myndigheten eller enheten inte har fått ett tillfredsställande svar.

Bedömning: Det bör inte finnas en författningsreglerad skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att agera, om ett anbud förefaller onormalt lågt.

Det bör inte heller finnas en författningsreglerad skyldighet att förkasta ett anbud som är onormalt lågt.

Enligt 19 kap. 27 § LOU och LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden, om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Myndigheten eller enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Myndigheten eller enheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte

stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Lagarnas direktivstyrda bestämmelser om onormalt låga anbud, i 16 kap. 7 § LOU respektive 15 kap. 7 § LUF, är mer utförliga. Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,
2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,
5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 17 kap. 6 eller 7 § LOU respektive 16 kap. 6 eller 7 § LUF (skyldighet att lämna uppgift om underleverantörer och, i vissa fall, kontaktuppgifter till dessa, *utredningens anmärkning*).

Myndigheten eller enheten ska enligt paragrafens andra stycke förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Enligt tredje stycket ska en myndighet eller enhet också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

De bakomliggande direktivens bestämmelser om onormalt låga anbud (artikel 69 i LOU-direktivet och artikel 84 i LUF-direktivet) kan sägas beskriva två moment i upphandlingen.

Det första momentet är när en upphandlande myndighet eller enhet upptäcker att ett lämnat anbud förefaller vara onormalt lågt i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna. Då ska myndigheten eller enheten begära att den anbudsgivande leverantören förklarar det låga priset, utifrån vissa närmare angivna faktorer.

Angående vilka dessa faktorer är, se redogörelsen för de svenska direktivstyrda bestämmelserna ovan.

Nästa moment är när myndigheten eller enheten har fått in ett svar från leverantören. Då ska den bedöma de uppgifter som anbudsgivaren har lämnat, och därefter fatta beslut i frågan om anbudet ska förkastas eller inte. Den upphandlande myndigheten eller enheten får då endast förkasta anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser som föreslagits, med hänsyn till de faktorer som förklaringarna kan ha avsett. Myndigheten eller enheten ska förkasta anbudet när den har fastställt att anbudet är onormalt lågt på grund av att det inte uppfyller de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2. De skyldigheter som avses här är tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Om myndigheten eller enheten fastställer att anbudet är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får anbudet förkastas av denna anledning först efter samråd med anbudsgivaren och om denne inom en rimlig tidsfrist som fastställs av myndigheten eller enheten inte kan bevisa att det berörda stödet är förenligt med den inre marknaden.

Genomgången av direktivbestämmelserna visar att det finns flera intressen att beakta i detta sammanhang. Först och främst intresset av en sund konkurrens. Det intresset är samhälleligt, men delas av den upphandlande myndigheten eller enheten, de övriga anbudsgivarna i upphandlingen, som vill konkurrera om kontraktet på lika villkor, och den leverantör som har lämnat det ifrågasatta anbudet, som kan vilja konkurrera sig in på en marknad med ett medvetet lågt satt anbud men ändå med ”rena” metoder. Andra intressen som kommer till uttryck genom bestämmelserna är de upphandlande myndigheternas och enheternas intresse av att försäkra sig om att den som tilldelas kontraktet kommer att prestera det som utlovas och ska avtalas. Myndigheterna och enheterna har emellertid också ett intresse av flexibilitet och handlingsutrymme i själva upphandlingen, samt ett intresse av att i möjligaste mån undvika att dess fattade beslut om åtgärder, eller beslut om att inte vidta åtgärder, blir föremål för en rättslig prövning som stoppar upphandlingen.

Utredningens uppdrag är att föreslå ett förenklat och flexibelt regelverk för den icke direktivstyrda upphandlingen. Utredningen anser att det i ett sådant regelverk behövs bestämmelser om onormalt låga anbud. Bestämmelserna bör, enligt utredningen, ta fasta på

två centrala åligganden för den upphandlande myndigheten eller enheten. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska, när den överväger att förkasta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt, ge den berörda anbudsgivaren en bestämd tid att förklara sig. Myndigheten eller enheten får endast förkasta anbudet om myndigheten eller enheten inte har fått ett tillfredsställande svar.

Det bör inte finnas någon författningsreglerad skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att agera, om ett anbud förefaller 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 att göra detta, kan däremot ge upphov till utdragna överprövningar 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.

Den föreslagna bestämmelsen anger ramarna för den upphandlande myndighetens eller enhetens handlingsutrymme genom att slå fast vad myndigheten eller enheten har att iaktta till skydd för den leverantör vars anbud ifrågasätts. Bestämmelsen innebär enligt utredningen en bra balans mellan de olika intressen som finns att beakta, samtidigt som den till sitt innehåll och sin utformning görs så enkel och flexibel som möjligt.

12.4 Förfarandebestämmelser som inte behövs

Vid upphandlingar enligt 19 kap. LOU och LUF i nuvarande lydelser gäller ett antal bestämmelser om förfarandet – antingen till följd av självständiga bestämmelser i 19 kap., eller genom hänvisningar till bestämmelser i andra kapitel i lagarna – som utredningen bedömer inte behövs. De viktigaste behandlas i detta avsnitt. Det gäller sammanfattningsvis bestämmelser om

- förbud mot uteslutning på grund av företagsform,
- vad som ska gälla om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling,

- att alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för en upphandling ska göras med användning av CPV-koder,
- rätt att använda begränsad kontroll,
- öppnande och prövning av anbudsansökningar och anbud, eller
- att den upphandlande myndigheten eller enheten ska använda sig av tilldelningskriterier vid tilldelning av kontrakt.

12.4.1 Förbud mot uteslutning på grund av företagsform

Bedömning: Det behövs inga bestämmelser om förbud mot uteslutning på grund av företagsform.

I 4 kap. 4 § LOU respektive LUF, som gäller vid icke direktivstyrd upphandling enligt en hänvisning i 19 kap. 2 § i respektive lag, anges att en leverantör, som enligt bestämmelserna i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller juridisk person.

Bestämmelserna är skyddsregler för leverantörer. Det som föreskrivs följer emellertid av icke diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen. Någon uttrycklig bestämmelse om detta behövs därför inte.

12.4.2 Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

Bedömning: Det behövs inga bestämmelser om vad som ska gälla om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling.

I 4 kap. 8 § LOU respektive 4 kap. 7 § LUF, som gäller vid icke direktivstyrd upphandling enligt en hänvisning i 19 kap. 2 § i respektive lag, finns bestämmelser om vad som ska gälla om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling. Dessa

bestämmelser är, tillsammans med bestämmelser i lagarnas 13 kap. om i vilka fall uteslutning får ske, ett uttryck för en avvägning mellan det intresse av konkurrens på lika villkor som övriga anbudssökande eller anbudsgivare har, och intresset hos den leverantör som har deltagit i förberedelserna att ändå få delta i själva upphandlingen. Bestämmelserna är emellertid ett utflöde av likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen och behöver inte göras uttryckligen tillämpliga på det icke direktivstyrda området.

12.4.3 CPV-nomenklaturen

Bedömning: Det behövs inte bestämmelser som innebär att alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för en upphandling ska göras med användning av CPV-koder.

Bestämmelserna i 4 kap. 19 § LOU och 4 kap. 17 § LUF, som gäller på det icke direktivstyrda området genom hänvisningar i 19 kap. 2 § i respektive lag, innebär att alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för en upphandling enligt lagen göras med användning av CPV-koder enligt den av kommissionen beslutade CPV-nomenklaturen.

CPV-kodningen uppfattas av många upphandlande myndigheter och enheter som besvärlig. De upphandlingssystem som finns på marknaden kräver emellertid oftast att CPV-koder anges. CPV-koderna kan, rätt använda, underlätta att öppna upp en upphandling för så stor konkurrens som möjligt, eftersom det blir lättare för leverantörer att hitta intressanta affärstillfällen. Detta förutsätter dock att korrekt CPV-kod används, vilket inte kan tas för givet. Att korrekta CPV-koder används kan också ha betydelse för möjligheten att samla in statistik om upphandling.[3] Utredningens uppdrag är emellertid att föreslå ett förenklat regelverk. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör med dessa utgångspunkter inte vara begränsade till att använda CPV-nomenklaturen när de ska kategorisera icke direktivstyrda upphandlingar.

[3] Jfr förslagen i Ds 2017:48, Statistik på upphandlingsområdet.

12.4.4 Begränsad kontroll

Bedömning: Det behövs inga bestämmelser som klargör att de upphandlande myndigheterna och enheterna har möjlighet att använda s.k. begränsad kontroll vid icke direktivstyrd upphandling.

Enligt 19 kap. 20 § LOU respektive LUF får en upphandlande myndighet eller enhet begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

En upphandlande myndighet eller enhet får begränsa kontrollen av leverantörer utan uttryckliga regler

Enligt utredningens förslag ska en upphandlande myndighet eller enhet vara fri att utforma förfarandet vid en icke direktivstyrd, annonspliktig upphandling. Utgångspunkten är vidare att allt som är möjligt, tillåtet och tillgängligt på det direktivstyrda området, också är möjligt, tillåtet och tillgängligt på det icke direktivstyrda området.

Det är viktigt, både för att upprätthålla en sund konkurrens och från generella samhällsekonomiska utgångspunkter, att de leverantörer som väljs ut att utföra uppdrag åt det allmänna uppfyller de krav på exempelvis redlighet som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp.

Det kan emellertid noteras att redan EU-lagstiftaren har ansett att det som regel bör vara tillräckligt att en mer noggrann kontroll av att krav på leverantören uppfylls görs beträffande den eller de

leverantörer som man avser att låta utföra uppdraget.[4] Ett motsvarande synsätt bör givetvis kunna tillämpas av upphandlande myndigheter och enheter på det icke direktivstyrda området, utan att det nödvändiggör särskilda bestämmelser om detta.

Det behövs alltså inte uttryckliga regler om s.k. begränsad kontroll för att sådan ska kunna tillämpas vid icke direktivstyrd upphandling. Det kan överlämnas åt de upphandlande myndigheterna och enheterna att själva reglera vad som ska gälla i upphandlingen. Det centrala är att den upphandlande myndigheten eller enheten är tydlig i upphandlingsdokumenten med vilka krav som gäller samt beträffande hur och när ställda krav kommer att kontrolleras.

12.4.5 Öppnande och prövning av anbudsansökningar och anbud

Bedömning: Det bör inte tas in några bestämmelser om öppnande och prövning av anbudsansökningar och anbud.

I 12 kap. 10 § första stycket LOU respektive LUF, som gäller vid upphandlingar enligt lagarnas 19 kap., sägs att en upphandlande myndighet eller enhet inte får ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Enligt 19 kap. 17 § LOU respektive LUF ska anbud öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten eller enheten ska delta. Anbuden ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som har framställt begäran. Av 19 kap. 22 § LOU respektive LUF framgår att en upphandlande myndighet eller enhet ska pröva alla anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte den sökande eller anbudsgivande leverantören ska uteslutas från att delta i upphandlingen.

[4] Se artikel 59.4 i LOU-direktivet och 15 kap. 3 och 4 §§ LOU.

Enligt utredningens mening bör inte de ovan nämnda detaljerade bestämmelserna fortsätta att gälla vid icke direktivstyrda upphandlingar. Det som föreskrivs i dem kan i vissa avseenden närmast betraktas som obsolet. I övrigt beskriver reglerna närmast självklarheter beträffande formerna. De behövs inte, varken för att ange ramarna för myndigheternas eller enheternas handlingsutrymme eller som nödvändiga skyddsregler för leverantörerna.

12.4.6 Tilldelningskriterier

Bedömning: Det behövs inga bestämmelser om att den upphandlande myndigheten eller enheten ska använda sig av tilldelningskriterier vid tilldelning av kontrakt.

I 19 kap. 24–26 §§ LOU respektive LUF finns bestämmelser om tilldelning av kontrakt, som bl.a. innebär att en upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det mest fördelaktiga för myndigheten, och att detta ska utvärderas på någon av grunderna ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”, kostnad eller pris. När grunden för utvärdering av anbud är den först nämnda, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes eller, om det inte kan ske, anges i prioritetsordning.

En jämförelse kan göras med bestämmelserna i LUK. I 15 kap. LUK, som reglerar den icke direktivstyrda upphandlingen enligt den lagen, finns inga bestämmelser som motsvarar de nyss nämnda.

Av de direktivstyrda bestämmelserna i 13 kap. 1 § första stycket LUK framgår att en upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som

1. är förenliga med de grundläggande principerna för upphandling,
2. har anknytning till det som ska anskaffas,
3. säkerställer att anbuden bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten, och
4. inte ger myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet.

Av andra stycket i samma bestämmelse följer att tilldelningskriterierna ska göra det möjligt för myndigheten eller enheten att effektivt kontrollera de uppgifter som leverantörerna lämnar.

Bestämmelserna i 13 kap. 1 § LUK kan beskrivas som en bra sammanfattning av de viktigaste krav som har ställts upp i EU-domstolens praxis under åren. Utredningen har övervägt om en motsvarande paragraf borde tas i det föreslagna 19 kap. LOU och LUF. Utredningen har emellertid kommit fram till att det inte behövs några särskilda bestämmelser om tilldelningskriterier.

Tilldelningskriterierna har i och för sig grundläggande betydelse i en upphandling. Det ligger emellertid i sakens natur att en upphandlande myndighet eller enhet måste använda sig av något eller några kriterier för att kunna jämföra inkomna anbud och välja ut det bästa anbudet. De krav som enligt 13 kap. 1 § LUK gäller för tilldelningskriterierna följer ytterst av de grundläggande principerna för upphandling. Det centrala är att den upphandlande myndigheten eller enheten anger i upphandlingsdokumenten vilka tilldelningskriterier som används i upphandlingen och att dessa är förenliga med de grundläggande principerna.

13 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Utredningen ska enligt kommittédirektiven analysera och bedöma behovet och lämpligheten av att ha särskilda och delvis olika regler – dels för upphandling av välfärdstjänster, dels för upphandling under tröskelvärdena och upphandling av andra tjänster i kategorin sociala tjänster och andra särskilda tjänster än välfärdstjänster – i jämförelse med att, såsom enligt nuvarande ordning, ha ett enhetligt regelverk för alla sådana upphandlingar. Utredningen ska i detta arbete beakta Välfärdsutredningens förslag och den fortsatta beredningen av dessa.

13.1 Vilka är de sociala och andra särskilda tjänsterna, och hur är de reglerade?

13.1.1 Reglerna i upphandlingsdirektiven

Utgångspunkten i 2014 års LOU- och LUF-direktiv är att alla tjänster omfattas av direktivens fulla reglering. Detta gäller om inte tjänsten är uttryckligen undantagen från tillämpningsområdet[1] eller omfattas av det s.k. enklare systemet.

I LOU- och LUF-direktivens tredje avdelning finns bestämmelser om särskilda upphandlingssystem. I avdelningens första kapitel finns bestämmelserna om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.[2] Dessa bestämmelser kallas i direktivens skältexter för det enklare systemet.[3]

[1] Undantagsbestämmelserna finns i artikel 10 i LOU-direktivet och artikel 21 i LUF-direktivet.
[2] Artikel 74–77 och skäl 114–119 i LOU-direktivet samt artikel 91–94 och skäl 120–125 i LUF-direktivet.
[3] Se t.ex. skäl 28 i LOU-direktivet.

Det enklare systemet gäller för de tjänster som anges i bilaga XIV till LOU-direktivet respektive bilaga XVII till LUF-direktivet, där de identifieras med CPV-koder. Det är bara dessa specifika tjänster som omfattas av det enklare systemet.[4]

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.

För dessa tjänster gäller ett högre tröskelvärde om 750 000 euro i LOU-direktivet (cirka 7,1 miljoner kronor) och 1 000 000 euro i LUF-direktivet (cirka 9,4 miljoner kronor).[5] Under dessa tröskelvärden finns det som regel inte något intresse för gränsöverskridande handel. Den presumtionen bryts bara om det finns konkreta indikationer på motsatsen, t.ex. unionsfinansiering av gränsöverskridande projekt (skäl 114 i LOU-direktivet och skäl 120 i LUF-direktivet).

Över respektive tröskelvärde innebär direktiven endast ett krav på att upphandlingen ska offentliggöras genom annonsering på unionsnivå, dvs. i TED, såväl före som efter upphandlingen.[6]

Medlemsstaterna är också skyldiga att införa nationella regler för kontraktstilldelning. Dessa regler ska tillförsäkra att de upphandlande myndigheterna och enheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av leverantörer. Samtidigt ska medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna och enheterna, vid sina upphandlingar, får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriers specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta gruppers behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation. Medlemsstaterna får också föreskriva att valet av tjänsteleverantör ska göras på grundval av det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster.[7]

---

[4] Skäl 119 till LOU-direktivet och skäl 125 i LUF-direktivet.
[5] Artikel 4 d) i LOU-direktivet och artikel 15 c) i LUF-direktivet.
[6] Artikel 75 i LOU-direktivet och artikel 92 i LUF-direktivet.
[7] Artikel 76 i LOU-direktivet och artikel 93 i LUF-direktivet.

I LOU- och LUF-direktivens fjärde avdelning[8] finns bestämmelser om styrning som, något förenklat uttryckt, rör tillsyn, statistik och dokumentation av enskilda upphandlingar. Dessa bestämmelser gäller för alla upphandlingar enligt direktiven, således även för upphandlingar enligt det enklare systemet vars uppskattade värde minst uppgår till tröskelvärdet. Vidare innebär rättsmedelsdirektivens bestämmelser att det ska finnas tillgång till rättsmedel för sådana upphandlingar, dvs. en möjlighet att begära en rättslig prövning av beslut under en upphandling och av avtals giltighet i vissa fall.

I artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet ges en möjlighet för medlemsstaterna att föreskriva att de upphandlande myndigheterna och enheterna får reservera deltagandet i ett upphandlingsförfarande avseende vissa särskilt angivna tjänster för vissa organisationer. Organisationerna ska uppfylla vissa villkor, bl.a. att eventuella vinster ska återinvesteras. Vidare får löptiden för ett kontrakt som tilldelas med stöd av bestämmelsen inte överstiga tre år, och därefter får det inte förlängas.

13.1.2 Svensk reglering

Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster omfattas av samma bestämmelser som upphandling under tröskelvärdena. De regleras alltså i 19 kap. LOU och LUF. Tjänsterna anges, med CPV-koder, i bilaga 2 till respektive lag.

Genom 19 kap. 3 § andra stycket görs vissa direktivstyrda bestämmelser i lagen tillämpliga när värdet av upphandlingen uppgår till minst tröskelvärdet. Då ska den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpa direktivstyrda bestämmelser om tekniska specifikationer i lagarnas 9 kap., annonsering i 10 kap. och om individuella rapporter (LOU) respektive bevarande av information (LUF) i lagarnas 12 kap.

Artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet har inte genomförts.

[8] Artikel 83–86 i LOU-direktivet och artikel 99–102 i LUF-direktivet.

13.2 Tidigare och samtidiga förslag

13.2.1 Utredningen för ett stärkt civilsamhälle

Utredningen för ett stärkt civilsamhälle föreslog i sitt betänkande bl.a. att upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse, inte ska omfattas av LOU.[9]

13.2.2 Välfärdsutredningen

Välfärdsutredningens förslag på upphandlingsområdet innebar bl.a. att upphandlingar av välfärdstjänster vars värde understiger tröskelvärdet skulle undantas från LOU, i de fall upphandlingen inte var av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Fanns ett sådant intresse skulle endast vissa bestämmelser i lagen tillämpas.[10]

Vid all upphandling av välfärdstjänster skulle den upphandlande myndigheten själv kunna utforma förfarandet för upphandlingen.

Med välfärdstjänster avses hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster. Utredningens förslag omfattade således inte samtliga de tjänster som omfattas av direktivens enklare reglering, såsom exempelvis hotell- och restaurangtjänster, vissa juridiska tjänster samt undersöknings- och bevakningstjänster. Välfärdsutredningens mening var att frågan om ett flexiblare regelverk för sådana tjänster borde prövas inom ramen för den översyn som görs av denna utredning.[11]

Välfärdsutredningen föreslog även att artikel 77 i LOU-direktivet nu skulle genomföras.

13.2.3 Regeringens förslag i prop. 2017/18:158

Regeringen har i prop. 2017/18:158 bl.a. lämnat förslag om särskilda regler för upphandling inom välfärden. För upphandling av välfärdstjänster (dvs. hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster) vars värde beräknas understiga tröskelvärdet om 750 000 euro föreslås att endast ett fåtal nya regler i 19 kap. LOU

[9] SOU 2016:13 s. 362 ff.
[10] SOU 2016:78 s. 532 ff.
[11] a. SOU s. 512.

ska gälla. De reglerna innebär bl.a. krav på annonsering, information till leverantörerna och dokumentation samt rättsmedel. De grundläggande principerna för upphandling ska bara gälla om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse, och då ska de gälla från första kronan.

I propositionen föreslås också att upphandlande myndigheter ska få reservera deltagandet i upphandlingar av vissa välfärdstjänster för organisationer som uppfyller angivna krav i lagen, dvs. ett genomförande av artikel 77 i LOU-direktivet, vid upphandlingar över tröskelvärdet.

De s.k. välfärdstjänsterna ska enligt förslaget anges i en ny bilaga till LOU, bilaga 2 a.

Riksdagen kommer inte att behandla propositionen i kammaren innan utredningens arbete är slutfört. Utredningen har beaktat regeringens förslag, så som det också följer av kommittédirektiven att utredningen ska göra. Som framgår av avsnitt 4.1.1 har utredningen emellertid valt att, vid utformningen av föreslagna ändringar i LOU, utgå från lagens nuvarande lydelse och inte från förslagen i propositionen.

13.3 Ett enkelt och flexibelt regelverk för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster

13.3.1 Samma regler för alla sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Förslag: De sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan exempelvis välfärdstjänster och andra tjänster. Reglerna tas in i både LOU och LUF.

EU-lagstiftaren har gett medlemsstaterna ett stort utrymme att utforma flexibla upphandlingsregler för de sociala tjänster och andra särskilda tjänster som omfattas av direktivens enklare system.

Samtliga tjänster inom det enklare systemet är endast av ett begränsat intresse för den gränsöverskridande handeln. Särskilt de personliga tjänsterna har också det gemensamt att tjänsteutövarens

personliga egenskaper har stor betydelse. För flertalet tjänster gäller att de har utmärkande egenskaper som motiverar att det anbud som anbudsgivaren lägger beaktas individuellt och specifikt av den upphandlande myndigheten. Detta gäller exempelvis juridiska tjänster, rekrytering och urval av personal, undervisning och yrkesutbildning samt spanings- och säkerhetstjänster.[12] För exempelvis hotell- och restaurangtjänster är geografiska faktorer ofta av stor betydelse för den upphandlande myndigheten eller enheten, och i det avseendet har även dessa tjänster egenskaper som motiverar en individuell och specifik bedömning.

Mot denna bakgrund anser utredningen att det enklare och flexiblare regelverk som utredningen enligt sitt uppdrag ska föreslå, bör omfatta samtliga tjänster inom det enklare systemet. Utredningen anser således inte, för sin del, att exempelvis de s.k. välfärdstjänsterna ska brytas ut och regleras på ett annat sätt än övriga tjänster inom det enklare systemet. Utredningen ser heller inte skäl att föreslå annat än att det utrymme för flexiblare upphandlingsregler som EU-lagstiftaren har gett medlemsstaterna ska tas till vara genom att reglerna tas in såväl i LOU som i LUF.

En målsättning med ett förenklat och flexibelt regelverk måste vara att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt. Ett syfte är bl.a. att undvika gränsdragningsproblem och tvister i fråga om rätt regler har tillämpats. Även detta talar för att tjänsterna regleras på ett enhetligt sätt.

[12] Se dom Strong Segurança, C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161, p. 43.

13.3.2 Annonspliktiga upphandlingar

Förslag: Sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska upphandlas enligt de föreslagna reglerna för annonspliktiga upphandlingar när upphandlingens beräknade värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster.

Särskilda regler ska gälla för dessa upphandlingar i fråga om annonsering och dokumentation samt i vissa fall en skyldighet att lämna ut kontrakt efter begäran.

Bedömning: Det bör inte införas några bestämmelser om skyldighet att ange tekniska specifikationer vid dessa upphandlingar.

Tröskelvärdet för de sociala tjänsterna och de andra särskilda tjänsterna är 750 000 euro enligt LOU-direktivet, vilket motsvarar 7 113 450 kronor, och 1 000 000 euro enligt LUF-direktivet, motsvarande 9 484 600 kronor. Dessa tröskelvärden är inte knutna till GPA-avtalet. Därför revideras de inte av kommissionen vartannat år, vilket är fallet beträffande upphandlingsdirektivens övriga tröskelvärden. Däremot bestäms vid dessa tillfällen nya motvärden i svenska kronor, beroende på förändringar i kronans värde i förhållande till euron.

När en upphandling uppgår till minst tröskelvärdet, gäller enligt direktiven vissa krav i fråga om annonsering på EU-nivå, om dokumentation och om en skyldighet i vissa fall att lämna ut kontrakt. Vidare ska de grundläggande principerna för upphandling iakttas, som likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen.

Dessa upphandlingar bör upphandlas enligt de regler som utredningen föreslår i 19 kap. LOU och LUF för annonspliktiga upphandlingar. De föreslagna reglerna innebär kortfattat att den upphandlande myndigheten eller enheten får utforma förfarandet fritt, och även använda metoder för upphandling såsom exempelvis ramavtal, under förutsättning att de grundläggande principerna för upphandling iakttas.

De upphandlande myndigheterna och enheterna ges på så sätt tillräcklig flexibilitet och goda möjligheter att utforma upphandlingarna med beaktande av dessa tjänsters särskilda karaktär. Regleringen anger samtidigt ramarna för myndigheternas och enheternas handlingsutrymme och innehåller nödvändiga skyddsregler för leverantörerna.

De krav som följer av direktiven på annonsering på EU-nivå m.m. har reglerats i nuvarande 19 kap. 3 § LOU och LUF genom hänvisningar till vissa direktivstyrda bestämmelser i lagen. De bestämmelserna ska alltså tillämpas när upphandlingens beräknade värde uppgår till minst tröskelvärdet. Utredningen föreslår av förenklingsskäl att direktivens krav i stället tillgodoses genom bestämmelser i 19 kap. i respektive lag, vilka placeras i ett särskilt avsnitt i kapitlet. På så sätt blir regleringen av de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna överskådlig och mer tillgänglig.

Utredningen kan inte se att direktiven innebär något krav på de upphandlande myndigheterna och enheterna att ange tekniska specifikationer vid upphandlingar över tröskelvärdet. Det finns inte heller något annat skäl för en sådan reglering. Något sådant krav, motsvarande det som i dag gäller genom hänvisningar i 19 kap. 3 § LOU och LUF, föreslås därför inte.

Hur kan upphandlingarna utformas?

När den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer vilka krav som ska gälla för leverantörer att få delta i upphandlingen, minimikraven på det som ska anskaffas, tilldelningskriterierna och eventuella särskilda kontraktsvillkor kan myndigheten eller enheten beakta faktorer som har samband med användarnas behov av kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användargruppers särskilda behov eller användarens inflytande över utförandet. Myndigheten eller enheten får även beakta behov av mångfald i fråga om leverantörsutbud, kontinuitet eller innovation. Dessa faktorer nämns uttryckligen i direktiven. De föreslagna bestämmelserna i lagarnas 19 kap. ger goda möjligheter för myndigheten eller enheten att ta dem i beaktande.

Särskilt de personliga tjänsterna har särdrag som vid upphandlingarna motiverar ett stort fokus på tjänsternas innehåll och kvalitet. Målsättningen med dessa upphandlingar bör vara att ge de enskilda användarna bästa möjliga tjänster inom den upphandlande myndighetens eller enhetens budgetramar. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör ta stor hänsyn till behov hos den enskilda användaren av tjänsten.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska när den utformar upphandlingen också iaktta krav som följer av annan lagstiftning, exempelvis krav i socialtjänstlagstiftningen på hur insatser ska utformas och den enskildes medverkan vid utformningen av dessa samt reglerna i OSL om sekretess till förmån för enskild inom hälso- och sjukvården respektive socialtjänsten.

En upphandlande myndighet bör kunna ingå långvariga kontrakt när det är nödvändigt på grund av användarnas behov, föremålet för upphandlingen, investeringskostnader eller andra relevanta grunder. I fråga om personliga tjänster bör den upphandlande myndigheten exempelvis i många fall kunna ingå ett kontrakt på obestämd tid med uppsägningsklausul, om det bedöms som nödvändigt.

Det bör påpekas att det för närvarande inte finns något förbud mot att ingå offentliga kontrakt avseende tjänster på obestämd tid. Det finns således inga rättsliga hinder mot sådana kontrakt. Däremot kan kontrakt på obestämd tid vara tveksamma av andra skäl, såsom affärsmässiga. Under alla förhållanden måste frågan om tillåtligheten av kontrakt på obestämd tid, som alltid, avgöras med hänsyn till vad det är som upphandlas. Självfallet har den enskilda användarens behov av trygghet, stabilitet och kontinuitet i tillhandahållandet av tjänsten i dessa fall många gånger stor betydelse. Sådana behov bör tillåtas väga tungt vid en avvägning mot den eventuella marknadsintervention som ett långvarigt kontrakt skulle kunna sägas utgöra.

Som framhållits i avsnitt 8.3 talar också viss praxis från EU-domstolen för att intresset av en strikt likabehandling av leverantörerna, i syfte att upprätthålla en effektiv konkurrens, i enskilda fall för vissa slag av tjänster kan få ge vika för intresset av en individuell och specifik anbudsbedömning.[13]

De upphandlande myndigheterna och enheterna har sammanfattningsvis stor frihet när de utformar såväl upphandlingar som kontraktsvillkor beträffande sociala och andra särskilda tjänster, vilket särskilt har betydelse i fråga om de personliga tjänsterna. Det kan dock avslutningsvis erinras om att detta inte fritar myndigheterna och enheterna från den allmänna skyldigheten att se till att göra en god affär, dvs. att det kontrakt som ingås är affärsmässigt godtagbart.

[13] Dom Strong Segurança, C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161.

13.3.3 En möjlighet att reservera upphandlingen av vissa tjänster

Förslag: LOU-direktivets och LUF-direktivets bestämmelser om möjligheten att vid upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster reservera upphandlingen för vissa organisationer genomförs i lagarna.

De tjänster det är fråga om anges i en ny bilaga till respektive lag.

En definition av begreppet CPV-kod tas in i lagarna.

Regeringen har i prop. 2017/18:158 föreslagit att artikel 77 i LOU-direktivet nu ska genomföras i svensk rätt. Den artikeln medger, sammanfattningsvis, en möjlighet att vid upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster reservera upphandlingen för vissa organisationer.

Även utredningen anser att artikeln nu bör genomföras, vilket föreslås ske genom bestämmelser i 19 kap. LOU. Bestämmelserna kan öka de små och medelstora företagens samt de idéburna organisationernas möjligheter att delta i upphandlingar.

Utredningen anser att även artikel 94 i LUF-direktivet ska genomföras genom motsvarande bestämmelser i 19 kap. LUF. Även om bestämmelserna kan ha begränsad betydelse för upphandling inom försörjningssektorerna, bör den tillåtna konkurrensbegränsning som bestämmelserna innebär vara möjlig att använda också för upphandlande enheter. Genom detta uppnås också enhetlighet mellan lagarna. Framför allt undviks en opåkallad skillnad.

En upphandlande myndighet eller enhet ska således ha möjlighet att reservera deltagandet till organisationer som uppfyller vissa krav. En sådan organisation ska ha till syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till tjänsterna i fråga, och eventuella vinster ska återinvesteras för att uppnå organisationens syfte.

Vidare ska organisationens lednings- och ägarstruktur grundas på personalens ägande eller deltagande, eller kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

Löptiden för ett kontrakt som tilldelas med stöd av de föreslagna bestämmelserna ska inte få överstiga tre år. Om en upphandlande myndighet eller enhet har tilldelat en organisation ett kontrakt för en viss tjänst med stöd av bestämmelserna under de senaste tre åren

ska myndigheten inte på nytt få tilldela samma organisation ett kontrakt efter en reserverad upphandling för en sådan tjänst.

Utredningens författningsförslag motsvarar i sak författningsförslaget i nyss nämnda proposition. Utredningen föreslår dock en annan utformning av paragrafen, i syfte att göra den så lättillgänglig som möjligt. De tjänster som får reserveras med stöd av paragrafen bör också lämpligen anges, med benämning jämte CPV-koder, i en ny bilaga till lagarna, enligt utredningens lagförslag bilaga 2 a i båda lagarna.

I förtydligande syfte bör det i lagarnas 1 kap. tas in en definition av begreppet CPV-kod. Det begreppet används i den föreslagna paragrafen och på flera andra ställen i lagen.

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att reservera deltagandet i en upphandling med tillämpning av de föreslagna bestämmelserna ska informera om detta i annonsen om upphandlingen. Detta krav följer emellertid av de standardformulär som ska användas vid annonsering i TED. De formulären beslutas av kommissionen genom en förordning som är direkt bindande och tillämplig i medlemsstaterna. En nationell bestämmelse om detta behövs därför inte.

13.3.4 Direktupphandlingar

Förslag: Direktupphandling får användas om det beräknade värdet av en upphandling av en social tjänst eller annan särskild tjänst understiger det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster enligt LOU respektive LUF.

LOU-direktivets och LUF-direktivets tröskelvärde för de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna är betydligt högre än det tröskelvärde som gällde för de s.k. B-tjänsterna enligt 2004 års direktiv. EU-lagstiftaren har också uttryckligen angett i skältexterna att upphandlingar under dessa tröskelvärden som regel inte är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. 2014 års direktiv innebär alltså ett betydande nationellt handlingsutrymme beträffande regleringen av dessa tjänster. Det utrymmet bör enligt utredningen bör tas till vara för att skapa ett mycket flexibelt regelverk, som ger de upphandlande myndigheterna och enheterna ett stort handlingsutrymme.

De upphandlande myndigheterna och enheterna bör därför få använda direktupphandling om värdet understiger tröskelvärdet.

Ramen för myndigheternas och enheternas handlingsutrymme ska utgöras av den nationella princip som utredningen föreslår för direktupphandlingar. Den principen innebär en skyldighet att ta tillvara konkurrensen. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens värde. Om upphandlingen kan vara av intresse för en leverantör som är etablerad i en annan EU- eller EES-stat ska, i stället för den nationella principen, de EU-rättsliga grundläggande principerna gälla för upphandlingen (se avsnitt 9.2).

Utredningen konstaterar att de tidigare utredningar som har lämnat förslag om hur tjänster inom direktivens enklare system ska upphandlas har kommit till liknande slutsatser. Utredningens förslag har också flera likheter med förslagen i prop. 2017/18:158. Det kan konstateras att det finns en tydlig politisk vilja att utforma regelverket på ett betydligt enklare och flexiblare sätt än de regler som gäller i dag. Utredningen är heller inte ensam i slutsatsen att det finns betydande sakliga skäl som talar för en sådan ordning.

De regler som regeringen nu föreslår om upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet innebär bl.a. krav på annonsering, information till leverantörerna och dokumentation samt rättsmedel. De grundläggande principerna för upphandling ska bara gälla om upphandlingen är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Som framgått avser utredningens förslag inte bara LOU, utan även LUF. Det avser vidare samtliga tjänster enligt bilaga 2 och inte bara välfärdstjänsterna. I övrigt är de viktigaste skillnaderna i förhållande till förslagen i propositionen att det med utredningens förslag inte görs obligatoriskt att annonsera välfärdsupphandlingar under tröskelvärdet i en allmänt tillgänglig databas. Det blir alltså upp till den upphandlande myndigheten att själv avgöra hur konkurrensutsättning bäst sker i varje upphandling. Den upphandlande myndigheten ska vidare som regel genomföra upphandlingen 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 det förslag som utredningen lägger fram är ändamålsenligt och innebär en rimlig balans mellan intresset av en

flexibel reglering och intresset av att konkurrensutsättning sker i tillräcklig omfattning. Genom utredningens förslag blir det tydligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna vilken princip som ska iakttas vid direktupphandlingen. Principen är enkelt utformad och torde vara tämligen lätt att översätta i praktisk handling. På så sätt kan också en situation med ett onödigt osäkert rättsläge undvikas. Utredningens förslag skapar goda förutsättningar för små och lokala företag samt de idéburna aktörerna att, trots deras ofta begränsade administrativa resurser, delta i upphandlingarna samt att faktiskt också erhålla de kontrakt det är fråga om. Särskilt de idéburna aktörerna efterfrågar, enligt utredningens erfarenhet, en möjlighet att kunna ingå avtal med offentliga aktörer utan att behöva lämna anbud i annonserade konkurrensutsättningar. Samtidigt får de upphandlande myndigheterna och enheterna största möjliga utrymme att utforma upphandlingarna med beaktande av tjänsternas särskilda karaktär.

Genom utredningens förslag bortfaller det nuvarande obligatoriet att annonsera upphandlingarna i spannet mellan den nuvarande direktupphandlingsgränsen (cirka 586 000 kronor i LOU och 1 090 000 kronor i LUF) och upp till tröskelvärdet. En nackdel med detta är att möjligheterna att samla in statistik om dessa upphandlingar försämras. Det vanligaste underlaget för statistiken på upphandlingsområdet är nämligen just uppgifter från annonser. Utredningen har erfarit att bl.a. de idéburna aktörerna efterfrågar bättre statistik om upphandling av välfärdstjänster. Utredningen anser dock att de fördelar den ökade flexibiliteten och det enklare regelverket ger – för upphandlande myndigheter och enheter, men också de små företagen och just de idéburna aktörerna – i detta fall överväger denna nackdel.

Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte direktupphandla en social tjänst eller annan särskild tjänst, trots att det är tillåtet, är alternativet givetvis inte att helt underlåta upphandling. Då ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av bestämmelserna om annonspliktiga upphandlingar i lagarnas 19 kap. Den uttryckliga regel som föreslås beträffande detta för ”vanlig” direktupphandling (se avsnitt 15.6) gäller även för direktupphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

14 Projekttävlingar

Förslag: Projekttävlingar ska kunna anordnas på det icke direktivstyrda området i LOU och LUF även fortsättningsvis.

Projekttävlingar ska kunna anordnas avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster när värdet av projekttävlingen uppgår till minst det tröskelvärde som gäller för sådana tjänster.

De direktivstyrda bestämmelserna om projekttävlingar i LOU och LUF är avseende tillämpningsområde, urvalskriterier, kommunikation, juryn och dess sammansättning samt juryns beslut tillämpliga även vid projekttävlingar på det icke direktivstyrda området (19 kap. 34 § LOU respektive LUF).

Projekttävlingar används i mycket ringa utsträckning. Utredningen föreslår emellertid att det tas in bestämmelser om projekttävlingar i de föreslagna 19 kap. i lagarna, som i princip motsvarar de nuvarande bestämmelserna.

Av 19 kap. 34 § LOU respektive LUF framgår att projekttävlingar är möjliga om värdet av projekttävlingen överstiger direktupphandlingsgränsen och understiger det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 §. Projekttävlingar avseende de sociala tjänsterna och de andra särskilda tjänsterna synes bara vara möjliga att anordna om värdet av projekttävlingen understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § för sådana tjänster. Utredningen ser inte något sakligt skäl för en sådan begränsning. Det bör tydliggöras att det är möjligt att anordna projekttävlingar även beträffande de sociala tjänsterna och de andra särskilda tjänsterna, när det beräknade värdet uppgår till minst tröskelvärdet.

15 Direktupphandling

15.1 Definitionen av direktupphandling

Förslag: Med direktupphandling ska avses upphandling utan obligatorisk annonsering.

Begreppet direktupphandling definieras i 19 kap. 4 § LOU respektive LUF. Där anges att med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Definitionen fick sin nuvarande utformning genom en lagändring år 2010. Syftet var att göra definitionen enklare. Innebörden av definitionen är att ett anbud i en direktupphandling kan vara såväl muntligt som skriftligt.[1]

Lagrådet anförde i det senaste stora lagstiftningsärendet att definitionen förefaller vara alltför snäv. Det är inte bara anbudets form som ska vara oreglerad, menade Lagrådet, utan även förfarandet som sådant. Lagrådet föreslog att paragrafen skulle ges lydelsen att med direktupphandling avses en upphandling som inte måste göras enligt ett visst förfarande.[2] Lagrådets förslag ledde inte till någon ändring av paragrafen.

Utredningen konstaterar att det inte finns några formkrav för vare sig förfarandet eller anbudet i fråga om direktupphandling. Det formkrav som finns är att kontraktet ska vara skriftligt (1 kap. 15 § LOU respektive 1 kap. 14 § LUF). Det centrala från upphandlingsrättslig synpunkt, och det som utmärker direktupphandling i förhållande till andra förfaranden i 19 kap. LOU och LUF, är att det inte är obligatoriskt att annonsera upphandlingen. Detsamma gäller för det som kan kallas tillåten direkttilldelning på EU-nivå – det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering. Utredningen

[1] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 286 och s. 318.
[2] Prop. 2015/16:195 del 4 s. 1 163.

anser att definitionen av direktupphandling bör renodlas i förenklande och förtydligande syfte. Definitionen ska ange att direktupphandling är upphandling utan obligatorisk annonsering.

15.2 När får direktupphandling användas?

15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde

Förslag: Direktupphandlingsgränserna för upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (utom tjänster enligt lagarnas bilaga 2) ska anges 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.

Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LOU får direktupphandling användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet vid upphandling av varor och tjänster. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Enligt 19 kap. 7 § tredje stycket LUF får direktupphandling användas om upphandlingens värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller vid upphandling av varor och tjänster. I övrigt får direktupphandling användas i motsvarande situationer som enligt LOU, och det finns även ett motsvarande krav att besluta riktlinjer.

De tröskelvärden som direktupphandlingsgränserna är relaterade till revideras av kommissionen vartannat år, enligt bestämmelser i LOU- och LUF-direktiven. Med utgångspunkt från nu gällande tröskelvärdesbelopp (från den 1 januari 2018) är direktupphandlingsgränsen i LOU 586 907 kronor och direktupphandlingsgränsen i LUF 1 092 436 kronor. Samma gräns gäller för alla slag av upphandling inom respektive lag, dvs. byggentreprenader, varor och tjänster – både tjänster enligt lagarnas bilaga 2 och övriga tjänster.

Direktupphandlingsgränserna höjdes den 1 juli 2014. Procentsatserna bestämdes då till 28 respektive 26 procent av relevant tröskelvärde i LOU respektive LUF, efter att tidigare ha varit bestämda till 15 procent i båda lagarna (se avsnitt 3.4.1).

Den utvärdering av bestämmelserna om direktupphandlingsgränserna och kravet på dokumentation av direktupphandlingar som enligt regeringen borde göras när de varit i kraft i tre år har ännu inte kommit till stånd. Utredningen har dock erfarit att en sådan utvärdering alltjämt är aktuell. I avvaktan på att utvärderingen görs anser utredningen att gällande direktupphandlingsgränser för byggentreprenader, varor och de generellt upphandlingspliktiga tjänsterna i princip bör lämnas oförändrade. Utredningen anser för sin del att det finns goda skäl som talar för höjda direktupphandlingsgränser, särskilt direktupphandlingsgränsen för byggentreprenader. Frågan om direktupphandlingsgränserna bör höjas ytterligare övervägs dock lämpligen först i samband med att utvärderingen av den senaste höjningen görs.

Förenklingsskäl talar för att direktupphandlingsgränserna bör anges i nominella belopp i lagarna, och inte uttryckas i procenttal som relateras till tröskelvärden i direktiven. Att direkt av lagtexten kunna utläsa beloppen ökar användarvänligheten och gör lagen mer lätttillgänglig. Utredningen kan inte heller se något tungt vägande skäl till varför direktupphandlingsgränserna måste justeras med regelbundenhet vartannat år. Tvärtom är det en förenkling i sig att gränserna är bestämda i nominella belopp som kan stå sig över längre tid. Utredningen har vid den internationella utblicken (se avsnitt 5) också kunnat konstatera att förekommande nationella tröskelvärden regelmässigt anges i nominella belopp.

En nackdel med att ange direktupphandlingsgränserna i nominella belopp är att det krävs lagändringar om mer betydande förändringar i kronans värde skulle göra det påkallat att ändra gränserna. Utredningen anser dock att de nyss beskrivna fördelarna överväger. Med en avrundning till ett lämpligt jämnt belopp föreslår utredningen att direktupphandlingsgränserna för upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster, utom sådana tjänster som anges i lagarnas bilaga 2, bestäms till 600 000 kronor i LOU, och 1 100 000 kronor i LUF.

Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte direktupphandla, trots att det är tillåtet, ska det givetvis inte vara något

alternativ att helt underlåta att tillämpa upphandlingsreglerna. Då ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av bestämmelserna om annonspliktiga upphandlingar i lagarnas 19 kap. En särskild regel bör ange detta.

15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Förslag: Direktupphandling får användas för en anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att

1. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av en upphandling, och en förlängd avtalsspärr gäller eller rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås,
2. allmän förvaltningsdomstol har beslutat att en upphandling ska rättas eller göras om, eller
3. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet, och rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtalet inte får fullgöras.

Ett ingånget kontrakt får inte ha längre löptid än nödvändigt. Det får inte heller vara mer omfattande än nödvändigt.

Direktupphandling får bara användas om värdet av upphandlingen inte överstiger tillämpligt tröskelvärde.

Bedömning: Det bör inte införas en möjlighet att direktupphandla i samband med att en domstol har förklarat ett ingånget avtal ogiltigt.

Tidigare förslag

Upphandlingsutredningen 2010 föreslog, utan att lämna något författningsförslag, att ett nytt undantag skulle föras in i LOU och LUF. Undantaget kallades temporär upphandling. Undantagets innebörd skulle vara att direktupphandling temporärt skulle få användas när

en upphandling blivit föremål för överprövning och en förlängd avtalsspärr hade inträtt.[3] En klar majoritet av remissinstanserna var positiva till förslaget. Regeringen ansåg dock, i likhet med många remissinstanser, att förslaget krävde ytterligare analys av de rättsliga förutsättningarna, de faktiska konsekvenserna och hur en eventuell reglering bör utformas för att bäst uppnå det avsedda syftet. Överprövningsutredningen gavs därför i uppdrag att undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för temporär upphandling.[4]

Överprövningsutredningen valde att inte föreslå något undantag för temporär upphandling. Utredningen föreslog en kompletterande bestämmelse till de tre upphandlingslagarnas bestämmelser om när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas. I den kompletterande bestämmelsen angavs, som exempel på en omständighet som har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten, att upphandlingen begärs överprövad och att överprövning sker i en instans.

Den föreslagna bestämmelsen skulle, motsatsvis, göra slutsatsen möjlig att om överprövning av en upphandling sker i mer än en instans, är detta en omständighet som *inte* har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten. Därmed har myndigheten eller enheten rätt att, vid synnerlig brådska, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Överprövningsutredningen menade att reglerna om synnerlig brådska uttömmande reglerar i vilka situationer en upphandling utan föregående annonsering kan göras. Att gå utöver denna reglering ansåg utredningen inte var möjligt, när det gällde upphandling över tröskelvärdet. Utredningen menade att man bör sträva efter att ha liknande regler under respektive över tröskelvärdet. Därför fanns det skäl att, i stället för ett undantag för temporär upphandling, tolka de direktivstyrda reglerna om rätt att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid synnerlig brådska på ett mer ändamålsenligt sätt än dittills.[5]

Överprövningsutredningens förslag bereds för närvarande i Regeringskansliet.

---

[3] SOU 2013:12 s. 366 f.
[4] Dir. 2013:105.
[5] SOU 2015:12 s. 166 f.

En möjlighet att göra täckningsköp i vissa fall

Utredningen instämmer i Överprövningsutredningens slutsats att det, på det direktivstyrda området, inte är möjligt att ha andra undantag från annonseringskravet än vad direktiven medger. Däremot anser utredningen inte att rekvisiten för när upphandling utan annonsering är tillåten nödvändigtvis måste överensstämma mellan det direktivstyrda och det icke direktivstyrda området.

Det finns ett nationellt handlingsutrymme som ger möjlighet att ha mer tillåtande regler för direktupphandling, så länge värdet av det som direktupphandlas inte överstiger tillämpligt EU-tröskelvärde. Det utrymmet bör tas tillvara på så sätt att det införs en möjlighet att använda direktupphandling i samband med överprövning av en upphandling eller ett avtals giltighet (täckningsköp).

Täckningsköp bör vara tillgängligt i tre situationer. Den första är när en upphandling är överprövad i domstol och stoppad på grund av antingen en förlängd avtalsspärr eller när rätten enligt 20 kap. 9 § LOU och LUF interimistiskt har beslutat att avtal inte får ingås. Rätten ska inför ett sådant beslut göra en skadeavvägning vid vilken hänsyn ska tas till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen (se bestämmelsernas sista stycken).

Den andra situationen är när en domstol har avgjort ett mål om överprövning av upphandling, och förordnat om ingripande i form av rättelse eller att upphandlingen ska göras om.

Slutligen bör täckningsköp också vara möjligt när en domstol, i ett mål om överprövning av avtals giltighet, har beslutat interimistiskt enligt 20 kap. 16 § LOU respektive LUF att det överprövade avtalet inte får fullgöras. Av 20 kap. 16 § andra stycket följer att rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören. Vidare ska rätten ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen. Eftersom rätten ska göra en sådan skadeavvägning och ta sådan hänsyn kan det förutses att behovet av en möjlighet att göra täckningsköp vid sådana beslut i praktiken skulle vara litet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har ett angeläget behov av den vara, tjänst eller byggentreprenad som avtalet gäller får det antas att myndigheten eller enheten argumenterar för att domstolen inte ska fatta ett

interimistiskt beslut. För fullständighets skull anser dock utredningen att det bör finnas en möjlighet till täckningsköp i dessa fall.

Utredningen bedömer att det, i de tre nämnda situationerna, kan vara nödvändigt för en upphandlande myndighet eller enhet att med kort varsel och på kort sikt kunna tillgodose ett angeläget behov som har uppstått just på grund av upphandlingen är stoppad eller att ett ingånget avtal tillfälligt inte får fullgöras.

En anskaffning kan exempelvis vara nödvändig när den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig enligt annan lag att tillhandahålla allmänheten den tjänst eller vara som anskaffas. Bedömningen av om ett behov är angeläget kan göras med hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset eller andra berörda intressen. Som framgått är detta omständigheter som också en domstol ska ta hänsyn till vid skadebedömningen inför ett interimistiskt beslut om att avtal inte får fullgöras (se 20 kap. 16 § tredje stycket LOU och LUF).

Utredningen anser inte att det behövs en regel om täckningsköp när en domstol har förklarat ett avtal ogiltigt. Ett sådant avgörande är inte verkställbart innan det har vunnit laga kraft (HFD 2012 ref. 27). Den beslutande domstolen kan också låta ett felaktigt ingånget avtal bestå, om det är nödvändigt på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Det får förutsättas att en upphandlande myndighet eller enhet begär att domstolen fattar ett sådant beslut, om den anser att förutsättningarna för det är uppfyllda.

Täckningsköp är tänkt som en tillfällig lösning för att lösa en akut situation. En förutsättning för att få ingå avtal om täckningsköp bör därför vara att det avtal som ingås inte ska ha längre löptid eller vara mer omfattande än nödvändigt. Det bör också införas en möjlighet för leverantörer att begära hos allmän förvaltningsdomstol att ett avtal som inte uppfyller dessa förutsättningar ska ogiltigförklaras (se avsnitt 16).

Värdet av täckningsköpet får inte överstiga tillämpligt tröskelvärde

Värdet av det som direktupphandlas genom täckningsköp ska läggas samman med värdet av andra anskaffningar, med vanlig tillämpning av reglerna om beräkning av en upphandlings uppskattade värde. Ut-

redningen föreslår i avsnitt 15.7.1 att de direktivstyrda beräkningsreglerna alltid ska användas vid sådana beräkningar. Utredningen bedömer att det uppskattade värdet av det som ska direktupphandlas genom täckningsköp som regel kommer att behöva läggas samman med i vart fall det uppskattade värdet av den upphandling eller det avtal som är föremål för överprövning.

Om det sammanlagda värdet överstiger tillämpligt tröskelvärde, måste utgångspunkten vara att direktupphandling genom täckningsköp inte får användas. Detta kan förstås sägas begränsa den praktiska nyttan av bestämmelserna om täckningsköp. Men det är inte tillåtet enligt unionsrätten att, på det direktivstyrda området, ha andra undantag från annonseringsskyldigheten än vad upphandlingsdirektiven medger. Nationella bestämmelser om undantag från annonseringsplikt vid täckningsköp kan därför inte medge täckningsköp till värden som innebär att tillämpligt tröskelvärde överskrids.

Trots denna begränsning bör det nationella handlingsutrymmet tas till vara genom bestämmelser om täckningsköp, som ska kunna komma till användning så länge som värdet av det som upphandlas inte överstiger tillämpligt tröskelvärde.

15.2.3 Direktupphandling i andra särskilda situationer

Förslag: Direktupphandling ska få användas, i samma utsträckning som enligt gällande lagar, när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Bestämmelserna som medger detta ska utformas mer utförligt än de nuvarande och innebära att direktupphandling får användas efter en misslyckad upphandling enligt det föreslagna 19 kap., i brådskande fall och i vissa andra fall.

Av nu gällande bestämmelser om direktupphandling i 19 kap. 7 § LOU respektive LUF följer sammanfattningsvis att direktupphandling får användas om

1. det vid en ”vanlig” upphandling enligt de icke direktivstyrda reglerna inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt,

2. förhållandena motsvarar de som enligt bestämmelserna i 6 kap. i respektive lag gör det tillåtet att i vissa fall använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, exempelvis att syftet med upphandlingen är att förvärva ett unikt konstverk, att det är möjligt att anskaffa varor eller tjänster på särskilt förmånliga villkor eller att det handlar om en ny tjänst eller byggentreprenad som är en upprepning av tidigare tjänster eller byggentreprenader,

3. det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, inte är möjligt att genomföra upphandlingen enligt 5 kap. eller 6 kap. och anskaffningen är absolut nödvändig, eller

4. det finns synnerliga skäl.

Direktupphandling bör vara möjlig i dessa fall även fortsättningsvis. De nuvarande bestämmelserna är emellertid inte helt lättillgängliga. Särskilt kan kopplingen mellan bestämmelserna i 19 kap. och de direktivstyrda bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering uppfattas som otydlig. Det kan ge upphov till onödiga tolkningsproblem.

Utredningen anser att bestämmelserna bör förtydligas genom att de ges en annan utformning och görs något mer utförliga. Det bör så långt som möjligt framgå direkt av bestämmelserna i vilka fall som direktupphandling får användas. Dessa fall kan delas upp i två paragrafer om att direktupphandling kan få användas dels efter en misslyckad upphandling enligt 19 kap., dels i brådskande fall och vissa andra fall.

Någon ändring av rättsläget är inte avsedd genom detta. Avsikten med bestämmelsen om direktupphandling vid synnerliga skäl (p. 4 ovan) är alltjämt att ge utrymme för den upphandlande myndigheten att använda direktupphandling i enskilda fall vid upphandling av tjänster enligt bilaga 2, om det med hänsyn till en enskilds förhållanden är oskäligt eller uppenbart olämpligt att ordna ett anbudsförfarande eller byta tjänsteleverantör (prop. 2001/02:142 s. 49).

Värdet av det som direktupphandlas enligt de föreslagna paragraferna får inte överstiga tillämpligt tröskelvärde. Detta gäller redan enligt nuvarande bestämmelser i 19 kap. Något annat skulle kunna innebära en konflikt med unionsrätten (se avsnitt 15.2.2). Detta bör, av förtydligande skäl, anges uttryckligen i den föreslagna paragraf som medger direktupphandling i brådskande fall och vissa andra fall. I fråga om direktupphandling efter en misslyckad upphandling enligt

19 kap. anser utredningen dock att det inte behövs någon uttrycklig regel. Det uppskattade värdet av den första, misslyckade upphandlingen kan nämligen inte ha överstigit tröskelvärdet.

15.2.4 Direktupphandling av tjänster enligt bilaga 2

Utredningen föreslår att direktupphandling ska få användas om det beräknade värdet av en upphandling av en social tjänst eller annan särskild tjänst understiger det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster. Förslaget, och skälen för detta, presenteras närmare i avsnitt 13.3.3.

15.3 Förfarandet vid direktupphandlingar

15.3.1 Information om beslut vid direktupphandling

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet har begärt in anbud från fler än en anbudsgivare ska myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna när beslut om leverantör och anbud har fattats.

Underrättelsen utlöser inte någon avtalsspärr enligt 20 kap. 1 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, enligt 19 kap. 29 § andra stycket LOU respektive LUF, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt. Av 20 kap. 2 § 4 LOU respektive 20 kap. 2 § 3 LUF framgår att någon avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling. Med andra ord utlöser underrättelseskyldigheten vid direktupphandlingar inte någon avtalsspärr.

Det bör även fortsättningsvis gälla en underrättelseskyldighet vid direktupphandlingar när flera anbud har begärts in. Någon avtalsspärr ska inte gälla.

Av motsvarande paragraf om informationsskyldighet vid upphandlingar enligt lagarnas 19 kap. kommer det, enligt utredningens förslag, att framgå om en avtalsspärr gäller eller om en sådan kan iakttas frivilligt. I konsekvens med detta bör det framgå redan av bestämmelsen om underrättelseskyldighet vid direktupphandlingar att någon avtalsspärr inte gäller i dessa fall.

15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Enligt 19 kap. 30 § LOU respektive LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Dokumentationsskyldigheten gäller dock inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Det bör gälla en skyldighet att dokumentera direktupphandlingar enligt det föreslagna 19 a kap. på samma sätt som enligt de nuvarande bestämmelserna.

Dokumentationsskyldigheten bör gälla för alla direktupphandlingar, således inte bara de vars värde uppgår till minst 100 000 kronor. Utredningen anser att detta är en förenklande åtgärd, eftersom den undanröjer ett i praktiken onödigt gränsdragningsproblem. Att alla upphandlingar dokumenteras underlättar också för de upphandlande myndigheterna och enheternas kontroll av att direktupphandlingsgränsen inte överskrids. Utredningen har erfarit att många upphandlande myndigheter och enheter redan i dag har krav att dokumentera direktupphandlingar som går längre än lagstiftningen i sina interna riktlinjer. En skyldighet att dokumentera torde vidare redan följa av andra regelverk.

Det ligger i sakens natur att dokumentation av upphandlingar av mindre värden inte behöver vara särskilt omfattande. Många gånger kan dokumentation i form av den faktura eller det kvitto som tas in som verifikat i bokföringen vara tillräcklig.

15.3.3 Riktlinjer

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska besluta riktlinjer för direktupphandling.

Av 19 kap. 7 § LOU och LUF framgår att en upphandlande myndighet eller enhet ska besluta riktlinjer för direktupphandling. Konkurrensverket har undersökt hur riktlinjerna för och dokumentationen av direktupphandlingar ser ut hos upphandlande myndigheter.[6] Undersökningen ger vid handen att nio av tio av de upphandlande myndigheterna har regler om direktupphandlingar i sina interna styrdokument. Konkurrensverkets slutsats är att kravet på riktlinjer för och dokumentation av direktupphandlingar har fått effekter. Myndigheten framhåller att interna riktlinjer för hur direktupphandlingar ska användas är viktiga för att säkerställa att upphandlande myndigheter har ett korrekt och strategiskt förhållningssätt till direktupphandlingar.

Enligt utredningens uppfattning är ett krav på riktlinjer för direktupphandling alltjämt relevant och får än större vikt mot bakgrund av utredningens förslag om att dels en nationell princip om konkurrensutsättning ska gälla som regel för direktupphandlingarna, dels att utrymmet för direktupphandling av de sociala tjänsterna och de särskilda tjänsterna ska utökas.

15.4 Frivillig förhandsannonsering

Förslag: En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons.

Enligt 19 kap. 13 § LOU respektive LUF får en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling informera om sin avsikt genom en annons. Av 20 kap. 3 § i respektive lag framgår att myndigheten eller enheten måste

[6] Konkurrensverket, *Direktupphandlingar – en kartläggning av riktlinjer och rutiner*, rapport 2016:11.

iaktta en avtalsspärr om tio dagar efter det att annonsen har publicerats. Myndigheten eller enheten kan på detta sätt freda sig mot en talan om ogiltighet av avtalet, vilket framgår av 20 kap. 15 § tredje punkten LOU respektive 20 kap. 15 § andra punkten LUF.

Möjligheten till frivillig förhandsannonsering bör finnas kvar. I förtydligande syfte bör det, i den paragraf i de föreslagna 19 a kap. som reglerar denna möjlighet, göras en hänvisning till bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 3 § i respektive lag.

15.5 Förfaranderegler som inte behövs

15.5.1 Kommuniceringsformer vid direktupphandlingar

Bedömning: Det bör inte gälla några regler om kommuniceringsformer vid direktupphandlingar.

Enligt 19 kap. 16 § LOU och LUF gäller bl.a. bestämmelserna i lagarnas 12 kap. 1–5 §§ vid upphandling som avses i 19 kap. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling. Undantaget innebär att det inte finns något krav på att använda allmänt tillgängliga elektroniska medel vid kommunikation i direktupphandlingar. Det finns heller inte någon begränsning när det gäller möjligheten att använda muntlig kommunikation. Rättsläget i dessa avseenden bör vara oförändrat.

15.5.2 Tidsfrister vid direktupphandlingar

Bedömning: Det behövs inga regler om tidsfrister vid direktupphandlingar.

Enligt 19 kap. 15 § LOU respektive LUF ska anbudssökande och anbudsgivare ges skälig tid att komma in med anbudsansökningar respektive anbud. Bestämmelsen är tillämplig även vid direktupphandlingar. Det ligger emellertid i sakens natur att bestämmelsen har störst betydelse för upphandling enligt något av de annonserade förfarandena i 19 kap.

Utredningen bedömer inte att det behövs någon motsvarande bestämmelse om tidsfrister i det föreslagna 19 a kap. i lagarna om direktupphandling.

15.6 Om myndigheten eller enheten väljer att inte direktupphandla

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte direktupphandla, trots att det är tillåtet, ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av bestämmelserna om annonspliktiga upphandlingar i lagarnas 19 kap.

Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte direktupphandla, trots att det är tillåtet, ska det givetvis inte vara något alternativ att helt underlåta att tillämpa upphandlingsreglerna. Då ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av bestämmelserna om annonspliktiga upphandlingar i lagarnas 19 kap. En uttrycklig regel bör ange detta.

15.7 Beräkning av en upphandlings värde

15.7.1 De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling utgår

Förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling ska tillämpas för såväl direktivstyrda som icke direktivstyrda upphandlingar. En ny bestämmelse i det inledande kapitlet i LOU respektive LUF ska ange detta.

En bestämmelse om att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap. tas in i kapitlet om tröskelvärden och beräkning av en upphandlings värde (5 kap.) i LOU respektive LUF.

Bedömning: Det är inte nödvändigt att behålla de särskilda bestämmelserna om principer för beräkning vid direktupphandling i 19 kap. LOU och LUF.

I samband med att det s.k. ändringsdirektivet genomfördes i svensk rätt, infördes också fasta beloppsgränser för direktupphandling (se avsnitt 3.4.1). Då infördes också särskilda bestämmelser om principer för beräkning av ett kontrakts värde, som ska användas vid tillämpning av reglerna om fasta direktupphandlingsgränser.[7] Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i lagen. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret (nuvarande 19 kap. 8 § i LOU och LUF).

Bestämmelserna har sin förebild i de regler om beräkning av värdet av ett kontrakt och om förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling som gäller för direktivstyrda upphandlingar. Regeringen uttalade att stöd får sökas i förarbeten och praxis rörande dessa bestämmelser vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsernas närmare innebörd.[8]

Det moment i dessa bestämmelser som förefaller ha vållat störst svårigheter i tillämpningen är att direktupphandlingar av ”samma slag” ska räknas samman. Högsta förvaltningsdomstolen har nyligen prövat frågan om flera avtal som har direktupphandlats ska anses vara av samma slag och värdena av dem därför ska räknas samman vid bedömningen av om beloppsgränsen för när direktupphandling är tillåten har överskridits.[9]

Bestämmelserna har i oförändrad form förts över till 2016 års LOU och LUF. I lagstiftningsärendet anmärkte Lagrådet bl.a. på att det inte framgår vilka direktupphandlingar som är av ”samma slag” och vad som avses med ”räkenskapsåret”. Vidare noterade Lagrådet att, till skillnad från vad som gäller enligt den direktivstyrda beräkningsregeln i 5 kap. 3 § LOU, premier och andra ersättningar till anbudssökande och anbudsgivare inte ska räknas in i värdet. Lagrådet anmärkte vidare att vilka ”bestämmelser över tröskelvärdena” som skulle kunna bidra till en ökad förståelse i frågorna om varför vissa ersättningar inte ska ingå i värdet av en upphandling med lägre

[7] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 292 f.
[8] a. prop. s. 293 och 345.
[9] HFD 2017 ref. 74.

värde, eller vad som ska anses vara direktupphandlingar ”av samma slag” inte anges i de nyss citerade förarbetsuttalandena.[10] I författningskommentaren till 19 kap. 8 § LOU anges nu, som svar på Lagrådets anmärkning, att det i första hand är 5 kap. 3 och 5–7 §§ samt i tillämpliga delar 5 kap. 4 § som kan tjäna som ledning vid tolkningen av bestämmelserna.[11]

Utredningen konstaterar att den upphandlande myndigheten eller enheten, enligt lagarnas nuvarande systematik, förväntas att i vissa fall göra två beräkningar av värdet av det som ska upphandlas. Först enligt 5 kap., för att avgöra om upphandlingen ska genomföras med tillämpning av 19 kap. Därefter enligt 19 kap. 8 § för att avgöra om anskaffningen får ske genom direktupphandling eller inte. Enligt utredningens mening är det inte ägnat att underlätta tillämpningen och förståelsen av regelverket att det i en och samma lag finns två regelsystem för beräkning, som ska tillämpas parallellt, överensstämmer till stora delar men innehåller vissa skilda moment.

Det är oklart hur rekvisitet ”samma slag” i 19 kap. 8 § LOU i fråga om direktupphandling förhåller sig till de direktivstyrda bestämmelserna i 5 kap. om upphandling av delkontrakt (8 §), som bl.a. avser ”likartade varor”, och om varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller ska förnyas (11 §). Såväl logiskt som systematiskt borde en tillämpning av reglerna i 19 kap. 8 § och 5 kap. rimligen leda till samma resultat i fråga om vilka anskaffningar som ska räknas samman. Om exempelvis fyra kontrakt avseende tjänster av ”samma slag” ska läggas samman enligt 19 kap. 8 §, och om det sammanlagda värdet enligt den beräkningen ger att tröskelvärdet överskrids, blev resultatet i praktiken tämligen märkligt om inte också de direktivstyrda beräkningsreglerna då innebar att sammanläggning skulle ske. Det går dock inte att med säkerhet säga att bestämmelserna alltid korresponderar med varandra på det viset. Denna osäkerhet är enligt utredningen otillfredsställande och onödig.

Det må vara att de nämnda direktivstyrda beräkningsbestämmelserna lämnar en hel del i övrigt att önska i fråga om tydlighet och tillämpbarhet.[12] Men som framgått ovan kan rekvisitet ”samma slag” inte heller anses lättillämpat, vilket får anses gälla även om HFD nu genom sitt avgörande har lämnat viss vägledning.[13] Utredningen anser

[10] Prop. 2015/16:195 del 4 s. 1 164 f.
[11] a. prop. del II s. 1142.
[12] Se t.ex. Lagrådets yttrande beträffande 5 kap. 11 § LOU, prop. 2015/16:195 del 4 s. 1 060 f.
[13] HFD 2017 ref. 74.

mot den bakgrunden att det trots allt är ett steg i förenklande riktning att renodla beräkningsbestämmelserna. Det bör inte tas in några särskilda regler om principer för beräkning vid direktupphandling.

Genom en ny bestämmelse i lagarnas inledande kapitel ska det klargöras, att alla beräkningar av upphandlingars värde ska göras med tillämpning av bestämmelserna i 5 kap.

Utredningen anser dock att det fortfarande behövs en särskild bestämmelse om ett förbud mot att dela upp en upphandling i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap., dvs. en bestämmelse motsvarande 19 kap. 8 § första stycket andra meningen LOU och LUF. Den bestämmelsen tas lämpligen in som en ny paragraf i 5 kap. i respektive lag.

De befintliga direktivstyrda bestämmelserna om förbud mot kringgående, i 5 kap. 6 och 7 §§ LOU respektive 5 kap. 5 och 6 §§ LUF, tar uttryckligen sikte på kringgående av tröskelvärdesgränsen. De är också annorlunda utformade och mer detaljerade än det nationella förbudet mot kringgående. Även om det skulle kunna vara möjligt att göra de direktivstyda bestämmelserna om kringgående tillämplig även för ett kringgående av bestämmelserna i 19 kap., anser utredningen inte att det är lämpligt. På grund av den annorlunda utformningen går det inte att med säkerhet säga att de båda bestämmelsernas tillämplighet till fullo överensstämmer. Den nuvarande bestämmelsen i 19 kap. 8 § LOU och LUF är dessutom tydlig och lättillämpad. Den fyller en viktig funktion bl.a. i Konkurrensverkets arbete med tillsyn över otillåtna direktupphandlingar. Det behövs alltså en särskild bestämmelse om förbud mot kringgående av de icke direktivstyrda reglerna om annonspliktiga upphandlingar.

Om en regel om sammanläggning av anskaffningar av ”samma slag” vid beräkning av värdet av en direktupphandling ändå skulle anses behövas, skulle en sådan bestämmelse kunna tas in som ett andra stycke i paragrafen med nämnda förbud mot kringgående. Bestämmelsen skulle kunna utformas på följande sätt.

> När det avgörs om en upphandlings värde uppgår till direktupphandlingsgränsen enligt 19 a kap. 1 § andra stycket ska den upphandlande myndigheten/enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten/enheten under räkenskapsåret.

15.7.2 Självständiga separata operativa enheter ska få direktupphandla

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling få uppskattas särskilt för en självständig sådan enhet när enheten avgör om den får genomföra upphandlingen med användning av direktupphandling.

När de fasta beloppsgränserna för direktupphandling vid lågt värde infördes genom lagstiftning 2010, uttalade regeringen att avsikten var att samtliga upphandlingar av samma slag inom en och samma upphandlande myndighet eller enhet skulle läggas till grund för uppskattningen av upphandlingens värde.[14] Så formulerades också bestämmelsen: det är direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten respektive enheten som ska beaktas (se motsvarande bestämmelser i 19 kap. 8 § andra stycket LOU respektive LUF). Med andra ord ska enheter eller avdelningar inom en myndighet eller enhet beakta inköp av samma slag inom hela myndigheten eller enheten, när den avgör om en viss anskaffning får göras genom direktupphandling eller om direktupphandlingsgränsen då överskrids. Den relativt kraftiga höjning av direktupphandlingsgränserna som genomfördes med ändringar av lagarna den 1 juli 2014 är gjord med denna utgångspunkt, även om saken inte berörs närmare i förarbetena.[15]

I artikel 5.2 i LOU-direktivet och artikel 16.2 i LUF-direktivet finns bestämmelser, som är nya i förhållande till 2004 års direktiv, om uppskattning av värdet när en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i ”separata operativa enheter”. De har genomförts i 5 kap. 4 § LOU respektive 5 kap. 3 § LUF. Bestämmelserna innebär att om en upphandlande myndighet eller enhet består av separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling som huvudregel uppskattas till det samlade värdet för alla sådana enheter. Värdet får dock uppskattas särskilt för en sådan enhet, om den ansvarar självständigt för sina upphandlingar eller vissa kategorier av upphandlingar.

Om en separat operativ enhet inom en upphandlande myndighet eller enhet kan anses vara tillräckligt självständig, får den alltså med stöd av dessa bestämmelser beräkna värdet av sin upphandling utan

[14] Prop. 2009/10:180 del 1 s. 292 f.
[15] Prop. 2013/14:133.

att ta hänsyn till upphandling inom övriga delar av myndigheten eller enheten, när det gäller att avgöra om *tröskelvärdet* överskrids inför en viss anskaffning eller inte.

När direktivens bestämmelse genomfördes i svensk rätt, saknades det dock beredningsunderlag för någon mer genomgripande förändring av bestämmelserna på det icke direktivstyrda området. Den ordning som har gällt sedan lagstiftningen 2010 gäller därför fortfarande. Självständiga separata operativa enheter inom en upphandlande myndighet eller enhet bör således alltjämt ta hänsyn till värdet av samtliga upphandlingar av samma slag inom myndigheten eller enheten när den avgör om kontraktet kan *direktupphandlas* eller inte.[16]

En separat operativ enhet, som är tillräckligt självständig i direktivens mening, kan alltså åberopa sin självständighet för att avgöra om den får göra en viss anskaffning genom att upphandla enligt 19 kap. LOU eller LUF. Men om det sammanlagda värdet av enhetens och övriga myndigheters inköp av samma slag innebär att direktupphandlingsgränsen överskrids, får anskaffning inte ske med användning av direktupphandling.

En sådan ordning kan beskrivas som haltande. Det bör noteras att förarbetena anger att det saknades beredningsunderlag för att föreslå en annan ordning. Det är alltså inte sakliga skäl som hålls fram.

I avsnitt 15.7.1 föreslår utredningen att de icke direktivstyrda beräkningsbestämmelserna om sammanläggning av upphandlingar av ”samma slag” inom en upphandlande myndighet eller enhet ska utgå. Om de direktivstyrda beräkningsbestämmelserna i lagarnas 5 kap. alltid ska användas, får det till följd att bestämmelserna om självständiga separata operativa enheter inom en upphandlande myndighet eller enhet blir tillämpliga också i förhållande till direktupphandlingsgränsen. Detta är en avsedd effekt av utredningens författningsförslag. Utredningen anser emellertid att lagstiftaren, av förenklingsskäl, bör tillåta självständiga separata operativa enheter att direktupphandla på egen hand oavsett om ”samma slag”-bestämmelsen tas bort eller inte.

Som redan har framhållits, förutskickades i förarbetena till den senaste höjningen av direktupphandlingsgränserna en utvärdering av de höjda gränserna efter tre år.[17] Det kan givetvis invändas att gällande ordning inte bör ändras innan en sådan utvärdering har gjorts.

[16] Prop. 2015/16:195 del 1 s. 485.
[17] Prop. 2012/14:133 s. 11.

Vidare är det vanskligt att med någon större säkerhet kunna uttala sig om konsekvenserna, om självständiga separata operativa enheter inom en upphandlande myndighet eller enhet skulle tillåtas att direktupphandla i större utsträckning. Orsaken är att det får betraktas som osäkert vad som i svensk rätt är en självständig operativ enhet inom en upphandlande myndighet eller enhet. Det beror i sin tur på att det inte ens är helt klarlagt vad som är en och samma upphandlande myndighet eller enhet, både inom den statliga sektorn och den kommunala. Rättsläget kan sammanfattas med att de EU-rättsliga begreppen upphandlande myndighet och upphandlande enhet ännu inte har getts någon klar definition i en svensk kontext. Detta är ytterst en fråga för den nationella rättstillämpningen.

Högsta förvaltningsdomstolen har nyligen meddelat prövningstillstånd i ett mål där fråga är om det vid bedömningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek är rätt att beakta att en annan kommunal nämnd i samma kommun tidigare har gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.[18] Det målet, som inte kommer att hinna avgöras i tid för detta betänkande, kan förväntas bli vägledande i fråga om hur begreppet upphandlande myndighet ska förstås beträffande den kommunala sektorn.

Utredningen anser att den nu gällande, haltande ordningen när det gäller separata operativa enheters möjligheter att genomföra sin upphandling självständigt är otillfredsställande såväl från ett praktiskt som ett systematiskt perspektiv. Trots att de nyss redovisade invändningarna talar för att avvakta något, bör självständiga separata operativa enheter redan nu tillåtas att också direktupphandla på egen hand.

Det bör framhållas att huvudregeln enligt de direktivstyrda reglerna är att separata operativa enheters upphandling ska läggas samman. Kraven för att en separat operativ enhet ska kunna anses som så självständig att den får upphandla helt eller delvis på egen hand är relativt högt satta.[19] Utredningens bedömning är därför att den föreslagna förenklingen inte kommer att innebära någon mer betydande ökning av antalet direktupphandlade kontrakt.

[18] HFD:s mål nr 122-18, Kammarrätten i Stockholms mål nr 306-17.
[19] Se prop. 2015/16:195 del 1 s. 485 f. och del 2 s. 987 f., se även Halonen: Characteristics of Separate Operational Units, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2017:1.

16 Rätten att ansöka om överprövning

Förslag: Leverantörers rätt att ansöka om överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet vid icke direktivstyrd upphandling ska i princip vara oförändrad.

Ett avtal, som har ingåtts efter en direktupphandling i form av ett s.k. täckningsköp, ska dock kunna ogiltigförklaras om täckningsköpet har gjorts i strid med de förutsättningar som gäller för sådan direktupphandling.

Rättsläget ska vara oförändrat även beträffande i vilka fall allmän förvaltningsdomstol får besluta om upphandlingsskadeavgift.

Utredningen har i de föregående avsnitten lämnat flera förslag till materiella ändringar av den icke direktivstyrda upphandlingen i LOU och LUF i syfte att göra regelverket enklare och flexiblare. Utredningens förslag om avgifter och processkostnadsansvar i betänkandets del 2 omfattar alla upphandlingar enligt upphandlingslagarna, således även de icke direktivstyrda upphandlingarna enligt LOU och LUF.

När det gäller leverantörernas rätt att ansöka om överprövning av icke direktivstyrda upphandlingar och av avtals giltighet enligt 20 kap. LOU och LUF har utredningen däremot kommit fram till att rättsläget i princip bör vara oförändrat. Detsamma gäller i fråga om i vilka fall en allmän förvaltningsdomstol ska få besluta om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. LOU och LUF.

Det kan naturligtvis övervägas om ett flexiblare regelverk, åtminstone för de upphandlande myndigheterna och enheterna, borde innebära att rätten att ansöka om överprövning begränsades, exempelvis i fråga om direktupphandlingar. Att leverantörer har möjlighet att

ansöka om överprövning av icke direktivstyrda upphandlingar och av avtals giltighet är emellertid viktigt från rättssäkerhetssynpunkt.

Utredningens förslag om enklare och mer flexibla regler skulle kunna innebära att antalet tvistefrågor i upphandlingarna blir färre, och därmed ett minskat antal överprövningar. Utredningens förslag i betänkandets del 2 förväntas också medföra att antalet överprövningar minskar, och detta kan i synnerhet förväntas bli fallet när det gäller upphandlingar av mindre värden, såsom upphandlingar under tröskelvärdena. Det är dock oundvikligt att ändringar av den materiella regleringen gör att det uppstår nya tolkningsfrågor, som bäst löses genom rättstillämpningen. Av det skälet är det olämpligt att begränsa rätten att ansöka om överprövning. Utrymmet för direktupphandlingar av de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna ökar genom utredningens förslag. Det är viktigt, av hänsyn till rättssäkerheten, att dessa upphandlingar och avtal även fortsättningsvis kan överprövas.

De upphandlande myndigheter och enheter som utredningen har träffat under utredningsarbetet har också generellt varit positiva till att leverantörerna har goda möjligheter att ansöka om överprövning. Det har beskrivits som en kvalitetskontroll och som en viktig del i myndigheternas och enheternas arbete att skapa förtroende.

Utredningens förslag till reglering av den icke direktivstyrda upphandlingen i 19 och 19 a kap. LOU och LUF nödvändiggör ett antal konsekvensändringar i 20 och 21 kap. Syftet med dessa förslag är att rättsläget ska vara oförändrat, utom i fråga om underrättelseskyldigheten och användning av den frivilliga avtalsspärren vid förnyade konkurrensutsättningar inom ramavtal enligt LUF (se om detta avsnitt 12.2.3).

Överprövning av avtal som slutits efter täckningsköp

Utredningen föreslår i avsnitt 15.2.2 att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska ges en särskilt föreskriven möjlighet att direktupphandla i vissa fall i samband med överprövning, s.k. täckningsköp. Denna möjlighet bör balanseras upp på så sätt att leverantörer ska kunna begära överprövning av det ingångna avtalet på den grunden att direktupphandlingen har genomförts i strid med bestämmelsen om täckningsköp. Behovet av en sådan reglering kan

möjligen anses vara tillgodosett genom den befintliga möjligheten att ogiltigförklara avtal som slutits efter en otillåten direktupphandling. Utredningen bedömer emellertid att det, om inte annat av klargörande skäl, bör finnas en uttrycklig regel om ogiltigförklaring som specifikt rör fallet att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått avtal men vid den föregående direktupphandlingen inte hållit sig inom de ramar som gäller för täckningsköp.

17 Konsekvensändringar och andra ändringar i LOU och LUF

17.1 Konsekvensändringar

Förslag: Definitionen av anbudssökande i LOU och LUF ges ändrad lydelse så att med anbudssökande avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i ett förfarande som genomförs i mer än ett steg.

I övrigt görs vissa konsekvensändringar i lagarnas 1 kap., 2 kap. och 10 kap.

Med *anbudssökande* avses enligt 1 kap. 8 § LOU och 1 kap. 7 § LUF den som har ansökt om eller inbjudits att delta i

1. ett selektivt förfarande,
2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
4. en konkurrenspräglad dialog,
5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller
6. ett urvalsförfarande.

De förfaranden som räknas upp i paragrafen har det gemensamt att de är förfaranden som genomförs i mer än ett steg. Det förhållandet att det icke direktivstyrda urvalsförfarandet ska utgå, enligt utredningens förslag, nödvändiggör att paragrafen ändras. Samtidigt ska de upphandlande myndigheterna och enheterna givetvis ha möjlighet att utforma förfaranden på det icke direktivstyrda området i mer

än ett steg. Definitionen av anbudssökande behöver anpassas efter detta.

Paragrafen kan förenklas. Med anbudssökande ska enligt utredningens förslag avses den som har ansökt om eller inbjudits att delta i ett förfarande som genomförs i mer än ett steg.

Förslagen i övrigt nödvändiggör vissa konsekvensändringar i bestämmelser i lagarnas 1 kap., 2 kap. och 10 kap.

17.2 Förutsättningarna för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt LUF

Förslag: En upphandlande enhet ska få använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med föregående annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

I 6 kap. 5 § LUF regleras förutsättningar för en upphandlande enhet att övergå från ett annonserat förfarande till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfararande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

Motsvarande bestämmelser i 2007 års LUF (6 kap. 2 § första punkten) medgav de upphandlande enheterna att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det vid ett *förfarande med föregående annonsering* inte hade lämnats några anbudsansökningar, inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. I 6 kap. 5 § LUF har möjligheten att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering således inskränkts till fall då det vid ett *öppet eller selektivt* förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar, m.m.

Skälen för denna inskränkning kommenteras inte närmare i förarbetena, och den motiveras heller inte av någon ändring i LUF-direktivet. Av artikel 50 a) i LUF-direktivet framgår att de upphandlande enheterna ska få tillämpa det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering bl.a. när inga lämpliga anbud eller anbudsansökningar har lämnats efter ett *förfarande med föregående anbudsinfordran*.

Av allt att döma rör det sig om ett misstag i genomförandearbetet. Utredningen har från flera håll uppmärksammats på att detta innebär onödiga problem för de upphandlande enheterna. 6 kap. 5 § LUF bör ändras för att uppnå bättre överensstämmelse med LUF-direktivet.

18 Följdändringar i andra lagar

Utredningen föreslår nya lydelser av 19 kap. LOU respektive LUF, ett nytt 19 a kap. i båda lagarna samt motsvarande ändringar i fråga om 15 kap. och 15 a kap. LUFS. Förslagen nödvändiggör enligt utredningens bedömning följdändringar i två lagar – lagen (1976:380) om medbestämmande i arbetslivet och lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

18.1 Lagen (1976:380) om medbestämmande i arbetslivet

Förslag: Vid upphandling enligt LOU, LUF eller LUFS får en förklaring enligt 39 § lagen om medbestämmande i arbetslivet (vetorätt) göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

- 13 kap. 1–3 LOU,
- 13 kap. 1 § eller 2–4 §§ LUF, eller
- 11 kap. 1–3 §§ LUFS

Den fackliga vetorätten enligt nämnda paragraf ska således aktualiseras såväl när omständigheterna är sådana att det finns obligatoriska skäl att utesluta en leverantör som fakultativa skäl, både vid direktivstyrd och icke direktivstyrd upphandling.

Bedömning: Den fackliga vetorätten vid offentlig upphandling bör vara lika omfattande vid direktivstyrd som icke direktivstyrd upphandling. Vetorätten bör inte bara aktualiseras när omständigheterna är sådana att det finns fakultativa skäl att utesluta en leverantör.

Historik och gällande rätt

Enligt 1992 års LOU kunde leverantörer uteslutas från en upphandling på det direktivstyrda området med stöd av 1 kap. 17 § och på det icke direktivstyrda området enligt bestämmelser i 6 kap. 9–11 §§. Någon skyldighet att utesluta leverantörer fanns således inte.

Av 39 och 40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, MBL, i då gällande lydelser, följde att den fackliga vetorätten vid upphandling endast kunde göras gällande när den grundade sig på omständigheter som sades i de nyss nämnda lagrummen.

Genom 2004 års LOU-direktiv och LUF-direktiv infördes en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att utesluta leverantörer i vissa fall, de s.k. obligatoriska uteslutningsgrunderna. Vid sidan av detta fanns alltjämt regler som innebar att myndigheten eller enheten fick utesluta en leverantör i vissa fall, de s.k. fakultativa uteslutningsgrunderna.

Direktivens bestämmelser om uteslutning genomfördes med paragrafer i 10 kap. i 2007 års LOU och LUF. I LOU fanns de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1 §, och de fakultativa uteslutningsgrunderna i 2 §. I LUF fanns de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1 §, och de fakultativa uteslutningsgrunderna i 2 och 3 §§. I 15 kap. 3 § såväl LOU som LUF gjordes de obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunderna tillämpliga även vid icke direktivstyrd upphandling.

Ändringen på det direktivstyrda området – uppdelningen i obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunder – nödvändiggjorde givetvis följdändringar i MBL. Lagrådsremissens förslag till följdändringar i 39 och 40 §§ MBL innehöll dock – sannolikt på grund av ett rent förbiseende – felaktiga lagrumshänvisningar, både beträffande hänvisningarna till LOU och LUF.

Lagrådet konstaterade att de föreslagna hänvisningarna var förbryllande, och uttalade därefter följande.[1]

> Lagrådet utgår från att en arbetstagarorganisations vetorätt, med den upphandlingslagstiftning som nu föreslås, skall kunna grundas antingen på sådana omständigheter som skall leda till att en leverantör utesluts från en upphandling eller på omständigheter som kan leda till uteslutning. Vidare utgår Lagrådet från att motsvarande bestämmelser skall tillämpas vid upphandling enligt 15 kap. i de föreslagna lagarna.

[1] Prop. 2006/07:128 del 2 s. 649 f.

Lagrådet föreslog därefter att, med dessa utgångspunkter, hänvisning borde ske i 39 och 40 §§ MBL dels till 10 kap. 2 § och 15 kap. 15 § i LOU, dels till 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 15 §§ i LUF [15 kap. 15 § LOU respektive LUF i lagrådsremissens lagförslag motsvarar 15 kap. 13 § i det som blev 2007 års lagar, *utredningens anmärkning*]. Att notera är att Lagrådet, trots dess angivna utgångspunkter, inte föreslog att en hänvisning skulle göras till de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Dessa fanns, både i lagrådsremissens lagförslag och i de slutliga lagarna, i 10 kap. 1 § LOU respektive LUF.

Ändringarna i 39 och 40 §§ MBL kom att utformas enligt Lagrådets förslag. I författningskommentaren sägs att ändringarna endast utgjorde följdändringar, och att Lagrådets synpunkter på hänvisningarna hade beaktats.[2]

Eftersom någon hänvisning till 10 kap. 1 § i LOU respektive LUF inte gjordes i de nämnda bestämmelserna i MBL, kom ordningen alltså att bli den att vid upphandling enligt 2007 års LOU och LUF på det direktivstyrda området fick den fackliga vetorätten utövas om den grund som åberopas var en omständighet som medförde att en leverantör *får* uteslutas. På det icke direktivstyrda området fick åberopas omständigheter som *ska* eller *får* medföra uteslutning.

När LUFS tillkom år 2011 kompletterades 39 och 40 §§ MBL med motsvarande hänvisning till omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer på det direktivstyrda området i den lagen (10 kap. 2 §) och som ska eller får medföra uteslutning på det direktivstyrda området (15 kap. 13 §). I förarbetena ansåg regeringen att även sådana omständigheter som enligt LUFS får medföra uteslutning av leverantörer borde tas in i MBL.

I det senaste stora lagstiftningsärendet, införandet av 2016 års upphandlingslagar, uppmärksammade Lagrådet den nyss beskrivna haltande ordningen i 39 och 40 §§ MBL och ansåg, i likhet med vad dåvarande Lagrådet framhöll vid tillkomsten av 2007 års lagar, att denna ordning är förbryllande.[3]

Regeringens bedömning var emellertid att det i det då aktuella lagstiftningsärendet endast fanns utrymme att göra sådana ändringar i MBL som utgjorde följdändringar med anledning av de nya upphandlingsdirektiven.

---

[2] Prop. 2006/07:128 del 1 s. 569.
[3] Prop. 2015/16:195 del 4 s. 1234.

Den beskrivna, haltande ordningen beträffande omfattningen av den fackliga vetorätten enligt MBL kvarstår alltså vid upphandlingar enligt 2016 års LOU och LUF. Efter Lagrådets förslag, som regeringen följde, har emellertid bestämmelserna i MBL renodlats lagtekniskt på så sätt att hänvisningar till upphandlingslagarna endast görs i 39 § MBL, i stället för som tidigare i både 39 och 40 §§ MBL.

Den fackliga vetorätten bör vara lika omfattande vid direktivstyrd som vid icke direktivstyrd upphandling

Utredningen anser för sin del – mot bakgrund av redogörelsen ovan – att det är en förbryllande ordning att utrymmet för den fackliga vetorätten är mindre vid upphandlingar på det direktivstyrda området, än vad det är vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Om man utgår från vad Lagrådet uttalade i sak i 2007 års lagstiftningsärende var avsikten att den fackliga vetorätten skulle vara lika omfattande, oavsett om upphandlingen är direktivstyrd eller inte. Avsikten synes vidare ha varit att detta skulle innebära att på det direktivstyrda området får den fackliga vetorätten utövas både när den grund som åberopas är en omständighet som medför att en leverantör *ska* eller *får* uteslutas. Det synes ha berott på förbiseenden att regleringen inte kom att utformas så.

Utredningen lämnar i betänkandet förslag på nya lydelser av 19 kap. LOU och LUF samt 15 kap. LUFS. Det nödvändiggör i sig följdändringar i 39 § MBL, beträffande de hänvisningar som där görs till 19 kap. 18 § LOU respektive LUF och 15 kap. 13 § LUFS i nuvarande lydelser.

Som framgår av avsnitt 12.3.2 föreslår utredningen inte någon direkt motsvarighet till de nyss nämnda bestämmelserna om skyldighet eller möjlighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att utesluta leverantörer. Utredningen menar att det bör kunna lämnas åt myndigheterna och enheterna att avgöra om krav på leverantörens lämplighet ska ställas i upphandlingen eller inte.

När det gäller den fackliga vetorätten enligt MBL ska denna emellertid kunna göras gällande även fortsättningsvis vid icke direktivstyrda upphandlingar. Utredningens uppfattning är att den vetorätten bör vara lika omfattande vid direktivstyrd som icke direktivstyrd upphandling, så som den var under den tid 1992 års LOU gällde och

så som avsikten synes ha varit att också förhållandet till 2007 års LOU och LUF skulle ha reglerats.

Facklig vetorätt när det finns omständigheter som medför att en leverantör ska eller får uteslutas

Den fackliga vetorätten bör alltså antingen kunna grundas på omständigheter som medför att en leverantör *ska* eller *får* uteslutas, eller enbart sådana omständigheter som medför att en leverantör *får* uteslutas, både vid upphandlingar på det direktivstyrda och det icke direktivstyrda området.

Som framgått ovan talar det mesta för att den fackliga vetorätten ska kunna göras gällande enligt det först nämnda alternativet. Utredningen föreslår därför att 39 § MBL ändras i enlighet med detta.

Ett alternativt och ett kompletterande förslag

Om det skulle anses att den fackliga vetorätten ska kunna utövas bara när den grund som åberopas är en omständighet som medför att en leverantör *får* uteslutas, vid både direktivstyrd och icke direktivstyrd upphandling, bör 39 § MBL ges följande lydelse, med ändring av förslaget i avsnitt 1.5.

> 39 § Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.
>
> Vid upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i
>
> – 13 kap. 2 § andra stycket och 3 § lagen om offentlig upphandling,
>
> – 13 kap. 2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,

– 11 kap. 2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ lagen om upphandling av koncessioner,

– 11 kap. 2 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller

– 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.

Ändringarna enligt detta alternativa förslag innebär att hänvisningarna till 19 kap. 18 § LOU, 19 kap. 18 § LUF och 15 kap. 13 § LUFS i paragrafens andra stycke, första, andra och fjärde strecksatsen utgår.

Som framgår av avsnitt 19 föreslår utredningen inte några ändringar i LUK i förenklande syfte. De ändringar i LUK som föreslås i detta betänkande är föranledda av förslagen beträffande reglering av avgifter och processkostnadsansvar. I 15 kap. LUK, som reglerar icke direktivstyrd upphandling av koncessioner, finns heller inte några bestämmelser om uteslutning av leverantör. Av nämnda skäl väljer utredningen att inte föreslå någon ändring i 39 § MBL beträffande de hänvisningar till LUK som görs där.

Om det skulle anses att omfattningen den fackliga vetorätten ska få grundas på omständigheter som medför att en leverantör *ska* uteslutas, även vid upphandlingar enligt LUK, bör 39 § andra stycket, tredje strecksatsen MBL ges följande lydelse, med ändring i denna del av förslaget i avsnitt 1.5.

– 11 kap. 1–4 §§ lagen om koncessioner,

18.2 Lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Förslag: Lagen om vissa kommunala befogenheter kompletteras så att en nämnd i en kommun, ett landsting eller i ett kommunalförbund ska få uppdra åt anställda att besluta på nämndens vägnar i en upphandling, när nämnden anskaffar varor och tjänster eller byggentreprenader genom en inköpscentral enligt 19 kap. LOU respektive LUF.

Enligt 6 kap. 4 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter får en nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller när nämnden anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader genom en inköpscentral enligt 7 kap. 12 § LOU eller 7 kap. 7 § LUF. Både 7 kap. 12 § LOU och 7 kap. 7 § LUF är tillämpliga vid icke direktivstyrd upphandling genom hänvisningar i 19 kap. 2 § i respektive lag.

Enligt utredningens förslag till reglering 19 kap. LOU och LUF görs inte bestämmelserna om inköpscentraler i lagarnas 7 kap. uttryckligen tillämpliga. Avsikten är dock att upphandlande myndigheter och enheter alltjämt ska kunna använda sig av inköpscentraler vid icke direktivstyrd upphandling utan uttryckliga regler, enligt synsättet att det som är tillåtet vid icke direktivstyrd upphandling också är tillåtet vid icke direktivstyrd upphandling.

Hänvisningarna i 6 kap. 4 § lagen om vissa kommunala befogenheter bör därför kompletteras med hänvisningar till 19 kap. LOU respektive LUF.

19 Ändringar av LUFS och LUK

Utredningen ska enligt kommittédirektiven analysera och bedöma om det är möjligt och lämpligt att införa motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF i LUK eller LUFS och, om så är fallet, föreslå hur bestämmelserna kan utformas.

19.1 LUFS

Förslag: LUFS ändras, i huvudsak genom en ny lydelse av 15 kap. och ett nytt 15 a kap., i konsekvens med ändringarna av LOU och LUF.

Utredningen bedömer att det är både möjligt och lämpligt att införa motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF i LUFS. Genom detta behålls ordningen att den icke direktivstyrda regleringen så långt som möjligt är likadant utformad i lagarna, vilket är lämpligt både från materiell synpunkt och av förenklingsskäl.

Det måste emellertid tas hänsyn till att LUFS är tillämplig vid upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet och därför innehåller vissa särskilda regler om när det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering får användas. De reglerna återfinns alltså inte i LOU och LUF. LUFS bygger vidare på ett äldre direktiv, LUFS-direktivet från 2009, vilket innebär en del skillnader i reglering. Den mest avgörande, för denna utrednings vidkommande, är att tjänster i LUFS-direktivet, delas upp i A- och B-tjänster. I 2014 års LOU- och LUF-direktiv delas tjänsterna upp i sådana tjänster som omfattas fullt ut av direktivens reglering och sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som endast omfattas av direktivens s.k. enklare system. För de sistnämnda tjänsterna gäller ett särskilt tröskelvärde,

som är betydligt högre än tröskelvärdet för motsvarande B-tjänster enligt LUFS-direktivet.

I 15 kap. LUFS regleras alltså upphandling av B-tjänster till skillnad från 19 kap. LOU respektive LUF som reglerar upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Utredningens förslag till reglering av LUFS är utformat med utgångspunkt att nå största möjliga överensstämmelse mellan LUFS, LOU och LUF när det gäller både struktur och innehåll i den icke direktivstyrda regleringen med beaktande av de nyss nämnda skillnaderna.

19.2 LUK

Bedömning: Reglerna i 15 kap. LUK om icke direktivstyrd upphandling av koncessioner bör inte ändras.

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.

De ändringar i LUK som föreslås i detta betänkande är uteslutande föranledda av förslagen i betänkandets del 2 beträffande avgifter och processkostnadsansvar.

DEL 2

Vissa regler om överprövningsmål

20 Erfarenheter och fakta avseende överprövningar

I detta avsnitt redogör utredningen samlat för statistik, erfarenheter och allmänna synpunkter kring mål i de allmänna förvaltningsdomstolarna om överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet (överprövningsmål). Redogörelsen är en bakgrund till de två närmast följande avsnitten. I avsnitt 21 redovisar utredningen överväganden och förslag i fråga om bestämmelser om skyldighet för den förlorande parten i överprövningsmål att ersätta motpartens processkostnader (processkostnadsansvar). I avsnitt 22 redovisas överväganden och förslag beträffande bestämmelser om ansökningsavgifter i överprövningsmålen.

Detta avsnitt är strukturerat på följande sätt. I avsnitt 20.1 redogör utredningen för tidigare utvärderingar och överväganden ifråga om rättsmedlen i offentlig upphandling. I avsnitt 20.2 redovisar utredningen statistik om överprövning av upphandling. I avsnitt 20.3 redovisar utredningen översiktligt statistik kring handläggningstider i överprövningsmål och avsnitt 20.4 gör utredningen vissa uppskattningar av kostnaderna för överprövningar för leverantörer, upphandlande myndigheter och enheter och för domstolarna.

20.1 Tidigare överväganden i fråga om rättsmedlen på upphandlingsområdet

20.1.1 Överväganden i samband med införandet av nya rättsmedel på upphandlingsområdet

Den 15 juli 2010 trädde en rad förändringar av rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen i kraft.[1] Förändringarna gjordes i huvudsak för att genomföra det s.k. ändringsdirektivet i svensk rätt och innebar bl.a. följande.

- Bestämmelser om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr infördes.
- Leverantörer gavs en möjlighet att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.
- En tidsfrist infördes för att komma in med en ansökan om överprövning av beslut att avbryta en upphandling.
- Konkurrensverket fick en möjlighet (och i vissa fall en skyldighet) att ansöka om upphandlingsskadeavgift.

Regeringen uttalade att förslagen förväntades medföra en ökad måltillströmning i de allmänna förvaltningsdomstolarna.[2]

20.1.2 Kommissionens utvärdering av införlivandet av rättsmedelsdirektiven

Kommissionen publicerade i januari år 2017 en rapport efter en genomförd utvärdering av rättsmedelsdirektiven.[3] Av rapporten framgår bl.a. följande.[4] I ungefär hälften av medlemsstaterna har särskilda administrativa prövningsorgan för offentlig upphandling inrättats, i övriga svarar befintliga rättsliga organ för överprövning av upphandlingsförfaranden. En klar majoritet av de intressenter som deltog i

[1] Ds 2009:30, prop. 2009/10:180, bet. 2009/10:FiU22.
[2] A. prop. s. 315.
[3] Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.
[4] Kommissionen, rapport från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet, om effektiviteten av direktiv 89/665/EEG och direktiv 92/13/EG, ändrat genom direktiv 2007/66/EG, avseende prövningsförfaranden inom offentlig upphandling, Bryssel den 24.1.2017 COM(2017) 28 final.

kommissionens offentliga samråd ansåg att rättsmedelsdirektiven hade haft en positiv effekt på förfarandet för offentlig upphandling. I rapporten uttalas vidare att administrativa prövningsorgan i första instans i stället för domstolar generellt sett är mer effektiva, eftersom förfarandena vid domstolar generellt sett tar längre tid och leder till sämre beslut än förfaranden vid specialiserade administrativa prövningsorgan.

I en underlagsrapport som togs fram under utvärderingen konstateras att över hälften av medlemsstaterna har en maximal handläggningstid för överprövningsmål.[5] I dessa länder varierar den i lagstiftningen angivna maximala handläggningstiden på mellan 15 och 60 dagar och ligger i de flesta fall kring 30 dagar. I en majoritet av medlemsstaterna finns någon form av ansökningsavgift för att ansöka om överprövning av upphandlingar.[6] De kostnader som upphandlande myndigheter och leverantörer får bära för att föra en process eller försvara sig i ett prövningsärende varierar stort runt om i EU. I genomsnitt utgör dessa kostnader 1,2 procent av kontraktsvärdet för leverantörer och 1,6 procent för upphandlande myndigheter och enheter.[7]

Antalet överprövningsmål i de olika medlemsstaterna

I den ovan nämnda underlagsrapporten redovisas antalet överprövningsmål i första instans under åren 2009–2012 i de olika medlemsstaterna. Av denna förteckning framgår att under år 2012 hade åtta medlemsstater färre än 200 överprövningar i första instans. 12 medlemsstater hade mellan 200 och 500 överprövningar och sju medlemsstater hade över 500 överprövningar samma år. Sverige hade flest mål (strax över 3 000 mål) tätt följt av Polen. Allmänt sett hade antalet mål per år stadigt ökat i de flesta länder under den undersökta perioden.

[5] *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, Final Study Report*, MARKT/2013/072/C, Ref. Ares(2015)2643167 – 24/06/2015.
[6] Idem s. 66–68.
[7] Idem s. 122.

Kommissionens slutsatser med anledning av studien

Kommissionen konstaterar i rapporten att harmoniseringen av rättsmedelsdirektiven har varit mycket begränsad och medlemsstaterna har därför antagit mycket olika nationella bestämmelser, med hänsyn tagen till deras rättstraditioner. Kommission drar slutsatsen att kostnaderna för prövningsförfaranden inte verkar ha någon bestämd avskräckande effekt på tillgången till rättsmedel. Utvärderingen utmynnar i ett konstaterande att rättsmedelsdirektiven kommer att bibehållas i sin nuvarande form i detta skede, eftersom inga större eller trängande behov av att ändra bestämmelserna kom fram vid utvärderingen.

20.1.3 Upphandlingsutredningen

Upphandlingsutredningen 2010 (Upphandlingsutredningen) tillsattes av regeringen genom beslut den 9 september 2010 och hade i uppdrag att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv.[8]

Utredningen identifierade i sitt delbetänkande fyra olika problemområden avseende överprövning av upphandlingsmål:

- långa handläggningstider,
- motstridig och ifrågasatt rättspraxis,
- risken för överprövning medför att många myndigheter tenderar att gå in för val av ”säkra” alternativ med suboptimering som följd, samt
- risken att myndigheternas verksamhet lamslås i samband med överprövningar.[9]

Utredningen ansåg emellertid i sitt slutbetänkande i mars 2013 att det inte borde införas avgifter för ansökningar om överprövning och att parterna även fortsättningsvis borde stå sina egna kostnader i

[8] Dir. 2010:86.
[9] SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*.

överprövningsmål. Utredningen grundade detta främst på bedömningen att vare sig en ansökningsavgift eller ersättning för rättegångskostnader skulle leda till önskat resultat.[10]

20.1.4 Överprövningsutredningen ansåg att ansökningsavgifter och processkostnadsansvar inte borde införas

Regeringen beslutade den 21 november 2013 att ge en särskild utredare i uppdrag att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen. Enligt sina direktiv skulle utredningen bl.a. utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål. Utredningen, som tog sig namnet Överprövningsutredningen, presenterade sina förslag i mars 2015.[11] Utredningen ansåg att det inte borde införas ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar i överprövningsmål. Utredningen lämnade i stället en rad förslag som syftade till att minska de negativa konsekvenserna av överprövningar, främst följande.

- Utredningen föreslog bl.a. att en form av preklusionsfrist (mellanvägen) borde införas som innebar att en leverantör skulle anmärka mot ett fel eller en brist i upphandlingsdokumenten innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen hade löpt ut, alternativt inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen.[12]
- Vidare föreslog Överprövningsutredningen att det skulle införas en regel som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.[13]

[10] SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* s. 364 ff.
[11] SOU 2015:12 *Överprövning av upphandlingsmål m.m.*.
[12] En övervägande del av remissinstanserna instämde i utredningens bedömning att någon renodlad preklusionsfrist inte skulle införas, men även bland de remissinstanser som i och för sig var positiva till förslaget noterade risken för tillämpningsproblem med den föreslagna utformningen.
[13] En majoritet av remissinstanserna tillstyrkte förslaget eller hade inget att erinra mot det.

- Utredningen förslog också att det skulle införas en regel med innebörd att förvaltningsrätten skulle avgöra mål om överprövning av upphandling inom 90 dagar från det att ansökan om överprövning kom in till rätten, om det inte finns synnerliga hinder.[14]

Utredningen ansåg även att det borde införas en regel i upphandlingslagstiftningen som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada.[15] Förslagen bereds inom Regeringskansliet.

20.2 Överprövningar i siffror

20.2.1 Överprövade upphandlingar, överprövningsmål och avgöranden i överprövningsmål

En grundläggande fråga i detta sammanhang är hur många överprövningar av upphandlingar som görs varje år i Sverige. Här måste tydlig åtskillnad göras mellan antalet *överprövade upphandlingar*, antalet *överprövningsmål* och *antalet avgöranden i överprövningsmål*. En enda upphandling som överprövas kan nämligen ge upphov till registreringen av flera mål med skilda målnummer, t.ex. om flera leverantörer ansöker om överprövning av upphandlingen eller om en förvaltningsrätt lämnar över ett mål till en annan. Samtidigt kan en dom eller ett beslut avse flera mål. En jämförelse mellan *antalet överprövade upphandlingar* med *antalet inkomna mål i förvaltningsrätterna* under en och samma tidsperiod kan ge en bild av hur många mål i förvaltningsrätterna som varje överprövad upphandling ger upphov till. En sådan jämförelse ger vid handen att varje överprövad upphandling i genomsnitt ger upphov till litet drygt två inkomna mål i förvaltningsrätterna (antalet inkomna överprövningsmål i förvaltningsrätterna är med andra ord ungefär dubbelt så stort som antalet överprövade upphandlingar).[16]

---

[14] En klar majoritet av remissinstanserna tillstyrkte förslaget i denna del, även om något färre remissinstanser var positiva till en lagstadgad handläggningsfrist än till förslaget om införandet av att krav på skyndsam handläggning. Flera remissinstanser påpekade emellertid att den övervägande delen av överprövningsmålen redan avgörs inom 90 dagar.

[15] En klar majoritet av remissinstanserna tillstyrkte förslaget.

[16] Se Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5 och Konkurrensverket rapport 2017:11, s. 130 och 137. Utredningen har dock valt att bortse från statistiken avseende år 2016 i denna uppskattning, se avsnitt 20.2.2 nedan.

20.2.2 Antalet överprövningsmål

Domstolsverkets statistik utgår från antalet målnummer i överprövningsmål. Domstolsverket har meddelat föreskrifter om registrering av mål.[17] Enligt 16 § i dessa föreskrifter gäller att om flera leverantörer begär överprövning av samma upphandling ska ett mål registreras för varje ansökan. Om en ansökan om överprövning gäller en upphandling med flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter ska ett mål även registreras för varje upphandlande myndighet eller upphandlande enhet. Detta gäller dock inte om en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet upphandlar för andra upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter, som inköpscentral eller som ombud, och sluter avtal på egen hand. Ändringen av föreskrifterna om registrering trädde i kraft den 1 januari 2017.

Av statistik avseende inkomna och avgjorda mål om överprövning enligt upphandlingslagarna under de senaste åren framgår följande:

Tabell 20.1 Inkomna och avgjorda överprövningsmål

		2012	2013	2014	2015	2016	2017
Förvaltningsrätt							
	Inkomna	3 267	3 209	3 508	2 973	4 190	3 278
	Avgjorda	3 038	3 296	3 565	2 868	3 716	3 622
Kammarrätt							
	Inkomna	771	778	798	621	795	925
	Avgjorda	716	818	802	640	736	934
Högsta förvaltningsdomstolen							
	Inkomna	218	222	236	206	202	385
	Avgjorda	216	233	229	200	151	347

Källa: Domstolsverket, Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket

Såväl antalet inkomna som avgjorda överprövningsmål i förvaltningsrätterna steg alltså ganska kraftigt från år 2015 till år 2016, för att sedan sjunka ganska kraftigt från år 2016 till år 2017. Ökningen

[17] Domstolsverkets föreskrifter (DVFS 2010:3) för förvaltningsrätt om registrering av mål i Vera, i lydelse genom DVFS 2016:17.

2016 beror åtminstone delvis på att en förvaltningsrätt, Förvaltningsrätten i Malmö, under detta år registrerade ett extraordinärt stort antal mål.[18]

Samtidigt ökade antalet inkomna och avgjorda mål i kammarrätterna från år 2016 till år 2017. Utredningen utgår från att denna ökning till stor del beror på det stora antalet avgjorda mål i förvaltningsrätterna år 2016.

Trots de nya föreskrifterna om registrering av överprövningsmål minskade antalet registrerade överprövningsmål i förvaltningsrätterna under år 2017. Om minskningen av överprövningsmål mellan år 2016 och 2017 beror på något annat än avsaknaden av sådana speciella förhållanden som var för handen år 2016 är svårt att uttala sig om. Antalet överprövningsmål under den senaste sexårsperioden har dock varit tämligen stabilt och har legat på kring 3 000 mål per år.

En annan slutsats som kan dras av ovanstående statistik är att antalet *avgjorda* mål påverkas av antalet *inkomna* mål samma år. Om antalet inkomna mål ökar eller minskar tycks antalet avgjorda mål öka eller minska i ungefär motsvarande utsträckning.

I direktiven till denna utredning anförs att antalet ansökningar om överprövning har ökat.[19] Utredningen konstaterar emellertid att det stora antalet registrerade överprövningsmål år 2016 framstår som en avvikelse och att statistiken tvärtom visar på att antalet överprövningsmål varit ganska konstant under en följd av år.[20] Som framgår nedan har även *antalet* överprövade upphandlingar under samma tid har varit relativt konstant, och *andelen* överprövade upphandlingar har till och med minskat något under samma tid.[21] Av Domstolsverkets budgetunderlag för åren 2019–2021 framgår vidare att verket uppskattar att det kommer att komma in cirka 3 300 överprövningsmål per år under år 2018–2021.[22]

Utredningen konstaterar mot denna bakgrund att det knappast finns anledning att utgå från att antalet överprövningsmål eller överprövade upphandlingar kommer att öka under överskådlig tid. Om

[18] 1 109 mål 2016, jämfört med 547 mål 2015 och 507 mål 2017. Ökningen torde bl.a. förklaras av att domstolen detta år registrerade seriemål – alltså att ett stort antal målnummer registreras för en och samma överprövade upphandling. Även Migrationsverkets upphandlingar av flyktingboenden detta år kan ha spelat in.
[19] Dir. 2017:69 s. 5.
[20] Se även Upphandlingsmyndigheten, *Kartläggning och analys av mål om överprövning*, rapport 2017:7, s. 36 f.
[21] Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5, Konkurrensverket rapport 2017:11, s. 130.
[22] Domstolsverket, Budgetunderlag 2019–2021, s. 14.

något, tyder tillgängliga uppgifter snarare på en 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. Ett ökat deltagande i upphandlingar och en hårdare kamp om de offentliga kontrakten kan förväntas leda till fler överprövningar.

20.2.3 Antalet överprövade upphandlingar

Av statistik från Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten framgår att antalet *överprövade upphandlingar* i Sverige år 2016 uppgick till 1 353 stycken eller 7,4 procent av samtliga annonserade upphandlingar. Såväl *antalet* överprövade upphandlingar som *andelen* upphandlingar som överprövas har varit relativt konstant under de senaste åren.[23]

Andelen överprövade upphandlingar skiljer sig ganska kraftigt åt mellan olika branscher och upphandlande myndigheter och enheter. Vidare överprövades upphandlingar över tröskelvärdet betydligt oftare än upphandlingar under tröskelvärdet (10,1 procent respektive 5,6 procent). Av de upphandlingar som överprövas i Sverige utgörs cirka 45 procent av icke-direktivstyrda upphandlingar. Överprövning är också vanligare ju fler leverantörer som lämnar anbud i upphandlingen.

20.2.4 Den upphandlande myndigheten vinner i cirka 80 procent av överprövningsmålen

Upphandlingsmyndigheten konstaterar i sin rapport att av de överprövade upphandlingarna är det 20 procent som efter slutlig prövning i domstol ska göras om eller rättas (dvs. sökande leverantör vinner målet). Upphandlingsmyndigheten konstaterar vidare att det är något vanligare med bifall i överprövningar som avser byggentreprenader än vad gäller upphandlingar av varor och tjänster. Upphandlingsmyndigheten drar vidare slutsatsen att det inte finns någon skillnad i bifallsfrekvensen om upphandlingen sker över eller under tröskelvärdet. Vidare framgår att stora företag som ansöker om överprövning vinner framgång i något högre utsträckning än andra sökande.

[23] Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket a.a. s. 129 f.

20.2.5 Antalet överprövningsmål i Sverige har flera orsaker

Utredningen konstaterar att situationen i Sverige när det gäller antalet överprövningar ofta beskrivs som uppseendeväckande vid en jämförelse med övriga undersökta medlemsstater.

I den utsträckning antalet överprövningsmål i Sverige verkligen är högre än i andra medlemsstater, vilket statistiken från kommissionen tyder på, är det sannolikt en rad omständigheter som bidraget 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.

20.3 Handläggningstider i domstol

Regleringen av domstolarnas handläggningstider

Regeringen fastställer verksamhetsmålen för den dömande verksamheten i domstolarna. Av målen i förvaltnings- och kammarrätterna ska 75 procent ta högst sex månader att avgöra i respektive instans. Detta gäller dock inte förturs- och migrationsmålen, och kravet har varit detsamma under de senaste åren. Något särskilt verksamhetsmål vad gäller handläggningstiderna för förtursmålen finns inte. Varken upphandlingslagarna, FPL eller lagen om allmänna förvaltningsdomstolar innehåller heller några regler om handläggningstiderna i överprövningsmål. Inte heller finns något uttryckligt krav på att

överprövningsmål ska handläggas med förtur. Enligt 17 § förordningen (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion gäller emellertid att ett mål ska avgöras så snart det kan ske. Vidare gäller att ett mål, eller en fråga som har kommit upp i ett mål, ska handläggas med förtur om målet eller frågan av någon särskild anledning bör avgöras skyndsamt.

I samma paragraf har angetts att vilka mål som är förtursmål bestäms i respektive domstols arbetsordning. Målutredningen uttalade att mål om offentlig upphandling enligt förvaltningsrätternas arbetsordningar ska behandlas som förtursmål.[24] Denna utredning har inhämtat arbetsordningarna från samtliga 12 förvaltningsrätter. 9 förvaltningsrätter har i sin arbetsordning uttryckligen angett att upphandlingsmål är förtursmål. I ytterligare 3 arbetsordningar uppställs kriterier för identifiering av förtursmål som i stor utsträckning torde innefatta de flesta överprövningsmål (åtminstone mål om överprövning av upphandling).[25]

Handläggningstider i överprövningsmål

Av Domstolsverkets statistik framgår att den genomsnittliga handläggningstiden för överprövningsmål i förvaltningsrätterna varierar mellan 1,5 månader (Förvaltningsrätten i Luleå) och 3,7 månader (Förvaltningsrätten i Malmö). Den genomsnittliga omloppstiden för överprövningsmål i förvaltningsrätt var 2,8 månader och i kammarrätt 2,0 månader. I Högsta förvaltningsdomstolen är handläggningstiden i genomsnitt 1,6 månader.

Upphandlingsmyndigheten har i sin rapport uppskattat den genomsnittliga handläggningstiden från det att tilldelningsbeslut meddelas i upphandlingen till det att ett avgörande har meddelats i sista instans (dvs. efter eventuella överklaganden). Den genomsnittliga överprövningstiden har i dessa fall uppgått till cirka 125 dagar (dvs. nästan 4,2 månader).[26] Av rapporten framgår vidare att knappt vart femte mål blir överklagat till kammarrätten. Upphandlingsmyndigheten har emellertid endast beaktat sakprövade mål (dvs. inte ansökningar som har avvisats eller avskrivits).

[24] SOU 2010:44 s. 182.
[25] Förvaltningsrätten i Karlstad framhåller i sin arbetsordning att just upphandlingsmål – utan att vara förtursmål – kan ha förturskaraktär.
[26] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 117.

20.4 Kostnaderna för överprövningsmål

De upphandlande myndigheternas kostnader

I en rapport från PWC år 2011 gjordes en uppskattning av tidsåtgången för den upphandlande myndigheten i de fall de rapporterades kostnader för klagomål och processande (det vill säga i cirka en fjärdedel av upphandlingarna). Tidsåtgången uppskattades till cirka 64 timmar.[27] I den rapport som utgjorde en bilaga till Upphandlingsutredningens delbetänkande uppskattades tidsåtgången för den upphandlande myndigheten till 68 timmar i de fall upphandlingen blev föremål för överprövning.[28] Med ledning av de antaganden om lönekostnader m.m. som görs i rapporten kan kostnaden för en överprövning för den upphandlande myndigheten uppskattas till drygt 18 000 kronor.[29] Uppräknat till 2016 års lönenivåer motsvarar detta en kostnad på drygt 23 000 kronor. Multiplicerat med antalet överprövade upphandlingar år 2016 blir detta en total kostnad för de upphandlande myndigheterna på drygt 30 000 000 kronor (1 353 × 23 000).

Kostnaderna är emellertid svårbedömda. Beräkningarna utgår bl.a. från att de upphandlande myndigheterna genomgående använder egen arbetskraft och inte externa ombud. Juridiska ombud används emellertid av de upphandlande myndigheterna i cirka 23 procent av alla överprövningsmål i förvaltningsrätterna.[30] Det bör också understrykas att detta är just genomsnittskostnader. Tidsåtgång och kostnaderna skiljer sig mycket åt mellan olika mål och är även beroende av i hur många instanser prövningen sker.

Leverantörernas kostnader

Såsom har påpekats av flera tidigare utredningar är en ansökan om överprövning förknippad med kostnader för leverantören även om det i dag inte finns några ansökningsavgifter eller något processkostnadsansvar i sådana mål.

---

[27] PWC *Public Procurement in Europe – Cost and effectiveness*, 2011, s. 80.
[28] SOU 2011:73 s. 385–423.
[29] Lönekostnaderna i underlagsrapporten är beräknade utifrån 2009 års lönenivåer, statistik som erhölls från upphandlingssajten Upphandling24. Utredningen har från samma sajt inhämtat lönestatistik avseende upphandlare år 2016, vilken tyder på att lönenivåerna har stigit med cirka 30 procent under 2009–2016.
[30] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 80.

I PWCs rapport från 2011 uppskattades tidsåtgången för klagomålshantering och processande för leverantörer vara cirka 2–3 gånger större för leverantörerna än för de upphandlande myndigheterna.[31] Uppskattningen gäller upphandlingar över tröskelvärdet. Om detta är en korrekt uppskattning som också är applicerbar på svenska förhållanden, skulle detta innebära att tidsåtgången för en leverantör för en överprövningsprocess är någonstans mellan 136 och 204 timmar.

Om tidsåtgången för en leverantör för ett överprövningsmål beräknas till 2,5 gånger tidsåtgången för en upphandlande myndighet blir den genomsnittliga kostnaden för en överprövning för leverantörens del cirka 60 000 kronor (23 000 × 2,5).[32] Årskostnaderna för leverantörskollektivet kan utifrån dessa beräkningar uppskattas till drygt 80 miljoner kronor (1 353 × 60 000). Till saken hör emellertid att det inte är ovanligt att flera leverantörer ansöker om överprövning av samma upphandling. Tyvärr saknas uppgifter om hur många leverantörer som i genomsnitt ansöker om överprövning av en och samma upphandling. Utredningen noterar dessutom att kostnader också kan uppkomma för en tredje part som bereds tillfälle att yttra sig i målet.

Uppskattningen av dessa kostnader är därutöver förknippade med samma osäkerheter som beräkningen av kostnaderna för de upphandlande myndigheterna. Uppskattningen utgår också ifrån samma lönenivåer, en utgångspunkt som även den kan ifrågasättas. Dessutom tillkommer den omständigheten att leverantörer i ungefär dubbelt så stor utsträckning som de upphandlande myndigheterna använder juridiska ombud i målen (i cirka 47 procent av målen i förvaltningsrätt).[33]

Mot denna bakgrund torde den verkliga totala kostnaden vara betydligt högre än vad som framgår ovan. Även om den genomsnittliga kostnaden för en leverantör att ansöka om överprövning alltså är svår att uppskatta utifrån tillgängligt underlag så kan ändå slutsatsen dras att kostnaderna är betydande – och dessutom högre än motsvarande kostnad för den upphandlande myndigheten.

[31] PWC 2011 s. 80.
[32] Uppräknad på samma sätt som lönestatistiken för upphandlare, dvs. med 30 procent (2009–2016). Informationen avser år 2016 och är hämtad från www.upphandling24.se i februari 2018.
[33] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 80.

Kostnaderna för domstolarnas hantering av målen

Handläggningen av överprövningsmål medför naturligtvis även kostnader för de allmänna förvaltningsdomstolarna. Av denna anledning är det av betydelse att bedöma hur stora dessa kostnader är.[34] Utredningen noterar att Domstolsverket har framhållit att mål om överprövning av upphandling generellt är resurskrävande.[35]

År 2017 prövade förvaltningsrätterna sammanlagt 3 622upphandlingsmål, medan kammarrätterna prövade 934 och Högsta förvaltningsdomstolen 347 mål. Enligt uppgift från Domstolsverket uppgick styckkostnaderna för hantering av överprövningsmål till följande belopp 2017:[36]

Tabell 20.2 Styckkostnader för överprövningsmål

	Styckkostnad	Antal avgjorda mål (2017)	Totala kostnad
Förvaltningsrätt	12 361 kr	3 622	44 771 542 kr
Kammarrätt	11 691 kr	934	10 919 394 kr
Högsta förvaltningsdomstolen	18 463 kr	347	6 406 661 kr
Summa			**62 097 597 kr**

Källa: Domstolsverkets årsredovisning för år 2017

Om domstolarnas styckkostnader multipliceras med antalet mål i respektive instans innebär detta att den totala kostnaden för domstolarnas handläggning av överprövningsmål årligen uppgår till cirka 62 000 000 kronor. I sammanhanget bör understrykas att det just är fråga om en genomsnittlig kostnad som inbegriper såväl seriemål som mål som inte blir sakprövade. Mot bakgrund av att ungefär en tredjedel av överprövningsmålen inte blev sakprövade år 2016 utgår utredningen ifrån att styckkostnaden för ett sakprövat överprövningsmål sannolikt är högre än vad som framgår ovan.

[34] Utredningen noterar att regeringen i samband med de förändringar av rättsmedlen som gjordes den 15 juli 2010 bl.a. uttalade att de allmänna förvaltningsdomstolarna har kompenserats med 1 750 000 kronor för 2010 och med 3 500 000 kronor per år för 2011 och 2012. Därefter skulle en utvärdering göras av de faktiska kostnaderna. Såvitt utredningen erfar har emellertid någon sådan utvärdering aldrig kommit till stånd.
[35] Domstolsverket, Budgetunderlag 2019–2021, s. 16.
[36] Med styckkostnad avses i detta sammanhang domstolarnas löne- och förvaltningskostnader, övergripande administration, utvecklings- och kvalitetsarbete samt utgifter för konkursförvaltare, tolk och vittnen, se Domstolsverkets årsredovisning för år 2017 s. 102 not. 2.

21 Processkostnadsansvar i överprövningsmål

21.1 Utredningens uppdrag

Utredningen ska enligt sina direktiv närmare analysera samt väga för- och nackdelar med bestämmelser om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. Utredaren ska vidare föreslå hur bestämmelser om processkostnadsansvar kan utformas i lagstiftningen. Utredningen uppfattar uppdraget i denna del så att den ska lämna lagförslag om införande av processkostnadsansvar i upphandlingsmål oavsett om den anser att övervägande skäl talar för eller emot att sådana regler införs. En förutsättning för den närmare utformningen av utredningens förslag är att reglerna ska tillgodose kraven på rättssäkerhet. Det ingår inte i utredningens uppdrag att överväga eller lämna förslag om processkostnadsansvar i mål om upphandlingsskadesavgift eller mål om tillgång till kontrakt.

Detta kapitel är strukturerat på följande sätt. I avsnitt 21.2 redogör utredningen för tidigare överväganden om processkostnadsansvar i olika sammanhang, inklusive reglerna i några andra europeiska stater. I avsnittet finns även en överblick av regler om processkostnader i olika typer av mål och domstolar i Sverige. I nästföljande avsnitt redovisar utredningen sina egna överväganden i frågan om ett processkostnadsansvar i överprövningsmål, inklusive de synpunkter som utredningen har fått från sina intressenter under arbetet (avsnitt 21.3). I avsnitt 21.4 presenterar utredningen sitt förslag till reglering avseende ett processkostnadsansvar i överprövningsmål, medan överväganden och förslag ifråga om vilka kostnader som ska utgöra ersättningsgilla processkostnader redovisas i avsnitt 21.5. I avsnitt 21.6 finns överväganden och förslag ifråga om införandet av en särskild regel om en möjlighet för rätten att fördela processkostnaderna mellan parten och dennes ombud eller biträde. Kapitlet

avslutas med förslag om en ändring av lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader (avsnitt 21.7).

Konsekvenserna av införandet av ett processkostnadsansvar redovisas i avsnitt 25.2.

21.2 Om processkostnadsansvar i domstol

21.2.1 Tidigare överväganden om processkostnadsansvar i överprövningsmål

Tidigare överväganden i fråga om processkostnadsansvar i förvaltningsprocessen

Det har aldrig funnits några bestämmelser i FPL som ger domstolen möjlighet att förordna att en part ska ersätta en annan part för dennes kostnader i målet. Sådana regler har dock övervägts vid flera tillfällen.[1] I början av 1970-talet uttalade emellertid regeringen att det inte borde införas någon generell regel om kostnadsersättning i förvaltningsärenden.[2] Justitieutskottet uttalade därefter vid ett par tillfällen i mitten av 1980-talet att regeringen bör utreda möjligheten för enskilda att få ersättning för sina rättegångskostnader i förvaltningsprocesser.[3]

Domstolsutredningen ansåg att en enskild i vissa fall bör ha rätt till ersättning av det allmänna för sina kostnader i en förvaltningsprocess.[4] Utredningens föreslog en regel med innebörd att förvaltningsdomstol skulle kunna förplikta det allmänna att utge ersättning till enskild för kostnaderna i målet, om det med hänsyn till omständigheterna är oskäligt att den enskilda själv ska bära dessa. Det var alltså inte fråga om ett ömsesidigt processkostnadsansvar, och utredningen föreslog alltså inte någon allmän möjlighet för vinnande part att få ersättning för sina kostnader. Regeln var dessutom avsedd att tillämpas på ett sätt som ligger den skadeståndsrättsliga regleringen nära, dvs. rätten skulle framför allt beakta om det förekommit

[1] Se t.ex. SOU 1964:27 s. 666–699.
[2] Prop. 1972:132 s. 195 f.
[3] Bet. 1984/85:JuU15 s. 53 och bet. 1988/89:JuU19 s. 23.
[4] SOU 1991:106 del A s. 630–655.

fel eller försummelse i myndighetens beslutsfattande.[5] Utredningen uttalade vidare att för att det ska vara oskäligt att den enskilde själv får stå för sina kostnader i målet förutsätts att den enskilde vinner en väsentlig framgång i målet.[6] Ersättning skulle inte kunna ges för den enskildes eget arbete eller tidsspillan, utan i princip endast för kostnaderna för ombud och biträden.[7] Vidare föreslog utredningen en möjlighet att ålägga en enskild part att ersätta en annan parts kostnader i målet i mål där två enskilda parter för talan mot varandra. Förslaget ledde inte till lagstiftning.

I mitten på 1990-talet uttalade Justitieutskottet, med anledning av regeringens förslag till ny ärendelag, att utskottet utgick från att regeringen skulle överväga rättegångskostnadsfrågorna i ärendeprocessen respektive förvaltningsprocessen och att detta skulle ske inom en inte alltför avlägsen framtid.[8]

Som framgår av de överväganden som redovisats ovan är det alltså införandet av regler i förvaltningsprocessen om *enskildas* möjligheter att få sina processkostnader ersatta av det allmänna som stått i förgrunden. Några egentliga överväganden i fråga om införandet av ett *ömsesidigt* processkostnadsansvar i förvaltningsprocessen har utredningen inte kunnat finna. Såvitt utredningen erfar har inte heller införandet av ett processkostnadsansvar i förvaltningsprocessen utretts närmare efter att ovan nämnda uttalanden gjorts.

Upphandlingsutredningens bedömning i fråga om processkostnadsansvar

Upphandlingsutredningen ansåg att parterna även fortsättningsvis borde stå sina egna kostnader i överprövningsmål, då den bedömde att ersättning för rättegångskostnader inte skulle leda till önskat resultat.[9] Utredningen påpekade att det redan i dag är förenat med kostnader i form av arbetstid och för ombud att begära överprövning av en upphandling.

[5] SOU 1991:106 del A s. 646 f.
[6] SOU 1991:106 del A s. 655.
[7] SOU 1991:106 del A s. 650 f.
[8] Bet. 1995/96:JuU17 s. 10.
[9] SOU 2013:12 s. 364–366.

Överprövningsutredningens överväganden i fråga om processkostnadsansvar i överprövningsmål

Överprövningsutredningen bedömde att det inte borde införas en regel i LOU, LUF eller LUFS av innebörd att förlorande part ska betala processkostnaderna. Överprövningsutredningen ansåg att en rad skäl talade emot att införa en sådan regel i överprövningsmål:

- Ett processkostnadsansvar skulle medföra ökade kostnader för domstolarna.
- Den processavhållande effekten skulle troligen främst gälla mindre, kapitalsvaga leverantörer som inte vågar riskera att förlora en överprövningsprocess med de kostnader som kan bli följden.
- Ett processkostnadsansvar skulle kunna få till följd att förlorande part i större utsträckning skulle överklaga domen för att få bifall och befrias från ersättningsskyldigheten, vilket inte skulle öka effektivitet i prövningsförfarandet.

Utredningen föreslog däremot att det borde införas en regel i upphandlingslagstiftningen av innebörd att processkostnader i överprövningsmål inte ska utgöra ersättningsgill skada. Detta förslag lämnades mot bakgrund av den princip som utvecklades av Högsta domstolen i NJA 2013 s. 762 och som innebär att en leverantör i vissa fall kan tillerkännas skadestånd enligt LOU för skäliga överprövningskostnader. Rätten till sådan ersättning ansågs orättvis eftersom den endast möjliggjorde ersättning för överprövningskostnader för leverantören och inte för den upphandlande myndigheten eller enheten. Överprövningsutredningens förslag bereds för närvarande på Regeringskansliet.

21.2.2 Reglering och erfarenheter i några andra europeiska stater

Utredningen har ställt frågor till ett antal medlems- och EES-stater om deras regler och erfarenheter kring ett eventuellt processkostnadsansvar i domstol. Uppgifterna har kompletterats med utredningens egna studier av nationella regelverk liksom med andra källor.

Finland

Enligt huvudregeln i 74 § i den finska förvaltningsprocesslagen är en part skyldig att ersätta en annan parts rättegångskostnader helt eller delvis, om det särskilt med beaktande av avgörandet i ärendet är oskäligt att denne själv får bära sina rättegångskostnader. Detta har kommit att tolkas på så sätt att den part som förlorar målet som utgångspunkt ska ersätta motpartens rättegångskostnader. Andra faktorer av betydelse för denna bedömning är parternas respektive ståndpunkter i målet, hur viktigt målet är för respektive part, rättegångskostnadernas storlek i förhållande till tvisteföremålet samt parts ekonomiska möjligheter att ersätta motpartens kostnader. De kostnader som ersätts är dels ansökningsavgiften för överprövningen, dels partens kostnader för processföringen.

I Finland infördes processkostnadsansvaret i upphandlingsmål år 2010. Erfarenheterna är alltså än så länge ganska begränsade. Den genomsnittliga ersättningen i överprövningsmål som marknadsdomstolen förordnar om uppgick i en undersökning från år 2016 till 3 280 euro, vilket var ungefär hälften av det belopp som normalt yrkades i målen. Leverantörer yrkar normalt högre ersättning än upphandlande myndigheter. Någon analys av i vilken utsträckning införandet av processkostnadsansvaret har påverkar leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning har inte gjorts.

Norge

I Norge svarar förlorande part för vinnande parts kostnader i överprövningsmål. Kostnadsansvaret inkluderar ansökningsavgiften i domstol liksom avgiften för att överklaga en dom. Förlikning är möjlig i upphandlingsmål. Det är inte ovanligt att en klagande återkallar sin ansökan om stämning efter att denna bemötts av den upphandlande myndigheten, mot att myndigheten utfäster sig att inte yrka ersättning för sina kostnader. Statens kostnader för ett upphandlingsmål brukar uppgå till mellan 30–40 000 upp till 70 000 NOK; leverantören brukar yrka mellan 70 000 upp till 600 000 NOK. Skadeståndsmål är ofta mer omfattande, med högre ersättningsyrkanden som följd. Domstolen bedömer ersättningsyrkandena och kan utdöma lägre belopp om den anser att yrkandet är oskäligt.

I den norska klagonämnden KOFA bär parterna däremot sina egna kostnader.

Den norska regleringen har funnits sedan mycket lång tid. Det är därför svårt att redovisa några särskilda erfarenheter eftersom den har utgjort en naturlig del av prövningssystemet i upphandlingsmål sedan Norge gick med i EFTA. Varken reglerna om ansökningsavgifter (se avsnitt 22) eller reglerna om processkostnadsansvar verkar ifrågasättas i någon större utsträckning.

Danmark

I Danmark ska förlorande part ersätta vinnande parts rättegångskostnader i överprövningsmål. Ersättningens storlek avgörs av den vinnande partens kostnader för nedlagd arbetstid, och även av målets karaktär utifrån en skälighetsbedömning. Någon begränsning i form av ett tak på hur stora kostnader som kan ersättas finns inte. Processkostnadsansvaret i överprövningsmål i Danmark infördes 2013 och det har ännu inte gjorts någon utvärdering av om det påverkat leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. Samma regler gäller oavsett om upphandlingen är under eller över tröskelvärdet.

Nederländerna

I Nederländerna finns två möjligheter att klaga på upphandlingar: antingen till en kommitté (Commissie van Aanbestedingsexperts) eller till en allmän domstol. Kommitténs beslut är inte bindande och parterna bär sina egna kostnader. Om ett överklagande handläggs i domstol kan – men måste inte – rätten förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts rättegångskostnader. De kostnader som ersätts är utgifter för resekostnader, kostnader för vittnen och sakkunniga, utgifter för kopior på vissa handlingar samt advokatomkostnader. Advokatomkostnaderna baseras i sin tur på vilket arbete som lagts ner på målet samt värdet på processföremålet. Ersättningen för advokatomkostnaderna är i praktiken symboliska och ersätter endast en mindre del av de faktiska utgifterna. De praktiska erfarenheterna tyder inte på att processkostnadsansvaret i sig själv leder till fler överklaganden i upphandlingsmål. Processkostnadsansvaret är inte beroende av upphandlingens värde, t.ex. om målet

avser en upphandling över eller under tröskelvärdet, och reglerna är inte heller unika för upphandlingsområdet.

Tyskland

I Tyskland finns särskilda domstolar (tribunaler) som handlägger mål om upphandlingar över tröskelvärdet. Dessa tribunaler är antingen federala eller på delstatsnivå. Delstaterna är (relativt) fria att bestämma vilka domstolar som ska utgöra dessa tribunaler, medan de federala tribunalerna är organisatoriska enheter inom *Bundeskartellamt*. Detta får även till följd att processkostnadsansvaret skiljer sig åt beroende på om upphandlingen är över eller under tröskelvärdena.

Vad gäller överprövningsmål över tröskelvärdena ska förlorande part ersätta vinnande parts rättegångskostnader. I vissa situationer får rätten utifrån en skälighetsbedömning fördela rättegångskostnaderna. Om en part har representerats av ombud ska rätten dessutom ta ställning till om målet var av sådan karaktär att det var befogat att anlita juridiskt ombud. Till saken hör att förlorande part även ska bekosta domstolens handläggning av målet genom att erlägga en särskild avgift. Denna avgift uppgår till mellan 2 500 euro och 50 000 euro beräknat med ledning av värdet av upphandlingen.

Om värdet i stället understiger tröskelvärdet gäller vanliga civilprocessrättsliga regler för fördelningen av rättegångskostnaderna.

Grekland

I Grekland finns ett processkostnadsansvar som innebär att förlorande part kan åläggas att ersätta vinnande parts rättegångskostnader, vilka i huvudsak utgörs av ombudskostnader och ansökningsavgiften för prövning av målet. Processkostnadsansvaret anses i någon utsträckning minska benägenheten hos leverantörer att begära överprövning av upphandlingar. Processkostnadsansvaret är detsamma oavsett leverantörens storlek eller omsättning.

I Grekland har nyligen inrättats en särskild prövningsmyndighet för upphandlingsmål. Myndighetens beslut kan överklagas till domstol. Inrättandet är del av en successiv pågående reform som ska vara

genomförd under år 2018. Det är alltså för tidigt att dra några närmare slutsatser kring hur denna reform påverkar prövningen av upphandlingsmål i Grekland.

Estland

I Estland införs ett processkostnadsansvar från den 1 januari 2019 även i den särskilda prövningsnämnden för offentlig upphandling (VAKO). Samma regler kommer att vara tillämpliga oavsett upphandlingens värde. Erfarenheten talar för att frånvaron av en sådan skyldighet kan ha avhållit en del leverantörer från att ansöka om överprövning eftersom de får betala sina rättegångskostnader oavsett utgången i målet. Rättegångskostnader kan förväntas uppgå till mellan 1 000 och 2 500 euro, även om det naturligtvis saknas erfarenheter av de nya reglerna.

Några reflektioner med anledning av regler och erfarenheter i andra medlemsstater

Utredningen konstaterar att samtliga undersökta stater har ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Staterna kan emellertid delas upp i två olika kategorier: I många stater har processkostnadsansvaret funnits under mycket lång tid. I de staterna tycks detta betraktas som en naturlig och självklar del av prövningsförfarandet vid offentlig upphandling, och detta verkar inte vara föremål för någon större debatt eller stundande reform. Detta kan jämföras med de svenska reglerna om processkostnadsansvar som gäller för vanliga tvistemål, till vilka även skadeståndsmålen enligt upphandlingsreglerna hör.

I några av länderna, särskilt Danmark och Finland, är processkostnadsansvaret däremot så nyligen infört att det är svårt att redovisa några mer tillförlitliga erfarenheter av införandet av dessa regler. Till saken hör att det varit svårt att få insikt i betydelsen av processkostnadsansvaret i de undersökta länderna. Empiriska studier och statistik saknas ofta.

En annan tydlig skiljelinje är mellan de länder där upphandlingar endast prövas i domstol, och de länder där det också finns en särskild

prövningsnämnd för upphandlingsmål. I domstol gäller då ett processkostnadsansvar medan parterna bär sina egna kostnader i prövningsnämnden.

Utredningen konstaterar vidare att leverantörens storlek eller omsättning inte i någon av de undersökta staterna påverkar processkostnadsansvaret.

21.2.3 Regler om processkostnadsansvar och rätt till ersättning i olika måltyper och domstolar

Några principiella utgångspunkter för regleringarna

Ett processkostnadsansvar fyller främst två syften: det ska vara handlingsdirigerande och reparativt. I dess *handlingsdirigerande* funktion ligger att risken att få ersätta motpartens processkostnader ska inverka på parts handlande, till exempel ifråga om partens processbenägenhet.[10] Ett *reparativt* syfte fyller processkostnadsansvaret genom att det ska bidra till att den som vunnit målet hålles skadeslös, vilket inte vore fallet om den ändå fick stå kostnaderna för att ha fått rätt.[11] Därtill fyller ett processkostnadsansvar även en funktion som *processuell sanktion*, genom att motverka att parternas processföring medför onödiga kostnader och andra negativa konsekvenser för såväl motparten som domstolen.[12]

Allmän förvaltningsdomstol

Det finns i dag inga regler om processkostnadsansvar i allmän förvaltningsdomstol. Däremot finns i några måltyper en rätt till offentligt biträde, särskilt i mål om s.k. administrativa tvångsomhändertaganden, samt vissa begränsade möjligheter till rättshjälp enligt rättshjälpslagen (1996:1619). Dessutom finns regler om ersättning för kostnader i vissa fall i skattemål.

[10] Lindell, Bengt *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling*, upplaga 4:1, 2017, s. 653.
[11] Se t.ex. Processlagsberedningens betänkande, NJA II 1943 s. 227.
[12] Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik, *Rättegång – Tredje häftet*, sjunde upplagan, 2006, s. 291–300.

Bakgrunden till avsaknaden av generella regler om ersättning för processkostnader inom förvaltningsprocessen är främst att det ställs låga processuella krav på parterna och att förvaltningsprocesserna anses röra frågor som enskilda parter, oftast fysiska personer, kan sätta sig in i och förstå.[13] Vidare har förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet ansetts utgöra ett argument mot ett processkostnadsansvar.[14] Därtill har den enskilde i förvaltningsprocessen oftast endast en offentlig motpart, som har att agera objektivt och därigenom bidra till den enskildes rättssäkerhet. Det handlingsdirigerande behovet av ett processkostnadsansvar inom förvaltningsprocessen är därmed mindre än inom t.ex. civilrätten. Däremot fyller ett processkostnadsansvar fortfarande en reparativ funktion även inom förvaltningsprocessen.

Ersättning för kostnader i skattemål

Enligt 43 kap. skatteförfarandelagen (2011:244) finns vissa möjligheter till ersättning till den som har haft kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som denne skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt. Detta gäller om

1. den sökandes yrkanden i ärendet eller målet bifalls helt eller delvis,
2. ärendet eller målet avser en fråga som är av betydelse för rättstillämpningen, eller
3. det finns synnerliga skäl för ersättning.

Ersättning får dock inte beviljas för den sökandes eget arbete eller egen tidsspillan eller i övrigt för kostnader för sådant som den sökande själv har utfört med anledning av ärendet eller målet. Inte heller ersätts kostnader för vilka personen kan få ersättning enligt rättshjälpslagen eller med stöd av en rättsskyddsförsäkring.[15] Att notera är att möjligheten till ersättning i dessa fall inte är utformad som en regel om processkostnadsansvar (bl.a. kan Skatteverket inte tillerkännas

[13] SOU 1991:106 s. 631.
[14] Se t.ex. Lundin, Anna-Karin, Rättegångskostnader i förvaltningsprocessen – ett orättvist system, i *Regeringsrätten 100 år*, 2009, s. 291–296.
[15] Se prop. 2010/11:165 del 2 s. 879–882.

ersättning för sina kostnader i förvaltningsdomstol). Inte heller är det Skatteverket utan staten som betalar ut ersättningen.

Rättshjälp och offentligt biträde

Bestämmelserna i 13 § rättshjälpslagen ger vissa möjligheter för näringsidkare som är fysiska personer att erhålla rättshjälp, om det finns särskilda skäl. Detta torde dock vara mycket ovanligt i överprövningsmål. Utredningen ifrågasätter om bestämmelserna någonsin har tillämpats i sådana mål.

Enligt lagen (1996:1620) om offentligt biträde har enskilda rätt till offentligt biträde i mål och ärenden där så är särskilt förordnat. Någon rätt till offentligt biträde finns inte i överprövningsmål.

Mål enligt 21 kap. föräldrabalken (s.k. verkställighetsmål)

Fram till den 1 juli 2006 handlade de allmänna förvaltningsdomstolarna mål om verkställighet av vårdnad och umgänge enligt 21 kap. föräldrabalken (FB). I 21 kap. 13 § 1 stycket FB fanns regler om fördelning av rättegångskostnader i sådana mål:

> Länsrätten får, enligt vad som är skäligt, förordna att den ena parten skall ersätta motpartens kostnader i ett mål enligt detta kapitel.

Målen har inte några större likheter med överprövningsmål och enligt utredningens uppfattning går det inte att hämta någon närmare vägledning från tillämpningen av denna reglering.[16]

Mål i mark- och miljödomstolarna

Vid mark- och miljödomstolarna handläggs flera olika typer av mål enligt bl.a. plan- och bygglagstiftningen och miljöbalken. I dessa mål finns olika regler om rättegångskostnaderna (liksom om ansökningsavgifter). Som exempel kan nämnas att i ansökningsmål rörande vattenverksamhet ska sökanden svara för sina egna och motparternas kostnader vid mark- och miljödomstolen (25 kap. 2 § miljöbalken). I mål om expropriation är det enligt huvudregeln den sökande som står

[16] Se prop. 2005/06:99 s. 77 och 102 avseende rättegångskostnaderna i dessa mål.

för rättegångskostnaderna (7 kap. 1 § expropriationslagen [1972:719]). I överklagade fastighetsmål kan förlorande part få betala motparts rättegångskostnader. I vissa mål där en eller flera fastigheter tvingas avstå mark eller upplåta rättigheter är det normalt att den som har sökt förrättningen har att ersätta motpartens skäliga rättegångskostnader oavsett utgången i målet (25 kap. miljöbalken).

Allmän domstol

Vad gäller mål som handläggs av de allmänna domstolarna finns i huvudsak två olika uppsättningar regler om rättegångskostnader: de som är tillämpliga i tvistemål i 18 kap. rättegångsbalken (RB) och de som är tillämpliga i brottmål i 31 kap. RB.

Brottmål

Huvudregeln i brottmål är att den tilltalade endast ska ersätta staten för kostnaden för ersättning till dennes försvarare. Dessutom gäller att den tilltalade i princip inte är skyldig att betala mer av kostnaden för försvararen än rättshjälpsavgiften enligt rättshjälpslagen, och beloppet får sättas ned eller efterges om det finns skäl till det med hänsyn till den tilltalades ekonomiska förhållanden m.m. Om den tilltalade frikänns kan rätten i stället besluta att den tilltalade ska få ersättning av allmänna medel för skäligen motiverade kostnader för försvarare m.m.

Dispositiva tvistemål

Huvudregeln i dispositiva tvistemål (mål i vilka parterna kan förlikas) är att den part som förlorar målet ska ersätta vinnaren för dennes kostnader i målet. Enligt 18 kap. 1 § RB gäller som huvudregel i sådana mål att förlorande part ska ersätta motparten dennes rättegångskostnad. Ersättningen omfattar enligt 18 kap. 8 § RB bl.a. kostnader för ombudsarvode, egen inställelse (rese- och traktamentskostnad) vid eventuell förhandling, samt eget arbete och tidsspillan (t.ex. förlorad arbetsförtjänst). Utgångspunkten är vidare att

kostnader ska ha varit skäligen påkallade för att tillvarata partens rätt. I detta ligger bl.a. att hänsyn tas till

- vilken tid som lagts ned på uppdraget,
- målets beskaffenhet och omfattning,
- den omsorg och skicklighet med vilken arbetet har utförts,
- tvisteföremålets värde.

Vidare kan den betydelse som målets utgång haft för parten beaktas. Det är den slutliga utgången i målet som avgör vilken part som ska anses ha vunnit målet i samtliga instanser.

I sammanhanget kan nämnas att sedan den 1 april 2018 kan rätten i ett mål om skadestånd enligt skadeståndslagen (1972:207) på grund av överträdelse av Europakonventionen besluta att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad, om en enskild som har förlorat målet hade skälig anledning att få saken prövad. Huvudregeln är dock alltjämt att förlorande part ersätter vinnarens rättegångskostnader i sådana mål.[17]

Indispositiva tvistemål

I indispositiva tvistemål (mål i vilka parterna inte kan förlikas) gäller att rätten får förordna att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad (18 kap. 2 § RB). Bestämmelsen utgör därmed ett undantag från huvudregeln om förlorande parts kostnadsansvar. Skäl att förordna om att parterna ska bära sina egna kostnader kan vara att parterna är ense om hur rätten ska besluta i målet men inte genom en privat överenskommelse kan påverka det rättsförhållande som målet avser. Inte heller fyller processkostnadsansvaret i sådana mål någon processavhållande funktion eftersom en dom är en nödvändig form för regleringen av det aktuella rättsförhållandet.[18]

I flera typer av indispositiva tvistemål finns dessutom särskilda bestämmelser om rättegångskostnader (t.ex. i vårdnadsmål enligt föräldrabalken, se 6 kap. 22 § FB).

[17] Prop. 2017/18:7 s. 42–45, bet. 2017/18:KU12, rskr 2017/18:140.
[18] Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik, *a.a.* s. 303.

Mål enlig lagen om domstolsärenden

Lagen (1996:242) om domstolsärenden (”ärendelagen”) är tillämplig vid handläggningen i allmän domstol i sådana rättsvårdsärenden som ska tas upp av en tingsrätt och som inte ska handläggas enligt RB. Ärendelagen utgör tillsammans med RB och FPL den huvudsakliga processuella regleringen för svenska domstolar.

I 32 § ärendelagen anges att i ärenden där enskilda är motparter till varandra får domstolen med tillämpning av 18 kap. RB förplikta den ena parten eller dennes ställföreträdare, ombud eller biträde att ersätta den andra parten för dennes kostnader i ärendet eller det som i domstolen betalats av allmänna medel.

Konkurrensmål

Huvudregeln i konkurrenslagen (2008:579, KonkL) är att ersättning för kostnader för enskilda som uppkommit inom ramen för Konkurrensverkets handläggning inte ersätts av allmänna medel. I 8 kap. 15–18 §§ konkurrenslagen finns emellertid bestämmelser om rättegångskostnader i mål enligt samma lag. Som huvudregel gäller att i mål och ärenden enligt konkurrenslagen där Konkurrensverket är part tillämpas reglerna om rättegångskostnader i brottmål. I mål där enskild för talan gäller i stället reglerna om fördelning av rättegångskostnader i dispositiva tvistemål. Om det finns särskilda skäl får rätten emellertid i sådana mål besluta att var och en av parterna ska svara för sina rättegångskostnader.

Om ett skadeståndsmål handläggs gemensamt med ett mål om konkurrensskadeavgift svarar den som för talan om skadestånd endast för den särskilda kostnad som parten orsakat (8 kap. 18 § KonkL). Den enskilda part som för talan om skadestånd i en sådan situation har alltså rätt till ersättning för egna rättegångskostnader, medan ansvaret för motpartens kostnader är begränsat till sådana kostnader som parten har orsakat.[19]

Tidigare fanns i mål där Konkurrensverket väckt talan om förbud för en företagskoncentration en särskild bestämmelse om fördelningen av rättegångskostnader för det fall att Konkurrensverket återkallar en sådan ansökan därför att de aktuella företagen frivilligt

[19] Prop. 2007/08:135 s. 111.

har avbrutit sin koncentration under pågående handläggning i domstol (18 kap. 17 § KonkL). Bakgrunden till bestämmelsen var att regeringen ansåg att det kunde framstå som stötande att tillerkänna parterna ersättning av allmänna medel i fall där återkallelsen var en följd av att Konkurrensverket hade uppnått syftet med sin talan, nämligen att koncentrationen inte skulle genomföras.[20] Bestämmelsen upphävdes i samband med att Konkurrensverket gavs beslutanderätt i ärenden om företagskoncentrationer.[21] Genom den ändrade beslutsordningen blir i stället följden av att koncentrationen avbryts på frivillig väg att de företag som anmält en företagskoncentration återkallar sin talan. Verket har då att avskriva ärendet under pågående handläggning, och ett avskrivet ärende leder inte till något kostnadsansvar för det allmänna.[22]

Andra regler om processkostnadsansvar

Utöver ovan nämnda bestämmelser finns ytterligare regler om processkostnadsansvar på en rad områden.

T.ex. gäller att en skadelidande som har tillerkänts skadestånd för kränkning som huvudregel inte ska förpliktas att ersätta den skadeståndsskyldiges rättegångskostnader i ett mål där *skadestånd på grund av brottet* prövas (6 kap. 6 § skadeståndslagen [1972:207]).

Vidare finns särskilda regler om processkostnadsansvar i allmän domstol vid talan mot skiljedom om *inlösen av minoritetsaktier* (22 kap. 25 § aktiebolagslagen [2005:551]).

I *mål enligt marknadsföringslagen* tillämpas som utgångspunkt reglerna om rättegången i dispositiva tvistemål liksom bestämmelserna om rättegångskostnader i 18 kap. RB (64 § marknadsföringslagen [2008:486]). I mål som gäller överklagande av vissa beslut av Konsumentombudsmannen tillämpas i stället bestämmelserna i RB om indispositiva tvistemål, och rätten får i sådana mål – i linje med 18 kap. 2 § RB – bestämma att var och en av parterna ska svara för sina rättegångskostnader. Vad gäller överklagande till Patent- och marknadsdomstolen av vissa förbud eller ålägganden av Konsumentombudsmannen gäller i stället reglerna om rättegångskostnader i

[20] Prop. 2007/08:135 s. 109.
[21] SFS 2017:986.
[22] Prop. 2017/18:15 s. 33.

brottmål (64 § andra stycket jämfört med 51 § första stycket och 28 § samma lag).

I *mål om arbetstvister* gäller som utgångspunkt att bestämmelserna om rättegången i dispositiva tvistemål tillämpas om inte annat är särskilt föreskrivet (5 kap. 3 § lagen [1974:371] om rättegången i arbetstvister). Rätten kan emellertid förordna att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad, om den part som förlorat målet hade skälig anledning att få tvisten prövad (5 kap. 2 § samma lag).

I sammanhanget bör även lagen (1981:1310) om offentliga funktionärers rätt till gottgörelse för rättegångskostnad i vissa mål m.m. nämnas. Enligt denna lag får offentliga funktionärer såsom arbetstagare hos staten, kommuner och landsting i vissa fall föra sin talan på arbetstid om funktionären är föremål för enskilt åtal på grund av sin tjänsteutövning. Detsamma gäller om talan förs mot funktionären om enskilt skadeståndsanspråk utan samband med allmänt åtal. Syftet med dessa bestämmelser är att den offentliga funktionären i dessa fall uppträder som en representant för det allmänna och inte som privatperson.[23]

Ställande av säkerhet för rättegångskostnader av utländska käranden

En utländsk kärande kan på yrkande av svaranden förordnas att ställa säkerhet för de rättegångskostnader som denne kan bli skyldig att betala (lagen [1980:307] om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader). Bestämmelser i lagen gäller inte mål i förvaltningsdomstol (2 § första stycket punkten 5 samma lag). Säkerheten ska bestå av pant, eller borgen i annan form om det godtas av svaranden. Om inte käranden ställer en säkerhet som godkänns av svaranden eller av domstolen, ska talan avvisas.

Skyldigheten att ställa säkerhet gäller inte fysiska eller juridiska personer från länder inom EES, som i stället har samma rättigheter som svenska medborgare och företag att kräva säkerhet enligt lagen. Vidare kan befrielse för utländska medborgare och juridiska personer från skyldigheten att ställa säkerhet enligt lagen även följa av

[23] Se prop. 1981/82:34 s. 20 f.

internationella överenskommelser. Regeringen har i Svensk författningssamling tillkännagivit med vilka länder Sverige har ingått sådana internationella överenskommelser.[24]

Några övergripande slutsatser kring befintliga regler om processkostnadsansvar

Utredningen konstaterar att nuvarande regler om processkostnadsansvar eller ersättning för kostnader i mål synes bygga på ett antal gemensamma utgångspunkter.

Om parterna kan förlikas i den fråga som är föremål för rättens prövning gäller i regel bestämmelserna om rättegångskostnader i dispositiva tvistemål.

Vid överklagande av ingripande myndighetsbeslut, eller där prövning av olika former av ingripanden görs av domstol i första instans, gäller ofta reglerna om rättegångskostnader i brottmål (t.ex. vissa konkurrensmål, vissa förbud och åläggande enligt marknadsföringslagen).

Om en av parterna inom ett rättsområde typiskt sett är att betrakta som finansiellt svagare än den andra parten finns ofta särskilda skyddsregler för den svagare parten. Dessa kan vara utformade på så sätt att rätten endast kan förordna att den ena parten har rätt till ersättning, eller att parterna som huvudregel ska stå sina egna kostnader (så t.ex. i arbetstvister och skattemål).

21.3 Utredningens överväganden om införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

21.3.1 Synpunkter från intressenter avseende införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

De allra flesta av de intressenter som utredningen varit i kontakt med är negativa till införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Inställningen till ett processkostnadsansvar beror emellertid på hur reglerna utformas.

Leverantörer och deras företrädare är särskilt oroade för effekten på småföretagens benägenhet att göra gällande fel och brister i en

[24] Tillkännagivande (2014:333) om befrielse i vissa fall för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader.

upphandling. Många representanter för såväl näringslivet som för upphandlande myndigheter och enheter anser att det är en grundläggande rättighet i Sverige att få myndighetsbeslut prövade i domstol och att ett processkostnadsansvar skulle inverka menligt på den möjligheten. Detta skulle i sin tur kunna öka risken för korruption och andra oegentligheter och därmed i förlängningen bidra till en ökad misstro mot myndigheter i allmänhet. Några har även lyft den omständigheten att myndigheter inte kan förlikas i ärenden som rör upphandling, något som regler om processkostnadsansvar i allmänhet förutsätter. Andra gör även gällande att såväl leverantörer som myndigheter i större utsträckning skulle anlita ombud i upphandlingsmål, vilket dessutom skulle fördyra processen.

Även upphandlande myndigheter pekar på att småföretag kan komma att drabbas mycket hårt av ett processkostnadsansvar. En del representanter för upphandlande myndigheter är oroade för att ett processkostnadsansvar skulle bidra till en ytterligare juridifiering av upphandlingen med än mer fokus på att följa upphandlingsreglerna. Några har t.o.m. påpekat att ett processkostnadsansvar skulle kunna försämra möjligheten att rekrytera upphandlare, genom att dessa i någon mening internt skulle få ta ansvar för att i förlorade mål ha ådragit den egna organisationen stora kostnader för processen i domstol utöver andra negativa effekter som följer i sådana situationer.

En del upphandlande myndigheter har emellertid varit försiktigt positiva till införandet av ett processkostnadsansvar, då detta skulle reducera antalet mål i domstol, särskilt i sådana fall då leverantören borde kunna förutse att de inte kan vinna framgång. Dessa representanter har ofta noterat att rent statistiskt sett skulle ett processkostnadsansvar sannolikt gynna de upphandlande myndigheterna eftersom dessa i betydligt större utsträckning än leverantörer vinner överprövningsmål (se avsnitt 21.4.1). Mot detta har andra invänt att en upphandlande myndighet som förlorar ett mål med flera sökande kan åläggas att ersätta flera leverantörer för deras processkostnader. Dessutom håller de för troligt att leverantörernas processkostnader generellt sett är högre än de upphandlande myndigheternas, eftersom leverantörer i större utsträckning anlitar ombud. Några upphandlande myndigheter har även påpekat att det ur ett kommunalrättsligt perspektiv är tveksamt om de kan begära full kostnadstäckning för sina rättegångskostnader av enskilda.

Några representanter för upphandlande myndigheter har även lyft möjliga följdverkningar av ett införande av processkostnadsansvar. Det gäller t.ex. utformningen av företagens rättsskyddsförsäkringar. I dag ingår normalt sett inte kostnaderna för överprövningsmål i sådana försäkringar, men detta skulle mycket väl kunna förändras om ett processkostnadsansvar infördes i sådana mål. Den fördyrning av sådana försäkringar som skulle följa på detta skulle åtminstone till del komma att vältras över på de upphandlande myndigheterna och enheterna genom dyrare anbud, och processkostnadsansvaret skulle alltså möjligen på så sätt komma att delfinansieras av de upphandlande myndigheterna och enheterna som kollektiv.

En del representanter för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer och andra aktörer har pekat på vissa svårigheter vad gäller utformningen av själva reglerna om processkostnadsansvaret. Detta gäller t.ex. hur man ska fördela kostnaderna i mål med tredje parter som inträtt i överprövningsprocessen samt vem av parterna som i vissa situationer är att betrakta som just vinnande respektive förlorande part.

21.3.2 Utredningens överväganden

Förslag: Ett processkostnadsansvar ska införas i mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

Bedömning: Införandet av ett processkostnadsansvar skulle minska antalet överprövningsmål.

Som framgår av framställningen ovan finns det omständigheter som talar såväl för som emot införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. De flesta av de intressenter som utredningen varit i kontakt med är av olika anledningar negativa till införandet av sådana regler. Utredningen konstaterar att ett processkostnadsansvar i och för sig kan minska benägenheten att använda överprövning som rättsmedel men att det är svårt att förutse vilka konsekvenser sådana regler kommer att få (se avsnitt 25.2). Vidare måste nackdelarna med ett sådant ansvar vägas mot fördelarna med färre upphandlingsmål.

Nackdelar med ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

En del leverantörer kommer att avstå från att ta tillvara sin rätt

Förvaltningsprocessen kan anses syfta till flera olika mål. Den ska leda till materiellt riktiga resultat, värna enskildas rättsskydd samt tillförsäkra enskilda god rättssäkerhet.[25] Förvaltningsprocessen anses – till skillnad från RB – vara utformad på ett sådant sätt att enskilda ska kunna ta tillvara sin rätt utan att själv besitta juridisk kompetens eller anlita ombud eller annan juridisk expertis. Detta åstadkoms bl.a. genom domstolens utredningsansvar, som ofta framhålls som den huvudsakliga orsaken till att det inte finns något generellt processkostnadsansvar i förvaltningsprocessen.[26] Även möjligheterna till rättshjälp är generellt sett mindre i sådana mål.[27]

Det kan emellertid, utifrån upphandlingsrättens komplexa karaktär och Högsta förvaltningsdomstolens syn på officialprincipens tillämpning i överprövningsmål, ifrågasättas om denna utgångspunkt kan anses gälla fullt ut i överprövningsmål. Tvärtom anses många av överprövningsmålen vara mycket komplicerade. På så vis skiljer de sig från de vanligt förekommande målen i de allmänna förvaltningsdomstolarna. Att det finns förvaltningsmål som är så komplicerade att enskilda inte kan ta tillvara sin rätt utan juridiskt biträde har även tidigare ansetts tala för en möjlighet till ersättning för kostnader i sådana mål.[28] Av Upphandlingsmyndighetens rapport framgår också att leverantörer som anlitar ombud i överprövningsmål har vunnit målen nästan dubbelt så ofta som leverantörer som inte har gjort det.[29]

Frågan om vilka domstolar som skulle hantera rättsmedlen i den offentliga upphandlingen diskuterade regeringen i förslaget till 1992 års LOU.[30] Av förarbetena kan emellertid inte utläsas att ställningstagandet att låta de allmänna domstolarna pröva frågor om skadestånd och de allmänna förvaltningsdomstolarna hantera överprövningsmålen grundades på överväganden i fråga om avgifter eller processkostnadsansvar. Med andra ord tycks dessa frågor inte ha

[25] Prop. 1971:30 Del 2. Se även Wennergren, Bertil, och von Essen, Ulrik, *Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar*, sjätte upplagan, 2013, s. 16–20.
[26] Se t.ex. SOU 1971:76 71 f.
[27] Se t.ex. prop. 1996/97:9 s. 115–118.
[28] Bet. 1984/85JuU:15 s. 53. Se även SOU 1991:106 s. 631.
[29] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 84.
[30] Prop. 1992/93:88 s. 45–47, bet. 1992/93:FiU5.

påverkat lagstiftarens bedömning att de allmänna förvaltningsdomstolarna ska pröva mål om överprövning. Utredningen har inte erfarit någon kritik eller något ifrågasättande av reglerna om avgifter och processkostnadsansvar i skadeståndsmål enligt upphandlingslagarna. Att de reglerna gäller är ett förhållande som inte alls har berörts i utredningens samtal med intressenter. Utredningens slutsats är att reglerna om avgifter och processkostnadsansvar i skadeståndsmålen är så inarbetade att de tas för givet, precis som i de länder där processkostnadsansvar har funnits under lång tid (se utredningens redogörelse ovan under avsnitt 21.2.2).

Utredningen noterar vidare att rättssäkerhetsaspekten inte har förhindrat övriga undersökta stater att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Inte heller har EU-domstolen ansett att vissa medlemsstaters avgifter för överprövningsmål och andra lösningar har inneburit någon inskränkning av tillgången till effektiva och snabba rättsmedel (se avsnitt 22.3.2).

Ett processkostnadsansvar kan få kännbara effekter även för upphandlande myndigheter och enheter

Av tillgänglig statistik framgår att upphandlande myndigheter vinner fler överprövningsmål än de förlorar. Med denna utgångspunkt skulle alltså ett processkostnadsansvar i överprövningsmålen leda till att upphandlande myndigheter i större utsträckning än leverantörer får sina kostnader ersatta. Det finns dock flera omständigheter som talar för att ett processkostnadsansvar även kan medföra kännbara negativa ekonomiska effekter för upphandlande myndigheter. Om en mindre upphandlande myndighet åläggs ersätta överprövningskostnader – som skulle kunna uppgå höga belopp – i ett eller flera överprövningsmål under ett verksamhetsår kan följderna för verksamheten bli kännbara. Vidare är det inte ovanligt att flera leverantörer ansöker om överprövning av en och samma upphandling. I en sådan situation kan en upphandlande myndighet som förlorar målet behöva ersätta flera motparters kostnader. Dessutom förekommer det att samma upphandling blir föremål för flera successiva ansökningar om överprövning. Så kan vara fallet om en upphandlande myndighet med anledning av en dom meddelar ett nytt tilldelningsbeslut, som i sin tur blir föremål för ny ansökan om överprövning.

Myndigheten kan i sådana fall få ersätta leverantörer deras processkostnader vid flera tillfällen med anledning av en och samma upphandling.

Effektiviteten i överprövningsprocessen

En risk, om ett processkostnadsansvar skulle införas, är att effektiviteten i överprövningsförfarandet skulle kunna minska. Eftersom det i dag inte finns regler om processkostnadsansvar i de allmänna förvaltningsdomstolarna och därmed inte erfarenhet av att handlägga sådana frågor kan införandet av sådana regler få till följd att handläggningstiden i sådana mål förlängs.

Som framgår av detta kapitel kan det i överprövningsmål förekomma flera komplicerande faktorer som domstolarna måste bedöma och som är av stor betydelse för fördelningen av kostnaderna i målen. Det rör t.ex. den grundläggande frågan om vilken part som i olika situationer är att betrakta som vinnande respektive förlorande part men även hur kostnaderna ska fördelas i mål med tredje parter. Dessa svårigheter är av sådant slag att de är svåra att reglera i lag och det bör därför i stället överlämnas till rättstillämpningen att ta ställning till hur kostnaderna ska fördelas i sådana situationer.

En part som åläggs att ersätta motpartens kostnader i ett mål om överprövning kan också vara mer benägen att överklaga en dom som gått parten emot. En effekt av ett processkostnadsansvar kan alltså bli att fler mål överklagas till högre instans med längre totala handläggningstider som följd.

En möjlig konsekvens för domstolsväsendet är att leverantörer inte längre behöver ansöka om stämning och yrka ersättning för överprövningskostnader vilket skulle få till följd att antalet skadeståndsmål skulle kunna minska.

Särskilt om betydelsen av att parterna inte kan förlikas i överprövningsmål

En av målsättningarna med reglerna om processkostnadsansvar i dispositiva tvistemål är att reglerna ska bidra till att parterna försöker förlikas utan att inleda ett mål i domstol. Överprövningsmålen är

emellertid närmast att jämföra med de indispositiva tvistemålen eftersom parterna inte kan förlikas i sådana mål. Huvudregeln i indispositiva tvistemål är att parterna står sina egna kostnader i målet. Överprövningsutredningen noterade att denna omständighet inte verkade ha uppmärksammats av en del aktörer som förespråkar införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål.[31]

Detta förhållande innebär inte nödvändigtvis ett hinder för eller argument mot införandet av ett processkostnadsansvar. Däremot är det värt att beakta att ett processkostnadsansvar kan få andra konsekvenser än dem som huvudregeln i 18 kap. RB syftar till, eftersom parterna inte kan förlikas.

Enligt 18 kap. 8 § RB har en vinnande part möjlighet att få ersättning för resultatlösa förlikningsförhandlingar. Syftet med detta är att enskilda ska uppmuntras att lösa tvister utan att gå till domstol, och en part ska inte avstå från att söka förlikning av det skälet att kostnaderna för sådant arbete inte ersätts om tvisten i stället avgörs i domstol till partens fördel. Enligt utredningens uppfattning bör det, när det gäller överprövningsmål, ankomma på domstolarna att i tillämpningen ta ställning till om likartade omständigheter ska påverka fördelningen av kostnaderna i målen. Om en leverantör framför invändningar till den upphandlande myndigheten – t.ex. avseende utformningen av upphandlingsdokumenten eller utvärderingen av inkomna anbud – utan att få gehör för dem, och sedan framgångsrikt framför samma invändningar under en överprövningsprocess, bör det inte vara uteslutet att detta påverkar vilka kostnader parten ska få ersatta av den upphandlande myndigheten.

Fördelar med ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

Ett processkostnadsansvar minskar sannolikt antalet överprövningsmål

Ett av de främsta argumenten för införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål är att detta sannolikt skulle leda till färre överprövningsmål. Mot bakgrund av utredningens uppdrag att lämna förslag som minskar antalet överprövningsmål väger givetvis denna sannolika effekt tungt. Risken att få bära motpartens kostnader i målen leder sannolikt till att leverantörer avhåller sig från att

[31] SOU 2015:12 s. 121.

ansöka om överprövning i större utsträckning än i dag och i stället överväger andra sätt att påpeka fel och brister i upphandlingar. Exempelvis kan fler leverantörer bli mer aktiva under perioden för frågor och svar i en upphandling för att på ett tidigt stadium undanröja fel och brister i en upphandling. Vidare kan leverantörerna i större utsträckning än i dag försöka förmå den upphandlande myndigheten eller enheten att ändra, eller ompröva, sina tilldelningsbeslut innan en leverantör bestämmer sig för att ansöka om överprövning. Utredningen utgår vidare ifrån att fler leverantörer, till följd av risken att få ersätta den upphandlande myndighetens eller enhetens kostnader, kommer att ta hjälp av juridisk expertis innan de ger in en ansökan om överprövning för att sondera sina möjligheter till framgång. I de fall denna konsultation ger vid handen att möjligheterna till framgång är små kommer leverantörerna sannolikt att avstå från att ansöka om överprövning. För de upphandlande myndigheterna och enheterna innebär detta att färre upphandlingar stoppas till följd av överprövningsprocesser. Detta kommer i sin tur att minska behovet av direktupphandlingar och risken att stå utan avtal, vilket är till men för brukarna och samhället i stort.

I upphandlingar av större värde eller betydelse för leverantören skulle den avhållande effekten förmodligen vara mindre. Detta gäller även i de situationer en leverantörs enda syfte med en ansökan om överprövning är att åstadkomma en situation där leverantören får fortsätta att leverera enligt ett befintligt avtal.

Det kan tänkas att leverantörer till följd av införandet av ett processkostnadsansvar kan komma att anmäla fler upphandlingar till Konkurrensverket, vilket skulle öka kraven på verkets upphandlingstillsyn. Denna risk ska dock inte överdrivas eftersom Konkurrensverkets prioriteringar är väl kända, och så länge det finns rättsmedel till buds för leverantörerna ska dessa i första hand användas.

Jämställda processuella förutsättningar för leverantörer och upphandlande myndigheter och enheter

Ett ytterligare argument för införandet av ett processkostnadsansvar är vidare att detta skulle återställa den processuella balansen mellan parterna i överprövningsmålen. Av NJA 2013 s. 762 följer att en leverantör under vissa förutsättningar har rätt att få skadestånd för

sina processkostnader i överprövningsmål. Överprövningsutredningen föreslog att processkostnader i överprövningsmål inte skulle utgöra ersättningsgill skada i mål om skadestånd enligt upphandlingslagarna. Kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i mål angående överprövning av upphandlingen skulle därmed inte utgöra ersättningsgill skada i sådana mål. Förslaget innebar enligt den utredningen att balansen mellan parterna i upphandlingsmål återställs.[32] En klar majoritet av remissinstanserna tillstyrkte förslaget. Överprövningsutredningens förslag skulle innebära att rättsläget efter den aktuella domen återställs. Förslaget är alltjämt under beredning, och om det leder till lagstiftning skulle detta alltså innebära att en leverantör inte längre kan få ersättning för sina kostnader i överprövningsmål. Detta kan möjligen ifrågasättas mot bakgrund av såväl artikel 6.1 i Europakonventionen som RF:s krav på en rättvis rättegång (se NJA 2015 s. 374).[33] I domen, som meddelats efter att Överprövningsutredningen presenterat sitt betänkande, ansåg Högsta domstolen att Europadomstolens rättspraxis innebär att det under vissa förutsättningar är i konflikt med rätten till en rättvis rättegång att en enskild som vinner ett mål mot staten inte har rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Möjligen finns det alltså rättsliga hinder för att genomföra Överprövningsutredningens förslag i denna del. Ett införande av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål skulle råda bot på dessa rättsliga hinder.

Handläggning av upphandlingar utgör inte myndighetsutövning. Parterna i överprövningsmål är i förhållande till varandra potentiella avtalsparter och överprövningsmålen har inslag av kommersiell tvistlösning. I många mål är upphandlande myndigheter och enheter respektive leverantörer att betrakta som jämbördiga parter. Att även offentliga aktörer i vissa situationer processuellt kan vara att jämställa med enskilda parter är ingen nyhet för rättsväsendet. Detta talar enligt utredningens uppfattning för att den principiella utgångspunkten att vinnande part inte ska få ersättning för sina kostnader i förvaltningsprocesser inte gör sig gällande med samma styrka i överprövningsmål som i de flesta andra måltyper som handläggs i de allmänna förvaltningsdomstolarna. Om Överprövningsutredningens

[32] SOU 2015:12 s. 122 f.

[33] Se även prop. 2017/18:7 s. 42–45 angående de krav som följer av Europakonvention vad gäller frågan om enskilds ersättning för rättegångskostnader i mål där skadestånd yrkas på grund av att staten eller kommun överträtt Europakonventionen.

förslag inte leder till lagstiftning så innebär detta emellertid att den nuvarande obalansen i parternas möjlighet att få ersättning för sina kostnader bibehålls. Enligt utredningens uppfattning vore detta otillfredsställande, vilket talar för att ett processkostnadsansvar införs i överprövningsmål.

Prövningen av processkostnaderna i överprövningsmål bör ske där de har uppkommit

En fördel med att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmålen i allmän förvaltningsdomstol är att frågorna om sådan ersättning kan prövas i den domstol där kostnaden har uppstått och inom ramen för den process där kostnaderna uppkommit. På så vis undviks ytterligare sådana mål i allmän domstol som endast rör frågan om ersättning för överprövningskostnader, något som har uppenbara processekonomiska fördelar och dessutom skapar större förutsebarhet i frågan om processkostnadernas fördelning för samtliga parter.

Ett processkostnadsansvar kan stärka rättssäkerheten för leverantörer i vissa situationer

En ytterligare fördel med ett processkostnadsansvar är att leverantörer som i dag avstår från att ansöka om överprövning på grund av kostnaderna för processen kan få ersättning för dessa och därmed får större möjligheter att ta tillvara sin rätt. Det finns även mål där en framgångsrik talan om överprövning inte leder till att leverantören tilldelas det aktuella kontraktet. Införandet av ett processkostnadsansvar förstärker i sådana situationer rättssäkerheten för leverantörer.

Utredningens bedömning och förslag

Utredningen anser sammanfattningsvis att fördelarna med ett processkostnadsansvar i överprövningsmål överväger och att det därför bör införas ett sådant.

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. Som framgått ovan är för närvarande denna möjlighet öppen endast för leverantörer.

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.

21.4 Utformningen av utredningens förslag till processkostnadsansvar i överprövningsmål

21.4.1 Rätten får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts skäliga kostnader i målet

Förslag: Det ska införas bestämmelser i upphandlingslagarna om att rätten, enligt vad som är skäligt, får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

Bedömning: Det bör inte införas några detaljerade bestämmelser om fördelning av kostnaderna när parterna både vinner och förlorar målet, när talan avvisas, eller om handläggningen i överrätt.

Utredningen föreslår en ny regel om att rätten får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts skäliga kostnader i målet. Det är alltså i princip samma utgångspunkt som i 18 kap. 1 § RB. Regeln är emellertid utformad som en fakultativ regel, dvs. rätten *får* men *måste inte* förordna om att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i målet. Rätten kan alltså med stöd av bestämmelsen även bestämma av parterna ska stå för sina egna kostnader i målet. Utformningen överensstämmer i detta avseende med 32 § ärendelagen (se avsnitt 21.2.3 ovan). Regleringen bör utgå ifrån att rätten får fördela kostnaderna efter utgången i målet och de kostnader som ska ersättas ska vara skäliga. Detta rekvisit tar sikte på *i vilken utsträckning* en part ska ersätta kostnader eller få sina kostnader ersatta, och inte *vilka typer av kostnader* som ska ersättas i målet (utredningens överväganden kring den senare aspekten framgår av avsnitt 21.5). Kravet på skälighet lämnar utrymme för domstolarna att, allt efter omständigheterna i målen och parternas agerande, verka för en ändamålsenlig och rättvis fördelning av kostnaderna i målen. Viktigt är också att en fördelning efter skälighet ger rätten möjlighet att fördela kostnaderna på ett ändamålsenligt sätt i mål med tredje part (se avsnitt 21.4.3). Förslaget till lagreglering innebär därmed att rätten har tre olika alternativ för hur kostnaderna ska fördelas i målet:

- Vinnande part får full ersättning för sina kostnader av förlorande part (huvudregel).
- Vardera parten får stå för sina egna kostnader i målet (ersättningen kvittas).
- Förlorande part förpliktas att ersätta vinnande parts kostnader i målet men inte fullt ut (ersättningen jämkas).

Utformningen av bestämmelsen ger rätten möjlighet att vid fördelningen av kostnaderna mellan parterna ta hänsyn till parternas agerande i processen och väga in om någon av dem förfarit vårdslöst eller försumligt i målet (jämför 18 kap. 6 § RB). Så kan till exempel vara fallet om ombud eller biträde uppvisat oskicklighet eller oförstånd på det sätt som avses i 48 § andra stycket FPL och detta har medfört onödiga merkostnader i målet. I ett sådant fall bör rätten även överväga att tillämpa den föreslagna möjligheten att göra ombud eller biträde solidariskt ansvariga för kostnaderna i målet (se avsnitt 21.6).

Vilken part är att betrakta som vinnare respektive förlorare i ett överprövningsmål?

Som framgår av utredningens direktiv ska utredningen föreslå bestämmelser om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. En fråga som måste kunna besvaras vid införandet av en sådan reglering är därmed givetvis *vem som är att betrakta som förlorande respektive vinnande part* i ett överprövningsmål.

Utgångspunkten och normalfallet i ett mål om överprövning är att *en* leverantör ansöker om överprövning av *en* upphandling som genomförs av *en* upphandlande myndighet. Regleringen måste dock även vara möjlig att tillämpa i överprövningar där det förekommer såväl flera sökande leverantörer som flera upphandlande myndigheter, men också i mål där det finns en (eller flera) tredje part(er). Det kan emellertid i en rad situationer vara svårt att avgöra vilken part som är att betrakta som vinnare respektive förlorare i processkostnadshänseende. Med utredningens föreslagna regel är det domstolarnas ansvar att göra den bedömningen vid handläggningen av de

enskilda målen. Svårigheterna till trots är det utredningens övertygelse att detta är en både möjlig och lämplig uppgift för domstolarna att ta sig an. För att visa på de särskilda svårigheterna, och i någon mån underlätta för tillämpningen, går utredningen emellertid nedan igenom några situationer som kan uppstå i överprövningsmål.

Rättens val av ingripande i mål om överprövning av upphandling och betydelsen av utformningen av domslutet

En domstol kan besluta om ingripande i mål om överprövning av en upphandling på två sätt. Domstolen kan förordna att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om (se t.ex. 20 kap. 6 § LOU). Enligt rättspraxis är det domstolen som har att avgöra vilken åtgärd som är den mest ändamålsenliga i varje enskilt fall (HFD 2005 ref. 47). Detta leder ibland till att rätten beslutar att upphandlingen ska göras om trots att leverantören har yrkat att rätten ska förordna om rättelse på så sätt att den upphandlande myndigheten genomför en ny utvärdering. Ett sådant domslut kan inte överklagas av leverantören, som alltså enligt FPL är att betrakta som vinnande part oavsett rättens val av åtgärd. Omvänt kan denna situation betraktat ur den upphandlande myndighetens synvinkel mer tydligt visa på att myndigheten i vilket fall är att betrakta som förlorande part: För en upphandlande myndighet är det många gånger mer ingripande att tvingas göra om en upphandling från början än att verkställa ett förordnande om rättelse i upphandlingen.

Enligt utredningens uppfattning talar övervägande skäl för att leverantören är att betrakta som vinnande part även om rätten förordnar om ingripande i annan form än den som leverantören har yrkat i målet.

Sökanden har inte lidit skada av en av rätten konstaterad överträdelse

En annan situation som inte är ovanlig i överprövningsmål är att rätten konstaterar att den upphandlande myndigheten eller enheten i och för sig har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i upphandlingslagarna men att leve-

rantören inte har lidit skada till följd av felet. Ansökan om överprövning ska då avslås. Utredningens bedömning är att leverantören som regel är förlorande part i dessa fall.

Avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Av bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet i de olika upphandlingslagarna framgår att i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda, om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I sådana situationer kan alltså rätten komma att konstatera att avtalet har slutits i strid med i upphandlingslagarna men att det ändå inte ska förklaras ogiltigt. Domslutet innebär oftast att ansökan avslås, vilket medför att leverantören är att betrakta som förlorande part, även om leverantören har fått rätt i sitt påstående att avtalet i fråga har ingåtts i strid med upphandlingslagstiftningen. Enligt rättspraxis har en myndighet inte rätt att överklaga en dom som innebär att en underinstans i sina domskäl konstaterat att den upphandlande myndigheten har handlat i strid med i upphandlingslagarna men i sitt domslut avslår yrkandet att förklara avtalet ogiltigt.[34] Detta eftersom ett sådant domslut inte anses ha gått den upphandlande myndigheten emot.

Mot denna bakgrund bör leverantören i normalfallet ses som den förlorande parten. Det kan dock i vissa situationer finnas anledning att jämka processkostnadsansvaret eller förordna att vardera parten ska bära sin egen kostnad i målet.

Den upphandlande myndigheten avbryter upphandlingen under pågående överprövning

Upphandlande myndigheter avbryter över en tiondel av alla annonserade upphandlingar utan att ingå kontrakt eller ramavtal.[35] Det är enligt utredningens erfarenhet inte ovanligt att en upphandling avbryts under pågående domstolsprövning. Ett beslut att avbryta en

[34] HFD 2017 ref. 45.
[35] Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017* Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5 Konkurrensverket rapport 2017:11, s. 64.

upphandling kan i sig bli föremål för överprövning, men möjligheterna till framgång för en leverantör som anser att den upphandlande myndigheten felaktigt har avbrutit en upphandling är i praktiken mycket små: av de mål som ingick i Upphandlingsmyndighetens studie finns till exempel inget exempel på leverantörer som vunnit bifall med sådana invändningar.[36]

Det kan finnas flera olika orsaker till att en upphandling avbryts. Detta gäller givetvis även i den situation att avbrytandebeslutet fattas efter att den aktuella upphandlingen har ett begärts överprövad. I några fall kan situationen vara den att den upphandlande myndigheten genom leverantörens argumentation, eller genom en icke-lagakraftvunnen dom i underinstans, övertygats om att upphandlingen genomförs på ett felaktigt sätt. I sådana situationer är sannolikt leverantören att betrakta som vinnande part i målet. Detta torde gälla även om den av leverantören påstådda bristen endast är en av flera omständigheter som föranlett myndighetens beslut att avbryta upphandlingen.

I andra fall kan beslutet att avbryta upphandlingen fattas mot bakgrund av att handläggningen i domstol dragit ut så på tiden att den upphandlande myndigheten inte längre har användning för det avtal som upphandlingen syftar till, eller saknar medel att finansiera det aktuella projektet. Myndigheten kan också anse sig tvingad att avbryta upphandlingen på grund av någon annan omständighet som saknar koppling till leverantörens talan i överprövningsmålet. I sådana fall kan, enligt utredningens uppfattning, ingen av parterna ses som vinnare eller förlorare i målet.

Leverantören återkallar sin ansökan om överprövning

En inte helt ovanlig situation är att leverantören återkallar sin ansökan om överprövning. Detta sker inte sällan efter att den upphandlande myndigheten har avbrutit upphandlingen eller meddelat ett nytt tilldelningsbeslut, men bakgrunden kan även vara att leverantören har blivit övertygad om att möjligheterna att vinna framgång med talan är mycket små.

Huvudregeln i 18 kap. 5 § första stycket RB är att en part som återkallar sin talan ska ersätta motpartens rättegångskostnad, om

[36] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 144.

inte särskilda omständigheter föranleder en annan bedömning. I dispositiva tvistemål som handläggs enligt RB tillerkänns käranden regelmässigt ersättning för sina kostnader för det fall käranden återkallar talan därför att svaranden har fullgjort det anspråk som gjorts gällande i rättegången.[37] Utredningen anser i analogi med detta att en upphandlande myndighet som med anledning av en ansökan om överprövning rättar ett tilldelningsbeslut eller på annat sätt efterkommer de synpunkter som sökande för fram i ansökan bör ersätta leverantören dennes kostnader för det fall leverantören återkallar sin ansökan. En särskild svårighet i dessa fall kan vara att avgöra om tilldelningsbeslutet rättas med anledning av ansökan om överprövning eller av någon annan anledning. Det kan också vara oklart om upphandlingen rättas på det sätt leverantören har begärt.

Enligt 18 kap. 5 § RB gäller som utgångspunkt i sådana situationer, för att sökanden ska vara att betrakta som vinnande part, att rätten ska kunna anta att ansökan hade bifallits om den prövats i sak.[38] Vidare krävs att det är utrett att leverantören inte bör ersätta den upphandlande myndighetens eller enhetens kostnader i målet av någon annan anledning. För att inte rätten i en sådan situation i ett överprövningsmål ska behöva göra en materiell bedömning av en återkallad ansökan kan det i sådana situationer finnas anledning att besluta att vardera parten – om det inte är klart vem av dem som är att betrakta som vinnare i målet – ska stå sina egna kostnader i målet.

Handläggningen i överrätt

I 18 kap. 15 § RB finns bestämmelser om vad som gäller i fråga om processkostnadsansvaret vid handläggningen i överrätt. Utgångspunkten här är förenklat att varje instans tar ställning till kostnaderna i den instansen samt, om underrättens avgörande i fråga om kostnaderna i målet överklagats, även till om underrättens avgörande i denna del. Om överrätten återförvisar ett mål till lägre instans är det i stället underinstansen som tar ställning till kostnaderna även i överrätten.

Enligt utredningens uppfattning bör processkostnadsansvaret i överprövningsmål hanteras på samma sätt när förvaltningsrättens

[37] Se t.ex. NJA 2016 s. 1169 och Fitger, Peter, m.fl. *Rättegångsbalken m.m.*, kommentar till 18 kap. 5 § andra stycket.
[38] Se Fitger, Peter, m.fl. a.a.

avgörande överklagas till kammarrätt eller kammarrättens avgörande till Högsta förvaltningsdomstol. Samma gäller om ett mål återförvisas till lägre instans. Detta kan emellertid anses följa av huvudregeln och behöver enligt utredningens uppfattning inte regleras särskilt.

En följd av detta är att såväl kammarrätt som Högsta förvaltningsdomstolen i beslut att inte meddela prövningstillstånd kan behöva ta ställning till yrkanden om ersättning för kostnader i respektive instans.

Överväganden kring huvudregelns tillämpning i olika situationer och om regleringens önskvärda detaljeringsnivå

Det finns en rad bestämmelser i 18 kap. RB som utgör preciseringar av hur huvudregeln om förlorande parts rättegångskostnadsansvar ska tillämpas i olika situationer. Det gäller t.ex. bestämmelsen om hur rättegångskostnaderna ska fördelas när parterna både vinner och förlorar målet (18 kap. 4 § RB) och processkostnadsansvar när talan avvisas (18 kap. 5 § RB).

Utredningen anser att det saknas behov av att införa motsvarande detaljregleringar av dessa situationer i överprövningsmål. Som generell utgångspunkt gäller inom förvaltningsprocessen att regelverket har en lägre detaljeringsnivå än det processrättsliga regelverket för de allmänna domstolarna. Förvaltningsprocessens karaktär och överprövningsprocessens komplexitet innebär att regleringen om processkostnadsansvar i överprövningsmål ska ges en allmänt hållen utformning. Detta gäller oavsett om ovan nämnda bestämmelser genom hänvisning skulle göras tillämpliga i överprövningsmål eller om motsvarande eller liknande regleringar skulle införas direkt i upphandlingslagarna. Vägledning kring processkostnadsansvarets fördelning i dessa eller liknande situationer kan likväl erhållas genom att RBs bestämmelser tillämpas analogt. Detta möjliggör enligt utredningens uppfattning en bättre anpassning såväl till förvaltningsprocessen som till rättsutvecklingen på europeisk nivå genom t.ex. avgöranden från EU-domstolen.

Reglerna bör placeras i upphandlingslagarna

En utgångspunkt inom förvaltningsprocessen har varit att placera processuella särbestämmelser i de författningar som innehåller de materiella bestämmelserna i stället för i FPL. Detta eftersom FPL – till skillnad från RB – ska tillämpas på en mycket stor mängd olika måltyper.

Enligt utredningen talar detta för att även de föreslagna bestämmelserna om processkostnadsansvar placeras i upphandlingslagstiftningen. För en sådan lagteknisk lösning talar även den omständigheten att placeringen av bestämmelserna om processkostnadsansvar i direkt anslutning till bestämmelserna om överprövning i upphandlingslagarna underlättar överskådligheten och förutsebarheten, särskilt för en leverantör som överväger att ansöka om överprövning och som då upplyses om att den kan få bära den upphandlande myndighetens kostnader i målet om den förlorar detta.

Bestämmelserna om processkostnadsansvar bör vidare placeras i direkt anslutning till bestämmelserna om överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

21.4.2 Förvaltningsdomstolarnas hantering av processkostnadsansvaret

Bedömning: Det behövs inga särskilda bestämmelser om hur domstolarna ska handlägga frågor om processkostnadsansvar i överprövningsmål (motsvarande 18 kap. 14 § RB).

Fördelningen av kostnaderna i ett överprövningsmål ska framgå av domslutet.

Av domslutet bör även framgå hur stor del av kostnaderna som utgörs av ombudskostnader samt att ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) ska utgå från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

I 18 kap. 14 § RB finns en särskild bestämmelse om domstolarnas handläggning av yrkanden om rättegångskostnader. Enligt utredningens uppfattning saknas emellertid anledning att vad gäller överprövningsmålen uttryckligen reglera rättens handläggning i denna del på samma utförliga sätt. De moment som behandlas i nämnda

paragraf kan utföras av rätten i överprövningsmål med stöd av bestämmelsen om rättens ansvar i fråga om processledning i 8 § FPL.

Enligt 18 kap. 8 § RB utgår ersättning även för dröjsmålsränta, och part behöver därmed inte framställa något särskilt yrkande om sådan ersättning. Utredningen anser att motsvarande bör gälla enligt den nu föreslagna regeln. Detta kan uppfattas som en inskränkning av huvudregeln i 29 § FPL enligt vilken rättens avgörande ej får gå utöver vad som yrkats i målet. Detta motiveras bl.a. med att samma regler bör gälla i detta avseende som i tvistemålen och kan sägas bygga på en presumtion av att ett yrkande om ersättning för kostnader i överprövningsmål innefattar ersättning för dröjsmålsränta.

Rättens handläggning och ansvar för materiell processledning avseende yrkanden om ersättning för processkostnader

Inom förvaltningsprocessen gäller allmänt att rättens ansvar för processledning och avgörandenas materiella riktighet går längre än i dispositiva tvistemål som handläggs i allmän domstol. Utgångspunkten är, enligt 8 § FPL, att rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Regeln ska emellertid i överprövningsmål tillämpas med viss försiktighet, enligt uttalanden av Högsta förvaltningsdomstolen.[39] Mot denna bakgrund uppkommer frågan om vilket ansvar rätten bör ha för att se till att även frågor om processkostnader blir tillräckligt utredda i överprövningsmålen.

Frågor om processkostnadsansvar är i grunden dispositiva även enligt 18 kap. RB. Vid handläggningen av frågor om rättegångskostnader i tvistemål gäller emellertid att rätten genom materiell processledning ska klargöra parternas ståndpunkter i förhållande till varandras yrkanden. Rätten får även utan yrkande tillämpa de olika jämkningsreglerna avseende rättegångskostnaderna. Enligt utredningens uppfattning bör, särskild mot bakgrund av förvaltningsprocessens karaktär, allmänt gälla att rätten inte bör vara mindre aktiv att sörja för beslutets materiella riktighet i denna del än vad som gäller i tvistemål som handläggs enligt RB. Om rätten jämkar det yrkade beloppet bör rätten i domskälen ange skälen till detta.

[39] HFD 2009 ref. 69.

Närmare om rättens handläggning av kostnadsyrkandena

I allmän domstol ges parterna normalt tillfälle att granska varandras kostnadsräkningar och uppge om de vitsordar dessa eller om de överlämnar frågan om dess skälighet till rättens prövning. Enligt utredningens uppfattning bör rätten i överprövningsmål förfara på liknande sätt. Detta följer för övrigt även av huvudregeln i 18 § FPL om att part ska ha fått kännedom om det som tillförts målet genom annan än parten själv och dessutom haft tillfälle att yttra sig över det. En part kan därför enligt utredningens uppfattning inte åläggas något ansvar för kostnaderna i målet utan att först ha fått möjlighet att yttra sig över yrkandet.[40] Eftersom det inte råder någon muntlighets- eller omedelbarhetsprincip inom förvaltningsprocessen kommer detta normalt att ske genom att rätten översänder respektive parts kostnadsyrkande för yttrande till motparten. Utredningen utgår från att sökande leverantör redan i sin ansökan om överprövning anger att den yrkar ersättning för kostnaderna i målet med ett belopp som meddelas senare under handläggningen.

Utformningen av domslutet i överprövningsmål

I tvistemål är tingsrättens domslut i kostnadsdelen normalt utformade på följande sätt:

> Tingsrätten förpliktar [förlorande part] att betala ersättning till [vinnande part] för rättegångskostnaderna i tingsrätten med x kr, varav y kr avser ombudsarvode, samt ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för tingsrättens dom till dess betalning sker.

I överrätt skiljer rätten normalt på kostnader som uppkommit i respektive instans enligt följande.

> Hovrätten ändrar beslutet i punkt z i tingsrättens dom och bestämmer det belopp som [förlorande part] ska betala i ersättning till [vinnande part] för rättegångskostnaderna i tingsrätten till x kr, varav y kr avser ombudsarvode, samt ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för tingsrättens dom till dess betalning sker.
>
> Hovrätten förpliktar [förlorande part] att betala ersättning till [vinnande part] för rättegångskostnaderna i hovrätten med x kr, varav y

[40] Fitger, Peter, *Lagen om domstolsärenden – En kommentar*, 2 upplagan, 2004, s. 256.

kr avser ombudsarvode, samt ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för hovrättens dom till dess betalning sker.

Utredningen konstaterar att rättens beslut i fråga om fördelningen av kostnaderna i målet bör framgå av domslutet (och inte endast av domskälen). Domslutet i överprövningsmål utformas därmed lämpligen på samma sätt som i allmän domstol.

Om den beslutade ersättningen till någon del utgörs av arvode till biträde eller ombud bör arvodets belopp särskilt anges (jämför 18 kap. 14 § andra stycket RB). Detta krav är avsett som en service till parter och ombud som innebär att de snabbt kan se vad domstolen har beslutat i arvodesfrågan.[41] Vidare bör anges att det på beloppet ska utgå ränta enligt räntelagen.

Motsvarande gäller givetvis om rätten i ett slutligt beslut avvisar ansökan om överprövning eller avskriver målet från fortsatt handläggning, i stället för att pröva ansökan i sak.

Om rätten av förbiseende har underlåtit att fatta ett beslut om fördelningen av kostnaderna i målet i samband med att målet avgörs torde det vara möjligt att komplettera avgörandet med ett sådant beslut med stöd av bestämmelserna i 32 § andra och tredje styckena FPL.

21.4.3 Tredje part och processkostnadsansvaret

Bedömning: Regleringen av processkostnadsansvaret i överprövningsmål omfattar även tredje parts rätt till ersättning för kostnader liksom tredje parts skyldighet att ersätta motpartens kostnader i målen.

Tredje part i överprövningsmål

Med tredjepartsinträde menas att en ny part träder in i processen vid sidan av den eller dem som redan finns i målet. I RB finns i 14 kap. vad gäller tvistemålen bestämmelser om kumulation och intervention och därmed i 18 kap. sammanhängande regler om fördelning av rättegångskostnaderna i sådana situationer. Några motsvarigheter

[41] Jfr prop. 2004/05:131 s. 133.

till dessa regler finns inte i FPL.[42] Emellertid har Högsta förvaltningsdomstolen ansett att en tredje part i vissa fall har rätt att inträda i överprövningsprocessen.[43] Denne blir då samtidigt part i målet.[44] Upphandlingsprocessen är därmed inte en renodlad tvåpartsprocess mellan en leverantör och en upphandlande myndighet. Beroende på vilka frågor domstolarna har att pröva och utgången i dessa mål kan en rad situationer uppstå där domstolarna har att ta ställning till om det finns någon tredje part, och rättsutvecklingen får betecknas som pågående.[45] Detta utgör en särskild svårighet vad gäller utformningen av regler om processkostnadsansvar i överprövningsmål.

I 14 kap. RB finns regler om *intervention* av tredje man i en tvistemålsprocess. I 18 kap. RB finns regler om fördelningen av rättegångskostnaderna i sådana situationer. Utredningen konstaterar att även om intervention påminner om den situation som kan föreligga i överprövningsmål är regleringen inte direkt överförbar på sådana mål. Någon möjlighet att göra dessa bestämmelser direkt tillämpliga i överprövningsmål finns därmed inte, och även om dessa regler bygger på vissa grundläggande utgångspunkter som kan överföras till den situation som kan föreligga i överprövningsmål kan de inte heller tillämpas analogt i överprövningsmål.

Även tredje part bör omfattas av processkostnadsansvaret

Utredningen anser att även en tredje part ska omfattas av processkostnadsansvaret. Detta innebär att denne såväl kan bli skyldig att ersätta motpartens kostnader i målet men även få sina egna kostnader ersatta. En sådan leverantör bör nämligen på samma sätt som en vinnande leverantör kunna få ersättning för sina kostnader om den framgångsrikt försvarar sitt anbud. Den bör även kunna förpliktas att svara för vinnande parts kostnader om dess inträde i processen medför ytterligare kostnader för sådan part för det fall domen går den emot. Situationen kompliceras emellertid av att denna leverantör inte nödvändigtvis intar samma ståndpunkt eller anför samma sakargument som den upphandlande myndigheten. Det kan också vara

[42] Se t.ex. RÅ 1999 not. 32.
[43] HFD 2011 ref. 29.
[44] HFD 2013 ref. 24.
[45] För en översikt av rättspraxis kring tredjepartsinträde, se Johanson, Daniel, Tredjemansinträde i upphandlingsmål, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2016:1 s. 63–87.

fråga om flera sådana tredje parter som intar sinsemellan olika ståndpunkter i målet. Omständigheter som ytterligare komplicerar fördelningen av kostnaderna i sådana mål är att förvaltningsrätterna såvitt utredningen erfar inte utformar sina domar på ett enhetligt sätt i sådana situationer. T.ex. är det inte alla förvaltningsrätter som i domen betecknar en sådan tredje part som motpart. Vidare finns det en osäkerhet kring hur processramen i sådana mål ska bestämmas, t.ex. när denna tredje part i sin tur riktar invändningar mot sökande leverantörs anbud.

I författningskommentaren till den föreslagna bestämmelsen redovisar utredningen några synpunkter till vägledning för hur rätten bör fördela processkostnaderna i sådana mål.

Behovet av särskild reglering avseende tredje parts processkostnadsansvar

Utredningen har övervägt om det bör införas en särskild regel om kostnadernas fördelning i mål där det finns en eller flera sådana tredje parter. En sådan reglering skulle i så fall kunna utformas med bestämmelserna i 18 kap. 12 § RB som utgångspunkt. Utredningen anser emellertid att en rad omständigheter talar mot en särskild bestämmelse som avser kostnadernas fördelning i sådana situationer. Regleringen skulle med nödvändighet bli tämligen utförlig och detaljerad för att täcka in de olika situationer som kan uppkomma i den praktiska tillämpningen. Här bör särskilt uppmärksammas att tredje parts möjlighet att inträda i processen alltjämt får anses vara föremål för en pågående rättsutveckling som regelverket måste ta höjd för. Därutöver gäller i 18 kap. RB att dessa (i sig mer detaljerade) regler dessutom anknyter till den uttryckliga regleringen av intervention i 14 kap. RB. Någon motsvarande uttrycklig reglering saknas emellertid såväl i FPL som i upphandlingslagarna.

Utredningen anser mot denna bakgrund att processkostnadsansvaret för tredje part bör omfattas av den föreslagna huvudregeln. I konsekvens med detta kommer det att ankomma på förvaltningsdomstolarna att ta ställning till hur kostnaderna ska fördelas i mål där det förekommer fler parter än den sökande leverantören och den upphandlande myndigheten. Utredningen vill emellertid påpeka att rätten innan den avgör målet enligt huvudregeln i FPL måste se till

att parterna har fått tillfälle att yttra sig över (samtliga) motparters yrkanden om ersättning i målet.

21.4.4 Gemensam upphandling, inköpscentraler och medparter

Bedömning: Det behövs inga särskilda regler om fördelning av kostnaderna i mål som avser gemensamma upphandlingar eller upphandlingar som genomförs av inköpscentraler. Det behövs inte heller några särskilda regler om fördelning av processkostnader mellan medparter.

Processkostnadsansvaret vid gemensam upphandling och inköpscentraler

Det är inte ovanligt att flera upphandlande myndigheter genomför en upphandling tillsammans (s.k. tillfällig gemensam upphandling) eller att en upphandling genomförs av en annan upphandlande myndighet i egenskap av inköpscentral. När en sådan upphandling begärs överprövad uppkommer frågan hur kostnaderna ska fördelas mellan de olika upphandlande myndigheterna. Denna fråga uppkommer särskilt i situationer där de upphandlande myndigheterna eller inköpscentralen förlorar målet och alltså enligt huvudregeln ska ersätta en eller flera leverantörers kostnader i målet.

Processkostnadsansvar vid tillfällig gemensam upphandling

Vid en tillfällig gemensam upphandling uppträder samtliga upphandlande myndigheter som motparter till den eller de sökande leverantörerna. I analogi med bestämmelsen i 18 kap. 9 § RB bör utgångspunkten i sådana situationer vara att de upphandlande myndigheterna svarar solidariskt för motpartens kostnader.

Enligt utredningens uppfattning krävs ingen särskild bestämmelse som föreskriver en sådan fördelning, utan rätten kan med stöd av huvudregeln fördela kostnaderna även i sådana situationer utifrån vad som är skäligt.

På liknande sätt bör rätten på yrkande från flera upphandlande myndigheter kunna fördela kostnaderna i målet dem emellan i analogi med 18 kap. 11 § RB. Utredningen anser att det inte heller i denna situation krävs särskilt lagstöd för en sådan reglering, utan detta kan göras genom en skälighetsbedömning utifrån den föreslagna huvudregeln.

Inköpscentralers processkostnadsansvar

En inköpscentral kan något förenklat antingen agera ombud för andra upphandlande myndigheter eller agera som självständig mellanhand.

När en inköpscentral uppträder som *ombud* följer processkostnadsansvaret som utgångspunkt samma regler som i vanliga tvistemål, dvs. det är huvudmännen (de upphandlande myndigheterna) och inte inköpscentralen som svarar för kostnaderna gentemot motparter (men också är de som har rätt till ersättning för sina kostnader i de fall de vinner målet). Om en inköpscentral agerar ombud för flera upphandlande myndigheter bör de upphandlande myndigheternas ansvar inbördes följa de huvudlinjer som framgår i föregående avsnitt.

I de fall en inköpscentral genomför upphandlingar *i eget namn* är det inköpscentralen som i en överprövningsprocess självständigt ansvarar för motparts kostnader och har rätt till ersättning för sina egna kostnader.

Leverantörer är endast undantagsvis att betrakta som medparter i överprövningsmål

I 18 kap. 9 § RB finns en bestämmelse om fördelning av rättegångskostnaderna mellan medparter. Enligt den bestämmelsen gäller att om rättegångskostnad ska ersättas av flera medparter så är de som huvudregel solidariskt ansvariga för kostnaden gentemot motparten.

Vad gäller överprövningsmål så kan flera leverantörer i och för sig ansöka om överprövning och anföra liknande eller identiska argument och yrka på samma ingripande. De torde dock endast undantagsvis vara att betrakta som medparter och göras solidariskt ansvariga för en eller flera upphandlande myndigheters eller enheters kostnader i

det fall de förlorar målet. Utredningen anser att det inte finns något behov av att reglera detta särskilt.

21.5 Processkostnader som ska ersättas

Förslag: 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 ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

Bedömning: De kostnader som ska vara ersättningsgilla i överprövningsmål bör vara desamma som ersätts i tvistemål som handläggs enligt RB.

Enligt 18 kap. 8 § RB utgår ersättning för kostnaden för rättegångens förberedande och talans utförande, inklusive arvode till ombud eller biträde, partens arbete och tidspillan samt dröjsmålsränta enligt räntelagen (1975:635). Utredningen anser att amma kostnader ska ingå i processkostnadsansvaret vid överprövningsmålen. Som allmän utgångspunkt gäller därmed att det är de verkliga kostnaderna som ska ersättas. Detta innebär att den ersättning som förlorande part ska betala till vinnande part i en överprövningsprocess fullt ut ska motsvara kostnaden för målets förberedande och talans utförande inklusive arvode till ombud eller biträde. Om det införs en ansökningsavgift i överprövningsmål utgör även denna en ersättningsgill processkostnad (se avsnitt 22.6).

Rätt till ersättning kan även omfatta mervärdeskatt, om den som yrkar ersättning är skyldig att betala sådan.[46] Vidare innefattar ersättning även ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen då målet avgörs till dess betalning sker. På samma sätt som i 18 kap. 8 § RB bör denna rätt framgå direkt av lagtexten.

Enligt 18 kap. 8 § RB förutsätter ersättningsskyldighet att kostnaden skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt.

[46] Jämför NJA 2014 s. 318.

Utredningen föreslår en något annorlunda utformningen av bestämmelsen, nämligen att kostnaderna ska vara ”skäliga”. Bestämmelsen ger rätten viss frihet att ta ställning till vilka kostnader som bör ersättas i ett mål. En kostnad för en åtgärd som redan när den utfördes av parten måste ha framstått som onödig är inte skälig. En annan situation där yrkad ersättning inte kan anses skälig är om parts anlitande av ombud på annan ort har medfört onödiga merkostnader. Med hänsyn till att förvaltningsprocessen som utgångspunkt är skriftlig, och muntlig handläggning sällan förekommer i överprövningsmål, torde denna situation uppkomma ganska sällan i sådana mål.

I allmän domstol finns en bestämmelse som innebär att ersättning för kostnader i målet även kan omfatta parts kostnader för förlikningsförhandlingar (18 kap. 8 § första stycket tredje meningen RB). Någon motsvarande möjlighet finns inte med stöd av de föreslagna bestämmelserna eftersom förlikning inte är möjlig i mål om överprövning. Om en leverantör resultatlöst framför invändningar till den upphandlande myndigheten och därefter framgångsrikt framför samma invändningar under en överprövningsprocess kan rätten väga in dessa omständigheter när den tar ställning till vilka kostnader som ska ersättas.

Genom att den föreslagna regleringen innebär att samma kostnader ersätts i överprövningsmål som enligt 18 kap. 8 § RB kan vägledning för tillämpningen av bestämmelsen erhållas genom förarbeten, rättspraxis, litteratur och även genom Advokatsamfundets vägledande regler och uttalanden kring reglerna i RB. Detta underlättar domstolarnas prövning av yrkanden om ersättning för kostnader och ökar förutsebarheten för leverantörer som överväger att ansöka om överprövning.

Det finns inget behov av särskilda regler för överprövningsmål om mindre värden

I 18 kap. 8 § RB finns särskilda regler för tvistemål med förenklad handläggning.[47] Dessa regler innebär i korthet att möjligheten till ersättning för rättegångskostnader i sådana mål är kraftigt begränsade. I sådana mål gäller inte bara särskilda regler för ersättning för rättegångskostnader utan även andra handläggningsregler.

[47] Mål som avses i 1 kap. 3 d § RB, även kallade FT-mål eller småmål. Förenklat är detta mål där värdet av tvisteföremålet inte överstiger ett halvt prisbasbelopp (dvs. 22 750 kr år 2018).

Utredningen konstaterar att det knappast förekommer överprövningsmål där värdet av ”tvisteföremålet” (upphandlingen) understiger ett halvt prisbasbelopp. Detta gäller säkerligen även om beloppsgränsen för tillämpningen av sådana enklare regler om ersättning för kostnader skulle sättas till ett belopp som uppgick till flera prisbasbelopp. Det bör också påpekas att reglerna i 18 kap. 8 a § RB hör samman med den enklare rättegångsformen för sådana mål, som inte har någon motsvarighet i FPL. En sådan särreglering – oavsett beloppsgräns – skulle även innebära att rätten i många fall måste göra samma komplicerade bedömning av värdet av upphandlingen som vid utformningen av en relativ ansökningsavgift (se avsnitt 22.4.1), och detta endast för att kunna ta ställning till vilka kostnader som ska ersättas i målet. Enligt utredningens uppfattning finns mot denna bakgrund inte något behov av särskilda regler om ersättning för kostnader i mål motsvarande 18 kap. 8 a § RB. Inom ramen för den skälighetsbedömning som rätten ska göra vid tillämpning av de föreslagna reglerna, är det emellertid inte uteslutet att rätten jämkar en vinnande parts yrkande om ersättning för kostnader om dessa inte står i rimlig proportion till värdet av upphandlingen.

Särskilt om kostnad för resa och uppehälle

Enligt 15 § FPL får enskild part, som inställt sig till muntlig förhandling, tillerkännas ersättning av allmänna medel för kostnad för resa och uppehälle (se även 34 § första stycket 7 FPL).[48] Ett sådant beslut fattas normalt i samband med den muntliga förhandlingen. Utredningen konstaterar att om rätten beviljat part ersättning för sådana kostnader i målet ska självklart inte parten dessutom erhålla ersättning från motparten för samma kostnad om den vinner målet. Det saknas dock enligt utredningens uppfattning skäl att uttryckligen lagreglera detta förhållande.

[48] Utredningen noterar att i den departementspromemoria som låg till grund för införandet av FPL uttalades att bestämmelsen inte påverkade en eventuell framtida reglering i om rättegångskostnader i förvaltningsprocessen (Ju 1970:11).

FPL:s regler om ersättningar till annan än part

FPL innehåller flera bestämmelser om att personer som inte är parter i målet, till exempel vittnen, i vissa fall har rätt till ersättning av allmänna medel för sin medverkan i målet (20–21 §§, 24 § och 26 §). Rättens beslut i sådana frågor får överklagas särskilt (34 § första stycket punkten 7 FPL). Eftersom sådana kostnader kan utgöra ersättningsgilla rättegångskostnader enligt 18 kap. 8 § RB uppkommer frågan hur den föreslagna regleringen i överprövningsmål förhåller sig till dessa regler.

Om rätten förordnat om ersättning till vittnen och sakkunniga av allmänna medel så kan sådana kostnader givetvis inte utgöra ersättningsgilla processkostnader i målet och ska inte ersättas av den part som förlorar målet. Däremot kan i vissa fall kostnader för annan bevisning utgöra ersättningsgilla processkostnader om de är skäliga.

21.6 En regel om processkostnadsansvarets fördelning mellan parten och dennes ombud

Förslag: Det ska införas en regel om att en parts ombud eller biträde ska kunna göras solidariskt ansvarig med parten för motpartens kostnader i överprövningsmål.

I tvistemål får rätten i vissa fall ålägga en parts ställföreträdare, ombud eller biträde att jämte parten ersätta motparten för dennes rättegångskostnader i målet (18 kap. 7 § RB). Detta gäller i situationer där ställföreträdaren, biträdet eller ombudet inlett rättegång utan anledning (18 kap. 3 § första stycket RB) eller annars orsakat onödiga kostnader i målet (18 kap. 6 § RB). I sådana situationer ersätts alltså inte vinnande parts kostnader i den utsträckning de föranletts av partens företrädares agerande. En liknande möjlighet finns i 32 § ärendelagen. Frågan är om det föreslagna processkostnadsansvaret i överprövningsmål behöver kompletteras med en sådan möjlighet.

FPL innehåller redan i dag regler som tar sikte på förekomsten av olämpliga ombud och biträden. Enligt 48 § första stycket FPL får endast den som är lämplig för uppdraget anlitas som ombud eller biträde. Rätten får avvisa ett ombud eller biträde som visar oskick-

lighet eller oförstånd eller annars är olämplig. Rätten får också förklara ombudet obehörigt att vara ombud eller biträde vid rätten antingen för viss tid eller tills vidare (48 § andra stycket FPL). Såvitt utredningen erfar förekommer sådana situationer och beslut sällan i såväl allmän domstol som i allmän förvaltningsdomstol.

Utredningen noterar emellertid att lagstiftaren i närtid har ansett det nödvändigt att skärpa behörighetskraven för ombud och biträden i förvaltningsprocesser.[49] I den utsträckning sådana situationer ändå uppstår bör det emellertid enligt utredningens uppfattning finnas en möjlighet att på liknande sätt som i allmän domstol göra ombudet eller biträdet solidariskt ansvarig före motpartens kostnader i målet. Behovet av en sådan bestämmelse kan också förväntas öka genom att ett processkostnadsansvar sannolikt får till följd att parterna kommer använda ombud i större utsträckning än i dag. Redan existensen av en sådan bestämmelse kan också ha en gynnsam inverkan på ombuds och biträdens processföring i målen. Rätten bör dock endast tillämpa regeln om det verkligen är styrkt att ombudet eller biträdet gjort sig skyldig till sådan försummelse, och ombudet eller biträdet kan inte åläggas ansvar för kostnader för åtgärder som parten själv har vidtagit.[50] Den huvudregel om processkostnadsansvar i överprövningsmål som utredningen föreslår innebär inte i sig någon möjlighet för domstolen att ålägga part eller ombud sådant solidariskt ansvar. Biträden och ombud är nämligen inte själva parter i målet. Det krävs alltså en uttrycklig möjlighet för rätten att ålägga partens biträde eller ombud sådant ansvar.

Enligt utredningens uppfattning kan detta enklast åstadkommas genom en hänvisning i upphandlingslagarna till motsvarande bestämmelse i RB. Hänvisningar till RB finns redan i ett tiotal bestämmelser i FPL och är i sig inte en ny lagstiftningsteknik i detta sammanhang. Eftersom 18 kap. 7 § RB i sin tur hänvisar vidare till andra bestämmelser i samma balk och kapitel som inte enligt utredningens förslag är direkt tillämpliga i överprövningsmål bör hänvisningen utformas på så sätt att den får tillämpas i ”motsvarande” utsträckning. Bestämmelsen är alltså avsedd att tillämpas i överprövningsmål i främst samma typ av situationer som de som beskrivs i 18 kap. 3 § första stycket och 6 § RB, även om inte dessa bestämmelser görs direkt tillämpliga i överprövningsmål.

[49] Prop. 2012/13:45 s. 104–106, bet. 2012/13:JuU15, rskr. 2012/13:154.
[50] Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 6 april 2018 i mål Ö 2583-17.

21.7 Skyldighet att ställa säkerhet för utländska leverantörer

Förslag: Rätten ska på yrkande av en upphandlande myndighet eller enhet 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 processkostnader som denne genom avgörandet i målet kan bli skyldig att betala.

Som framgår av avsnitt 21.2.3 kan en utländsk kärande, enligt lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader, på yrkande av svaranden förordnas att ställa säkerhet för de rättegångskostnader som denne kan bli skyldig att betala. Bestämmelser i lagen gäller emellertid inte mål i förvaltningsdomstol. Om ett processkostnadsansvar införs i överprövningsmål aktualiseras därmed frågan om det även bör införas en möjlighet att kräva att utländska sökanden i överprövningsmål ska kunna förordnas att ställa säkerhet för sina kostnader i målen.

Det praktiska behovet av sådana regler framstår som närmast obefintligt i överprövningsmål. Detta främst eftersom antalet utländska medborgare som inte har hemvist här i landet och utländska juridiska personer som ansöker om överprövning av upphandlingar eller avtals giltighet troligen är mycket litet, mot bakgrund av att den som är medborgare eller har hemvist i ett land inom EES och juridiska personer som har bildats enligt ett sådant lands lagstiftning i detta avseende jämställs med svenska medborgare och svenska juridiska personer. Vidare torde en ansökan om överprövning av upphandling oftast syfta till att leverantören vill tilldelas det avtal som upphandlingen syftar till och därmed ingå i en avtalsrelation med den upphandlande myndighet som också är part i överprövningsmålet. Även detta förhållande bidrar till att behovet av bestämmelser som ger en sådan upphandlande myndighet rätt att kräva att leverantören ställer säkerhet för processkostnaderna i målet framstår som litet.

Utredningen anser emellertid att det kan finnas situationer där en upphandlande myndighet kan ha ett behov av att kräva att sökanden i målet ställer säkerhet för processkostnaderna i målet. Att något

sådant behov inte hitintills har ansetts föreligga i mål i förvaltningsdomstol hänger givetvis samman med att det inte funnits några bestämmelser om processkostnadsansvar i de mål som handläggs vid dessa domstolar. Utredningen anser därför att lagen om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader ska ändras så att rätten på yrkande av den upphandlande myndigheten eller enheten kan förordna att leverantören ska ställa sådan säkerhet. Lagförslaget utformas så att regeln i 2 § första stycket punkten 5 i den aktuella lagen, med innebörd att säkerhet inte behöver ställas i mål vid förvaltningsdomstol, förses med ett undantag för mål om överprövnings av upphandling och mål om överprövning gav ett avtals giltighet enligt samtliga fyra upphandlingslagar.

Begreppet ”väcka talan” i 1 § första stycket den aktuella lagen inkluderar även mål som anhängiggörs vid domstol genom ansökan, och med begreppet ”svensk juridisk person” avses även stat, kommuner och andra offentligrättsliga organ.[51] Några andra ändringar av den aktuella lagen behövs därmed enligt utredningens uppfattning inte.

[51] Prop. 1979/80:78 s. 9.

22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål

22.1 Utredningens uppdrag

Utredningen ska enligt sina direktiv överväga avgifter för att ansöka om överprövning som ett alternativ eller ett komplement till regler om processkostnadsansvar som omfattar överprövning av såväl upphandling som avtals giltighet i samtliga upphandlingslagar, belysa domstolarnas administration av avgifterna, redovisa för- och nackdelar med att införa avgifter för att ansöka om överprövning, föreslå hur föreskrifter om avgifterna kan utformas samt föreslå de övriga författningsändringar och andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade. Liksom beträffande sitt uppdrag avseende bestämmelser om processkostnadsansvar uppfattar alltså utredningen uppdraget i denna del så att den ska lämna lagförslag om införande av domstolsavgifter i upphandlingsmål oavsett om den anser att övervägande skäl talar för eller emot att sådana avgifter införs. Det ingår inte i utredningens uppdrag att föreslå ansökningsavgifter i mål om upphandlingsskadeavgift eller mål om tillgång till kontrakt.

Kapitlet är strukturerat på följande sätt. I avsnitt 22.2 redovisar utredningen tidigare överväganden i fråga om ansökningsavgifter i överprövningsmål, samt regler om hur sådana avgifter är utformade i andra typer av mål och i några andra europeiska stater. I avsnitt 22.3 finns utredningens överväganden i fråga om införandet av ansökningsavgifter i överprövningsmål, inklusive en redovisning av de synpunkter utredningen har fått från sina intressenter i denna del. Därefter presenterar utredningen sitt förslag till reglering av en ansökningsavgift i överprövningsmål (avsnitt 22.4). I avsnitt 22.5 redovisar utredningen sina överväganden i fråga om det ska införas

en domstolsavgift även vid överklagande till högre instans. I avsnitt 22.6 tar utredningen ställning till att ansökningsavgiften ska utgöra en ersättningsgill processkostnad.

22.2 Om ansökningsavgifter i domstol

22.2.1 Tidigare överväganden i fråga om ansökningsavgifter i överprövningsmål

Allmänt om domstolsavgifter i förvaltningsmål

Domstolsutredningen övervägde i början av 1990-talet införandet av avgifter i förvaltningsmål.[1] Utredningen uttalade bl.a. att avgifter kan medverka till att parter tänker över om ett överklagande är befogat. Redan den grundläggande tanken att en parts möjlighet att komma till sin rätt är betingad av att denne erlägger en avgift är emellertid åtminstone för vissa fall föga tilltalande. Utredningen uttalade vidare att om avgiftsregler för viss måltyp blir krångliga, är det bättre att helt avstå från avgiftsregler beträffande den måltypen.[2]

Hovrättsprocessutredningen föreslog en avgift vid överklagande i allmän domstol till högre domstolsinstans.[3] Förslaget ledde inte till lagstiftning.[4] Även Målutredningen övervägde avgifter vid överklagande till högre domstolsinstans men bedömde att någon sådan avgift inte skulle införas.[5]

I Överprövningsutredningens betänkande redovisas tidigare utredningsöverväganden i fråga om domstolsavgifter på plan- och byggrättens område.[6]

Upphandlingsutredningen

Upphandlingsutredningen ansåg att en ansökan om överprövning inte borde avgiftsbeläggas. En sådan avgift skulle inte leda till önskat resultat, dvs. färre överprövningsmål.[7] Upphandlingsutredningen in-

[1] SOU 1991:106 del A s. 345–348.
[2] SOU 1991:106 del A s. 347.
[3] SOU 1995:124 s. 318 f.
[4] Se prop. 1998/99:37 s. 39.
[5] SOU 2010:44 s. 374.
[6] SOU 2015:12 s. 92–94 och 100.
[7] SOU 2013:12 s. 364 f.

stämde i denna del i synpunkter från Konkurrensverket som i sitt remissvar över utredningens delbetänkande menade att varken en avgift i nivå med de som tas ut av de allmänna domstolarna eller en betydligt högre avgift skulle påverka leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. I den utsträckning en avgift faktiskt skulle verka avhållande på leverantörer skulle det främst gälla småföretagare.

Överprövningsutredningen

Överprövningsutredningen ansåg att det inte borde införas bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna, bl.a. då det inte finns någon tradition i Sverige med ansökningsavgifter i förvaltningsdomstol.[8] Trots att upphandlingsmål i vissa avseenden påminner om de förmögenhetsrättsliga mål som prövas i allmän domstol ansåg utredningen att det i grunden handlar om en överprövning av om en myndighets beslut varit i enlighet med offentligrättslig reglering. Det centrala syftet med en överprövning i upphandlingsmål såväl som i andra förvaltningsmål är därmed att kontrollera en myndighets beslut, och utredningen ansåg det mot denna bakgrund inte lämpligt att ta ut en avgift överprövning. Till det kommer att bifallsfrekvensen är relativt hög i första instans vilket kunde anses tala emot införandet av avgifter. Ett annat skäl som talade emot en avgift var enligt Överprövningsutredningen att den skulle behöva vara hög för att få en reellt avhållande effekt också när det gäller upphandlingar avseende stora belopp. Så höga avgifter skulle kunna medföra att små, kapitalsvaga leverantörer inte skulle våga ansöka om överprövning, inte ens i de fall där det skulle finnas anledning att förvänta sig bifall. En möjlig lösning vore en differentierad avgift beroende på upphandlingens värde, men detta skulle medföra administrativa kostnader för domstolen.

22.2.2 Regler och erfarenheter i några andra stater

Utredningen har i enlighet med sina direktiv undersökt vilka regler som finns om ansökningsavgifter i överprövningsmål i en rad andra stater.

[8] SOU 2015:12 s. 108–111.

Danmark

I Danmark tas en ansökningsavgift ut av prövningsnämnden för offentlig upphandling. Avgiften uppgår till 20 000 DKK (cirka 26 000 kronor) om värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet och 10 000 DKK (cirka 13 000 kronor) i andra fall. Om avgiften inte betalas i tid så avvisas ansökan om överprövning. Om ansökan vinner helt eller delvis bifall återbetalar nämnden avgiften, och nämnden kan även återbetala avgiften om ansökan återkallas.

Sedan den högre ansökningsavgiften för upphandlingar över tröskelvärdet infördes 2013 har antalet överprövningar sjunkit, men någon metodisk utvärdering av höjningen av avgiften har inte gjorts.

Finland

I Finland uppgår avgifterna i överprövningsmål till 2 000 euro om värdet av upphandlingen understiger 1 miljon euro, 4 000 euro om värdet överstiger 10 miljoner euro och 6 000 euro om värdet överstiger 10 miljoner euro. Om målet inte prövas i sak uppgår avgiften i stället till 500 euro. Samma avgift gäller vid överklagande till högsta förvaltningsdomstolen. Ett möjligt tillämpningsproblem, som lyfts fram, är att det kan vara svårt att fastställa avgiften i de fall värdet av den aktuella avgiften är en tvistig fråga i målet.

Norge

I Norge kan en leverantör välja mellan att ansöka om överprövning i domstol eller till den särskilda prövningsnämnden för offentlig upphandling, KOFA. Ansökningsavgiften i domstol beräknas utifrån samma principer som i andra tvistemål. Den bestäms av rätten utifrån hur omfattande arbetsinsats målet kräver, särskilt utifrån hur många förhandlingsdagar målet kräver. En avgift tas även ut vid överklagande. Storleken på avgiften skiljer sig alltså åt från mål till mål och kan uppgå till mellan 2 300 kronor och 30 000 kronor. En avgift i nivå med det lägre beloppet tas i princip bara ut när leverantören ansöker om inhibition av ett tilldelningsbeslut för att sakfrågan i stället ska prövas av KOFA. Domstolsavgifterna ingår i de ersättningsgilla rättegångskostnaderna.

I Norge har såväl regler om ansökningsavgifter som processkostnadsansvar gällt i överprövningsmål sedan lång tid och tycks utgöra en självklarhet. Utredningen noterar att syftet med reglerna om ansökningsavgifter främst tycks vara att finansiera rättsväsendets handläggning av målen och inte att avhålla leverantörer från att begära överprövning av upphandlingar.

Estland

I Estland tas en avgift ut att av överprövningsnämnden VAKO för att ansöka om överprövning av upphandlingar. Den uppgår till 640 euro om upphandlingens värde understiger tröskelvärdet och 1 280 euro över tröskelvärdet. Samma avgift gäller vid överklagande till högre instans. Det är också samma avgift som tas ut i mål om skadestånd avseende upphandlingar. Leverantörens storlek eller omsättning påverkar inte avgiftens storlek. Som huvudregel ska den upphandlande myndigheten återbetala avgiften till leverantören om leverantören vinner målet. Vid delvis framgång återbetalas den del av avgiften som står i proportion till den del av talan som gillats av rätten. Avgiften återbetalas inte om ansökan om överprövning återkallas.

Någon utvärdering av systemet i Estland finns såvitt utredningen erfar inte, men den allmänna uppfattningen tycks vara att ansökningsavgifterna i viss utsträckning minskar benägenheten bland leverantörer att ansöka om överprövning av upphandlingar.

Grekland

I Grekland uppgår ansökningsavgiften i ärenden om överprövning av upphandlingar i prövningsorganet AEPA till 0,5 procent av upphandlingens värde (dock minst 600 euro och högst 15 000 euro). Om värdet av upphandlingen inte framgår av upphandlingsdokumenten sätts avgiften preliminärt till 600 euro. Om upphandlingen är uppdelad i delar beräknas avgiften utifrån den eller de delar som leverantören begär överprövad. Ingen hänsyn tas till leverantörens storlek eller omsättning vid beräkning av avgiften, och avgiften är densamma oavsett vad upphandlingen avser. Om avgiften inte betalas i tid avvisas ansökan. Om ansökan bifalles ska avgiften återbetalas till

leverantören. Detsamma gäller om den upphandlande myndigheten återkallar det beslut som begärts överprövat eller på annat sätt rättar sin handläggning innan överprövningen har prövats slutligt. Om ansökan om överprövning återkallas i första instans återbetalas avgiften.

Den allmänna uppfattningen tycks vara att ansökningsavgiften begränsar benägenheten hos leverantörer att ansöka om överprövning. Avgiften anses särskilt begränsa missbruk eller taktisk användning av möjligheten till överprövning. Det bör dock påpekas att ansökningsavgiften infördes successivt under 2017–2018.

Tyskland

I Tyskland finns ingen ansökningsavgift i mål om överprövning av upphandling. Inledningsvis tas normalt en deposition om 2 500 euro ut av sökanden, vilket är en förutsättning för stämning. Dessutom tas en avgift ut av förlorande part efter att målet har avgjorts. Storleken på avgiften beror i huvudsak på värdet av upphandlingen och varierar mellan 2 500 euro och 50 000 euro. I exceptionella fall kan avgiften uppgå till 100 000 euro. Om ansökan återkallas innan målet har avgjorts ska sökanden erlägga halva den faktiska avgiften. Möjligheten att ansöka om överprövning av upphandling är endast möjlig vad gäller upphandlingar vars värde överstiger tröskelvärdet.

Den allmänna uppfattningen är att avgiften inte verkar avhållande på de flesta leverantörer. Skyldigheten att erlägga depositionen fungerar däremot i någon mening som en upplysning om de risker som en ansökan om överprövning kan medföra för leverantören.

Nederländerna

I Nederländerna kan leverantörer välja mellan att ansöka om överprövning i domstol eller i den särskilda kommittén för offentlig upphandling (Commissie van Aanbestedingsexperts). I domstol tas en ansökningsavgift ut men inte av kommittén. I domstol beror avgiften på värdet av upphandlingen och är lägre för fysiska än för juridiska personer, och det finns ingen särskild avgift i överprövningsmål. Om värdet av upphandlingen uppgår till högst 100 000 euro är avgiften 1 950 euro för en juridisk person, och om värdet av upphandlingen överstiger 100 000 euro är avgiften i stället 3 946 euro. I vissa fall tillkommer några avgifter som uppgår till mindre belopp. Ingen hänsyn tas till leverantörens storlek eller omsättning (se dock nedan). Om avgiften inte betalas inom fyra veckor från att handläggningen inleds avvisas ansökan (men avgiften ska fortfarande betalas). Rätten kan, men måste inte, förordna att förlorande part ska ersätta ansökningsavgiften. Hänsyn tas normalt till båda parternas ekonomiska förhållanden. Om ansökan återkallas innan motparten för talan för första gången i målet sätts avgiften ner med två tredjedelar.

Det förs en allmän diskussion om storleken på ansökningsavgifterna i domstol i Nederländerna, men denna diskussion tar inte sikte specifikt på överprövningsmål.

Utredningens sammanfattning

Utredningen konstaterar att samtliga undersökta stater har avgifter för prövning av överprövningsmål. Avgifterna skiljer sig dock åt till sin konstruktion och belopp. De undersökta staterna kan i princip delas in i två kategorier: sådana stater som haft ansökningsavgifter sedan lång tid och de som (relativt) nyligen infört (eller höjt) sina avgifter. I fråga om de förstnämnda staterna tycks avgifterna i överprövningsmål dessutom inte vara unika för överprövningsmål utan de fastställs enligt samma principer som i andra tvistemål.

Avgiften i de undersökta staterna är ofta differentierad på så sätt att värdet av upphandlingen på olika sätt bildar utgångspunkt för avgiftens nivå. Detta kan ske genom att olika ansökningsavgifter tas ut beroende på om värdet av upphandlingen är över eller under tröskelvärdet eller överstiger andra beloppsgränser. Inte i något fall påverkas

avgiften av leverantörens storlek eller omsättning. I många länder tas dessutom en avgift ut även vid överklagande till högre instans.

Utredningen konstaterar vidare att avgifterna i samtliga stater överstiger, eller kraftigt överstiger, de avgifter som tas ut i vanliga tvistemål i Sverige. Såvitt framgår av undersökningen kan en leverantör som framgångsrikt ansöker om överprövning emellertid i samtliga stater räkna med att få tillbaka ansökningsavgiften: antingen som en rättegångskostnad som ska ersättas av en förlorande motpart eller så återbetalas avgiften av prövningsorganet eller av den upphandlande myndigheten.

22.2.3 Avgifter i svenska domstolar

Avgifter i de allmänna domstolarna

De allmänna domstolarna har sedan lång tid tagit ut en avgift i samband med inledandet av vissa mål. Fram till mitten på 1980-talet hade den faktiska kostnaden för t.ex. annonsering och kungörelser ”vidarefakturerats” käranden i mål och ärenden vid de allmänna domstolarna. Systemet förändradesvid denna tidpunkt främst i syfte att underlätta domstolarna handläggning av dessa avgifter på så sätt att det i stället infördes en schablonmässigt bestämd avgift för bl.a. utfärdande av stämning.[9]

Enligt förordningen (1987:452) om avgifter vid de allmänna domstolarna uppgår ansökningsavgiften till 900 kronor i förenklade tvistemål[10] och 2 800 kronor i andra tvistemål. Domstolens beslut om avgift får överklagas till Domstolsverket inom ett år från den dag då avgiften betalades.

Enligt 42 kap. 3–4 §§ RB ska domstolen förelägga käranden att betala ansökningsavgiften för utfärdande av stämning inte avgiften inter har betalats. Följs inte föreläggandet ska ansökan avvisas. Vidare ska tingsrätt enligt rättspraxis ta ställning till om avgiften har erlagts innan den tar ställning till om den är behörig domstol.[11] Efter detta rättsfall har emellertid införts en bestämmelse om överlämnande av ansökan om stämning för det fall rätten i samband med att ansökan ges in finner att den är fel forum men att en annan domstol

[9] Se prop. 1986/87:26 s. 8–10.
[10] Mål som avses i 1 kap. 3 d § RB, även kallade FT-mål eller småmål. Förenklat är detta mål där värdet av tvisteföremålet inte överstiger ett halvt prisbasbelopp (dvs. 22 750 kronor år 2018).
[11] Se NJA 1993 s. 231.

skulle vara behörig (20 kap. 10 a § RB). Vidare gäller att avgiften ska anses ha betalats i rätt tid, även om den erläggs senare än den dag som angetts i föreläggandet men före det att rätten fattar sitt avvisningsbeslut.[12] Ansökningsavgiften utgör en del av de rättegångskostnader som enligt huvudregeln i 18 kap. 8 § RB ska ersättas av tappande part.

Betalning av avgiften ur processuell synvinkel

Allmänt gäller att domstolen inte påbörjar handläggningen av målet förrän avgiften har erlagts. Domstolen företar alltså inte ens brådskande åtgärder i målet så länge avgiften inte har erlagts av sökanden, även om sådana åtgärder kan förberedas. I litteraturen har emellertid uttalats att så länge det inte är utrett att avgiften inte har betalats torde rätten ha att vidta brådskande åtgärder, men den får givetvis inte avgöra själva målet i sak. Den kärande som vill ha ett omedelbart beslut om säkerhetsåtgärd gör under alla omständigheter klokt i att betala avgiften samtidigt med att ansökan lämnas in.[13] Ansökan ska diarieföras den dag den faktiskt kommer in, oavsett när avgifter har betalats.[14]

Såvitt utredningen erfar är det vanligt att domstolarna behöver förelägga sökanden att betala avgiften. Men det är ovanligt att sökanden då inte gör det. Domstolarna avvisar alltså endast sällan ansökningar om stämning på den grunden att avgiften inte har betalats.

Den administrativa hanteringen av domstolsavgifterna

Under 2016 infördes en digital tjänst för hanteringen av domstolsavgifterna i allmän domstol. Betalningsportalen består av två delar, en del som är intern för domstolen (”Ida”) och den externa betaltjänsten (”Emil”). Dessförinnan skulle avgiften betalas antingen via PlusGiro eller kontant i domstolen. Tingsrätterna har för övrigt fortfarande kvar kortterminaler för de som vill erlägga avgiften kontant på plats hos domstolen. Betalningsportalen är tillgänglig via

[12] Se RH 2003:50.
[13] Fitger, Peter, m.fl., *Rättegångsbalken m.m. – En kommentar*, kommentar till 42 kap. 3 § RB.
[14] JO 1971 s. 77.

respektive domstols hemsida, som alltså kan användas för att betala avgiften.

Enligt uppgifter från Domstolsverket tar den administrativa hanteringen av ansökningsavgifterna, sedan betaltjänsten infördes, mycket lite tid i anspråk. Betaltjänsten kan användas för att betala avgiften såväl i samband med att ansökan ges in som efter att målnummer har erhållits från domstolen (t.ex. i samband med rättens föreläggande att erlägga avgiften). Betaltjänsten är utvecklad av Domstolsverket och kan, utan större problem, anpassas till och användas av förvaltningsrätterna i överprövningsmål. Domstolsverket har tagit fram en manual och en e-utbildning för betaltjänsten för den administrativa personalen på domstolarna. Enligt gällande rutiner ska slutligen en notering om betalning av avgiften göras i domstolarnas målhanteringssystem VERA.

Överklagande av avgiftsbeslut

Enligt 9 § förordningen (1987:452) om avgifter vid de allmänna domstolarna får ett beslut om avgift överklagas till Domstolsverket inom ett år från den dag då avgiften betalades. Enligt uppgift från Domstolsverket är det emellertid mycket ovanligt att avgiftsbeslut överklagas. Domstolsverket hanterar endast en handfull sådana ärenden varje år.

Konsekvenser av höjningen av ansökningsavgifterna

Den 1 juli 2014 höjdes ansökningsavgifterna för mål och ärenden vid allmän domstol. Samtidigt infördes en tilläggsavgift för vissa mål och ärenden som överlämnas till tingsrätt från Kronofogdemyndigheten (KFM) eller registreringsmyndighet. Ansökningsavgiften för de flesta tvistemål höjdes från 450 kronor till 2 800 kronor.

Enligt Domstolsverkets uppfattning bidrog med stor sannolikhet de höjda avgifterna till att antalet inkomna övriga tvistemål minskade med 13 procent mellan åren 2014–2015.[15] Flera tingsrätter pekade emellertid på att nedgången av antalet inkomna tvistemål sannolikt var tillfällig, och att det efter en tid sker en acceptans för avgifts-

[15] Domstolsverkets årsredovisning 2015, s. 21 f. och 26.

höjningen och att antalet inkommande mål kan återgå till ungefärligen samma nivåer som före den 1 juli 2014. Höjningen innebar också att domstolarnas (eller rättare sagt, statens) intäkter av avgifterna mer än tredubblades under samma period, från 29 miljoner kronor till nästan 107 miljoner kronor.

I den rapport från Domstolsverket som föregick höjningen av avgifterna konstaterade verket bland annat att tvistemål är en heterogen målgrupp både vad avser parterna, deras ekonomiska resurser samt tvisteföremålet. Det förekommer bl.a. i dessa mål att parter missbrukar domstolsprocessen. Detta är något som enligt verket borde beaktas när storleken på ansökningsavgifterna bestämdes. När det gällde ordinarie tvistemål så konstaterade myndigheten att parterna emellertid ofta hade ombudskostnader som vida översteg ansökningsavgiften. Det var således inte troligt att en ansökningsavgift, i den storleksordning som kunde bli aktuell, ensam skulle bli avgörande i valet att inte driva en process.[16]

I samma rapport övervägde Domstolsverket ansökningsavgifter som står i proportion till tvisteföremålets värde. Verket konstaterade att en fördel med en avgift som är utformad på sådant sätt är att det skulle göra det möjligt att ta ut väsentligt högre avgifter än de som gällde då. På så sätt kunde måltillströmningen styras och missbruk av domstolsprocessen undvikas. En annan fördel var att ansökningsavgifter i proportion till tvisteföremålets värde skulle göra det möjligt att differentiera ansökningsavgifterna mellan olika typer av parter. Domstolsverket ansåg emellertid att en sådan avgift även hade flera nackdelar. En part som har inlett en tvist som handlar om ett stort belopp har inte själv nödvändigtvis stora tillgångar. Det gäller särskilt enskilda men även företag. Vidare fanns det enligt myndigheten en risk att vissa parter inte skulle ha råd att processa även om de har ett berättigat krav, vilket skulle kunna stå i strid med grundläggande regler om rätten till domstolsprövning. Lösningen hade även flera praktiska nackdelar, bl.a. skulle avgiften ofta behöva fastställas av dömande personal. En sådan avgift skulle också kunna få orimliga konsekvenser i vissa fall om målet t.ex. endast kom att omfatta en forumfråga. Domstolsverket konstaterade sammanfattningsvis att metoden var mindre lämplig.[17]

---

[16] Domstolsverket, *Ansöknings- och kungörandeavgifter – Vid allmän domstol*, rapportserie 2012:1, s. 59.
[17] Idem s. 42 f.

Av rapporten framgår även att ansökningsavgiften på 2 800 kronor i dispositiva tvistemål utgör cirka 11 procent av domstolarnas styckkostnad för handläggningen av sådana mål (beräknat utifrån 2011 års nivåer).[18]

Avgifter i andra domstolar och måltyper

Mark- och miljödomstolarna

I mål enligt lagen om allmänna vattentjänster som rör ett krav under ett halvt prisbasbelopp tas en ansökningsavgift ut motsvarande den i FT-mål. I andra mål vid mark- och miljödomstolen som inleds genom en ansökan om stämning är ansökningsavgiften 2 800 kronor.

I ansökningsmål som rör vattenverksamhet tas det enligt förordningen (1998:940) om avgifter för prövning och tillsyn enligt miljöbalken ut en prövningsavgift som beror på bygg- och projekteringskostnader inklusive mervärdesskatt. Avgiften är som lägst 1 500 kronor och som högst 400 000 kronor.

I mål om tillstånd till miljöfarlig verksamhet, i mål som överklagas till mark- och miljödomstolen och i vitesmål tas det inte ut någon ansöknings- eller prövningsavgift. När det gäller miljöfarlig verksamhet finns det i stället ett system med avgifter som administreras av länsstyrelserna.

I fastighetsmål tas det ut en ansökningsavgift om 2 800 kronor i mål som inleds genom en ansökan om stämning. I mål som överklagas till mark- och miljödomstolen från lantmäterimyndigheten tas det emellertid inte ut någon avgift.

[18] Idem s. 49.

Patent- och marknadsdomstolen

Även i Patent- och marknadsdomstolen tas i de flesta mål ut ansökningsavgifter motsvarande de som gäller i tvistemål i allmän domstol (2 800 kronor respektive 900 kronor för FT-mål). Domstolen tar i vissa mål i stället ut en tilläggsavgift om 2 350 kronor.

Mål som överlämnats från Kronofogdemyndigheten

I mål som överlämnats från Kronofogdemyndigheten enligt lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning tar domstolarna ut en tilläggsavgift på 600 kronor i mål som rör ett krav under ett halvt prisbasbelopp. Om kravet överstiger ett halvt prisbasbelopp är tilläggsavgiften 2 500 kronor.

Hyres- och arrendenämnd

Vare sig hyresnämnderna eller arrendenämnderna tar ut några ansökningsavgifter.

22.3 Utredningens överväganden ifråga om införandet av en ansökningsavgift i överprövningsmål

22.3.1 Synpunkter från utredningens intressenter

Utredningen har i enlighet med sina direktiv genomfört sitt uppdrag på ett utåtriktat sätt. De synpunkter som därvid framkommit avseende införandet av ansökningsavgifter i överprövningsmål kan sammanfattas enligt följande.

Fler intressenter är positivt inställda till införandet av ansökningsavgifter än processkostnadsansvar i överprövningsmål. Många är dock tveksamma till om sådana avgifter i någon större utsträckning skulle påverka leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. Många pekar särskilt på att för att få någon effekt på antalet överprövningsmål så måste avgiften uppgå till betydande belopp som klart överstiger nuvarande avgift för stämningsansökan i tvistemål. Men i så fall skulle avgiften framför allt verka avhållande på mindre leverantörer. Några önskar därför att avgiften konstrueras

på ett sådant sätt att den tar leverantörens storlek eller omsättning i beaktande. Även bland dessa finns det emellertid de som håller för sannolikt att en sådan konstruktion kan medföra taktiserande, t.ex. på så sätt att ett litet bolag i en större koncern får ikläda sig rollen som formell anbudsgivare och därmed sökande i ett eventuellt överprövningsmål. Några intressenter har förespråkat en avgift som på något sätt står i relation till upphandlingens värde, t.ex. som en procentsats av kontraktsvärdet.

Flera intressenter har påpekat att en ansökningsavgift troligen inte kan förväntas få någon effekt på processbenägenheten i flera av de situationer som upplevs stötande, t.ex. när en befintlig leverantör ansöker om överprövning av en ny upphandling avseende samma uppdrag i syfte att få leverera även under den tid den nya upphandlingen prövas i domstol.

Domstolsverket har särskilt påpekat att en förutsättning för att tingsrätternas rutiner för administrationen av domstolsavgifterna ska kunna överföras till förvaltningsrätterna så måste avgiften tas ut enligt samma grundprinciper som i dag gäller i de allmänna domstolarna.

22.3.2 Unionsrättsliga utgångspunkter

Rättsmedelsdirektiven

Avgifter för överprövning regleras inte uttryckligen i rättsmedelsdirektiven. Det framgår emellertid att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena är tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger. EU-domstolen har bl.a. uttalat att rättsmedelsdirektivet ger medlemsstaterna befogenhet att företa en skönsmässig bedömning vad avser valet av processrättsliga skyddsregler och dithörande formkrav.[19] Denna processuella autonomi är långtgående men begränsas av två viktiga principer:

- De nationella reglerna får inte vara mindre förmånliga än de som avser en liknande talan som syftar till att skydda de rättigheter som följer av den nationella rättsordningen (*likvärdighetsprincipen*).

[19] Domen *Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl.*, C-568/08, EU:C:2010:751, p. 57.

- Reglerna får inte heller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (*effektivitetsprincipen*).

Domstolsavgifter i överprövningsmål får mot denna bakgrund inte förta den ändamålsenliga verkan av de rättigheter för leverantörer som följer av rättsmedelsdirektiven.[20]

EU-domstolens rättspraxis

EU-domstolen har i flera fall har prövat om olika medlemsstaters ansökningsavgifter i överprövningsmål är förenliga med unionsrätten, inklusive rättsmedelsdirektiven.

Orizzonte Salute[21]

Målet handlade om (italienska) domstolsavgifter för väckande av talan rörande offentlig upphandling. Avgifterna var högre än avgifterna avseende andra rättsområden och uppgick till 2 000 euro (kontrakt med ett värde av högst 200 000 euro), 4 000 euro (värde mellan 200 000 och 1 000 000 euro) och 6 000 euro (värde över 1 000 000 euro).[22] Domstolen uttalade att avgifter som skulle erläggas för att väcka talan rörande offentlig upphandling vid förvaltningsdomstolar och som inte översteg 2 procent av det berörda kontraktets värde inte var ägnade att göra det praktiskt omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som tillerkänns i unionens rättsordning när det gäller offentlig upphandling. Domstolen underströk att avgifterna tillämpades utan åtskillnad i förhållande till samtliga rättssökande. Domstolen ansåg vidare att den omständigheten att avgiften var högre än de avgifter som ska erläggas i ordinära förvaltningsmål och tvistemål inte i sig visade att likvärdighetsprincipen i rättsmedelsdirektivet hade åsidosatts.

[20] Se Dom Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, p. 47.
[21] Dom Orizzonte Salute.
[22] Det kan tilläggas att såvitt framgår av domskälen skulle en ny lika stor avgift tas ut om ansökan om överprövnings avslås eller avvisas, och även om nya yrkande framställs under pågående handläggning, se p. 12–13 i domen.

CS Star Storage[23]

Målet gällde en rumänsk reglering som innebar att den som ville överklaga ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten (till prövningsnämnden eller till domstol) måste ställa en garanti som motsvarade 1 procent av det aktuella kontraktets värde, dock högst 25 000 euro vad gäller offentliga varu- och tjänstekontrakt och 100 000 euro vad gäller offentliga byggentreprenadkontrakt. Syftet med garantin var att förebygga att rättsmedel missbrukades och att förfaranden förhalades, och garantin behövde endast ställas för tiden från överklagandet till dess att avgörandet vinner laga kraft. Beloppet skulle vidare återställas till sökanden oavsett utgången i förfarandet. Domstolen uttalade att den omständigheten att garantin kan uppgå till betydande belopp inte leder till slutsatsen att skyldigheten att ställa garanti är oförenlig med rättsmedelsdirektivet. Domstolen uttalade vidare att beloppet på garantin framstod som ”blygsamt”.

Tita m.fl.[24]

Även detta mål gällde de italienska domstolsavgifterna för prövning av upphandlingsmål. Domstolen ansåg följdriktigt att det inte fanns något hinder för nationella bestämmelser som kräver att en domstolsavgift betalas vid överklagande till förvaltningsdomstol av beslut rörande offentlig upphandling.

Utredningens slutsatser i fråga om de unionsrättsliga förutsättningarna för ansökningsavgifter i överprövningsmål

Utredningen konstaterar att unionsrätten inte medför något egentligt hinder mot införandet av ansökningsavgifter i överprövningsmål. Detta gäller även om avgifterna skulle uppgå till mycket höga belopp i förhållande till de avgifter som i dag gäller i domstolar. Vidare innebär likvärdighetsprincipen inte något hinder mot att avgifterna (eller processuella regler i övrigt) utformas på olika sätt i olika typer av mål.[25] Inte heller finns något hinder mot att fastställa avgiften till ett belopp som står i proportion till upphandlingens

[23] Domen CS Star Storage, de förenade målen C-493/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.
[24] Domen Tita m.fl., C-495/14, EU:C:2016:230.
[25] Se t.ex. domen ÖBB Personenverkehr, C-417/13, EU:C:2015:38, p. 74.

värde. Däremot skulle möjligen olika avgifter för olika leverantörer, såsom t.ex. en lägre avgift för små företag, strida mot likvärdighetsprincipen eftersom de skulle ge olika förutsättningar åt olika leverantörer att ta tillvara de rättigheter som följer av unionsrätten.

22.3.3 Utredningens överväganden

Förslag: Det ska införas en ansökningsavgift i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Enligt utredningens uppfattning finns det inte några avgörande rättsliga eller praktiska hinder mot att införa en fast, och enhetlig, ansökningsavgift i mål om överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet. Det finns emellertid givetvis såväl fördelar som nackdelar med att införa en ansökningsavgift i sådana mål. Den närmare utformningen av en sådan avgift kommer givetvis också att påverka i vilken utsträckning avgiften leder till en minskning av antalet överprövningsmål.

Nackdelar med en ansökningsavgift

Principiella invändningar mot att införa avgifter

Införandet av en ansökningsavgift i överprövningsmål kan – liksom ett processkostnadsansvar – ifrågasättas ur principiell synpunkt. Överprövningsprocessen handlar i grunden om att enskilda som berörs av ett myndighetsbeslut kan få lagligheten i beslutet prövat av domstol. Mot bakgrund av den vidsträckta rätt till (kostnadsfri) domstolsprövning av myndighetsbeslut som sedan länge har funnits i Sverige kan det därmed väcka principiella betänkligheter att skapa ekonomiska hinder i syfte att begränsa denna rätt.

Överprövningsmål skiljer sig emellertid från de flesta andra måltyper som handläggs i förvaltningsdomstol och för vilka förvaltningsprocessen har konstruerats. I detta sammanhang är det särskilt värt att framhålla det faktum att överprövningsprocessen inte är en renodlad tvåpartsprocess i den mening att utgången inte endast rör rättsförhållandet mellan en myndighet och en enskild. Det är inte bara den slutliga utgången i själva upphandlingsprocessen som är av

betydelse för andra aktörer (såväl andra leverantörer som de som är beroende av de varor, tjänster eller byggentreprenader som upphandlingen syftar till). Själva handläggningen i domstol, liksom den tidsutdräkt den medför, får också konsekvenser för andra aktörer än parterna i mycket större utsträckning än vad som normalt gäller för mål i förvaltningsdomstolarna. I de andra förekommande måltyperna drabbar en tidsutdräkt i de flesta fall endast den enskilde som inlett målet.

En avgift påverkar främst småföretag

Utredningen konstaterar att representanter för såväl näringslivet som de upphandlande myndigheterna uttrycker farhågor för den effekt som en ansökningsavgift skulle kunna få på just små företags vilja att ta tillvara sin rätt i upphandlingar. I den utsträckning en avgift kan förväntas få någon effekt kan denna förutses bli störst dels för små företag, dels beträffande upphandlingar med låga värden. För sådana upphandlingar blir nämligen den förväntade vinsten vid framgång låg i förhållande till avgiftens storlek, vilket möjligen kan ge en avhållande effekt.

Ett alternativ skulle kunna vara att införa särskilda avgiftsregler för småföretag. Möjligheterna att ha sådana särskilda regler begränsas emellertid troligen av den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen. Vidare skulle reglerna kunna leda till taktiserande från leverantörernas sida, t.ex. genom att ett mindre bolag i en större koncern används som anbudsgivare och därmed som sökande i överprövningsmål. En avgift som var utformad på sådant sätt skulle även ge upphov till tillämpningsproblem för domstolarna, som i vissa fall skulle bli tvungna att göra svåra bedömningar redan under den inledande handläggningen i målet endast i syfte att fastställa ansökningsavgiftens storlek. Det skulle också riskera att skapa osäkerhet bland leverantörer om vilken avgift som ska erläggas i enskilda fall.

Fördelar med en ansökningsavgift

Ett incitament att påpeka fel och brister till den upphandlande myndigheten eller enheten

I det fallet att själva storleken på ansökningsavgiften påverkar leverantörers beslut att ansöka om överprövning kan avgiften bidra till att leverantörer i större utsträckning i stället påpekar fel och brister till den upphandlande myndigheten eller enheten under anbudsgivningen eller efter tilldelningsbeslutet meddelats i stället för att ansöka om överprövning. På så sätt torde fler fel och missförstånd kunna rättas till utan domstolsprövning. Även detta kan bidra till att färre upphandlingar blir föremål för överprövning.

Leverantörer får anledning att tänka igenom sitt beslut att ansöka om överprövning

Den främsta fördelen med en ansökningsavgift i överprövningsmål är enligt utredningens uppfattning att en missnöjd leverantör får en ytterligare anledning att tänka igenom sitt beslut att ansöka om överprövning. En avgift kan också få till följd att leverantörer i vissa situationer hinner tänka igenom om överprövning i det aktuella fallet är ett ändamålsenligt sätt att komma till rätta med de fel och brister som leverantören anser föreligger i upphandlingen. Till exempel kanske leverantören mellan det att ansökan ges in och det att avgiften senast ska vara betald är i kontakt med den upphandlande myndigheten, rättslig expertis eller Upphandlingsmyndigheten, och kommit till insikt om att möjligheterna till framgång med en domstolsprövning är små. Detta bör leda till att färre upphandlingar blir föremål för överprövning.

Utredningens bedömning och förslag

Utredningen anser att övervägande skäl talar för att införa en ansökningsavgift i överprövningsmål.

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, 7 500 kr, 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 kr skulle leda till färre överprövningsmål utan en försämrad rättssäkerhet.

22.4 Utformningen av utredningens lagförslag

22.4.1 Avgiftens konstruktion, förhållandet till avtalsspärren och effekterna av utebliven betalning

Förslag: Det ska införas en avgift hos förvaltningsrätterna i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet enligt samtliga fyra upphandlingslagar. Avgiften ska betalas av den sökande leverantören innan rätten inleder handläggningen av målet.

Rätten ska förelägga sökanden att betala ansökningsavgiften om så inte sker i samband med att ansökan ges in.

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

Det ska inte gälla någon tiodagarsfrist om rätten avvisar ansökan på den grunden.

Ett beslut om avvisning på grund av utebliven ansökningsavgiften kan överklagas med stöd av befintliga bestämmelser i FPL.

Bedömning: En förlängd avtalsspärr bör börja löpa även om ansökningsavgiften inte har betalats.

Om en förvaltningsrätt överlämnar en ansökan till en annan förvaltningsrätt bör inte någon ny ansökningsavgift tas ut från sökanden.

En ansökningsavgift införs som förutsättning för överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Utredningen föreslår att det införs en avgift som förutsättning för att förvaltningsrätten ska pröva en ansökan om överprövning av en upphandling och en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Betalning av avgiften är en grundläggande processförutsättning och avgiften ska betalas innan skriftväxlingen i målet inleds. Reglerna införs i samtliga fyra upphandlingslagar.

Bristande betalning av ansökningsavgift i överprövningsmål utgör en grundläggande processförutsättning

Utredningen anser att betalning av ansökningsavgiften bör vara en grundläggande processförutsättning. Om en ansökan ges in utan att ansökningsavgift samtidigt betalas, ska förvaltningsrätten således i princip inte vidta några andra handläggningsåtgärder än sådana som syftar till att få avgiften betald. [26] Detta motsvarar vad som gäller i allmän domstol.

Ansökningsavgiftens förhållande till den förlängda avtalsspärren

I 20 kap. 8 § LOU anges att om en ansökan om överprövning av en upphandling görs under löpande avtalsspärr, fortsätter avtalsspärren att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).[27] Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla, något som i praktiken är ovanligt.

En fråga som uppkommer är om det bör vara ett villkor för den förlängda avtalsspärren att avgiften är betald. Antingen måste avgiften vara betald, för att den förlängda avtalsspärren ska få börja löpa, eller så påverkar avgiften inte den förlängda avtalsspärren.

I allmän domstol inleds inte handläggningen av målet förrän avgiften har erlagts. Detta gäller även i fråga om skyndsamma åtgärder såsom beslut om kvarstad. Situationen vid överprövning av upphandling är emellertid inte jämförbar med de flesta tvistemål.

[26] Jämför Fitger, Peter, *Rättegångsbalken m.m.*, kommentar till 42 kap. 3 § RB.
[27] Detsamma gäller enligt LUFS, LUK och LUFS.

Om avtalsspärren löper ut är den upphandlande myndigheten eller enheten fri att teckna avtal. När så har skett får upphandlingen inte längre överprövas. Om den förlängda avtalsspärren gjordes beroende av avgiften skulle det alltså innebära en risk för betydande rättsförluster, vilka normalt inte uppkommer i de allmänna domstolarna när en sökande inte betalar sin avgift. Det skulle i sådant fall även kunna uppkomma frågor om den exakta tidpunkten för erläggandet av avgiften. Vidare bör beaktas att en ansökan om stämning i allmän domstol ska diarieföras den dag den faktiskt kommer in, oavsett när avgiften har betalats. Detta bör enligt utredningens uppfattning beaktas vid utformningen av ansökningsavgiften. Utredningen anser mot denna bakgrund att betalning av ansökningsavgiften inte ska vara ett villkor för att den förlängda avtalsspärren ska börja löpa.

Rättens inledande handläggning av överprövningsmål

Enligt 42 kap. 3 § RB ska rätten förelägga käranden att betala föreskriven ansökningsavgift om sådan inte har betalats tillsammans med ingivande av stämningsansökan. Såvitt utredningen erfar skickar rätten normalt ut ett sådant föreläggande redan samma eller nästföljande dag som ansökan getts in, om någon betalning då inte gjorts till domstolen. Typiskt sett föreläggs sökanden per e-post att erlägga avgiften inom fem arbetsdagar. Av föreläggandet framgår att ansökan måste kompletteras med inbetalning av avgiften och att ansökan kan avvisas om inte avgiften betalas in inom den angivna tiden. Dessa föreläggandden delges normalt inte sökanden.

Utredningen anser att det bör införas en motsvarande bestämmelse avseende ansökningsavgiften i överprövningsmål. Den omständigheten att den föreslagna ansökningsavgiften endast ska gälla överprövningsmålen talar för att bestämmelsen placeras i upphandlingslagarna och då lämpligen i anslutning till övriga bestämmelser om ansökningsavgift.

Det kan i och för sig anses följa redan av 5 § FPL att rätten ska förelägga sökanden att komplettera sin ansökan med betalning av avgiften i denna situation. I denna bestämmelse omnämns emellertid inte betalning av ansökningsavgift som en sådan brist som medför att ansökan inte kan läggas till grund för prövning i sak.

Av föreläggandet bör framgå att sökanden ska komplettera ansökan om överprövning med betalning av ansökningsavgift, inom vilken tid detta ska göras och att rätten kommer avvisa ansökan om inte föreläggande följs.

Av 42 kap. 4 § RB framgår att rätten ska avvisa en ansökan om käranden inte följer ett föreläggande att erlägga betalning av ansökningsavgiften. Utredningen erfar att de allmänna domstolarna normalt fattar ett beslut att avvisa ansökan om stämning redan första arbetsdagen efter att den tidsfrist som har angetts i föreläggandet har löpt ut. Som nämnts tidigare ska ansökan emellertid inte avvisas om avgiften erläggs *efter* den tidpunkt som angetts i föreläggandet men *innan* rätten fattat sitt beslut om avvisning.

Utredningen anser mot denna bakgrund att en motsvarande bestämmelse bör införas avseende ansökningsavgiften i överprövningsmål.

Utredningen anser avslutningsvis att rätten inte bör inleda den materiella handläggningen genom att förelägga den upphandlande myndigheten eller enheten att svara på ansökan innan avgiften har betalats. Däremot bör den upphandlande myndigheten eller enheten upplysas om att en ansökan har kommit in. Domstolen bör också självklart kunna översända handlingarna till den upphandlande myndigheten för kännedom i avvaktan på att avgiften erläggs och ett (eventuellt) senare föreläggande att svara i målet. Det bör ankomma på rätten att ta ställning till dessa frågor, och det saknas skäl att närmare författningsreglera detta.

Föreläggandet att betala avgift måste inte delges sökanden

En viktig handläggningsfråga i sammanhanget är om ett föreläggande att betala ansökningsavgiften måste delges sökanden. För att så bör vara fallet talar givetvis rättssäkerhetsskäl. Mot en reglering som innebär att sådana förelägganden alltid ska delges sökanden talar främst det förhållandet att en sådan skyldighet riskerar att försena handläggningen av målet och avsevärt öka den administrativa bördan för förvaltningsdomstolarna.

Bestämmelserna i delgivningslagen (2010:1932) är endast tillämpliga om det i lag eller annan författning är särskilt angivet att delgivning ska ske (1 §). Enligt 47 § första stycket FPL gäller att om rätten

ska underrätta någon om innehållet i en handling eller om något annat, får det ske genom delgivning. Delgivning ska användas, om det är särskilt föreskrivet eller om det med hänsyn till syftet med bestämmelsen om underrättelse framgår att delgivning bör ske, men bör i övrigt tillgripas bara om det är påkallat med hänsyn till omständigheterna.

Förelägganden att betala ansökningsavgiften delges normalt inte vid handläggningen i allmän domstol. Vidare finns inte någon uttrycklig skyldighet att delge sådana förelägganden som avses i 5 § FPL. Ett föreläggande att betala ansökningsavgiften kommer att skickas ut i omedelbar anslutning till att sökanden gav in sin ansökan om överprövning, med följd att adresser och andra kontaktuppgifter knappast har hunnit bli inaktuella. Vidare ligger det i sökandens intresse att se till att ansökan är komplett och att avgiften betalas i tid till domstolen. Det kan tilläggas att Domstolsutredningen redan i början av 1990-talet ansåg att en påminnelse om [ansöknings]avgiften inte behöver delges utan kan sändas till parten i lösbrev under den adress parten uppgett i sitt överklagande.[28] Utredningen noterar vidare att en av utgångspunkterna för den delgivningslag som trädde i kraft den 1 april 2011 var också att ett större ansvar än hittills skulle läggas på parterna.[29]

Om en ansökan om överprövning avvisas på grund av obetald avgift, riskerar den sökande att lida en rättsförlust om den upphandlande myndigheten eller enheten ingår avtal och upphandlingen därmed avslutas. Den risken får dock i praktiken bedömas som mycket liten. Den sökande leverantören har ett ansvar för och ett eget intresse av att lämna tydliga kontaktuppgifter till domstolen, samt att bevaka eventuell brådskande korrespondens. Vid en avvägning anser utredningen att såväl domstolens som det allmänna intresset av en effektiv och snabb handläggning av överprövningsmålen klart väger över intresset att förhindra den eventuella rättsförlust som skulle kunna uppstå.

Mot denna bakgrund anser utredningen att det inte bör införas någon generell skyldighet för rätten att delge ett föreläggande att betala ansökningsavgiften. Om rätten bedömer att det i ett enskilt fall är påkallat med hänsyn till omständigheterna i målet kan den

[28] SOU 1991:106 del A s. 347 f.
[29] Prop. 2009/10:237 s. 91.

emellertid med stöd av 47 § första stycket FPL välja att delge sökande rättens föreläggande att betala ansökningsavgiften.

Det bör inte gälla någon tiodagarsfrist om rätten avvisar ansökan därför att avgiften inte har betalats

Om det gäller en förlängd avtalsspärr får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet (20 kap. 10 § första stycket LOU). Den upphandlande myndigheten får alltså i denna situation inte ingå avtal förrän ytterligare 10 dagar har förflutit. Rätten har dock enligt 20 kap. 10 § tredje stycket LOU en möjlighet att besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.[30]

Med den föreslagna konstruktionen inträder den förlängda avtalsspärren när ansökan ges in och inte först när även ansökningsavgiften har betalats. En fråga som då uppkommer är om det även ska gälla en tiodagarsfrist när rätten avvisar en ansökan om överprövning därför att avgiften trots rättens föreläggande inte har betalats. Enligt utredningens uppfattning är det inte ändamålsenligt att den upphandlande myndigheten ska behöva vänta ytterligare tio dagar med att ingå avtal i denna situation. Utredningen anser därför att det bör införas en uttrycklig regel innebörd att någon tiodagarsfrist inte gäller i dessa fall. Annars riskerar de upphandlande myndigheterna att drabbas av onödiga fördröjningar i situationer när någon ansökan om överprövning aldrig blev materiellt anhängiggjord vid förvaltningsrätten.

Det förefaller lämpligt att förvaltningsrätterna i föreläggandena att betala avgiften tar in en upplysning om att det inte gäller någon tiodagarsfrist för det fall att rätten avvisar ansökan på grund av att avgiften inte har betalats inom utsatt tid. Detta gäller särskilt under en övergångstid efter att ansökningsavgiften har införts.

En följd är att leverantören som i de situationer som beskrivs i 20 kap. 9 § LOU vill att rätten interimistiskt beslutar att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal måste förvissa sig om att avgiften betalas in tillsammans med ansökan om överprövning av upphandlingen.

[30] Detsamma gäller enligt LUF, LUK och LUFS.

Överklagande av avvisningsbeslut som fattas på grund av utebliven betalning av ansökningsavgift

Att förvaltningsrättens beslut att avvisa en ansökan om överprövning på grund av obetald ansökningsavgift får överklagas till kammarrätt följer av den allmänna bestämmelsen om överklagande i 33 § FPL. Någon särskild bestämmelse om rätt att överklaga ett beslut om avvisning på denna grund behövs därför inte. Det kan framhållas att det inte är möjligt för sökanden att nå framgång med ett sådant överklagande genom att betala avgiften först efter det att förvaltningsrätten har avvisat ansökan. Ett överklagande av ett avvisningsbeslut bör i princip endast kunna bifallas om föreläggandet varit felaktigt utformat, avvisningsbeslutet fattats innan den tid som angetts i föreläggandet löpt ut eller av liknande skäl.

Överlämnande av ansökan till annan förvaltningsdomstol

Av 7 § FPL framgår att om en förvaltningsrätt i samband med att ett mål inleds finner att den saknar behörighet att handlägga målet, men att en annan motsvarande domstol skulle vara behörig, ska handlingarna i målet lämnas över till den domstolen. Detta under förutsättning att det inte finns något skäl mot det. I denna situation ska alltså förvaltningsrätten, om den anser att den är fel forum för prövning av ansökan om överprövning, som utgångspunkt inte avvisa ansökan utan överlämna den till rätt förvaltningsrätt.

Motsvarande reglering för tingsrätternas del innebär att en sökande inte behöver betala mer än en ansökningsavgift.[31] Enligt utredningens uppfattning bör detsamma gälla för överprövningsmålen. En leverantör som ger in en ansökan om överprövning till en förvaltningsrätt ska alltså inte betala mer än en ansökningsavgift om domstolen med stöd av nämnda bestämmelse överlämnar handlingarna i målet till en annan förvaltningsrätt. Detta behöver dock inte uttryckligen anges i författning.

Lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar innehåller i 14 § tredje–femte styckena ytterligare regler om överlämnande av mål mellan förvaltningsrätter. Dessa tar sikte på situationer där den förvaltningsrätt i vilken ett mål har inletts i och för sig är rätt forum, men där processekonomiska eller liknande skäl talar för att målet ska

[31] Se 20 kap. 10 a § RB samt Fitger, *Rättegångsbalken m.m.*, kommentar till 20 kap. 10 a § RB.

överlämnas till en annan förvaltningsrätt. Även i dessa fall bör sökanden i ett överprövningsmål endast betala en ansökningsavgift, och det till den förvaltningsrätt till vilken ansökan har överlämnats. Inte heller detta behöver emellertid anges i författning.

Avslutningsvis förekommer det överprövningsmål som avser gemensamma upphandlingar, där en ansökan om överprövning ska registreras som flera olika mål (se även avsnitt 20.2.2). Enligt utredningens uppfattning bör leverantören endast åläggas att betala en avgift i sådana situationer, oavsett det antal målnummer som ansökan ger upphov till.

22.4.2 Överväganden i fråga om avgiftens storlek

Olika sätt att författningsreglera avgiftens storlek

En ansökningsavgift kan vara konstruerad på en rad olika sätt. Nuvarande domstolsavgifter i Sverige är i förordning fastställd till ett fast belopp. Detta är emellertid inte det enda sättet att reglera avgiftens storlek på, vilket såväl regleringen i andra stater som synpunkter till utredningen visar på. Avgiften skulle t.ex. i stället kunna differentieras enligt någon av följande metoder:

- Som ett differentierat belopp matematiskt beräknat utifrån upphandlingens värde (t.ex. som en procentsats av värdet).
- Utifrån en schablon av upphandlingens värde (som i t.ex. Finland).
- Till ett belopp som avgörs av leverantörens storlek eller omsättning.
- Till olika belopp beroende på om upphandlingens värde understiger eller överstiger tröskelvärdet (som i Danmark).
- Till kombinationer av ovanstående (en fast och en rörlig del).
- Olika avgifter beroende på slaget av upphandling, t.ex. skilda avgifter för upphandling av varor, tjänster respektive byggentreprenader eller olika avgifter vid överprövning enligt de olika upphandlingslagarna.

Avgiften skulle möjligen även kunna konstrueras som ett garantibelopp, liknande den rumänska, där leverantören får betala in en större summa som sedan återfås när målet har avgjorts.

Ett uppenbart problem med att fastställa avgiftens storlek till något annat än ett fast och enhetligt belopp är att själva beräkningen av avgiften kan bli tvistig. Att uppskatta upphandlingens värde är inte heller helt enkelt i många fall, t.ex. vad gäller ramavtal och dynamiska inköpssystem. Även om det inte är särskilt vanligt kan själva tvistefrågan i målet vara just värdet på det aktuella kontraktet, eller om det är att klassificera som ett tjänste- eller byggentreprenadkontrakt. En sådan konstruktion av avgiften skulle också förutsätta ställningstagande av dömande personal på förvaltningsrätterna på ett mycket tidigt stadium av handläggningen av målen.

22.4.3 Utredningens förslag: en fast avgift för överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet

Förslag: Ansökningsavgiften ska utgöras av ett fast belopp.

Beloppet ska vara detsamma för överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Storleken på avgiften ska fastställas i förordning.

Avgiften ska tillfalla statskassan.

Utredningen anser att ansökningsavgiften ska utgöras av ett fast belopp som vare sig beror av upphandlingens värde eller leverantörens storlek eller omsättning. Utredningen är medveten om att en fast enhetlig avgift riskerar att medföra att avgiften antingen sätts så lågt att den inte får någon handlingsdirigerande effekt eller så högt att de negativa konsekvenserna riskerar att särskilt verka avhållande på små företags vilja att ansöka om överprövning. Enligt utredningens uppfattning skulle emellertid en differentierad avgift skapa för stora bedömnings- och handläggningsproblem för domstolarna. Det skulle skapa kostnader för domstolarna och dessutom inverka menligt på handläggningstiderna i överprövningsmål. Det skulle möjligen också tillföra överprövningsmålen ytterligare tvistefrågor om parterna är oense om den faktor som en sådan differentierad avgift beräknas utifrån. Att utgå från t.ex. upphandlingens värde skulle också medföra särskilda problem vad gäller t.ex. överprövning

av ramavtal där upphandlingens värde ofta är oklart eller uppskattat till ett intervall. Inte heller är det klart att leverantörernas benägenet att ansöka om överprövning generellt sett står i relation till just värdet av upphandlingen. En ansökningsavgift som utformas på ett sätt som liknar avgifterna i allmän domstol bidrar även till förutsebarheten för parter och ombud.

Utredningen konstaterar att det i och för sig inte har framkommit att utformningen av ansökningsavgiften som en differentierad avgift orsakar några större tillämpningsproblem i de undersökta medlemsstaterna (se avsnitt 22.2.2). Detta kan emellertid ha en rad olika orsaker. T.ex. framgår det att differentierade domstolsavgifter är huvudregeln i vissa länder, vilket innebär att domstolarna har stor erfarenhet av att under ett tidigt stadium av processen fastställa värdet av tvisteföremålet. Vidare har i princip samtliga undersökta medlemsstater ett processkostnadsansvar i överprövningsmål, vilket troligen medför att ansökningsavgiftens storlek i enskilda mål mer sällan hamnar i förgrunden. Dessutom ska ansökningsavgiften som huvudregel i de flesta stater återbetalas – antingen av domstolen eller av den upphandlande myndigheten – vid helt eller delvis bifall till ansökan vilket också kan bidra till att den exakta storleken på avgiften inte upplevs vara av så stor betydelse för leverantören.

Utredningen anser vidare att avgiftens storlek på samma sätt som vad gäller avgifterna i de allmänna domstolarna ska fastställas i en förordning. Detta ger regeringen större möjlighet att anpassa avgiftens storlek på samma sätt som avgiften i de allmänna domstolarna, bl.a. utifrån underlag från Domstolsverket.

Liksom vad gäller avgifterna i de allmänna domstolarna bör ansökningsavgiften tillfalla statskassan.

Ingen lägre ansökningsavgift vid upphandlingar under tröskelvärdet

Utredningen konstaterar att en negativ konsekvens av införandet av en ansökningsavgift fastställd till mer betydande belopp är att en sådan avgift kan förväntas få småföretag att avhålla sig från att ansöka om överprövning i större utsträckning än andra kategorier av leverantörer. Ett sätt att i någon utsträckning motverka sådana effekter utan att aktualisera de problem med att fastställa avgiftens storlek med hänsyn till upphandlingens värde eller leverantörens

storlek (se avsnitt 22.4.2) vore att fastställa avgiften till ett lägre belopp vad gäller överprövning av upphandlingar vars värde understiger tröskelvärdet. En sådan utformning av motsvarande avgift för domstolsprövning finns bl.a. i Danmark.

Utredningen konstaterar att det i och för sig är enklare att fastställa om den aktuella upphandlingens värde överstiger tröskelvärdet än att fastställa upphandlingens exakta värde. Om upphandlingen sker under eller över tröskelvärdet framgår ofta, åtminstone indirekt, av annonsen och upphandlingsdokumenten i upphandlingen. Avgiften skulle i sådant fall kunna utformas som en presumtion för att upphandlingen överstiger tillämpligt tröskelvärde och därmed för att den högre avgiften ska erläggas av sökanden. Om sökanden däremot kan göra troligt att upphandlingens värde understiger tröskelvärdet, t.ex. genom att hänvisa till uppgifter i de aktuella upphandlingsdokumenten, skulle leverantören i stället kunna erlägga den lägre avgiften.

Utredningen konstaterar emellertid att det inte finns några säkra uppgifter om hur små företags anbudsgivning förhåller sig till värdet på de aktuella kontrakten. Kompletterande statistik från Upphandlingsmyndigheten tyder emellertid på att små företag (inklusive mikroföretag) lämnar anbud på upphandlingar över tröskelvärdet i nästan lika stor utsträckning som under tröskelvärdet.[32] 68 procent av alla ansökningar om överprövning av upphandling under tröskelvärdet lämnas i och för sig av små företag. Emellertid lämnas cirka 50 procent av alla ansökningar om överprövning av upphandling över tröskelvärdet av små företag. Av alla ansökningar om överprövning som lämnas av små företag avser dessutom 52 procent upphandlingar under tröskelvärdet och 48 procent upphandlingar över tröskelvärdet. Mot denna bakgrund står det enligt utredningens uppfattning inte klart att en lägre avgift för upphandlingar under tröskelvärdet nödvändigtvis skulle begränsa de negativa effekterna för just små företag. Mot bakgrund av att tröskelvärdena skiljer sig åt mellan de olika lagarna, och är markant högre för upphandling av byggentreprenader, skulle en sådan konstruktion också få märkliga effekter för små företag som är verksamma i olika branscher. En lägre avgift vad gäller upphandlingar under tröskelvärdet skulle även

[32] Upphandlingsmyndigheten, promemoria med kompletterande statistik om överprövningar, den 9 mars 2018.

kunna skapa tillämpningsproblem om det är oklart om värdet överstiger tröskelvärdet eller om parterna har olika uppfattning om detta. Till saken hör att tillgänglig statistik dessutom tyder på att *stora företag* som ansöker om överprövning av upphandlingar *under tröskelvärdet* får rätt i betydligt större utsträckning än andra kategorier av leverantörer.

Utredningen anser vid en sammantagen bedömning att ansökningsavgiften inte bör konstrueras på ett sådant sätt att den är olika hög beroende på om värdet av upphandlingen överstiger tröskelvärdet eller inte.

Ingen särskild avgift för överprövning av upphandlingar av mindre värde

Vad gäller dispositiva tvistemål som handläggs av de allmänna domstolarna finns särskilda handläggningsregler för så kallade FT-mål (se avsnitt 22.2.3). För dessa gäller en lägre ansökningsavgift för stämning (900 kronor).

Utredningen konstaterar att det hör till rena undantagsfall att en överprövning avser en upphandling vars värde uppgår till så låga belopp som ett halvt prisbasbelopp. Utredningen konstaterar dessutom att de särskilda reglerna för FT-mål inte bara består av den lägre avgiften för stämningsansökan: reglerna om handläggning av FT-mål innebär också att det gäller andra regler i andra avseenden, till exempel vad gäller rättens sammansättning och möjligheterna att få ersättning för rättegångskostnader. Utredningen anser mot denna bakgrund att det inte finns något behov av en motsvarande regel för upphandlingar av mindre värde.

22.4.4 Storleken på avgiften

Förslag: Ansökningsavgiften för överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet ska vara 7 500 kronor.

Utredningen konstaterar att sökandena i överprövningsmål nästan genomgående är vinstdrivande näringsidkare. Värdet för leverantörerna av att tilldelas kontrakt eller ramavtal i upphandlingar torde

ofta uppgå till belopp som överstiger värdet av tvisteföremålen i allmän domstol. Det bör även beaktas att själva anbudsgivningen i en upphandling är förknippad med kostnader för leverantörer. Dessa kostnader kan leverantörerna i princip inte tillgodogöra sig om de inte är säkra på att de tilldelas kontraktet och den vinst som kan förväntas bli följden av avtalsrelationen. Trots detta är leverantörerna beredda att ta dessa kostnader.

Kostnaderna varierar givetvis från upphandling till upphandling och från leverantör till leverantör. De uppskattningar som gjorts ger emellertid vid handen att kostnaden för anbudsgivning är avsevärd vid en jämförelse med de ansökningsavgifter som i dag förekommer i svenska domstolar.[33] Till detta kommer de kostnader i form av tidsåtgång och eventuella ombud som en överprövningsprocess innebär för leverantörerna redan i dag (se avsnitt 20.4).

Enligt utredningens uppfattning skulle en ansökningsavgift i överprövningsmål som bestäms till ett belopp i nivå med avgiften för ansökan om stämning i tvistemål (2 800 kronor) knappast ha någon inverkan på leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. Utredningen konstaterar vidare att erfarenheterna från höjningen av avgifterna i allmän domstol talar för att storleken på avgiften kan ha betydelse för processbenägenheten. Detta talar för att ansökningsavgiften i överprövningsmål ska bestämmas till ett högre belopp än motsvarande avgift i allmän domstol.

Utredningen anser vid en samlad bedömning att ansökningsavgiften bör bestämmas till 7 500 kronor. Det är ett högre belopp än motsvarande avgift i allmän domstol. Enligt utredningens uppfattning måste emellertid avgiften fastställas till ett högre belopp om den ska ha någon processavhållande effekt. Sökande i överprövningsmål är nästan uteslutande vinstdrivande juridiska personer. I allmän domstol finns också ett processkostnadsansvar, och en direkt jämförelse med avgiftens storlek i dispositiva tvistemål blir därmed i vilket fall missvisande såvida inte också ett processkostnadsansvar införs i överprövningsmål (se avsnitt 21).

Beloppet understiger också vad som gäller i Finland och Danmark och i praktiken även i Norge liksom i de flesta övriga undersökta stater – länder där beloppets processavhållande effekt dessutom kompletteras med ett processkostnadsansvar.

[33] Se Holm, Sverker, *En analys av transaktionskostnader vid offentlig upphandling*, 2011-10-19, bilaga 6 till SOU 2013:12.

Beloppet, 7 500 kr, motsvarar cirka 2–3 timmars juridisk rådgivning. En avgift som uppgår till detta belopp skulle därmed kunna få till effekt att fler leverantörer valde att uppsöka juridisk eller annan expertis för bedömning av om en upplevd brist i upphandlingen är av sådan karaktär att de kan emotse bifall i en överprövningsprocess. En avgift som uppgår till detta belopp bör därmed bidra till att leverantörer undersöker möjligheterna till framgång i en överprövningsprocess innan de ansöker om överprövning.

Utredningen konstaterar vidare att ett processkostnadsansvar sannolikt skulle ha en betydligt större processavhållande effekt än en ansökningsavgift – och detta gäller sannolikt oavsett avgiftens storlek. Om leverantören vinner målet kan leverantören enligt utredningens förslag dessutom få avgiften återbetald genom att det utgör en ersättningsgill processkostnad (se avsnitt 22.6). Sammanfattningsvis anser utredningen att det är motiverat med en högre avgift i överprövningsmål.

22.4.5 Vissa lagtekniska aspekter

Förslag: Bestämmelserna om skyldighet att betala en ansökningsavgift i överprövningsmål placeras i upphandlingslagarna liksom ett bemyndigande för regeringen att meddela föreskrifter om avgiften. Storleken på avgiften regleras i upphandlingsförordningen, där också bestämmelser om överklagande av beslut om avgift samt ett bemyndigande för Domstolsverket att meddela verkställighetsföreskrifter placeras.

Bedömning: Bestämmelserna om ansökningsavgift i överprövningsmål bör inte placeras i förvaltningsprocesslagen eller lagen om allmänna förvaltningsdomstolar.

Enligt 11 kap. 2 § RF ska bestämmelser om domstolarnas rättskipningsuppgifter, om huvuddragen i deras organisation och om rättegången meddelas i lag. Detta får till följd att vissa av bestämmelserna som avser ansökningsavgift måste placeras i lag. Utredningen utgår i detta avseende från den uppdelning i bestämmelser som finns i lag, förordning respektive myndighetsföreskrifter som gäller för avgifterna i de allmänna domstolarna.

I RB är föreskrivet att om föreskriven ansökningsavgift inte har betalats ska rätten förelägga käranden att avhjälpa bristen (42 kap. 3 § RB). Följer käranden inte ett sådant föreläggande ska ansökan avvisas (4 § första stycket samma balk och kapitel). Motsvarande bestämmelser avseende ansökningsavgift i överprövningsmål bör mot denna bakgrund placeras i lag.

Vad gäller frågan om i vilken lag dessa bestämmelser ska placeras utgör FPL för de allmänna förvaltningsdomstolarnas del motsvarigheten till RB. Mot denna bakgrund vore en naturlig utgångspunkt att de bestämmelser om ansökningsavgift som ska placeras i lag tillförs FPL. Utredningen konstaterar emellertid att de allmänna förvaltningsdomstolarna handlägger ett mycket stort antal måltyper. Den föreslagna ansökningsavgiften kommer däremot endast att avse överprövningsmålen. Detta talar enligt utredningen för att de föreslagna bestämmelserna inte placeras i lagen om allmänna förvaltningsdomstolar eller i FPL utan i upphandlingslagstiftningen. Detta ligger också i linje med hur processuella särbestämmelser hanteras på andra rättsområden, t.ex. i fråga om prövningstillstånd.

Övriga bestämmelser avseende ansökningsavgiften kan i stället placeras i förordning. Vad gäller de avgifter som gäller i de allmänna domstolarna är huvuddelen av dessa bestämmelser, inklusive nivåerna på avgifterna, som tidigare nämnts reglerade i en särskild förordning. Någon motsvarande förordning finns av naturliga skäl inte avseende de allmänna förvaltningsdomstolarna. Enligt utredningens uppfattning saknas skäl att skapa en särskild förordning som endast skulle avse avgifter i överprövningsmål. Detta skulle också göra reglerna mindre överblickbara. I stället bör de bestämmelser som kan placeras i förordning tillföras upphandlingsförordningen. Dessa ska även innehålla ett bemyndigande för Domstolsverket att meddela verkställighetsföreskrifter i ämnet på samma sätt som vad gäller avgifterna i allmän domstol.

22.5 Ingen avgift vid överklagande till högre domstolsinstans

Bedömning: Det bör inte krävas någon avgift för överklagande till högre instans i överprövningsmål.

En ansökningsavgift gäller vid anhängiggörande av mål i första instans, dvs. avseende överprövningsmålen, när ansökan ges in till förvaltningsrätten. Frågan är emellertid om det även bör gälla en avgift vid överklagande till högre instans.

En avgift vid överklagande till högre instans kan inte förväntas ha någon processavhållande effekt, eftersom målet då uppenbarligen redan har inletts i förvaltningsrätten. Avgifter för överklagande till hovrätt har vad gäller de allmänna domstolarnas del övervägts vid flera tillfällen. Hovrättsprocessutredningen föreslog bl.a. att en avgift för överklagande av tvistemål och domstolsärenden till hovrätten och till Högsta domstolen skulle införas.[34] Förslaget möttes av kritik från remissinstanserna och ledde inte till lagstiftning.[35] Mot denna bakgrund anser utredningen att det inte bör tas ut någon (ytterligare) avgift vid överklagande till kammarrätt eller Högsta förvaltningsdomstolen.

22.6 Ansökningsavgiften ska utgöra en ersättningsgill processkostnad

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

Bedömning: Om något processkostnadsansvar inte införs, eller inte ska omfatta ansökningsavgiften, bör avgiften inte ersättas av domstolen eller den upphandlande myndigheten eller enheten vid helt eller delvis bifall till ansökan om överprövning.

[34] SOU 1995:124 s. 318 f.
[35] Prop. 1998/99:37 s. 39. Vad gäller tidigare övervägande se t.ex. SOU 1969:41 s. 57 f.

Om det införs ett processkostnadsansvar i överprövningsmål anser utredningen att ansökningsavgiften bör ingå i de rättegångskostnader som ska ersättas av en förlorande upphandlande myndighet eller enheten. Så är även utredningens förslag i denna del utformat (se avsnitt 21.5).

Om ett processkostnadsansvar inte införs, eller om sådana regler utformas på ett sådant sätt att ansökningsavgiften inte ersätts, uppkommer däremot frågan om en leverantör som helt eller delvis vinner framgång i målet ändå ska kunna få tillbaka den avgift som har betalats. Utredningen anser att så inte bör vara fallet. Den främsta anledningen till detta är att en återbetalningsskyldighet förutsätter samma överväganden av rätten angående vilken av parterna som är att betrakta som vinnande part i överprövningsmålet som om ett processkostnadsansvar skulle införas. Detta skulle vara fallet oavsett om det var rätten eller den upphandlande myndigheten eller enheten som skulle återbetala avgiften. Till saken hör att det inte finns några rutiner eller system i de allmänna domstolarna för återbetalning av ansökningsavgifter som kan överföras till de allmänna förvaltningsdomstolarna. En sådan ordning försvåras också av att avgiften tillfaller statskassan och inte vare sig den aktuella domstolen eller Domstolsverket. Om avgiften ska återbetalas av domstolen skulle avgiften också behöva konstrueras som en deposition, vilket förutsätter både andra ekonomiadministrativa system och rutiner samt möjligen även andra författningsändringar.

23 Domstolarnas handläggning av överprövningsmålen

23.1 Utredningens uppdrag

Enligt utredningens direktiv ska utredningen överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål. Utöver bestämmelser om processkostnadsansvar och ansökningsavgifter ska utredaren föreslå de författningsändringar eller andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade. I uppdraget ingår dock inte att överväga om handläggningen av upphandlingsmål bör koncentreras endast till vissa domstolar eller att flytta handläggningen av målen från de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Utredningen konstaterar att denna utrednings direktiv – till skillnad från direktiven till Överprövningsutredningen – är formulerade på så sätt att utredningen får överväga övriga åtgärder som *syftar till att minska antalet överprövningsmål*, men att utredningen inte förutsätts överväga åtgärder för att *minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad*. Utredningen är dock oförhindrad att ta upp även andra frågor än de som ingår i uppdraget, förutsatt att de har samband med uppdraget i övrigt. I detta avsnitt resonerar därför utredningen kring några ytterligare åtgärder, som kan minska antalet överprövningsmål eller i vart fall minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad.

23.2 Bör det införas ett krav på tidsplan för handläggningen av överprövningsmål?

Bedömning: Det bör inte införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att upprätta tidsplaner i överprövningsmål. Varje åtgärd från förvaltningsdomstolarna, som kan öka förutsebarheten angående när ett avgörande i målet kan förväntas, har dock stor betydelse för parterna i målet och övriga intressenter.

Tingsrätterna ska sedan den 1 juli 2000 som huvudregel upprätta en tidsplan för handläggningen av tvistemål och mål om enskilt åtal (42 kap. 6 § fjärde stycket och 47 kap. 6 § fjärde stycket RB).[1]

Målutredningen föreslog en generell regel om tidsplan i tingsrätt. Utredningen uttalade i denna del att det är domstolarna som i det enskilda fallet är bäst lämpade att avgöra om en sådan tidsplan behövs eller inte, och ansvaret för att upprätta tidsplanen bör läggas på domstolen. En given utgångspunkt vid upprättandet av tidsplaner bör dock vara regeringens och domstolarnas egna verksamhetsmål avseende omloppstid för den aktuella kategorin av mål.[2]

Målutredningen uttalade att det hade varit önskvärt att rätten kunde lämna en garanti för när målet kommer att avgöras, men ansåg det är förenat med stora svårigheter att lämna en sådan garanti.[3] Utredningen uttalade däremot att alla domstolar i alla typer av mål borde kunna för en uppskattning av när ett mål kan förväntas bli avgjort.

Även parterna i målet har en roll i upprättandet av och efterlevnaden av tidsplanen. Bland annat ska en part genast anmäla till rätten om den bedömer att tidsplanen inte kan hållas. Regeringen har uttalat att om en part försummar att anmäla eventuella hinder mot att hålla tidsplanen och motparten till följd därav orsakas extra kostnader kan detta vägas in vid fördelningen av rättegångskostnadsansvaret enligt 18 kap. 6 och 7 §§ RB samt få betydelse vid beräkningen av rättegångskostnadsersättningen enligt 18 kap. 8 § RB.[4]

Utredningens intressenter har genomgående hållit fram att det inte bara är själva handläggningstidens längd som orsakar problem och

[1] Prop. 1999/2000:26 s. 66 och prop. 2004/05:131 s. 133.
[2] SOU 2010:44 s. 392.
[3] SOU 2010:44 s. 298.
[4] Prop. 2004/05:131 s. 241.

svårigheter, utan även handläggningstidens oförutsebarhet. Upphandlingsmyndigheten konstaterade till exempel i sin rapport att såväl leverantörer som upphandlande myndigheter upplever att det är svårt att förutse handläggningstiden i domstol.[5] Något rättsligt hinder mot att en förvaltningsrätt upprättar en tidsplan på samma sätt som görs i tingsrätterna finns inte, trots att vare sig FPL eller upphandlingslagarna innehåller några bestämmelser motsvarande dem som finns i RB. Införandet av ett krav på tidsplan i överprövningsmål skulle emellertid möjligen bidra till ökad förutsebarhet vad gäller handläggningen av överprövningsmålen.

Utredningen konstaterar vidare att flera av de argument mot att upprätta tidsplaner i tingsrätt som gjorts gällande inte finns i överprövningsmålen.[6] Överprövningsmålen anses av de flesta förvaltningsrätter utgöra förtursmål och har också en genomsnittlig handläggningstid som generellt är betydligt kortare än vad som gäller tvistemålen i allmän domstol.[7] Även parternas processföring, liksom den eventuella förekomsten av tredje parter i målen, har betydelse för handläggningstidens längd och kan vara svåra för rätten att förutse vid upprättandet av en tidsplan. Såväl upprättande som revidering av tidsplaner är givetvis även förknippad med viss tidsnedläggelse för såväl rätten som för parterna.

Utredningen väljer mot denna bakgrund att inte föreslå en uttrycklig författningsreglering av ett krav på förvaltningsdomstolarna att upprätta tidplaner i överprövningsmål.

Utredningen vill emellertid framhålla vikten av att domstolarna, så långt det är möjligt, bidrar till ökad förutsebarhet när det gäller handläggningstidens längd. Varje handläggningsåtgärd från domstolarna som kan öka förutsebarheten har stor betydelse för parterna och för övriga intressenter – vilka många gånger kan vara talrika. Både parterna och intressenterna påverkas av att upphandlingen är stoppad under processen och av domstolens kommande avgörande.

Exempel på en sådan handläggningsåtgärd är att domstolen, när målet inleds, om möjligt upplyser parterna om när ett avgörande kan förväntas. En sådan upplysning kan också verka styrande för parternas processföring. Tillsammans med en mer aktiv processledning från domstolens sida (se avsnitt 23.3) skulle det därför kunna få till

[5] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 120 f.
[6] Prop. 2004/05:131 s. 132.
[7] Jfr prop. 1999/2000:26 s. 67.

följd att målen blev mer koncentrerade och mindre omfångsrika, vilket dels skulle renodla domstolens arbete, dels möjliggöra kortare handläggstider.

23.3 Domstolens ansvar för materiell processledning

Bedömning: Förvaltningsdomstolarna har ett stort ansvar för aktiv materiell processledning i överprövningsmål, Domstolens processledning blir av än större vikt om ett processkostnadsansvar införs.

Domstolarnas ansvar bör dock för närvarande inte förtydligas genom lagstiftning.

Enligt 8 § 1 stycket FPL gäller att rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Denna så kallade officialprincip ska emellertid enligt Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis (HFD 2009 ref. 69) tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling.[8]

Vissa av utredningens intressenter har påpekat att förvaltningsrätterna är mer försiktiga än de allmänna domstolarna med att ge riktade föreläggande och andra direktiv till parterna om hur utredningen bör kompletteras och vad skriftliga yttranden av parterna bör inriktas på. Sveriges Advokatsamfund har vidare i sitt remissvar över Överprövningsutredningen konstaterat att det i mål om överprövning normalt inte finns samma tradition av processledning från förvaltningsrätten som det gör i till exempel tvistemål som handläggs i allmän domstol. Detta bekräftas också av utredningens egna erfarenheter.

Detta förhållande framstår som något paradoxalt givet att förhandlingsprincipen utgör huvudregeln i tvistemål som handläggs av de allmänna domstolarna medan officialprincipen – om än med den försiktiga tillämpning som följer av Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis – bildar den processuella utgångspunkten i förvaltningsdomstolarna. Utredningens försiktiga slutsats i denna del är att för-

[8] Se om allmän förvaltningsdomstols utredningsansvar bl.a. prop. 1971:30 del 2 s. 530 och prop. 2012/13:45 s. 111 f. och 113–117.

valtningsdomstolarna skulle kunna bidra till att begränsa såväl processmaterialet som handläggningstiderna genom tydligare direktiv till parterna om vad yttranden i målet bör avse.

Några exempel på materiell processledning i överprövningsmål

Utredningen beskriver nedan den normala gången i ett överprövningsmål och ger exempel på hur en aktiv processledning kan te sig.

I normalfallet förelägger rätten motparten, dvs. den upphandlande myndigheten eller enheten, att inkomma med svar på en leverantörs ansökan om överprövning. Detta bör ske även fortsättningsvis. När sedan svaret på ansökan har inkommit skickar rätten vanligen svaret för kännedom och eventuellt yttrande till den sökande leverantören som får tillfälle att inkomma med bemötande. Många gånger kan rätten redan då se vad målet i huvudsak rör och, i syfte att begränsa att målet sväller alltför mycket, överväga att i en underrättelse, om sådan är behövlig, särskilt ange vad den upphandlande myndigheten eller enheten bör fokusera på att bemöta. Detsamma kan ske om den sökande leverantören ska kommuniceras ytterligare en gång. Det finns inte heller något som förhindrar rätten att förelägga parterna att slutföra sin talan och i ett sådant föreläggande ange vad parterna bör koncentrera sina yttranden på.

I vissa överprövningsmål får också en negativt berörd part, dvs. vanligen den vinnande leverantören som hittills inte har varit part i överprövningsmålet, möjlighet att yttra sig i målet. Det sätt på vilket den negativt berörda parten får möjlighet att yttra sig varierar, enligt vad utredningen har erfarit, från domstol till domstol och ibland från avdelning till avdelning inom en och samma domstol. I vissa fall får en sådan part alla handlingar i målet sända till sig tillsammans med en underrättelse om att parten i fråga har möjlighet att inkomma med yttrande i målet. En sådan underrättelse kan ibland uppfattas som att den negativt berörda parten har möjlighet att komma in med synpunkter på allt som målet rör. Emellanåt leder ett utförligt svar på en sådan generell underrättelse till att hela målet ”sväller”.

Syftet med att höra den negativt berörda parten i ett överprövningsmål är att ge den leverantören möjlighet att bemöta vad som anförs i ansökan mot dess anbud. Domstolen ska endast vidta denna handläggningsåtgärd om domstolen överväger att avgöra målet på ett

sätt som har avgörande betydelse för denna leverantörs fortsatta ställning som anbudsgivare i upphandlingen. Domstolen kan exempelvis överväga att besluta om rättelse, preciserad på så sätt att den leverantörens anbud inte får beaktas vid en ny utvärdering av anbuden. Enligt praxis har den negativt berörda parten i praktiken endast möjlighet att i sitt yttrande försvara de påstådda bristerna i det egna anbudet[9]. För det fall det finns flera anbud i upphandlingen och även dessa har brister kan den negativt berörda parten ibland också anföra brister i övriga anbud inom ramen för sitt yttrande[10]. I syfte att undvika att den negativt berörda parten inkommer med alltför vidlyftiga yttranden kan rätten i sin underrättelse eller i sitt föreläggande upplysa den negativt berörda parten om vad den ska bemöta. Denna upplysning kan enkelt lämnas genom att rätten i underrättelsen eller föreläggandet anger vilka avsnitt parten bereds möjlighet att, eller ska, yttra sig över. En sådan åtgärd skulle kunna få som resultat att målet inte sväller i onödan.

Bör rättens ansvar för processledning förtydligas genom lagstiftning?

Att rätten aktivt processleder i överprövningsmål blir än viktigare om ett processkostnadsansvar införs i överprövningsmål, eftersom rätten på detta viss kan påverka tidsåtgången och andra kostnader för parterna och därmed vilka kostnader som förlorande part ska ersätta.

Utredningen är emellertid av uppfattningen att något förtydligande av FPL eller upphandlingslagarna i detta avseende inte är lämpligt, i vart fall inte för närvarande. En mer uppstramad tillämpning av officialprincipen i överprövningsmål kan i stället åstadkommas genom ökad medvetenhet hos domstolarna om frågans vikt. Som exemplen ovan visar kan en mer aktiv handläggning från domstolarnas sida åstadkommas genom relativt enkla åtgärder, som dock kan få stor effekt. I den mån det behövs får också ytterligare klarlägganden beträffande domstolarnas utredningsansvar och ansvar för processledning ske genom vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen.[11]

[9] Se HFD 2013 ref. 24 (”Europark-målet”).
[10] Se HFD:s beslut den 10 juli 2015 i mål nr 3322-15.
[11] HFD meddelade t.ex. under sommaren 2016 prövningstillstånd i ett mål som avser omfattningen av en förvaltningsdomstols utredningsansvar när domstolen i ett mål om offentlig upphandling har fordrat in sekretessbelagda uppgifter i ett anbud (mål nr 1968-17).

Utredningen vill även framhålla att även parterna har ett stort ansvar för att begränsa tidsutdräkten och målens omfattning. Införandet av ett processkostnadsansvar skulle i sig kunna bidra till att omfattningen av processmaterialet hålls nere och att överprövningsprocesserna inriktas på väsentligheter (se avsnitt 21).

DEL 3

Gemensamma överväganden

24 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

24.1 Lagändringarna ska träda i kraft den 1 juli 2019

Förslag: Samtliga författningsförslag ska träda i kraft den 1 juli 2019.

Äldre förfarandebestämmelser ska gälla för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

De nya bestämmelserna om avgifter och processkostnadsansvar ska tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter.

Den tid som kan uppskattas för remissförfarandet och beredningen av förslagen inom Regeringskansliet samt riksdagsbehandlingen, och den tid som framför allt upphandlande myndigheter och enheter samt domstolar behöver för att förbereda sig, medför att den föreslagna lagstiftningen bör kunna träda i kraft den 1 juli 2019.

Vad gäller de föreslagna förändringarna av förfarandereglerna i upphandlingslagarna bör dessa tillämpas i upphandlingar som påbörjas från och med ikraftträdandetidpunkten.

Vad gäller förslagen om att införa en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska dessa tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter. För tillämpningen av dessa bestämmelser saknar det således betydelse när den upphandling som begärs överprövad har påbörjats eller när det avtal som begärs ogiltigförklarat har ingåtts. Det är således datum för ansökans anhängiggörande som är avgörande: En leverantör som från och med den 1 juli 2019 ansöker om överprövning av en upphandling eller ett avtal ska betala en ansökningsavgift, och förvaltningsrätten ska i målet tillämpa bestämmelserna om processkostnadsansvar.

Vad särskilt gäller införandet av en ansökningsavgift innebär detta att förvaltningsrätterna senast vid denna tidpunkt måste ha tekniska lösningar och rutiner på plats för att kunna hantera betalningar av avgiften. Genom att förslagen har utformats på ett sätt som nära överensstämmer med vad som gäller för betalning av domstolsavgifter i tingsrätterna bör detta vara möjligt. Utredningen har i denna fråga inhämtat synpunkter från Domstolsverket.

25 Konsekvensanalys

Enligt kommittéförordningen (1998:1474) ska konsekvenser av en utrednings förslag i ett betänkande analyseras och kostnader identifieras samt beräknas. Utredningen ska även redovisa konsekvenserna för kommunerna och landstingen samt för de statliga myndigheter som kan komma att beröras av förslagen. Utredningen ska vidare redovisa förslagens effekter på utvecklingen av företagande, nyetablering och konkurrens. Denna utredning ska också enligt sina direktiv särskilt analysera vilka effekter förslagen får för små företag. Om förslagen förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredningen föreslå hur dessa ska finansieras.

Utredningen ska enligt 14 kap. 3 § RF beakta proportionalitetsprincipen i samband med överväganden om inskränkningar av den kommunala självstyrelsen och utförligt redogöra för sina bedömningar i detta avseende.

Vidare följer vissa ytterligare krav av 6–7 §§ förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning. I detta kapitel görs en samlad genomgång av dessa konsekvenser samt övriga konsekvenser som inte behandlats i föregående kapitel.

Utredningens bedömning i sammanfattning

Utredningens samlade bedömning är att förslagen som syftar till ett enklare och flexiblare regelverk för de icke direktivstyrda upphandlingarna ger flera positiva effekter och saknar egentliga negativa effekter. 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.

Utredningen har under arbetet övervägt en rad alternativa utformningar av de föreslagna reglerna. Detta gäller såväl förenklingarna av regelverket som förslagen om införandet av ansökningsavgifter som processkostnadsansvar. Dessa överväganden redovisas i respektive kapitel.

25.1 Konsekvenser av förslagen om ett enklare och flexiblare regelverk

25.1.1 Konsekvenser för staten

Konsekvenser för statliga myndigheter i deras egenskap av upphandlande myndigheter och enheter

Ett enklare och flexiblare regelverk för de icke direktivstyrda upphandlingarna bör medföra att transaktionskostnaderna för statliga myndigheter när de genomför upphandlingar sjunker och att myndigheterna ges större möjlighet att anpassa upphandlingsförfarandena efter den egna verksamhetens behov och resurser. Den ökade flexibiliteten ger en möjlighet att bättre anpassa de enskilda upphandlingarna efter omständigheterna. Snarare än regelrätta kostnadsbesparingar innebär det att resurser kan prioriteras till mer komplexa upphandlingar och annan verksamhet inom ramen för inköpsverksamheten, t.ex. avtalsuppföljning. Eftersom upphandlingarna kommer att kunna utformas på i princip samma sätt som tidigare, kommer konsekvenserna av förslagen delvis bero på i vilken utsträckning de statliga myndigheterna utnyttjar detta utrymme.

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 (se avsnitt 13). Detta gäller troligen även utredningens förslag att självständiga separata operativa enheter inom en upphandlande myndighet ska få direktupphandla (se avsnitt 15.3.2).

Konsekvenser för de statliga bolagen i deras egenskap av upphandlande enheter

De flesta av de statliga bolag som har ska tillämpa upphandlingsreglerna är upphandlande enheter som tillämpar LUF.

Detta regelverk uppfattas redan i dag som enklare än LOU. Därtill torde de statliga bolagen relativt sällan – om någonsin – upphandla sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Förslagen kommer därmed sannolikt ha mindre betydelse för de statliga bolagen än för övriga upphandlande myndigheter och enheter.

Konsekvenser för Upphandlingsmyndighetens upphandlingsstöd

De föreslagna förenklingarna av regelverket kommer sannolikt att medföra en viss ökad efterfrågan på stöd från Upphandlingsmyndigheten, särskilt inledningsvis. Samtidigt kommer antalet frågor kring nuvarande regelverk för de upphandlingar som omfattas av föreslagna förändringar att minska. Utredningen föreslår inte några nya uppgifter eller uppdrag för myndigheten. Utredningen bedömer att kostnaderna för dessa stödinsatser ryms inom nuvarande budgetram.

Konsekvenser för Konkurrensverkets upphandlingstillsyn

De föreslagna förenklingarna av regelverket bedöms inte få några större konsekvenser för Konkurrensverkets uppdrag på upphandlingsområdet. Arbetssättet när det gäller tillsynen av den icke direktivstyrda upphandlingen kan möjligen behöva ändras något. Den information som de upphandlande myndigheterna och enheterna lämnar i upphandlingsdokumenten om hur de enskilda upphandlingarna genomförs kommer att få större betydelse än i dag vid bedömningen av om de grundläggande principerna för upphandling har iakttagits i upphandlingen. De frågor som behöver tillsyn är emellertid i grunden desamma. Utredningen bedömer inte heller att det samlade behovet av tillsyn ökar genom förslagen.

Konkurrensverket ska enligt sin instruktion, utöver att utöva upphandlingstillsyn, i lämplig omfattning informera företag upphandlande myndigheter, upphandlande enheter och andra berörda om bland

annat tillämpningen av upphandlingslagarna.[1] Utredningen bedömer att eventuella kostnader till följd av sådana informationsinsatser ryms inom nuvarande ram.

Konsekvenser för förvaltningsdomstolarna

Även om utredningens förslag syftar till att förenkla för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer är det oundvikligt att det genom regelförändringar uppstår nya frågor som kan behöva tolkning i rättstillämpningen. Det skulle, i vart fall på kort sikt, kunna innebära en viss ökad tillströmning av mål till de allmänna förvaltningsdomstolarna. Utredningen bedömer emellertid att antalet mål i de allmänna förvaltningsdomstolarna inte kommer att öka mer än marginellt i ett inledande skede och att förslagen på sikt kommer att innebära att måltillströmningen minskar.

Statsfinansiella konsekvenser

Förslagen om förenklingar av regelverket har inga direkta statsfinansiella konsekvenser och kommer inte i nämnvärd omfattning att påverka statens kostnader eller intäkter.

25.1.2 Konsekvenser för kommuner och landsting

Konsekvenser för kommuner och landsting i egenskap av upphandlande myndigheter och enheter

På samma sätt som för de statliga upphandlande myndigheterna och enheterna (se ovan) bedöms den ökade flexibiliteten ge de kommunala upphandlande myndigheterna och enheterna möjlighet att bättre anpassa de enskilda upphandlingarna efter omständigheterna. Vilken effekt det ger i praktiken är emellertid svårt att uppskatta och beror till stor del på i vilken utsträckning myndigheterna och enheterna väljer att utnyttja det ökade handlingsutrymmet.

Förslaget om en högre direktupphandlinsgräns för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster samt att det för dessa

[1] Se 8 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

ska gälla en princip om konkurrensutsättning i rimlig utsträckning kommer att innebära minskade transaktionskostnader för de kommunala upphandlande myndigheterna och enheterna. Utredningen understryker emellertid att en högre direktupphandlingsgräns inte nödvändigtvis medför att upphandlingar inte konkurrensutsätts. Tvärtom visar erfarenheterna på att de upphandlande myndigheterna regelmässigt konkurrensutsätter även sina direktupphandlingar, och detta även när värdet av det som upphandlas påtagligt understiger direktupphandlingsgränserna.[2]

Utredningen har i avsnitt 15.3.2 föreslagit att om en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling få uppskattas särskilt för en självständig sådan enhet när enheten avgör om den får genomföra upphandlingen med användning av direktupphandling. Förslaget innebär att sådana upphandlande myndigheter och enheter i större utsträckning än i dag kan använda sig av direktupphandling eftersom de inte behöver räkna samman värdet av sådana inköp som görs av andra sådana enheter. Även om det delvis är oklart både vad som utgör en eller flera upphandlande myndigheter och vad som utgör sådana separata operativa enheter utgår utredningen ifrån att förslaget särskilt får betydelse för den kommunala sektorn.

Kommuner och landsting har många obligatoriska uppgifter som innefattar viktig offentlig service som måste fullföljas. Förslaget om en möjlighet att direktupphandla under överprövning bör göra det enklare för de upphandlande myndigheterna och enheterna att planera sin verksamhet även vid en överprövning. Enskilda individer slipper därmed i större utsträckning att vänta på att få del av varor och särskilt tjänster om en upphandling stoppas under en längre domstolsprövning. Det ger positiva effekter såväl för den kommunala offentliga servicen som från ett samhällsekonomiskt perspektiv.

[2] Konkurrensverket, *Direktupphandlingar – en kartläggning av riktlinjer och rutiner*, rapport 2016:11, s. 49–53.

Kommunalekonomiska konsekvenser

Utredningen bedömer att förslagen om ett enklare och flexiblare regelverk inte kommer att leda till några direkta effekter på kommunernas och landstingens kostnader och intäkter. Ett enklare regelverk bör bidra till att behovet av upphandlingsjuridisk kompetens minskar något hos kommuner och landsting. Effekterna av detta är emellertid troligen marginella. Den största effekten av ett ökat handlingsutrymme i varje enskild upphandling är en förbättrad möjlighet att styra resurserna, så att mer tid och resurser kan läggas på de mer komplexa upphandlingarna och på övriga delar av inköpsverksamheten, som t.ex. avtalsuppföljning och behovsinventering.

Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

Förslagen om ett enklare och flexiblare regelverk medför inte några ytterligare åligganden eller krav på kommuner och landsting vid genomförandet av upphandlingar. Inte heller påverkar förslagen den interna uppgiftsfördelningen mellan olika kommunala organ eller kommunernas möjligheter att organisera sin verksamhet. Förslagen innebär inte heller några nya rättigheter för kommuninvånarna med motsvarande skyldigheter för kommunerna. Tvärtom bedöms ett enklare och flexiblare regelverk för upphandling öka möjligheterna att anpassa upphandlingar till kommuner och landstings olika förutsättningar och därmed bidra till att stärka den kommunala självstyrelsen.

25.1.3 Konsekvenser för företagen

Konsekvenser för företagande, nyetablering och konkurrens

Utredningen bedömer att de föreslagna förenklingarna av regelverket, särskilt de förbättrade möjligheterna till dialog i form av rättelser och kompletteringar av fel i anbud, bör medföra att fler företag ser den offentliga upphandlingen som en attraktiv affärsmöjlighet. De ökade möjligheterna till direktupphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänsterna bedöms kunna underlätta för lokala, små företag och idéburna organisationer att delta i upphandlingarna och erhålla kontrakt. Förslagen bedöms emellertid inte få några negativa

konsekvenser för konkurrensen i stort och regelförändringarna påverkar inte konkurrensförutsättningarna mellan olika kategorier av företag.

Konsekvenser för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till större företags

Av statistik från Upphandlingsmyndigheten kan utläsas att av alla anbud som lämnas i upphandlingar under tröskelvärdet lämnas av 54 procent av små företag (inklusive mikroföretag), och ungefär 56 procent av de anbud som lämnas av småföretag lämnas i upphandlingar under tröskelvärdet.

Företrädare för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer har efterlyst förbättrade möjligheter till dialog i syfte att rätta till olika brister i inkomna anbud och anbudsansökningar. Anbud från mindre leverantörer eller sådana som inte tidigare har deltagit i upphandlingsförfaranden torde oftare vara behäftade med sådana brister. Större möjligheter att korrigera sådana brister bör leda till att den offentliga upphandlingen upplevs som mer affärsmässig och mindre byråkratisk bland sådana leverantörer, och därmed komma att betraktas som en mer attraktiv affärsmöjlighet.

Som nämns ovan bör förslaget om en högre direktupphandlingsgräns för de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna få gynnsamma effekter små lokala företag och idéburna organisationer. Effekterna beror emellertid på om och hur de upphandlande myndigheterna och enheterna väljer att använda sig av sitt handlingsutrymme. Företag som inte har resurser att sätta sig in i komplexa förfrågningsunderlag eller utarbeta omfattande anbud kan gynnas av förslaget. Oavsett vilka företag som deltar i sådana direktupphandlingar bör förslaget i denna del medföra att det går åt mindre arbetstid att färdigställa anbud. Själva upphandlingsförfarandet kommer också att gå fortare. Detta sammantaget ger bättre möjligheter för företagen att styra sina resurser.

De upphandlande myndigheterna och enheterna ska enligt förslaget konkurrensutsätta direktupphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster i rimlig utsträckning. Detta skulle kunna innebära att företag och organisationer förlorar möjligheten att konkurrera om vissa kontrakt av lägre värden när den upphandlande

myndigheten eller enheten väljer att inte göra någon konkurrensutsättning, utan att vända sig till endast en leverantör. Utredningen bedömer dock att dessa konsekvenser blir marginella. Förslagen påverkar inte heller i sig förutsättningarna för olika företag. Konkurrensen på marknaden bedöms därmed inte snedvridas till följd av förslaget.

25.1.4 Samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt

Förslagen bedöms inte medföra några betydande samhällsekonomiska effekter i övrigt.

25.1.5 Konsekvenser avseende ansvarsutkrävande och demokrati

Ett enklare regelverk bör medföra bättre förutsättningar för offentlig sektor att tillhandahålla tjänster till medborgarna av hög kvalitet, särskilt beträffande upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Detta bör innebära att förutsättningar för att uppfylla medborgarnas förväntningar på offentlig sektor förbättras. Förslagen förväntas medföra ett visst ökat behov av vägledning från domstolarna kring hur de nya reglerna ska tolkas, vilket kan upplevas ha en viss påverkan på det politiska handlingsutrymmet i kommuner och landsting. Mot bakgrund av att detta handlingsutrymme redan i dag är föremål för tolkning av domstolarna i stor utsträckning lär detta knappast ha någon större påverkan på hur medborgarna uppfattar gränsdragningen mellan politik och juridik. Förslagen i denna del bedöms i övrigt inte ha några konsekvenser avseende ansvarsutkrävande och demokrati.

25.1.6 Konsekvenser med avseende på EU-rätt

Utredningen bedömer att förslagen om ett enklare och flexiblare regelverk uppfyller de krav som följer av unionsrätten, bl.a. doktrinen om bestämt gränsöverskridande intresse (se avsnitt 8). Förslagen om regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster uppfyller de krav i fråga om annonsering och förfaranderegler som följer av upphandlingsdirektiven för sådana tjänster (se avsnitt 13).

25.1.7 Övriga konsekvenser av förslagen

Förslagen om ett enklare och flexiblare regelverk ger inga konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet eller för jämställdheten mellan kvinnor och män.

Förslagen ger inga direkta effekter för klimatet eller miljön. Utredningen bedömer dock att förslagen kan förbättra förutsättningarna att nå de nationella klimat- och miljömålen. Genom att regelverket förenklas bör utrymmet för att prioritera hållbarhetsaspekter i upphandlingar öka, främst genom att resurser frigörs till detta arbete. Ett förenklat regelverk som bygger på förutsättningarna att de upphandlande myndigheterna och enheterna dels har ett stort handlingsutrymme, dels goda möjligheter att använda upphandling för att uppnå gemensamma samhälleliga mål, som exempelvis miljömål, kan också bidra till att myndigheterna och enheterna vågar ställa sådana krav i större utsträckning när det är befogat.

25.2 Konsekvenser av införandet av ansökningsavgifter och processkostnadsansvar

25.2.1 Förslagens effekter på antalet inkomna överprövningsmål

Allmänt om måltillströmningen och förslagens effekter

Utredningen konstaterar att de kostnadsmässiga konsekvenserna av förslagen är svåra att uppskatta. Vad särskilt gäller förslagens betydelse för antalet överprövningsmål är effekterna beroende av om enbart avgifter införs, om enbart processkostnadsansvar införs eller om båda införs. Det har också stor betydelse huruvida något eller några av Överprövningsutredningens förslag leder till lagstiftning. Effekterna av de olika förslagen är knappast heller kumulativa, i den utsträckning de kan uppskattas i antal mål eller mätas i pengar. Olika kombinationer av regelförändringar och andra åtgärder avseende rättsmedlen kan enligt utredningens uppfattning få ganska svårförutsebara effekter.

Antalet överprövningsmål påverkas även av en rad andra faktorer. Konjunkturen påverkar såväl antalet anbud i upphandlingar som benägenheten att ansöka om överprövning. En så enkel faktor som hur förvaltningsdomstolarna hanterar själva registreringen av överprövningsmålen tenderar att ge utslag på antalet mål. Dessa effekter – såväl de positiva som de negativa – kan också förväntas förändras över tid. Detta bidrar till att svårigheten att göra tillförlitliga uppskattningar av konsekvenserna av förslagen på måltillströmning till de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Förslagen får störst effekt inledningsvis

Utredningen bedömer att effekterna av såväl införandet av ansökningsavgifter som ett processkostnadsansvar kommer att vara som störst inledningsvis. Erfarenheterna från höjningen av avgiften i allmän domstol tyder nämligen på att förändringar i fråga om avgifterna för domstolsprövning har störst effekt inledningsvis på antalet mål och att effekten avtar över tid. Förslaget om processkostnadsansvar kan också förväntas ge störst effekt under den första tiden efter att bestämmelserna träder i kraft. Detta eftersom själva osäkerheten kring vilka risker ett processkostnadsansvar medför kommer att vara som störst då. Det kan också vara så att rättsskyddet i företagsförsäkringar över tid kommer att utvecklas till att omfatta även överprövningsmål. Å andra sidan ska de föreslagna bestämmelserna om både ansökningsavgift och processkostnadsansvar endast tillämpas på mål som kommer in till förvaltningsrätterna från och med halvårsskiftet 2019. Mot denna bakgrund anser utredningen att det i uppskattningarna av påverkan på måltillströmningen inte finns anledning att skilja på effekterna under år 2019 och efterföljande år.

Utredningen utgår från Domstolsverkets prognos

Domstolsverkets prognos är att det kommer in 3 300 överprövningsmål per år till förvaltningsrätterna under åren 2018–2021. Någon uppskattning av antalet inkomna överprövningsmål i kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen har myndigheten inte gjort. Utredningens uppskattning är att det kan förväntas komma in cirka

800 överprövningsmål till kammarrätterna och cirka 250 överprövningsmål till Högsta förvaltningsdomstolen under samma tid.[3] Denna prognos bildar utgångspunkt för bedömningen av effekterna av utredningens förslag på måltillströmningen.

Ansökningsavgiftens effekter på antalet överprövningsmål

Utredningen bedömer att införandet av en ansökningsavgift kommer att leda till en minskning av antalet överprövningsmål. Det är emellertid svårt att uppskatta hur många färre mål som förslaget ger upphov till.

Utredningens uppskattning är att förslaget innebär att det från år 2019 kommer in cirka 5 procent färre mål till förvaltningsrätterna.

Utredningen bedömer vidare att antalet mål i kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen kommer att minska i motsvarande mån, även om utredningen inte föreslår någon ytterligare avgift för överklagande till högre instans (se avsnitt 22.5). Det är emellertid rimligt att anta att de mål som faller ifrån i förvaltningsrätterna, om en avgift införs, främst är de rättsligt sett enklare målen som i dagsläget, om de överklagas, inte beviljas prövningstillstånd i högre instans. Sådana mål får generellt anses förknippade med lägre kostnader för kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolarna.

Processkostnadsansvarets effekter på antalet överprövningsmål

Utredningen bedömer att införandet av ett processkostnadsansvar medför att det kommer in färre överprövningsmål till förvaltningsrätterna. Såväl utredningen som de intressenter som utredningen varit i kontakt med är vidare ense om bedömningen att ett processkostnadsansvar kommer ha större effekt på antalet inkomna överprövningsmål än införandet av en ansökningsavgift. Utredningen uppskattar att ett processkostnadsansvar kan förväntas led till att det kommer in 15 procent färre överprövningsmål från och med år 2019.

Utredningen bedömer vidare att ett processkostnadsansvar kommer att påverka parternas benägenhet att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden och därmed antalet inkomna mål även i kammarrätt

[3] Sifforna är avrundade och baserade på den genomsnittliga måltillströmningen till dessa instanser under åren 2012–2017, se avsnitt 20.3.2.

och Högsta förvaltningsdomstolen. Detta kan dock utifrån omständigheterna bidra till eller avhålla en part som förordnats att ersätta motpartens kostnader att överklaga förvaltningsrättens avgörande: Det kan bidra till att en förlorande part vill få förvaltningsrättens avgörande prövat i högre instans just i syfte att befrias från skyldigheten att betala motpartens kostnader, men det kan också medföra att parten avstår från att överklaga domen för att inte ådra sig ytterligare kostnader. Effekten för överrätterna blir också beroende på vilka kostnader som förvaltningsrätterna kommer tillerkänna ersättning för och hur reglerna i övrigt kommer att tillämpas. Införandet av ett processkostnadsansvar kommer sannolikt få till följd att leverantörer anlitar ombud i än större utsträckning än i dag, och Upphandlingsmyndigheten har konstaterat att leverantörer som använder ombud överklagar förvaltningsrätternas domar i dubbelt så stor utsträckning som i andra fall.[4]

Utredningen uppskattar mot denna bakgrund att antalet mål i kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen kommer sjunka i motsvarande mån som i förvaltningsrätterna.

Förslagen föreslås träda i kraft den 1 juli 2019. Den minskade måltillströmningen i kammarrätten och Högsta förvaltningsdomstolen till följd av införandet av ett processkostnadsansvar kommer därför sannolikt inte att märkas för dessa instanser förrän under 2020.

Processkostnadsansvar och ansökningsavgifter

Om det införs såväl ansökningsavgifter som ett processkostnadsansvar i överprövningsmål är de ovan beskrivna effekterna troligen inte kumulativa. Effekten av att införa såväl avgifter som processkostnadsansvar kan därmed sannolikt inte beräknas leda till 20 procent (5 + 15 procent) färre mål i förvaltningsdomstolarna. Detta beror bland annat på att ansökningsavgiften föreslås utgöra en ersättningsgill processkostnad.

Utredningen bedömer att de sammantagna effekterna om både avgifter och processkostnader införs är att antalet inkomna mål i förvaltningsrätterna minskar med 15 procent från och med år 2019.

[4] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 87.

Tabell 25.1 Effekter av utredningens förslag på antalet inkomna överprövningsmål

Organisation	2019	2020	Från 2021
Förvaltningsrätterna			
Prognos (nollalternativ):	3 300	3 300	3 300
Effekter av förslagen:			
Ansökningsavgift	3 135	3 135	3 135
Processkostnadsansvar	2 805	2 805	2 805
Kammarrätterna			
Prognos (nollalternativ):	800	800	800
Effekter av förslagen:			
Ansökningsavgift	800	760	760
Processkostnadsansvar	800	680	680
Högsta förvaltningsdomstolen			
Prognos (nollalternativ):	250	250	250
Effekter av förslagen:			
Ansökningsavgift	250	238	238
Processkostnadsansvar	250	212	212

Not. Angiven prognos för måltillströmning är hämtad ur Domstolsverkets Budgetunderlag 2019–2021, s. 14.

25.2.2 Konsekvenser för staten

Konsekvenser för statliga myndigheter i deras egenskap av upphandlande myndigheter

Införandet av en ansökningsavgift har inga direkta effekter på de statliga myndigheterna i egenskap av upphandlande myndigheter och enheter.

Införandet av ett processkostnadsansvar har större betydelse. De statliga upphandlande myndigheterna och enheterna kan då få sina egna kostnader för processföring i överprövningsmålen ersatta, men även behöva betala motpartens kostnader. De direkta kostnaderna för överprövningar i form av främst arbetstid och ombudskostnader i målen kommer genom förslagen alltså att ersättas av motparten, vilket innebär en besparing för de statliga myndigheterna. Eftersom upphandlande myndigheter och enheter statistiskt sett vinner fler överprövningsmål än de förlorar kommer ett processkostnadsansvar

sannolikt totalt sett innebära en kostnadsminskning för de statliga myndigheterna. Samtidigt kommer införandet av ett processkostnadsansvar sannolikt medföra att myndigheterna använder sig av ombud och biträden i större utsträckning, vilket verkar fördyrande på hanteringen av överprövningarna. Detta skulle emellertid i sin tur kunna få den effekten att de vinner överprövningsmålen i ännu större utsträckning än i dag, med ytterligare besparingar som följd.

Kostnadsminskningarna kommer sannolikt att leda till att resurser inom myndigheterna kan omfördelas och att resurser därmed kan användas till annan del av inköpsverksamheten än processföringen.

Konsekvenser för de statliga bolagen i deras egenskap av upphandlande enheter

De flesta av de statliga bolag som har ska tillämpa upphandlingsreglerna är upphandlande enheter som tillämpar LUF. Redan i dag är det emellertid färre upphandlingar som genomförs enligt LUF som blir föremål för överprövning än de på vilka LOU är tillämplig.

Konsekvenser för förvaltningsdomstolarna

Effekter av införandet av ansökningsavgifter i överprövningsmål

Om ansökningsavgifter för överprövningsmål införs, innebär det att såväl Domstolsverket som förvaltningsrätterna måste inrätta rutiner och system som möjliggör en effektiv hantering av avgifterna. De rutiner och system som i dag används i avgiftshanteringen i de allmänna domstolarna kan emellertid överföras utan större problem till förvaltningsrätterna. Domstolsverket har tagit fram en manual och en e-utbildning kring det elektroniska betalningssystemet. Till saken hör att samtliga förvaltningsrätter, med undantag av de i Stockholm, Göteborg och Malmö, redan i dag är samlokaliserade med tingsrätterna, med följd att det redan finns administrativ personal i dessa domstolar som behärskar rutinerna för ansökningsavgifter.

I samband med införandet uppstår ändå vissa kostnader för den initiala utbildningen av personal m.m., men dessa bör kunna bekostas inom nuvarande ram. Vidare innebär förslaget ett visst administrativt merarbete avseende varje enskilt överprövningsmål, som dock

inte förväntas uppgå till mer än ett antal minuter per mål. Enligt utredningens bedömning innebär den ökade administrationen att styckkostnaden för varje överprövningsmål ökar endast försumbart. Ett rimligt antagande är att styckkostnaden ökar med cirka 2 procent eller cirka 250 kronor per mål för förvaltningsrätternas del. I det uppskattade beloppet ingår även transaktionskostnader för bankens hantering av avgiften m.m., vilka enligt uppgift från Domstolsverket för närvarande uppgår till cirka 50 kronor per erlagd avgift. Med utgångspunkt från förväntad minskning av antalet överprövningsmål till följd av att en avgift införs, kan därmed kostnaderna för de allmänna domstolarna till följd av förslaget uppskattas till följande:

Tabell 25.2 Finansiella konsekvenser för Sveriges domstolar till följd av införandet av en ansökningsavgift för överprövningsmål

Organisation	2019	2020	Från 2021
Förvaltningsrätterna			
Kostnad enligt prognos	40 791 300 kr	40 791 300 kr	40 791 300 kr
Påverkan styckkostnad	+250 kr	+250 kr	+250 kr
Påverkan måltillströmning	-5 %	-5 %	-5 %
Kostnadspåverkan ansökningsavgifter	-1 255 815 kr	-1 255 815 kr	-1 255 815 kr
Kammarrätterna			
Kostnad enligt prognos	9 352 000 kr	9 352 000 kr	9 352 000 kr
Påverkan styckkostnad	±0 kr	±0 kr	±0 kr
Påverkan måltillströmning	±0 %	-5 %	-5 %
Kostnadspåverkan ansökningsavgifter	±0 kr	-467 600 kr	-467 600 kr
Högsta förvaltningsdomstolen			
Kostnad enligt prognos	4 615 750 kr	4 615 750 kr	4 615 750 kr
Påverkan styckkostnad	±0 kr	±0 kr	±0 kr
Påverkan måltillströmning	±0 %	-5 %	-5 %
Kostnadspåverkan ansökningsavgifter	±0 kr	-230 787 kr	-230 787 kr
Summa effekter för Sveriges domstolar	**-1 255 815 kr**	**-1 954 202**	**-1 954 202**

Not: Uppskattningen av effekterna utgår från Domstolsverkets beräkningar av styckkostnaderna för överprövningsmålen (se avsnitt 20.3.2) samt de uppskattningar av förslagens effekter på antalet mål som utredningen gjort i avsnitt 25.2.1 ovan.

Utredningens förslag om införande av ansökningsavgifter i överprövningsmål kan alltså uppskattas medföra en årlig besparing för domstolarna på cirka 2 000 000 kr från år 2019.

Beräkningarna utgår från antagandet att ansökningsavgifter ska erläggas för överprövningsmål som anhängiggörs vid förvaltningsrätterna fr.o.m. den 1 juli 2019. Även om införandet sker först vid en senare tidpunkt, kan domstolarna påbörja arbetet med införandet av rutiner och utbildning av personal enligt ovan.

Effekter av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

Införandet av ett processkostnadsansvar kommer medföra merarbete för förvaltningsdomstolarna genom att överprövningsmålen tillförs nya moment beträffande både handläggningen och själva avgörandet. Detta gäller i samtliga instanser där målet prövas i sak, men även i vissa fall när rätten beslutar att inte meddela prövningstillstånd i målet. Denna merkostnad är svår att uppskatta. Enligt utredningens uppfattning kan merarbetet, uttryckt i en ökning av styckkostnaden för överprövningsmålen, för hantering av processkostnadsansvaret uppskattas till cirka 5 procent av nuvarande styckkostnad. Detta innebär en ökning av styckkostnaden för överprövningsmål med cirka 600 kronor i förvaltningsrätt och kammarrätt och cirka 900 kronor per mål i Högsta förvaltningsdomstolen. Samtidigt leder förslaget till en besparing genom att det förväntas medföra att färre mål kommer in till domstolarna.

Tabell 25.3 Finansiella konsekvenser för Sveriges domstolar till följd av införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

Organisation	2019	2020	Från 2021
Förvaltningsrätterna			
Kostnad enligt prognos	40 791 300 kr	40 791 300 kr	40 791 300 kr
Påverkan styckkostnad	+600 kr	+600 kr	+600 kr
Påverkan måltillströmning	-15 %	-15 %	-15 %
Kostnadspåverkan processkostnadsansvar	-4 435 695 kr	-4 435 695 kr	-4 435 695 kr
Kammarrätterna			
Kostnad enligt prognos	9 352 000 kr	9 352 000 kr	9 352 000 kr
Påverkan styckkostnad	±0 kr	+600 kr	+600 kr
Påverkan måltillströmning	±0 %	-15 %	-15 %
Kostnadspåverkan processkostnadsansvar	±0 kr	-10 840 kr	-10 840 kr
Högsta förvaltningsdomstolen			
Kostnad enligt prognos	4 615 750 kr	4 615 750 kr	4 615 750 kr
Påverkan styckkostnad	+900 kr	+900 kr	+900kr
Påverkan måltillströmning	±0 %	-15 %	-15 %
Kostnadspåverkan processkostnadsansvar	±0 kr	-510 794 kr	-510 794 kr
Summa effekter för Sveriges domstolar	**-4 435 695 kr**	**-4 957 329**	**-4 957 329**

Not: Uppskattningen av effekterna utgår från Domstolsverkets beräkningar av styckkostnaderna för överprövningsmålen (se avsnitt 20.3.2) samt de uppskattningar av förslagens effekter på antalet mål som utredningen gjort i avsnitt 25.2.1 ovan.

Införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål kan alltså förväntas medföra en årlig besparing för domstolarna på cirka 5 000 000 kronor från och med år 2020.

Konsekvenser för domstolarna av att såväl en ansökningsavgift som ett processkostnadsansvar införs i överprövningsmål

Utredningen har ovan bedömt att effekten på måltillströmningen av att införa både en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar inte är kumulativ (avsnitt 25.2.1). Däremot så är domstolarnas kostnader för att hantera såväl ansökningsavgifter som processkostnadsansvar kumulativ. Detta medför att den ökade styckkostnaden för de allmänna förvaltningsdomstolarna för att hantera överprövningsmålen i sådant fall från år 2019 kan uppskattas till 850 kronor i förvaltningsrätt, 600 kronor i kammarrätt och 900 kronor i Högsta förvaltningsdomstolen. Samtidigt kan måltillströmningen antas påverkas i marginellt större utsträckning än om endast ett processkostnadsansvar införs, dvs med 15 procent.

Konsekvenser för Upphandlingsmyndighetens upphandlingsstöd

Såväl föreslagna förändringar av regelverket som införandet av ansökningsavgifter och processkostnadsansvar kommer sannolikt medföra en viss ökad efterfrågan på stöd för Upphandlingsmyndigheten, särskilt inledningsvis när ändringarna träder i kraft. Utredningen föreslår emellertid inte några nya uppgifter eller åligganden för myndigheten. De resurser som detta tar i anspråk bör därför rymmas inom nuvarande kostnadsram.

Konsekvenser för Konkurrensverkets upphandlingstillsyn

Införandet av ansökningsavgifter och processkostnadsansvar kan förväntas medföra en viss ökad tillströmning av anmälningar om överträdelser av upphandlingsreglerna. Vissa leverantörer kan komma se detta som ett alternativ till att själv ansöka om överprövning. Konkurrensverket har emellertid inom ramen för sin tillsynsverksamhet möjlighet att själva prioritera vilka ärenden som ska föranleda fördjupad utredning och beslut. Detta gäller med undantag av sådana fall där myndigheten är skyldig att ansöka hos förvaltningsrätt om utdömande av upphandlingsskadeavgift (21 kap. 2 § LOU och LUF,

17 kap. 2 § LUFS och LUK). Sådana obligatoriska ärenden kan inte antas bli fler om avgifter och processkostnadsansvar införs.

Konsekvenser för Kammarkollegiet

Kammarkollegiet ska enligt sin instruktion ansvara för att upphandla samordnade ramavtal som är avsedda för andra statliga myndigheter. Vad gäller området informationsteknik gäller ansvaret den offentliga förvaltningen. I uppgiften ingår även sedan den 1 januari 2017 att tillhandahålla stödverksamhet för inköp vid avrop från de samordnade ramavtal som myndigheten har upphandlat.[5]

Till skillnad från andra statliga myndigheter har alltså Kammarkollegiet i uppdrag att genomföra upphandlingar av ramavtal som i huvudsak ska användas av andra statliga myndigheter. Annorlunda uttryckt är upphandling för Kammarkollegiet inte bara ett administrativt utan ett operativt ansvar. Vid införandet av ett processkostnadsansvar finns mot denna bakgrund enligt utredningens uppfattning anledning att överväga om Kammarkollegiet bör tillföras en ny anslagspost och ytterligare medel avseende processkostnader i överprövningsmål. Förslaget om ett processkostnadsansvar innebär emellertid även att Kammarkollegiet kommer att kunna få ersättning för sina kostnader i överprövningsmål, och utredningen kan inte dra slutsatsen att kollegiet förväntas få ökade kostnader till följd av utredningens förslag i denna del. Utredningen föreslår därför inte något särskilt anslag till Kammarkollegiet för att bekosta processkostnader i överprövningsmål, men konstaterar att de ansökningsavgifter som kommer tillfalla staten med anledningen av utredningens förslag ger ett finansiellt utrymme för detta om så skulle visa sig vara fallet.

Statsfinansiella konsekvenser

Den direkta statsfinansiella konsekvensen av utredningens förslag är att statskassan kommer tillföras ett årligt belopp genom de föreslagna ansökningsavgifterna för överprövningsmål. Dessa avgifter föreslås tillfalla statskassan. Som framgår ovan är dock effekterna på antalet överprövningsmål osäkra, vilket därmed även gäller för det totala belopp som årligen kan beräknas tillföras statskassan genom avgifter.

[5] 8 a § första stycket förordningen (2007:824) med instruktion för Kammarkollegiet.

Det har för denna uppskattning även betydelse om också ett processkostnadsansvar införs eller inte.

Det bör i sammanhanget framhållas att antalet registrerade inkomna överprövningsmål inte kan multipliceras med det föreslagna avgiftsbeloppet för att få fram den totala summan av de avgifter som förväntas erläggas. Detta eftersom utredningen bl.a. föreslår att en leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling som genomförs gemensamt av flera upphandlande myndigheter eller enheter endast ska erlägga en ansökningsavgift, samtidigt som förvaltningsrätten i denna situation kommer att registrera ett målnummer per upphandlande myndighet. Detta gäller t.ex. om en förvaltningsrätt överlämnar ett överprövningsmål till en annan förvaltningsrätt, en situation som alltså – enligt utredningens förslag – ger upphov till *två* målnummer men *en* erlagd ansökningsavgift. Tyvärr går det inte att utifrån tillgänglig statistik göra några närmare uppskattningar av hur många av de mål som kommer att anhängiggöras vid förvaltningsrätterna som kommer att förutsätta att leverantörer erlägger en avgift. Utredningen gör här antagandet att 90 procent av de överprövningsmål kommer in till förvaltningsrätterna från år 2019 är sådana som ger upphov till en skyldighet att erlägga en ansökningsavgift.

Storleken på de avgifter som kan förväntas inflyta till statskassan om en ansökningsavgift men inte ett processkostnadsansvar införs kan då uppskattas till 21 161 250 kronor (3135 × 0,90 × 7500) från år 2020.

Om även ett processkostnadsansvar införs i överprövningsmål kommer antalet överprövningsmål, och därmed omfattningen av de avgifter som inflyter till statskassan, sannolikt bli mindre. I så fall kan det belopp som inflyter till statskassan med anledning av införandet av ansökningsavgifter i överprövningsmål beräknas till 18 933 750 kronor (2805 × 0,9 × 7500) från år 2020.

25.2.3 Konsekvenser för kommuner och landsting

Konsekvenser för kommuner och landsting i egenskap av upphandlande myndigheter och enheter

Utredningen bedömer att införandet av en ansökningsavgift får små effekter för kommuner och landsting, och i så fall genom att förslaget förväntas leda till en minskning av antalet överprövningsmål.

Vad gäller effekterna för kommuner och landsting till följd av införandet av ett processkostnadsansvar se ovan om konsekvenserna för de statliga myndigheterna i egenskap av upphandlande myndigheter och enheter.

Kommunalekonomiska konsekvenser

Införandet av ansökningsavgifter påverkar endast kommuner och landsting direkt i den utsträckning de i egenskap av leverantörer väljer att ansöka om överprövning av upphandlingar som genomförs av andra upphandlande myndigheter. Detta förekommer emellertid mycket sällan (om alls). Förslaget i denna del bedöms vidare få indirekta konsekvenser för den kommunala självstyrelsen genom att antalet mål om överprövning kan antas minska något. Detta kan i sin tur frigöra kommunala resurser till annan verksamhet, främst andra aspekter av inköpsverksamheten.

Skyldigheten att om kommunen förlorar ett mål ersätta motpartens processkostnader kan i och för sig innebära nya kostnader för kommuner. Eftersom upphandlande myndigheter och enheter statistiskt sett vinner fler överprövningsmål än de förlorar förväntas resultatet ändå bli en viss förstärkning av den kommunala ekonomin. Detta eftersom kommuner och landsting får sina kostnader i samband med överprövningsmål ersatta i flera situationer än de får betala motpartens kostnader. Betydelsen härav kommer att variera mellan olika kommuner och landsting beroende på inköpsvolymer, tillgången till upphandlingskompetens och andra faktorer. Upphandlingsmyndighetens rapport tyder också på att kommuner förlorar en högre andel överprövningsmål än landsting och statliga myndigheter.[6]

Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

Införandet av proceskostnadsansvar och ansökningsavgifter i överprövningsmål väntas få små men övervägande positiva konsekvenser för det kommunala självstyret. Domstolskontrollen av den kommunala verksamheten förväntas minska genom att antalet mål om överprövning av kommunala upphandlingar minskar. Risken att få ersätta motparters processkostnader, som kan uppgå till vad för en mindre

[6] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 76.

kommun får anses utgöra betydande belopp, kan försvåra planeringen av verksamheten genom att det kan vara svårt att förutse sådana kostnader. Detta gäller ifråga om organisationen kommer att få de egna processkostnaderna ersatta eller i stället få ersätta motpartens kostnader och i så fall med vilka belopp, men även vid vilken tidpunkt de ska betalas. I den utsträckning förslagen leder till att leverantörer avstår från att ansöka om överprövning av upphandlingar kan emellertid en följd bli att de i större utsträckning vänder sig till Konkurrensverkets upphandlingstillsyn. Den ökade närvaron av denna statliga tillsyn till följd av detta i den kommunala verksamheten väntas emellertid bli marginell.

25.2.4 Konsekvenser för företagen

En ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar medför kostnader för de företag som väljer att ansöka om överprövning. Kostnaden är emellertid frivillig i den meningen att företagen själva kan ta ställning till om de vill ansöka om överprövning och därigenom riskera att ådra sig de kostnader som det skulle kunna medföra. Dessa effekter är även beroende av vilka belopp som parterna faktiskt kommer att yrka ersättning för liksom hur domstolarna kommer att bedöma dessa yrkanden.

Kostnaderna för en leverantör att förlora ett överprövningsmål kan med dessa förslag beräknas till 7 500 kronor plus den upphandlande myndighets processkostnader, vilka enligt utredningens uppskattningar i genomsnitt kan uppskattas till 23 000 kronor (se avsnitt 20.5). Samtidigt kommer den leverantör som i stället vinner ett överprövningsmål att få sina processkostnader ersatta i större utsträckning än i dag. I dessa fall kan utöver ansökningsavgiften de egna processkostnaderna ersättas, vilka i avsnitt 20.5 har uppskattats till i genomsnitt 60 000 kr. Utifrån dessa beräkningar kan alltså konstateras att kostnaden för en upphandlande myndighet eller enhet för att förlora ett överprövningsmål blir ungefär dubbelt så stor som för en leverantör som förlorar ett sådant mål.

Samtidigt medför såväl en ansökningsavgift som ett processkostnadsansvar troligtvis att leverantörer i större utsträckning anmärker mot fel och brister innan ett tilldelningsbeslut har meddelats eller under avtalsspärren (se avsnitt 21.3.2 och 22.3.3). Detta bör bidra till

en bättre dialog mellan upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer och till att fel och brister rättas till eller missförstånd klaras upp utan domstolsprövning. Detta har i sin tur positiva effekter även för företagen.

Det är möjligt att uppskatta de kostnadsmässiga effekterna även för företagen av ett minskat antal överprövningsmål. Även dessa beräkningar utgår från de beräkningar som utredningen har gjort i avsnitt 20.5 av kostnaderna för en leverantör för att driva ett överprövningsmål, multiplicerat med den uppskattade minskningen av antalet överprövningsmål. Denna kostnadsminskning gäller dock i princip endast de leverantörer som till följd av förslagen avstår från att ansöka om överprövning. Vidare kan beräkningarna för såväl en ansökningsavgift som ett processkostnadsansvar för leverantörskollektivet beräknas på ungefär samma sätt.

En uppskattning av effekterna fördelat per bransch är vidare möjlig att göra utifrån den statistik som finns kring antalet och andelen överprövade upphandlingar i olika branscher.[7] Utifrån denna statistik borde effekterna, om jämnt fördelade, leda till största minskning av antalet överprövningar av upphandlingar av

- kontorsmaskiner, datorer samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara,
- säkerhets-, brandbekämpnings-, polis- och försvarsutrustning samt
- transporter (utom avfallstransporter).

Av Upphandlingsmyndighetens rapport framgår emellertid att upphandlingar av byggentreprenader leder till ingripanden i något fler fall än upphandlingar av varor och tjänster.[8] Det kan också tilläggas att upphandlingar med många anbudsgivare oftare blir föremål för överprövning än andra upphandlingar. Detta gäller t.ex. upphandlingar av *Fritids-, kultur- och sporttjänster* och av *Hotell-, restaurang- och detaljhandelstjänster.* Enligt utredningens uppfattning är ovanstående emellertid knappast något lämpligt mått på konsekvenserna av förslagen fördelat per bransch, bland annat då statistiken inte säger något i vilken utsträckning leverantörerna i dessa branscher vinner eller förlorar överprövningsmål eller hur stora kontrakten är.

[7] Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket 2017 s. 135.
[8] Upphandlingsmyndigheten 2017 s. 74.

Konsekvenser för företagande, nyetablering och konkurrens och för små företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt i förhållande till större företags

Utredningen konstaterar att införandet av en ansökningsavgift kan få vissa negativa effekter på små företags vilja att ansöka om överprövning. Detta gäller åtminstone i de fall värdet av upphandlingen är lågt, företaget bedömer att chansen till framgång med överprövning är liten eller risken att få stå motpartens kostnader uppfattas som svårbedömd. Utredningen har särskilt beaktat olika alternativa utformningar av en ansökningsavgift för att minska de negativa effekterna för småföretagen. En utformning av avgiften som samtidigt beaktar småföretagens villkor och förutsättningar, är praktiskt hanterbar för domstolarna, kan förväntas medföra en minskning av antalet överprövningsmål och därtill står i överenstämmelsen med unionsrätten har emellertid inte varit möjlig att uppnå.

En del små företag kan komma att uppleva att särskilt införandet av ett processkostnadsansvar gynnar större leverantörer. Det kan innebära att de små företagen avstår från att lämna anbud i offentliga upphandlingar vilket skulle kunna inverka negativt på konkurrensen. Detta torde framför allt gälla om värdet av upphandlingen är lågt och företaget bedömer att kostnaderna för en förlorad process inte står i proportion till den vinst eller annan nytta som företaget kan förväntas få av processen, t.ex. genom att i slutändan tilldelas det kontrakt som upphandlingen gäller. Konsekvenserna för små företag kan vidare förväntas bli som störst inledningsvis när reglerna har införts. Detta eftersom osäkerheten kring vad reglerna innebär, hur de kommer att tillämpas av domstolarna och hur stora rättegångskostnader som de upphandlande myndigheterna kommer att yrka ersättning för sannolikt kommer bidra till att särskilt små företag i mindre utsträckning än i dag väljer att ansöka om överprövning.

Utredningen konstaterar emellertid att stora företag vinner en högre andel överprövningsmål än mindre företag. Total leder 23 procent av överprövningarna som görs av stora företag till att domstolen beslutar om ett ingripande i upphandlingen. Motsvarande siffra för mikroföretag är 14 procent och för små företag 12 procent.[9] Utredningen konstaterar att effekterna av såväl införandet av en avgift som

[9] Upphandlingsmyndigheten 2018.

en ett processkostnadsansvar sannolikt blir större vad gäller upphandlingar under tröskelvärdet än över tröskelvärdet. Med andra ord kommer leverantörer sannolikt att med anledning av dessa förslag i större utsträckning avstå från att begära överprövning av upphandlingar under tröskelvärdet än över. Utredningen kan dock inte av befintlig statistik utläsa någon egentligen skillnad mellan små företags benägenhet att lämna anbud över jämfört med under tröskelvärdet. Däremot framgår att statistik från Upphandlingsmyndigheten att *stora leverantörer* som ansöker om överprövning av upphandlingar *under tröskelvärdet* vinner målen i betydligt större utsträckning än vad som är fallet vad gäller andra leverantörer. Stora företag vinner ungefär en tredjedel av dessa mål, medan motsvarande siffror för små företag är 13 procent och för mikroföretag 12 procent. Samtidigt finns det inga egentliga skillnader mellan olika kategorier av företag avseende hur stor andel av anbud i upphandlingar som leder till kontrakt: enligt tillgänglig statistik leder ungefär 45 procent av alla anbud som lämnas i upphandlingar till kontrakt oavsett företagsstorlek.[10]

Ovanstående kan möjligen tas till intäkt för att mindre företag lämnar konkurrenskraftiga anbud i lika stor utsträckning som större företag, men är mindre insatta i de upphandlingsreglerna. Att större företag i större utsträckning använder ombud i överprövningsprocesser bidrar troligen till detta förhållande. Mot denna bakgrund är det inte orimligt att små leverantörer (inklusive mikroföretag) i något större utsträckning än i dag avhåller sig från att begära överprövning av upphandlingar, eftersom de mer sällan än andra företag tycks ha skäl för sina invändningar mot hur upphandlingen genomförs. En sådan konsekvens av förslagen bör alltså bidra till att endast de upphandlingar som faktiskt är behäftade med rättsliga fel och brister blir föremål för överprövning.

25.2.5 Samhällsekonomiska konsekvenser i övrigt

I en rad undersökningar betonas att risken för överprövningar av upphandlingar även leder till indirekt samhällsekonomiska kostnader. Upphandlingsutredningen 2010 framhöll t.ex. att många intressenter anser att risken för överprövning leder till att upphandlingen

[10] Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket 2017, s. 77 och 111.

allt mindre handlar om att åstadkomma goda affärer och att fokus i stället ligger på att undvika överprövningar.[11]

Utredningen konstaterar att sådana samhällsekonomiska kostnader är mycket svåra att mäta. Utredningen har inte kunnat identifiera några beräkningar av dessa kostnader och det har heller inte ingått i uppdraget att göra någon egen sådan uppskattning. Många intressenter har dock framhållit att det är dessa indirekta effekter som utgör den huvudsakliga negativa konsekvensen av överprövningar av offentlig upphandling.

25.2.6 Konsekvenser avseende ansvarsutkrävande och demokrati

Utredningen konstaterar att vare sig förslagen om ansökningsavgift eller processkostnadsansvar begränsar den rättsliga möjligheten att använda sig att rättsmedlen enligt upphandlingslagstiftningen. Däremot syftar de till att minska benägenheten att ansöka om överprövning av upphandlingar.

25.2.7 Konsekvenser med avseende på EU-rätt

Utredningen bedömer att förslagen om såväl en ansökningsavgift som processkostnadsansvar uppfyller de krav som följer av unionsrätten.

25.2.8 Övriga konsekvenser av förslagen

Förslagen i denna del har inga konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet, jämställdheten mellan kvinnor och män, de nationella klimat- och miljömålen eller för att nå de integrationspolitiska målen.

[11] SOU 2011:73 s. 86 f. Se även PWC 2001 s. 80 och Konkurrensverket, *Överprövning av offentliga upphandlingar – En intervjustudie om skillnader mellan LOU och LUF*, Uppdragsforskningsrapport 2014:8, s. 59.

26 Författningskommentar

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

1 kap.

1 §

Paragrafen upplyser om lagens innehåll. Övervägandena finns i avsnitt 17.1. De föreslagna ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

4 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om tröskelvärden och beräkning av värdet av en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 15.7.1. Rubriken närmast före paragrafen och första stycket är nya.

7 §

Paragrafen innehåller hänvisningar till definitioner och kapitel som finns i andra kapitel i lagen. Övervägandena finns i avsnitt 17.1. De föreslagna ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

8 §

Paragrafen innehåller en definition av begreppet anbudssökande. Överväganden finns i avsnitt 17.1. De föreslagna ändringarna föranleds av att bestämmelserna om urvalsförfarande i 19 kap. utgår. Paragrafen har också getts en enklare utformning.

11 a §

Paragrafen är ny och innehåller en definition av begreppet CPV-kod. Överväganden finns i avsnitt 13.3.3. Begreppet CPV-kod används i de föreslagna bestämmelserna i 19 kap. 20 § om reserverad upphandling för vissa tjänster, och även på fler ställen i lagen.

2 kap.

8 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om delbara blandade kontrakt. Överväganden finns i avsnitt 17.1. Den föreslagna ändringen är en konsekvens av förslaget att direktupphandlingar ska regleras i ett eget kapitel, 19 a kap.

5 kap.

7 a §

Paragrafen är ny och motsvarar 19 kap. 8 § första stycket andra meningen i nu gällande lydelse. Den innehåller ett förbud mot att dela upp en upphandling i syfte att kringgå bestämmelserna i 19 kap. Överväganden finns i avsnitt 15.7.1.

8 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om beräkning av värdet av delkontrakt. Överväganden finns i avsnitt 17.1. Den föreslagna ändringen i paragrafens sista stycke är en konsekvens av förslaget att direktupphandlingar ska regleras i ett eget kapitel, 19 a kap.

10 kap.

2 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om förhandsannonsering. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.2. Andra stycket har utgått. Att förhandsannonser får användas vid upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 framgår i stället av den föreslagna 19 kap. 21 §.

4 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om s.k. efterannonsering. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.2. Ändringen i andra stycket är en konsekvens av förslaget att efterannonsering av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 ska regleras i 19 kap. 22 §.

19 kap.

1 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om kapitlets tillämpningsområde. Övervägandena finns i avsnitt 12.1. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 1 § i nu gällande lydelse.

2 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om tillämpliga principer vid annonspliktig upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 9.1. Paragrafen motsvarar 4 kap. 1 §.

3 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om förfarande för och metoder vid upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 10.1. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 7 § i nu gällande lydelse.

4 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om leverantörers rätt att få lämna anbud i grupp. Överväganden finns i avsnitt 12.3.1. Paragrafen motsvarar 19 kap. 2 § fjärde strecksatsen i nu gällande lydelse samt 4 kap. 5 §.

5 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om leverantörers rätt att åberopa ett annat företags kapacitet. Överväganden finns i avsnitt 12.3.1. Paragrafen motsvarar 19 kap. 23 § i nu gällande lydelse.

6 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om annonsering. Överväganden finns i avsnitt 10.2. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 9 § i nu gällande lydelse.

7 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om upphandlingsdokumenten. Överväganden finns i avsnitt 10.3. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 14 § i nu gällande lydelse.

8 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud. Överväganden finns i avsnitt 12.2.2. Paragrafen motsvarar 19 kap. 15 § första stycket första meningen i nu gällande lydelse.

9 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om kommuniceringsformer under en upphandling. Överväganden finns i avsnitt 12.2.1. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 16 § i nu gällande lydelse.

10 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om skyldighet att lämna kompletterande information om upphandlingsdokumenten och de tidsfrister som därvid gäller. Överväganden finns i avsnitt 12.2.2. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 28 § i nu gällande lydelse.

11 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om förlängning av anbudstiden. Överväganden finns i avsnitt 12.2.2. Paragrafen saknar motsvarighet i 19 kap. i nuvarande lydelse, men har en motsvarighet i den direktivstyrda 11 kap. 8 §.

12 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om dialog i en upphandling. Överväganden finns i avsnitt 11.6. Paragrafen motsvarar delvis och närmast 19 kap. 2 § fjärde strecksatsen i nu gällande lydelse samt 4 kap. 9 §.

13 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om en skyldighet att kommunicera med en leverantör inför ett eventuellt beslut om uteslutning på grund av bristande lämplighet. Överväganden finns i avsnitt 12.3.2. Paragrafen saknar motsvarighet i 19 kap. i nuvarande lydelse, men bestämmelser om kontroll och uteslutning av leverantörer finns i 19 kap. 18 § i nuvarande lydelse.

14 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om en skyldighet att kommunicera med en leverantör inför ett eventuellt beslut om att förkasta leverantörens anbud på grund av att det är onormalt lågt. Överväganden finns i avsnitt 12.3.3. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 27 § i nu gällande lydelse.

15 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om skyldighet att informera om beslut om tilldelning av kontrakt. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3. Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § första stycket i nu gällande lydelse och 12 kap. 12 § första stycket.

16 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om skyldighet att lämna upplysningar om skälen för att en anbudsansökan avslagits eller ett anbud förkastats. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3. Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § första stycket, sista ledet i nu gällande lydelse och 12 kap. 13 §.

17 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om skyldighet att informera anbudssökandena och anbudsgivarna om ett beslut att avbryta en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.3. Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § första stycket i nu gällande lydelse och 12 kap. 12 § andra stycket.

18 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om dokumentation. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.4. Paragrafen motsvarar 19 kap. 30 § i nu gällande lydelse.

19 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om skyldighet att bevara handlingar, som gäller för upphandlande myndigheter som inte omfattas av arkivlagen. Övervägandena finns i avsnitt 12.2.4. Paragrafen motsvarar 19 kap. 31 § i nu gällande lydelse.

20 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om en möjlighet att reservera upphandlingar av vissa tjänster för vissa organisationer. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.3. Paragrafen saknar motsvarighet i nu gällande 19 kap.

21 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om annonsering av sådana tjänster som anges i bilaga 2 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster). Övervägandena finns i avsnitt 13.3.2. Paragrafen motsvarar 19 kap. 3 § andra stycket i nu gällande lydelse och 10 kap. 1 § samt 10 kap. 2 § andra stycket i nu gällande lydelse.

22 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om s.k. efterannonsering av upphandlingar av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster). Övervägandena finns i avsnitt 13.3.2. Paragrafen motsvarar 19 kap. 3 § andra stycket i nu gällande lydelse samt 10 kap. 4 § i nu gällande lydelse.

23 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om dokumentationsskyldighet vid upphandlingar av sådana tjänster som anges i bilaga 2 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster). Övervägandena finns i avsnitt 13.3.2. Paragrafen motsvarar 19 kap. 3 § andra stycket i nu gällande lydelse.

24 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om skyldighet i vissa fall att ge tillgång till kontrakt som avser en sådan tjänst som anges i bilaga 2 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster). Överväganden finns i avsnitt 13.3.2. Paragrafen motsvarar 19 kap. 32 och 33 §§ i nu gällande lydelse.

25 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om projekttävlingar. Överväganden finns i avsnitt 14. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 34 § i nu gällande lydelse.

19 a kap. Direktupphandling

1 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om tillämpningsområdet. Överväganden finns i avsnitt 12.1 och 15.1 (första stycket) samt avsnitt 15.2 (andra och tredje styckena). Paragrafen motsvarar delvis och närmast 19 kap. 1 § i nu gällande lydelse och 19 kap. 7 § tredje stycket i nu gällande lydelse.

2 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om att bestämmelserna i 19 kap. ska tillämpas om en upphandlande myndighet väljer att inte direktupphandla enligt 19 a kap. trots att det är tillåtet. Överväganden finns i avsnitt 15.6. Paragrafen saknar motsvarighet i nu gällande 19 kap.

3 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om principer för direktupphandling. Överväganden finns i avsnitt 9.2 (första och andra styckena) och avsnitt 8.3 (tredje stycket). Paragrafen saknar motsvarighet i nu gällande 19 kap.

4 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om att direktupphandling i vissa fall får användas efter en misslyckad upphandling enligt 19 kap. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3. Paragrafen motsvarar 19 kap. 7 § tredje stycket, andra meningen i nu gällande lydelse.

5 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om att direktupphandling får användas i vissa brådskande fall samt i vissa andra fall. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3. Paragrafen motsvarar 19 kap. 7 § tredje stycket, andra meningen i nu gällande lydelse.

6 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om att direktupphandling i vissa fall får användas i samband med överprövning (täckningsköp). Övervägandena finns i avsnitt 15.2.2. Paragrafen saknar motsvarighet i nu gällande lydelse av 19 kap.

7 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om frivillig förhandsannonsering. Övervägandena finns i avsnitt 15.4. Paragrafen motsvarar 19 kap. 13 § i nu gällande lydelse.

8 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om skyldighet att informera om tilldelningsbeslut i vissa fall. Övervägandena finns i avsnitt 15.3.1. Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § andra stycket i nu gällande lydelse.

9 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om dokumentationsskyldighet. Överväganden finns i avsnitt 15.3.2. Paragrafen motsvarar närmast 19 kap. 30 § i nu gällande lydelse.

10 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om riktlinjer. Överväganden finns i avsnitt 15.3.3. Paragrafen motsvarar 19 kap. 7 § tredje stycket, sista meningen i nu gällande lydelse.

20 kap.

1 §

Paragrafen innehåller allmänna bestämmelser om avtalsspärr. Överväganden finns i avsnitt 16. De föreslagna ändringarna i första stycket är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

2 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från avtalsspärr. Överväganden finns i avsnitt 16. De föreslagna ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

3 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering. Överväganden finns i avsnitt 16. Den föreslagna ändringen är en konsekvens av utredningens förslag i övrigt.

6 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om överprövning av en upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 16. Den föreslagna ändringen i första stycket innebär att den uttryckliga hänvisningen till 4 kap. 1 § utgår.

Någon ändring av rättsläget är inte avsedd.

10 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om en tiodagarsfrist när en domstol har avgjort ett mål om överprövning. Övervägandena finns i avsnitt 22.4.1.

Ändringen i första stycket innebär att om det gäller en förlängd avtalsspärr i ett mål om överprövning av upphandling så gäller inte någon tiodagarsfrist om rätten med stöd av den nya 19 a § tredje stycket avvisar en ansökan på grund av att leverantören inte har betalat ansökningsavgiften. I denna situation kan alltså den upphandlande myndigheten ingå avtal utan att avvakta, under förutsättning att det inte kommit in någon ytterligare ansökan om överprövning av upphandlingen.

Om det inte gäller någon avtalsspärr i målet och leverantören vill att rätten interimistiskt beslutar att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal, måste leverantören därmed förvissa sig om att avgiften betalas in tillsammans med ansökan om överprövning av upphandlingen

13 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om överprövning av ett avtals giltighet. Övervägandena finns i avsnitt 16. Ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt samt redaktionella ändringar.

Bestämmelserna i andra stycket har utgått och tagits in i en ny paragraf, 13 b §.

13 a §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om i vilka fall rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt, när avtalet har slutits efter en upphandling enligt 19 eller 19 a kap. Övervägandena finns i avsnitt 16.

Någon ändring av rättsläget beträffande leverantörers tillgång till rättsmedel är inte avsedd. Den föreslagna bestämmelsen i paragrafens andra punkt innebär att ett avtal kan begäras ogiltigförklarat på den grunden att direktupphandling i samband med överprövning inte har använts på det sätt som föreskrivs i den föreslagna 19 a kap. 6 §.

13 b §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om i vilka fall rätten ska beslut att ett avtal är ogiltigt, när avtalet har slutits efter en upphandling på det direktivstyrda området. Övervägandena finns i avsnitt 16. Paragrafen motsvarar 20 kap. 13 § andra stycket i nu gällande lydelse.

14 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om att rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska besluta att ett avtal får bestå. Övervägandena finns i avsnitt 16. De föreslagna ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

15 §

Paragrafen reglerar när bestämmelserna om ogiltighet i 13 § inte ska tillämpas. Övervägandena finns i avsnitt 16. De föreslagna ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

19 a §

Rubriken närmast före bestämmelsen är ny.

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om ansökningsavgift i mål om överprövning av upphandling och överprövning av avtals giltighet. Överväganden finns i avsnitt 22.4.

I *första stycket* föreskrivs att en leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska betala en ansökningsavgift. Betalning av avgiften är en grundläggande processförutsättning och handläggningen av målet inleds först när avgiften har betalats. Däremot inträder den förlängda avtalsspärren oavsett om avgiften har betalats eller inte. Det är alltså även fortsättningsvis av vikt att rätten omedelbart meddelar den upphandlande myndigheten att det kommit in en ansökan om överprövning.

Enligt *andra stycket* ska rätten förelägga en leverantör att betala avgiften om avgiften inte har betalats i samband med att ansökan getts in till rätten. Det ankommer på rätten att avgöra hur lång tid leverantören ska ges för att betala in avgiften, och detta ska framgå av föreläggandet. Vad gäller frågan om ett sådant föreläggande ska delges leverantören gäller 47 § första stycket FPL. Utredningens överväganden i fråga om avgiften ska delges leverantören finns i avsnitt 22.4.1.

Bestämmelsen i *tredje stycket* innebär att om avgiften inte har betalats in trots ett föreläggande enligt andra stycket ska rätten avvisa ansökan. Ansökan ska emellertid inte avvisas om avgiften erläggs efter den tidpunkt som angetts i föreläggandet men innan rätten fattat sitt beslut om avvisning. Av förslaget till ändring av 20 kap. 10 § framgår att det i denna situation inte gäller någon tiodagarsfrist.

19 b §

Paragrafen är ny och är en upplysningsbestämmelse som framför allt syftar till att upplysa parter om att det finns ytterligare bestämmelser om ansökningsavgiften i överprövningsmål i förordning, bl.a. om avgiftens storlek.

19 c §

Rubriken närmast före bestämmelsen är ny.

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om processkostnadsansvar i mål om överprövning av upphandling och överprövning av avtals giltighet. Överväganden finns i avsnitten 21.4–6.

I *första stycket* föreskrivs att rätten får, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i överprövningsmål.

I många fall är det enkelt att avgöra vilken av parterna som har vunnit respektive förlorat målet. Om en leverantör ansöker om överprövning av en upphandling och rätten i sin dom förordnar om ingripande i den form och med hänvisning till de omständigheter som leverantören har anfört är leverantören som utgångspunkt att betrakta som vinnare, och rätten får därmed förordna att den upphandlande myndigheten ska ersätta leverantörens processkostnader i målet. I andra situationer kan det vara mer svårbedömt vilken av parterna som är att anse som vinnare eller förlorare i målet. Till exempel bör leverantören betraktas som vinnande part även om rätten förordnar om ingripande i annan form än den som leverantören har yrkat i målet. Om rätten däremot konstaterar att leverantören inte lidit skada av en av rätten konstaterad överträdelse bör leverantören i stället anses ha förlorat målet. Vid överprövning av ett avtals giltighet kan rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda, om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I sådana situationer bör leverantören i normalfallet ses som den förlorande parten, även om det bör finnas möjlighet att jämka processkostnadsansvaret eller förordna att vardera parten ska bära sin egen kostnad i målet. Om upphandlingen avbryts under pågående överprövning är anledningen till avbrytandebeslutet av betydelse för vilken part som ska anses som vinnande respektive förlorande part i målet.

Att kostnaderna ska fördelas enligt vad som är skäligt innebär att rätten kan fästa vikt vid en rad omständigheter när den tar ställning till fördelningen av kostnaderna i målet. Utgången i målet i förhållande till parternas yrkande är givetvis av central betydelse.

Ett fall där en bedömning av skäligheten bör göras är när en sökande leverantör för fram ett stort antal invändningar mot myndighetens kravställning eller utvärdering men rätten endast godtar

en eller ett fåtal av dessa. Om en stor del av kostnaderna för parterna (särskilt motparten) i ett sådant mål hänför sig till invändningar som ogillas av rätten, bör rätten enligt utredningens uppfattning överväga att jämka leverantörens rätt till ersättning för sina rättegångskostnader. Annorlunda kan det förhålla sig om rätten väljer att inte pröva samtliga invändningar i målet.

Om en part gjort sig skyldig till försumlig processföring som föranlett onödiga kostnader i målet är detta en omständighet som kan inverka på fördelningen av kostnaderna. I sådana situationer kan det alltså vara så att den försumlige parten inte får full ersättning för sina egna kostnader även om den vinner målet.

Fördelningen av kostnaderna i målet kan i vissa fall även påverkas av parternas agerande innan något mål om överprövning har inletts. Detta gäller t.ex. om leverantören framgångslöst påpekar fel och brister för den upphandlande myndigheter innan ett tilldelningsbeslut har meddelats eller under avtalsspärren. Om domstol därefter förordnar om ingripande på de skäl som leverantören framförde innan ansökan om överprövning gavs in, bör det vara möjligt för rätten att väga in detta förhållande vid fördelningen av kostnaderna i målet.

Avfattningen av bestämmelsen innebär att den även omfattar tredje parts rätt till ersättning för kostnader i målet, liksom sådan parts skyldighet att ersätta vinnande parts kostnader om den tredje parten är att betrakta som förlorande part i målet. Ur ett processkostnadshänseende är denna situation svårbedömd. Det finns i normalfallet två olika situationer som kan uppkomma när en tredje part inträder i överprövningsprocessen: den sökande leverantörens invändningar mot den tredje partens anbud godtas av rätten som då förordnar om ingripande i upphandlingen, och invändningarna godtas inte med följd av att ansökan om överprövning avslås. I det förra fallet är leverantören att betrakta som förlorande part, och i det senare som vinnande part. Tredje parts ansvar för, och rätt till, ersättning för kostnader i överprövningsmålen bör i huvudsak följa huvudregeln om att den part som förlorar målet ska ersätta den vinnande partens kostnader. Rätten bör fördela kostnaderna i sådana mål med viss försiktighet. Detta gäller särskilt i situationer där rätten anser att ansökan om överprövning ska bifallas och den tredje parten (i normalfallet) är att betrakta som förlorande part och därmed bör göras delansvarig för den sökande leverantörens kostnader i målet.

För det första är det ju inte den tredje parten utan den upphandlande myndigheten eller enheten som i sådant fall gjort sig skyldig till den överträdelse av upphandlingslagarna som föranlett målet. Detta talar för att rätten bör iaktta försiktighet med att ålägga sådan part en skyldighet att ersätta sökandens kostnader i målet. För det andra bör i de flesta fall de ytterligare kostnader som den tredje partens inträde i processen ger upphov till vara begränsade, särskilt i de fall leverantören endast instämmer i den upphandlande myndighetens talan. På annat sätt kan det förhålla sig om den tredje parten inlåter sig i utförlig argumentation som saknar betydelse i målet eller på annat sätt föranleder onyttiga kostnader i målet. Hör bör rättens skyldighet att processleda parterna understrykas genom att den tredje parten görs uppmärksam på vad yttrandet i målet ska avse.

Vid tillfälligt gemensam upphandling av flera upphandlande myndigheter eller enheter bör utgångspunkten vara att de upphandlande myndigheterna och enheterna svarar solidariskt för motpartens kostnader. Skäl att frångå denna huvudregel kan finnas vad gäller kostnader som tydligt hänför sig till en del av målet som endast berör några eller någon av de upphandlande myndigheterna eller enheterna, eller om någon av de upphandlande myndigheterna genom sin processföring har orsakat onödiga kostnader i målet. Rätten kan vidare på yrkande av dem fördela kostnaderna dem emellan (jfr 18 kap. 11 § RB).

När en inköpscentral uppträder som ombud är det huvudmännen, de upphandlande myndigheterna, som svarar för kostnaderna gentemot motparter (men också är de som har rätt till ersättning för sina kostnader i de fall de vinner målet). I de fall en inköpscentral genomför upphandlingar i eget namn är det i stället inköpscentralen som självständigt ansvarar för motparts kostnader och har rätt till ersättning för sina egna kostnader.

I *andra stycket* har angetts vilka typer av kostnader som ersätts med stöd av första stycket. Även denna bestämmelse har en skäligheetsbedömning som utgångspunkt. Uttrycket motsvarar delvis formuleringen ”skäligen varit påkallad för tillvaratagande av partens rätt” i 18 kap. 8 § RB.

Det är samma kategorier av kostnader som enligt 18 kap. 8 § RB ersätts i tvistemål. Vägledning för tillämpning av bestämmelsen kan därmed fås genom bland annat den rättspraxis som finns kring denna tillämpningen av 18 kap. 8 § RB, liksom genom Advokatsamfundets

vägledande beslut i fråga om ersättningsgilla rättegångskostnader. Som framgår av bestämmelsen kan kostnader för bl.a. kostnad för partens arbete och tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Även ansökningsavgiften enligt 19 a § kan ersättas med stöd av bestämmelsen, liksom kostnader för t.ex. resor. Däremot ingår t.ex. inte en leverantörs kostnader för att utforma ett anbud eller annars delta i upphandlingen. Inte heller den upphandlande myndighetens kostnader för handläggningen av själva upphandlingen utgör en ersättningsgill kostnad enligt denna bestämmelse. Detta gäller även kostnader för eventuella täckningsköp eller andra åtgärder som överprövningen indirekt ger upphov till.

Om part har att betala mervärdeskatt omfattar rätten till ersättning även mervärdesskattebeloppet.

Rätten till ersättning gäller i samtliga instanser, även om ersättning av överinstans bör fastställs instans för instans (jfr 18 kap. 15 § RB).

Rätten till ersättning omfattar även ränta enligt 6 § räntelagen. Denna rätt framgår direkt av lagen och part behöver inte särskilt yrka att ränta ska utgå.[1]

Om rätten i ett överprövningsmål har med stöd av 15 § FPL har beviljat part ersättning för vissa kostnader i målet ska självklart inte parten dessutom erhålla ersättning från motparten för samma kostnad om den vinner målet. Detsamma gäller om rätten med stöd av andra bestämmelser i FPL förordnat om ersättning till vittnen och sakkunnig av allmänna medel.

Bestämmelsen i *tredje stycket* innebär att rätten kan göra ombud eller biträde solidariskt ansvarig för huvudmannens, partens, kostnader i målet. Denna undantagsregel är främst avsedd att tillämpas i situationer där ombudet eller biträdet onödigtvis har ansökt om överprövning (jämför 18 kap. 3 § första stycket RB) eller vållat motparten onödiga kostnader i målet (jämför 18 kap. 6 § RB). Detta är alltså inte processuell försumlighet i sig som sanktioneras genom bestämmelsen utan om sådan försumlighet ger upphov till onödiga kostnader i målet för motparten. Om rätten anser att försumlig part inte fullt ut bör få ersättning för sina egna kostnader i målet kan den i stället välja att inte tillerkänna parten full ersättning genom tillämpning av bestämmelsen i andra stycket.

[1] Se angående motsvarande bestämmes i 18 kap. 8 § andra stycket RB Fitger, Peter, m.fl. *Rättegångsbalken m.m.*, kommentar till 18 kap. 8 § andra stycket RB.

21 kap.

1 §

Paragrafen innehåller allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift. Överväganden finns i avsnitt 16. De föreslagna ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

4 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om upphandlingsskadeavgiftens storlek. Överväganden finns i avsnitt 16. De föreslagna ändringarna är konsekvenser av utredningens förslag i övrigt.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Enligt första punkten ska lagen träda i kraft den 1 juli 2019. I andra punkten finns övergångsbestämmelser. Överväganden finns i avsnitt 24.

Bilaga 2 a

I bilaga 2 a anges tjänster, som får reserveras enligt den föreslagna 19 kap. 20 §. Överväganden finns i avsnitt 13.3.3.

26.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling inom försörjningssektorerna

1 kap.

1 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 1 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

4 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 1 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

6 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 1 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

7 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 1 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

9 a §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 1 kap. 11 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

2 kap.

15 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 2 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

5 kap.

6 a §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 5 kap. 7 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

7 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 5 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

6 kap.

5 §
Paragrafen innehåller bestämmelser om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Överväganden finns i avsnitt 17.2. Syftet med de föreslagna ändringarna är att uppnå bättre överensstämmelse med de bakomliggande bestämmelserna i LUF-direktivet.

10 kap.

2 och 5 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 10 kap. 2 och 5 §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

19 kap.

1–25 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 19 kap. 1–25 §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

19 a kap.

1–10 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 19 a kap. 1–10 §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

20 kap.

1–3, 6, 10, 13–15 och 19 a–19 c §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 20 kap. 1–3, 6, 10, 13–15 och 19 a–19 c §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

21 kap.

1 och 4 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 21 kap. 1 och 4 § LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Enligt första punkten ska lagen träda i kraft den 1 juli 2019. I andra punkten finns övergångsbestämmelser. Överväganden finns i avsnitt 24.

Bilaga 2 a

I bilaga 2 a anges tjänster, som får reserveras enligt den föreslagna 19 kap. 20 §. Överväganden finns i avsnitt 13.3.3.

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

1 kap.

1 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 1 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Allmänna överväganden beträffande förslaget finns i avsnitt 19.1.

2 §

Paragrafen reglerar lagens tillämpningsområde. Allmänna överväganden beträffande förslaget finns i avsnitt 19.1. De föreslagna ändringarna är konsekvensändringar till följd av utredningens förslag i övrigt.

2 kap.

1 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 1 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Allmänna överväganden beträffande förslaget finns i avsnitt 19.1.

3 kap.

4 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 5 kap. 7 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Allmänna överväganden beträffande förslaget finns i avsnitt 19.1.

6 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 5 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Allmänna överväganden beträffande förslaget finns i avsnitt 19.1.

15 kap.

1–18 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 19 kap. 1–18 §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna. Allmänna överväganden beträffande förslagen finns i avsnitt 19.1.

20 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om tekniska specifikationer vid upphandling av B-tjänster. Den motsvarar 15 kap. 2 § tredje stycket i nu gällande lydelse. Överväganden finns i avsnitten 13.3.2 och 19.1.

21 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om efterannonsering vid upphandling av B-tjänster. Den motsvarar 15 kap. 23 § i nu gällande lydelse. Överväganden finns i avsnitten 13.3.2 och 19.1.

22 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 19 kap. 26 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Allmänna överväganden beträffande förslaget finns i avsnitt 19.1.

15 a kap.

1–4 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 19 a kap. 1–5 §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna. Allmänna överväganden beträffande förslagen finns i avsnitt 19.1.

5 §

Paragrafen motsvaras av förslaget till 19 a kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Allmänna överväganden beträffande förslaget finns i avsnitt 19.1.

6–9 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 19 a kap. 7–10 §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna. Allmänna överväganden beträffande förslagen finns i avsnitt 19.1.

16 kap.

1–3, 6, 10, 13–15 och 19 a–19 c §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 20 kap. 1–3, 6, 10, 13–15 och 19 a–19 c §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

17 kap.

1 och 4 §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 21 kap. 1 och 4 § LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Enligt första punkten ska lagen träda i kraft den 1 juli 2019. I andra punkten finns övergångsbestämmelser. Överväganden finns i avsnitt 24.

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

16 kap.

10 och 19 a–19 c §§

Paragraferna motsvaras av förslagen till 20 kap. 10 och 19 a–19 c §§ LOU, se kommentarerna till de paragraferna.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Lagen föreslås träda i kraft den 1 juli 2019. Överväganden finns i avsnitt 24.

26.5 Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:380) om medbestämmande i arbetslivet

2 §

Paragrafen innehåller bestämmelser om facklig vetorätt i samband med upphandlingar. Överväganden finns i avsnitt 18.1.

De föreslagna ändringarna är främst konsekvenser av förslagen i övrigt. Förslagen innebär emellertid också en materiell ändring genom att den fackliga vetorätten vid offentlig upphandling görs lika omfattande vid direktivstyrd som vid icke direktivstyrd upphandling. Förslaget innebär att vetorätten kan grundas på omständigheter som medför att en leverantör *ska* eller *får* uteslutas, både vid direktivstyrd och icke direktivstyrd upphandling.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Enligt första punkten ska lagen träda i kraft den 1 juli 2019. I andra punkten finns övergångsbestämmelser. Överväganden finns i avsnitt 24.

26.6 Förslaget till lag om ändring i lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader

2 §

I paragrafen finns bestämmelser om mål där säkerhet inte behöver ställas av de utländska käranden som omfattas av lagen. Överväganden finns i avsnitt 21.7.

Enligt första stycket punkten 5 denna paragraf gäller detta bl.a. mål i förvaltningsdomstol. Ändringen innebär att undantaget i bestämmelsen begränsas på så sätt att det inte omfattar mål om överprövning av upphandling eller överprövning av avtals giltighet enligt upphandlingslagarna. Rätten i ett sådant mål kan alltså på yrkande av en upphandlande myndighet eller enhet förordna att leverantören ska ställa säkerhet för de processkostnader som leverantören kan bli skyldig att betala i målet. Den praktiska betydelsen

av denna möjlighet begränsas dock av bestämmelsen i 1 § tredje stycket den aktuella lagen, enligt vilken leverantörer hemmahörande i det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet likställs med svenska juridiska personer.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Lagen föreslås träda i kraft den 1 juli 2019. Överväganden finns i avsnitt 24.

26.7 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

6 kap.

4 §

Paragrafen innehåller befogenhetsutvidgande bestämmelser i samband med upphandling. Överväganden finns i avsnitt 18.2. Den föreslagna ändringen är en konsekvens av utredningens förslag i övrigt.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Enligt första punkten ska lagen träda i kraft den 1 juli 2019. I andra punkten finns övergångsbestämmelser. Överväganden finns i avsnitt 24.

Referenser

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2017/18:235 *Följdändringar till ny förvaltningslag*.

Prop. 2017/18:200 *En ny lag om företagshemligheter*.

Prop. 2017/18:158 *Ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling inom välfärden.*

Prop. 2017/18:15 *Ändringar i konkurrenslagen*.

Prop. 2017/18:7 *Skadestånd och Europakonventionen*.

Prop. 2016/17:180 *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag.*

Prop. 2016/17:171 *En ny kommunallag*.

Prop. 2016/17:31 *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet* Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling.*

Prop. 2013/14:133 *Direktupphandling*.

Prop. 2013/14:118 *Privata utförare av kommunal verksamhet*.

Prop. 2012/13:45 *En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess*.

Prop. 2011/12:106 *Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor.*

Prop. 2010/11:165 *Skatteförfarandet*.

Prop. 2010/11:150 *Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet*.

Prop. 2009/10:237 *Ny delgivningslag*.

Prop. 2009/10:180 *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.*

Prop. 2009/10:80 *En reformerad grundlag*.

Prop. 2008/09:231 *Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.*

Prop. 2008/09:150 *Offentlighets- och sekretesslag.*

Prop. 2007/08:135 *Ny konkurrenslag m.m.*

Prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.*

Prop. 2006/07:74 *Sveriges tillträde till Förenta nationernas konvention mot korruption.*

Prop. 2005/06:99 *Nya vårdnadsregler.*

Prop. 2004/05:131 *En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol.*

Prop. 2001/02:142 *Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.*

Prop. 1999/2000:128 *Offentlig upphandling i informationssamhället.*

Prop. 1999/2000:26 *Effektivisering av förfarandet i allmän domstol.*

Prop. 1998/99:37 *Ändringar i rättegångsbalken hovrättsfrågor m.m.*

Prop. 1996/97:9 *Ny rättshjälpslag.*

Prop. 1993/94:78 *Frågor om offentlig upphandling.*

Prop. 1992/93:88 *om offentlig upphandling.*

Prop. 1987/88:155 *om skydd för företagshemligheter.*

Prop. 1986/87:26 *om avgifter vid de allmänna domstolarna.*

Prop. 1985/86:80 *om ny förvaltningslag.*

Prop. 1981/82:34 *om åtal mot offentliga funktionärer m.m.*

Prop. 1979/80:78 *med förslag till lag om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader. m.m.*

Prop. 1973:73 *Kungl. Maj:ts proposition angående riktlinjer för den offentliga handlingen.*

Prop. 1972:132 *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i rättshjälpslagen m.m.*

Prop. 1971:30 *lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.*

Utskottsbetänkanden

Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7 *Nytt regelverk om upphandling*.

Finansutskottets betänkande 2013/14:FiU18 *Direktupphandling*.

Finansutskottets betänkande 2009/10:FiU22 *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*.

Finansutskottets betänkande 2001/02:FiU12 *Offentlig upphandling.*

Finansutskottets betänkande 1992/93:FiU5 *Offentlig upphandling.*

Justitieutskottets betänkande 2012/13:JuU15 *En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess.*

Justitieutskottets betänkande 2006/07:JuU12 *Sveriges tillträde till FN:s korruptionskonvention.*

Justitieutskottets betänkande 1988/89:JuU19 *Rättshjälpens organisation, m. m.*

Justitieutskottets betänkande 1984/85:JuU15 *om vissa förvaltningsprocessuella frågor.*

Konstitutionsutskottets betänkande 2017/18:KU12 *Skadestånd och Europakonventionen.*

Konstitutionsutskottets betänkande 2016/17:KU7 *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet.*

Yttranden av Lagrådet

Nya upphandlingsregler m.m., beslut 2002-03-12.

Nytt regelverk om upphandling, beslut 2016-02-12.

Statens offentliga utredningar (SOU)

SOU 2017:45 *Ny lag om företagshemligheter*

SOU 2016:78 *Ordning och reda i välfärden*.

SOU 2016:13 *Palett för ett stärkt civilsamhälle*.

SOU 2015:24 *En kommunallag för framtiden.*

SOU 2015:12 *Överprövning av upphandlingsmål m.m.*

SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.*

SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*

SOU 2011:43 *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor.*

SOU 2010:44 *Mål och medel - särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol.*

SOU 2010:29 *En ny förvaltningslag.*

SOU 2004:22 *Allmänhetens insyn i partiers och valkandidaters intäkter.*

SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna.*

SOU 1999:139 *Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt.*

SOU 1995:124 *Ett reformerat hovrättsförfarande.*

SOU 1992:138 *Några frågor angående Regeringsrätten.*

SOU 1991:106 *Domstolarna inför 2000-talet: arbetsuppgifter och förfaranderegler.*

SOU 1971:76 *Offentligt biträde och kostnadsersättning i förvaltningsärenden.*

SOU 1969:41 *Fullföljd av talan m.m.*

SOU 1964:27 *Lag om förvaltningsförfarandet.*

SOU 1938:44 *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk.*

Regeringen

Departementsserien (Ds)

Ds 2017:48 *Statistik på upphandlingsområdet.*

Ds 2017:42 *Följdändringar till ny förvaltningslag.*

Ds 2009:30 *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområde.*

Regeringsuppdrag och regleringsbrev

Finansdepartementet, *Uppdrag att beskriva, kartlägga och analysera mål om överprövning av offentlig upphandling*, beslut den 15 juni 2017, dnr Fi2017/02676/OU.

Finansdepartementet, beslut den 17 juni 2015, *Uppdrag till Trafikverket att ställa krav på sysselsättning i upphandlinga*r, Fi2015/3404 (delvis).

Finansdepartementet, beslut den 9 mars 2017, *Uppdrag att redogöra för hur myndigheten tillämpar och utvärderar arbetsrättsliga krav m.m. vid upphandling*, N2017/01833fTIF.

Finansdepartementet, *Uppdrag till Statskontoret att stärka arbetet mot korruption och andra oegentligheter i statsförvaltningen*, beslut 30 mars 2017, F12017/O1 595/SFÖ (delvis).

Finansdepartementet, *Uppdrag till Statskontoret om statlig styrning av offentlig sektor*, Fi2016/00372/SFÖ (delvis).

Näringsdepartementet, *Statens ägarpolicy och riktlinjer för bolag med statligt ägande 2017*, den 22 december 2016, N2016/08061/BSÄ.

Näringsdepartementet, *Regleringsbrev för budgetåret 2017 avseende Konkurrensverket inom utgiftsområde 24 Näringsliv*, N2017/03206/SUN (delvis).

Socialdepartementet, *Forum för främjande av värdegrundsarbetet i statsförvaltningen*, beslut den 22 december 2012, S2012/9080/ESA.

Regeringens skrivelser och beslut m.m.

Nationella upphandlingsstrategin.

Statens ägarpolicy och riktlinjer för bolag med statligt ägande 2017, N2016/08061/BSÄ.

Promemoria Ju 1970:11 *Förfarandet i förvaltningsdomstol*.

Kommittédirektiv

Dir. 2017:69 *Flexiblare och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor.*

Dir. 2016:51 *Tillit i styrningen*.

Dir. 2010:86 *Utvärdering av upphandlingsregelverket och översyn av upphandlingsstatistiken*.

Myndighetsrapporter och beslut, m.m.

Brå, *Att förebygga och hantera påverkansförsök – En handbok*, 2017.

Domstolsverket, *Budgetunderlag 2019–2021*.

Domstolsverket, *Årsredovisning 2015*.

Domstolsverket, *Ansöknings- och kungörandeavgifter – Vid allmän domstol*, rapportserie 2012:1.

Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi, *Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska*, rapport 2013:2.

JK beslut den 9 april 2002 i dnr 2238-01-40.

JO 2012/13 s. 393.

JO 2011/12 s. 278.

JO 2006/07 s. 168.

JO 1971 s. 77.

Konkurrensverket, *Direktupphandlingar – en kartläggning av riktlinjer och rutiner*, rapport 2016:11.

Statskontoret, *En kultur mot korruption*, 2017.

Statskontoret, *Myndigheternas arbete för att förebygga och upptäcka korruption*, rapport 2015:23.

Statskontoret, *Köpta relationer – Om korruption i det kommunala Sverige*, rapport 2012:20.

Upphandlingsmyndigheten, promemoria med kompletterande statistik om överprövningar, den 9 mars 2018.

Upphandlingsmyndigheten, *Kartläggning och analys av mål om överprövning*, rapport 2017:7.

Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5, Konkurrensverket rapport 2017:11.

Upphandlingsmyndigheten, *Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?*, Vägledning nr 4, 2017.

EU-rätt

Europeiska rådet

General Programme for the abolition of restrictions on freedom of establishment, OJT 36/62, den 15 januari 1962.

General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services, OJT 32/62, den 15 januari 1962.

Kommissionen

EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency – An overview of the new EU procurement and concession rules introduced on 18 April 2016, 2016.

Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, Final Study Report, MARKT/2013/072/C, Ref. Ares(2015)2643167 – 24/06/2015.

Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Towards a more efficient European Procurement Market, Synthesis of replies, publicerat 2011 (odaterat).

Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, Bryssel den 27.1.2011 KOM(2011) 15 slutlig.

Special Eurobarometer 397 – Corruption, 2014.

Special Eurobarometer 363 *Internal market: Awareness, Perceptions and Impact*, 2011.

Commission Staff Working Paper, *Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, Brussels, 27.6.2011 SEC(2011) 853 final.

Tolkningsmeddelande (2006/C 179/02) om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling.

Grönbok om offentlig upphandling inom Europeiska unionen: Överväganden inför framtiden, Bryssel den 27.11.1996 KOM(96) 583 slutlig.

Europarådet

Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration.

Rättsfall

EU-domstolen

Dom Altmark, C-280/00, EU:C:2003:415

Dom An Post (kommissionen mot Irland), C-507/03, ECLI:EU:C:2007:66.

Dom Archus och Gama, C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358.

Dom Belgacom, C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736.

Dom Borta, C-298/15, ECLI:EU:C:2017:266.

Dom Coname, C:231/03, ECLI:EU:C:2005:487.

Dom CS Star Storage C-493/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

Dom kommissionen mot Irland, C-226/09, ECLI:EU:C:2010:697.

Dom kommissionen mot Italien, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102.

Dom MA.T.I. SUD, de förenade målen C-523/16 och C-536/16, ECLI:EU:C:2018:122.

Dom Nordecon, C-561/12, ECLI:EU:C:2013:793.

Dom Orizzonte Salute C-61/14, EU:C:2015:655.

Dom Secap och Santorso, C-147/06 och C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277.

Dom Serrantoni Srl, C-376/08, ECLI:EU:C:2009:808.

Dom Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl., C-568/08, EU:C:2010:751.

Dom Strong Segurança, C-95/10, ECLI:EU:C:2011:161.
Dom Tecnoedi Costruzioni Srl, C-318/15, ECLI:EU:C:2016:747.
Dom Telaustria, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:699.
Dom Tita m.fl., C-495/14, EU:C:2016:230.
Dom Wall, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182.
Dom ÖBB Personenverkehr, C-417/13, EU:C:2015:38.

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2017 ref. 45.
HFD 2016 ref. 67.
HFD 2013 ref. 24.
HFD 2011 ref. 29.
HFD 2009 ref. 69.
RÅ 1999 not. 32.
RÅ 81 2:25.
Beslut den 4 december 2017 i mål nr 3830-17.
Beslut den 10 juli 2015 i mål nr 3322-15.

Högsta domstolen

Beslut den 6 april 2018 i mål Ö 2583-17.
NJA 2016 s. 1169.
NJA 2014 s. 318.
NJA 2013 s. 762.
NJA 2009 s. 441.
NJA 2002 s. 565.
NJA 1993 s. 231.
NJA 1991 s. 28.

Marknadsdomstolen

MD 2007:26, Ekfors Kraft m.fl. I.
MD 2004:21, Vägverket m.fl.

Hovrätterna

RH 2003:50.

Svea hovrätts dom i mål FT10089-15.

Litteratur och tidskrifter m.m.

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Volume 1, 3rd edition, 2014.

Bellander, Henrik, *Rättegångskostnader*, 2017.

Bergman, Mats och Carlsson, Kenny, *Konkurrenslagen – En kommentar,* upplaga 2, 2015.

Bohlin, Alf, och Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder*, upplaga 2:1, 2007.

Bull, Thomas, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena, *Offentligrättsliga principer,* 2017.

Bull, Thomas, och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen*, upplaga 3, 2015.

Eka, Anders, *Regeringsformen – med kommentarer*, 2012.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, *Rättegång – Tredje häftet*, sjunde upplagan, 2006.

Fitger, Peter, m.fl. *Rättegångsbalken m.m.*, kommentar till 18 kap. 5 § andra stycket.

Fitger, Peter, *Lagen om domstolsärenden – En kommentar*, 2 upplagan, 2004.

Hellners, Trygve och Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, upplaga 3, 2010.

Hentze/Sylvén, *Offentlig upphandling – en lagkommentar*, upplaga 1:2, 1998.

Lerwall, Lotta, JO och 1 kap. 9 § Regeringsformen, i *JO – Lagens väktare*, 2009.

Lindell, Bengt *Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling*, upplaga 4:1, 2017

Lundin, Anna-Karin, Rättegångskostnader i förvaltningsprocessen – ett orättvist system, i *Regeringsrätten 100 år*, 2009.

Marcusson, Lena, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, 1989.

PWC, *Public Procurement in Europe – Cost and effectiveness*, 2011.

Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, upplaga 10, 2014.

Reichel, Jane, i Marcusson, Lena, *Offentligrättsliga principer*, 2017.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm 2012.

Transparency International Sverige, *Hur ser svenskar på korruption? En nulägesrapport om korruption i Sverige*, 2016.

von Essen, Ulrik, *Arbete i offentlig förvaltning,* 2014.

Wennergren, Bertil, och von Essen, Ulrik, *Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar*, sjätte upplagan.

Tidskrifter

Baciu, Ioan och Dragoş, Dacian C., Horizontal In-House Transactions vs. Vertical In-House Transactions and Public-Public Cooperation, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2015:4.

Dragos, Dacian C. och Vornicu, Roxana, Public Procurement below Thresholds in the European Union, *European Procurement & Public Private Partnership Law Review.* 3/2015.

Hedelin, Johan, Statsstöd, upphandling och konkurrens, *Europarättslig tidskrift*, 2018:2

Johanson, Daniel, Tredjemansinträde i upphandlingsmål, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2016:1.

Skog, Rolf, Om betydelsen av vinstsyftet i aktiebolagslagen, *Svensk Juristtidning*, 2015.

Sundstrand, Andrea, Offentliga kontrakt – Rättsmedlen i primärrätten, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2014:4.

Sundstrand, Andrea, Offentliga kontrakt – möjlighet till undantag från EU:s primärrätt, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2013:1.

Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling och korruption, *Juridisk Tidskrift*, 2014–15:1.

Övrigt

Nye prosedyrer i del II, vägledning från Naerings- og fiskeridepartementet

Gennomföring av Del I-anskaffelser, vägledning från Naerings- og fiskeridepartementet

Särskilt yttrande

Särskilt yttrande av Eva Sveman, Martin Kruse och Åsa Edman

Upphandlingsregelverket bör öka möjligheterna för offentlig avtalssamverkan

Den offentliga sektorns behov av effektiviseringar genom samverkan

Välfärdsverksamheterna i den kommunala sektorn behöver öka antalet anställda med knappt 200 000 personer under de kommande tio åren för att klara åtaganden utifrån den demografiska utvecklingen. Befolkningen växer rekordsnabbt i yngre och äldre åldrar men inte alls i samma takt bland personer i arbetsför ålder. Bristen på arbetskraft kommer därför att vara stor i Sverige under de närmaste åren.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) lyfter fram att rekryteringsbehovet av omkring 70 000 personer kan minska med hjälp av ny teknik. SKL har tillsammans med SKL Kommentus och Inera iscensatt en omfattande samverkan för att digitaliseringen inom den kommunala sektorn ska ta fart. Arbetet sker både genom nationell och lokal samverkan. Vi konstaterar att ett viktigt sätt att sprida digitala och andra tekniska lösningar som utvecklats i kommuner, regioner och landsting är genom kommunal avtalssamverkan.

Kommunutredningens förslag och bedömningar

Hösten 2017 lade Kommunutredningen fram ett delbetänkande (SOU 2017:77) med förslag som ändrar den kommunala lokaliseringsprincipen. Regeringen lade under våren fram en proposition

(prop. 2017/18:151) som riksdagen inom kort fattar beslut om. Förslaget handlar om att genom avtalssamverkan ge kommuner, regioner och landsting möjlighet att överlåta utförandet av sina uppgifter till en annan kommun, region eller landsting. Syftet är att förenkla möjligheterna till kommunal samverkan och extern delegering och anges vara ett viktigt led i att ge kommuner, regioner och landsting goda förutsättningar att möta dagens och framtida utmaningar.

Kommunutredningen påtalar i sitt delbetänkande att upphandlingsreglerna har stor betydelse för möjligheten att ingå kommunala samverkansavtal. Den kanske viktigaste möjligheten är det undantag från LOU som betecknas upphandling mellan myndigheter (”Hamburgsamarbeten”). Vi är eniga med Kommunutredningen om undantaget är otydligt vilket leder till komplexitet och rättsosäkerhet. Vi befarar att oklara upphandlingsregler och begränsande praxis kommer stå i vägen för nödvändig samverkan inom offentlig sektor.

Vi konstaterar att Kommunutredningen uttryckligen hänvisar till Förenklingsutredningen och anger att den kan få betydelse för kommunal avtalssamverkan på så sätt att samverkansavtal som understiger tillämpliga tröskelvärden i princip kan undantas tillämpningsområdet för upphandlingslagstiftningen.

Vi konstaterar också att det även finns effektiviseringsvinster att hämta i ökad samverkan mellan kommuner och statliga myndigheter. Exempelvis skulle Arbetsförmedlingen och kommuner kunna öka och effektivisera sitt samarbete inom arbetsmarknadsutbildningar.

Vi beklagar sammanfattningsvis att utredningen inte tagit tillfället i akt att – inom ramen för det nationella handlingsutrymmet i upphandlingsregelverket – klargöra och underlätta avtalssamverkan mellan upphandlande myndigheter.

Eva Sveman, Sveriges Kommuner och Landsting
Martin Kruse, Sveriges Offentliga Inköpare
Åsa Edman, SKL Kommentus inköpscentral

Särskilt yttrande

Särskilt yttrande av Sofia Tot

TCO har beretts möjlighet att inkomma med särskilt yttrande över rubricerad utrednings förslag från den 8 maj 2018.

TCO:s medlemsförbund företräder både upphandlare och leverantörer. Vi är positiva till ett enkelt och flexibelt upphandlingsregelverk samtidigt som reglerna också måste erbjuda rättssäkerhetsgarantier och värna om allmänhetens förtroende för det offentliga. Det är vidare viktigt att regelverket tar till vara små privata och idéburna aktörers möjligheter att delta i offentliga upphandlingar.

TCO anser att offentlig upphandling också ska bidra till samhällsviktiga mål. TCO är därför positiv till reglerna i 17 kap. lagen (2016:1145) offentlig om upphandling (LOU) om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt. TCO anser dock att det alltid borde vara obligatoriskt att ställa arbetsrättsliga villkor i nivå med kollektivavtal i offentlig upphandling. TCO vill även att upphandlande myndigheter i högre grad ska ställa villkor i nivå med kollektivavtal på fler områden än de som är obligatoriska enligt gällande lagstiftning, såsom tjänstepension och försäkring. TCO:s ståndpunkt och strävanden avseende särskilda kontraktsvillkor delas av de två andra centralorganisationerna LO och Saco.

I 19 kap. 2 § LOU anges att 17 kap. 1 § gäller för upphandlingar som omfattas av 19 kap. LOU. I utredningens förslag till reviderat 19 kapitel finns inte någon sådan hänvisning kvar. Utredningen menar att en sådan hänvisning skulle gå emot det övergripande syftet med utredningens uppdrag och förslag, att förenkla regelverket. Det samma gäller införandet av en uttrycklig bestämmelse motsvarande 17 kap. 1 § LOU.

Utredningen föreslår att 19 kap. 3 § ska ange att *upphandlande myndighet är fri att utforma förfarandet vid upphandlingen*. Genom

denna lydelse ska det framgå att upphandlande myndighet får tillämpa bl.a. de direktivstyrda bestämmelserna i 17 kap. i nu gällande LOU.

Upphandlingsmyndigheten bedriver ett gediget arbete med att beskriva och konkretisera reglerna om särskilda kontraktsvillkor. LO, TCO och Sacos uppfattning är dock att det fortfarande råder stor osäkerhet hos upphandlande myndigheter kring dessa regler. TCO delar därför inte utredningens bedömning att regelverket förenklas genom borttagande av den konkreta hänvisningen i 19 kap. 2 § i nu gällande LOU.

TCO anser att en uttrycklig bestämmelse motsvarande 17 kap. 1 § borde införas i det reviderade 19 kap. På så sätt skulle möjligheten att ställa särskilda kontraktsvillkor bli ännu tydligare för upphandlande myndigheter och risken för överprövningar hänförliga till sådana krav kan förväntas minska.

Sofia Tot
Jurist

Särskilt yttrande

Särskilt yttrande av experterna Pär Cronhult, Ulrica Dyrke, Ellen Hausel Heldahl och Stefan Holm i Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler (Fi 2017:05)

Grundläggande utgångspunkter

Det kan inledningsvis konstateras att det ligger en inneboende motsättning i utredningsdirektivets målsättning att både förenkla lagstiftningen och samtidigt minska antalet mål om överprövning. Dagens upphandlingslagstiftning är utformad på så sätt att en stor del av detaljregleringen har överlämnats till rättstillämpningen. Detta speglas exempelvis av att regeringen på ett sextiotal ställen i propositionen 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling anger att den närmare uttolkningen av bestämmelserna får avgöras i rättspraxis. Även de rent nationella upphandlingsreglerna uttolkas i stor utsträckning av rättspraxis. En förenklad lagstiftning med färre regler riskerar således till sin natur att förskjuta rättsutvecklingen till domstolarna, med ökat antal mål om överprövning till följd.

Det ska framhållas att utredningsbetänkandet överlag håller en hög kvalitet och att utredaren har lyckats hitta en balans mellan kravet på förenkling och behovet av förutsebarhet. Det bör dock hållas i åtanke att en förminskad regelmassa inte nödvändigtvis innebär ett regelverk som är lätt att tolka och tillämpa.

Utredarens uppdrag i fråga om att presentera modeller för avgiftsuttag och processkostnadsansvar vid överprövningar har varit starkt styrt av regeringens ambition att minska antalet överprövningar. Vi anser att detta är fel väg att gå och att fokus i stället bör läggas på att effektivisera överklagande-processen. Långdragna domstolsprocesser skapar negativa effekter för såväl upphandlande myn-

digheter/enheter som för leverantörer. För att uppnå detta finns anledning att genomföra Överpröv-ningsutredningens förslag om tre månaders handläggningstid i första domstolsinstans. Ytterligare effektivisering torde kunna uppnås genom att samla överprövningsmål i en specialdomstol med ökad kompetens. Detta ligger dock tyvärr utanför denna utrednings ramar.

En välkommen del i utredningsbetänkandet är att upphandlingslagstiftningens korruptionsmotverkande syfte och funktion har lyfts fram och beaktats. För att säkerställa allmänhetens förtroende för myndigheterna/enheterna är det av största vikt att lagstiftningen inte tillåter ovidkommande hänsyn, utan att allmänna medel används till att göra goda affärer. Upphandlingslagstiftningen fyller i detta en viktig funktion, vilket även måste beaktas vid eventuella lättnader och förenklingar.

Lagtextförslaget

Vi anser att det föreslagna regelverket överlag medför en förenkling jämfört med nu gällande bestämmelser. Förslaget uppvisar en bra balans mellan förutsägbarhet kontra flexibilitet och ger en betydligt enklare och mer lättförståelig översikt av regelmassan. Utredningens strävan efter att undvika tröskeleffekter och separata regelverk innebär att förslaget blir lättöverskådligt. Detta för-enklar tillämpningen. Med detta sagt vill vi dock anmäla avvikande mening angående vissa delar av förslaget.

Utredningen föreslår att begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” (BGI) införs i svensk nationell rätt. BGI är ett diffust begrepp som saknar tydlig förklaring i den unionsrättsliga regleringen av offentlig upphandling, men som samtidigt är direkt avgörande för bedömningen av om framför allt de EU-rättsliga principerna äger tillämpning. Att i nya nationella bestämmelser ställa krav på att upphandlande myndigheter och enheter ska behöva bedöma om företag i andra EU-länder kan tänkas vara intresserade av att lämna anbud är knappast förenligt med utredningens förenklingssyfte. Vidare medför det tvivelaktig nytta och risk för felaktig tillämpning. En förenkling vore i stället att ange att de grundläggande principerna alltid ska

tillämpas, vilket medför att de upphandlande myndigheterna/enheterna slipper utföra komplicerade bedömningar som riskerar att komma i konflikt med Sveriges unionsrättsliga förpliktelser.

Vi ställer oss även tveksamma till utredningens skrivningar om att det är den klagande leverantören som har bevisbördan för att visa att ett BGI finns. Unionsrättens huvudregel är tvärt om att det är den som önskar åberopa ett undantag från unionsrätten, såsom brist på BGI, som har att visa att förutsättningarna för undantaget är uppfyllda. Detta sammantaget med det faktum att den upphandlande myndigheten/enheten tämligen enkelt torde kunna ta fram bevis till stöd för sin bedömning medför att vi anser att bevisbördan ska läggas på den som upphandlar.

Höjd direktupphandlingsgräns för sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Utredningen föreslår höjd direktupphandlingsgräns för tjänster som omfattas av artikel 74 (bilaga XIV) i direktiv 24/2014/EU till 7 miljoner kronor. Förslaget innebär att upphandlingar som inte omfattas av direktivet i princip lämnas oreglerade i svensk nationell rätt, vilket är en kraftig ändring jämfört nu gällande regler och vad som tidigare gällt för de så kallade B-tjänsterna.

Vi delar inte utredarens förslag om att höja direktupphandlingsgränsen till 7 miljoner kronor för sådana tjänster. Eftersom det absolut flesta antalet upphandlingar av vård- och omsorgstjänster sannolikt kommer att överskrida den föreslagna värdegränsen på 7 miljoner kronor per år för samma slags tjänst, och dessa upphandlingar därmed ändå måste annonseras, kommer utredningens förslag förmodligen att få en begränsad effekt för just dessa upphandlingar.

Den i praktiken största effekten kommer förslaget i stället få för andra typer av tjänster som regleras i bilagan XIV till direktivet, och som knappast kan sägas karaktäriseras av några särskilda hänsyn. Dessa tjänster utgörs bland annat av post- och budtjänster, regummering av däck, smedtjänster, catering- och hotelltjänster, tjänster för festival- och festarrangemang samt anordnande av mässor och utställningar. Det finns heller ingen anledning att kraftigt öka möjligheten till direktupphandling för denna typ av tjänster, särskilt som konkurrensutsättning och insyn är ett viktigt verktyg mot korruption.

Riskerna med en höjd direktupphandlingsgräns för dessa övriga tjänster är en sämre konkurrens eftersom färre leverantörer ges insyn och kännedom om upphandlingarna. Den föreslagna ordningen riskerar att cementera befintliga avtalsrelationer och att hindra företag som inte tidigare varit leverantörer vid offentlig upphandling från att ta sig in på dessa marknader. Detta kan särskilt drabba små och nyetablerade företag.

Vi anser därmed att gällande direktupphandlingsgräns på cirka 600 000 kronor även fortsättningsvis ska gälla för sådana särskilda tjänster som regleras i bilagan XIV till direktivet (bilagan 2 till LOU).

Ansökningsavgift

Utredningen föreslår att det ska införas en avgift för ansökan i mål om överprövning och att avgiftsbeloppet ska sättas till 7 500 kronor. Vi är negativa till detta förslag av flera anledningar.

Den föreslagna avgiften skulle kunna minska antalet överprövningsmål i domstol. De som kommer att avstå från överprövning kommer dock att vara de små företagen utan stora ekonomiska resurser.

Det måste observeras att de små företagen utgör en mycket betydande del av marknaden. Drygt 99 procent av alla företag på marknaden är små (< 50 anställda) och hela 96 procent är mikroföretag (< 10 anställda). Många av dessa små företag avstår redan i dag från offentlig upphandling för att de upplever att det är komplicerat och tidskrävande. Införandet av en ansökningsavgift kommer bland dessa företag sannolikt att uppfattas som en ytterligare tröskel som hämmar deras möjligheter att kunna tävla om att bli leverantör åt offentlig sektor. Därmed uppstår även risk för färre anbud från små företag i offentlig upphandling.

Beloppet är å andra sidan sannolikt inte tillräckligt högt för att avskräcka från s.k. taktiska okynnes-överprövningar. I dessa fall torde besluten om att ansöka om överprövning grundas på ekonomiska överväganden på en helt annan nivå.

Det finns inga bärande argument för varför just upphandlingsmålen ska belastas med en ansökningsavgift i förvaltningsrätterna. Tidigare regeringar har beslutat att upphandlingsmålen ska omfattas

av förvaltningsprocessen och detta medför att förvaltningsprocesslagens bestämmelser ska gälla. Upphandlingsmålen är, trots allt, en måltyp där sökandesidan har relativt stor framgång jämfört med andra typer av mål som handläggs av förvaltningsrätterna.

Om regeringen ändå avser att införa en ansökningsavgift är det vår uppfattning att den bör sättas till 2 800 kronor vilket är i linje med vad som gäller i övriga domstolar.

Rättegångskostnadsförslag

Utredningen föreslår att domstolen får förordna om att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning. Den föreslagna bestämmelsen drabbar både upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer och innebär ett avsteg från huvudregeln att en överprövning utgör ett icke-dispositivt förvaltningsmål.

Vi anser att förslaget, om det genomförs, skulle få mycket allvarliga negativa konsekvenser. Rättegångskostnaderna i dessa mål kan bli mycket höga och är därtill omöjliga att förutse, eftersom det företag som överklagar inte kan förutse om motparten kommer använda juridiska ombud eller om tredje part kommer att intervenera. Förslaget kommer framför allt drabba de många små företagen. Sådana företag har inga ekonomiska möjligheter att ta den ekonomiska risk som det innebär att förlora ett upphandlingsmål, utan resultatet kan i praktiken innebära ekonomisk undergång. Spretig befintlig domstolspraxis i kombination med ny upphandlingslagstiftning med oklar innebörd gör det ofta svårt att sia om utfallet av en framtida domstolsprocess. Även om leverantörerna skulle ha försäkringar som täcker en del av kostnaden så är självrisken hög och den kan dessutom beräknas öka i takt med växande ersättningsbelopp.

Om förslaget genomförs riskerar det medföra att de många små företagen i praktiken kommer stå rättslösa i offentlig upphandling. De kommer att fråntas möjligheten att (rätteligen) ansöka om överprövning av en felaktigt genomförd upphandling vid risk för att annars hamna på obestånd.

Även en leverantör som vunnit en upphandling riskerar att dras in i en tvist om en konkurrerande leverantör ansöker om överprövning. Redan detta faktum riskerar att medföra färre anbud i upphandlingarna.

Förslaget kommer sammantaget slå hårt mot många små företag och kommer leda till minskat antal anbud och lägre förtroende för den offentliga upphandlingen bland företag på bred front.

Utöver detta finns en lång rad ytterligare argument mot förslaget.

- I propositionen 2015/16:195, Nytt regelverk för upphandling, står att läsa på ett sextiotal ställen att regeringen valt att överlåta tolkningen av en bestämmelse till rättspraxis. Vilken upphandlare vågar testa gränserna när risken är stor att man förlorar och får stå för rättegångskostnaderna? I debatten framhålls ofta modiga upphandlare som uppmuntrar företagen att lämna kreativa förlag och lösningar. Dessa kommer sannolikt att försvinna med detta förslag.
- Den offentliga upphandlingen kommer sannolikt bli mer tyngd av juridik och större kraft kommer läggas i upphandlingsprocessen för att undvika fel. Den juridiska riskbedömningen kommer ta en allt större del av upphandlingsprocessen. Det kommer knappast gynna den goda affären. Snarare kommer tid behöva tas från andra viktiga delar som t.ex. marknadsanalys och dialog med marknaden. Risken är stor att upphandlingsprocessen därigenom kommer ta ännu längre tid än i dag.
- Det finns risk för att det skapas en osund maktdemonstration. Upphandlande myndigheter/enheter kan hota med omfattande advokatkostnader mot småskaliga leverantörer som anser sig felbehandlade.
- Vem törs processa i ett upphandlingsmål utan juridiskt ombud om man riskerar att få betala motpartens rättegångskostnader? Detta kommer att kraftigt öka ombudskostnaderna för samtliga parter och såväl leverantörer som upphandlande myndigheter/enheter kommer drabbas i de fall de förlorar ett upphandlingsmål.
- Den administrativa belastningen för domstolarna ökar.

Vi anser att det är olämpligt att upprätta ekonomiska hinder för rättsökande leverantörer att få en prövning av eventuella fel och brister vid offentlig upphandling. I stället bör fokus sättas på att effektivisera domstolsprocessen.

I fråga om regeringens ambition att få ner antalet överprövningar så finns det betydligt mer ändamålsenliga och förtroendeskapande sätt, som framför allt kretsar kring en ökad transparens och dialog mellan leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter:

- Att ha en tidig dialog med marknaden för att säkerställa relevanta och proportionerliga krav.
- Att använda remisser eller request for information (RFI) för att kontrollera upphandlingsdokumentens kvalitet.
- Att alltid ringa upp förlorande leverantörer efter tilldelningsbeslut och berätta varför de inte vann.
- Använda begripliga utvärderingsmodeller.
- Att bedriva ett aktivt uppföljningsarbete.

Kommittédirektiv 2017:69

Flexiblare och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor

Beslut vid regeringssammanträde den 15 juni 2017.

Sammanfattning

En särskild utredare ska göra en översyn av de bestämmelser i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden, dvs. sådana upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven om offentlig upphandling eller om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Syftet med översynen är att utreda hur regelverket kan göras enklare och mer flexibelt. Utredaren ska lämna förslag till hur regelverket kan utformas. Utredaren ska vidare överväga om motsvarande regelverk bör införas också för sådana upphandlingar under tröskelvärdena som regleras i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. I uppdraget ingår att beakta såväl upphandlande myndigheters och enheters som leverantörers intressen, bl.a. små och medelstora företag och idéburna leverantörer.

Utredaren ska vidare överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål. Utredaren ska närmare analysera samt väga för- och nackdelar med bestämmelser om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. Utredaren ska även analysera samt väga för- och nackdelar med att införa avgifter för att ansöka om överprövning av en upphandling som ett alternativ eller komplement till regler om processkostnadsansvar. Utredaren ska vidare föreslå hur regler om detta kan utformas.

Utredaren ska i övrigt föreslå de författningsändringar eller andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade.

Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2018.

Behovet av en utredning

De nationella bestämmelserna om upphandling

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, förkortad LUF, i kraft. Lagarna genomför i huvudsak Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och 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. De nya lagarna har ersatt 2007 års lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. I likhet med de tidigare lagarna innehåller LOU och LUF ett särskilt kapitel för upphandlingar vars värden understiger direktivens tröskelvärden, dvs. sådana upphandlingar som på grund av värdet faller utanför EU-direktivens tillämpningsområde. Kapitlet reglerar också upphandling, oavsett värde, av sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som räknas upp i en bilaga till respektive lag.

I lagstiftningsärendet om genomförandet av EU-direktiven gjordes inte någon egentlig översyn av det regelverk som styr upphandlingar som inte, eller endast till viss del, omfattas av direktiven. Utgångspunkten var i stället att bestämmelserna om sådana upphandlingar i huvudsak oförändrade skulle föras över till de nya lagarna och justeras eller ändras endast när detta var nödvändigt till följd av den ändrade regleringen på det direktivstyrda området. En följd av detta är dock, som regeringen också konstaterade i lagstiftningsärendet, att regelverket för sådana upphandlingar har blivit svåröverskådligt. Regeringen aviserade därför att den avsåg att tillsätta en utredning med uppdrag att se över regleringen (prop. 2015/16:195 del 2 s. 881 f.).

Lagrådet lämnade i sitt yttrande över lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling omfattande och delvis detaljerade synpunkter med anledning av förslaget till regler i 19 kap. LOU och 19 kap. LUF

(se prop. 2015/16:195 del 4 s. 1016, 1161 f. och 1206). Med hänvisning till den aviserade översynen förklarade regeringen att den avsåg att återkomma till huvuddelen av Lagrådets synpunkter och frågor i ett senare sammanhang (se prop. 2015/16:195 del 2 s. 883).

Rättsmedel och effektivitet vid upphandling

År 2015 begärdes överprövning av omkring 8 procent av alla upphandlingar. Direktivstyrda upphandlingar begärdes överprövade i betydligt högre utsträckning än andra upphandlingar (se rapporten Statistik om offentlig upphandling 2016, som tagits fram gemensamt av Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket). Uppgifter från Domstolsverket visar att antalet inkomna ansökningar om överprövning till domstol ökade 2016 jämfört med de närmast föregående fem åren, från omkring 3 000 per år till 4 190. Antalet överprövade upphandlingar är avsevärt högre i Sverige än i de flesta andra EU-länder.

En stor del av den kritik som under senare år har riktats mot upphandlingsregelverket har avsett de negativa effekterna av att så många upphandlingar begärs överprövade och stoppas i domstol (se bl.a. SOU 2011:73 s. 79 f.). Stoppade upphandlingar leder bl.a. till svårigheter för den offentliga sektorn att få tillgång till de varor och tjänster som den är skyldig att tillhandahålla samhällsmedborgarna eller som annars behövs för att upprätthålla den offentliga servicen. Upphandlande myndigheter och enheter måste, när en upphandling begärts överprövad och stoppats, ofta genomföra direktupphandlingar för att täcka behoven. Även dessa upphandlingar kan överprövas och stoppas i domstol eller bli föremål för en talan om ogiltighet. En konsekvens av de många överprövningarna kan vara att rädslan för att upphandlingen stoppas leder till suboptimering, dvs. att upphandlingarna utformas på ett sådant sätt att utvecklingen av innovativa och hållbara varor och tjänster av god kvalitet inte främjas (se SOU 2013:12 s. 341 f.). Att många upphandlingar drar ut på tiden på grund av överprövningar kan också få negativa konsekvenser för de berörda leverantörerna. Vetskapen om att sannolikheten är stor för att upphandlingar begärs överprövade riskerar också att leda till att potentiella leverantörer helt avstår från att lämna anbud. Detta får i sin tur negativa konsekvenser för konkurrensen.

Mot bakgrund av de problem som orsakas, för både samhället och berörda parter, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol, tillsatte den förra regeringen en särskild utredare för att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen. Utredningen, som antog namnet Överprövningsutredningen, lämnade i mars 2015 betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12). Överprövningsutredningen hade i uppdrag att utifrån två tänkbara strategier undersöka hur effektiviteten när det gäller överprövningar kan förbättras. Den ena strategin innebär att åtgärder vidtas för att minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling begärs överprövad och den andra strategin att åtgärder vidtas för att minska antalet överprövningar och därmed antalet stoppade upphandlingar. Utredningen bedömde att en strategi som innebär att man försöker minska antalet ansökningar om överprövning genom ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar inte var en framkomlig väg. Utredningen föreslog i stället åtgärder för att minska de negativa effekterna av att upphandlingar begärs överprövade, bl.a. införande av en s.k. preklusionsfrist för leverantörer, som innebar att fel och brister måste påtalas innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen löpt ut. Inte heller Upphandlingsutredningen 2010 ansåg att ansökningsavgifter eller någon skyldighet att ersätta motpartens processkostnader borde införas och utredde därför inte dessa möjligheter närmare (SOU 2013:12 s. 364).

Det är angeläget att vidta åtgärder som kan bidra till att minska de negativa konsekvenserna av att så många upphandlingar begärs överprövade. Överprövningsutredningens förslag om detta, bl.a. frågan om att införa en preklusionsfrist, bereds för närvarande inom Regeringskansliet och regeringen avser att återkomma i dessa frågor.

Tillströmningen av mål till de allmänna förvaltningsdomstolarna ligger alltjämt på en hög nivå och antalet ansökningar om överprövning har, som tidigare anförts, ökat. Även om det inte finns något klart eller entydigt svar på frågan varför Sverige i förhållande till de flesta andra EU-medlemsstater har ett förhållandevis stort antal överprövningar, kan det konstateras att samtliga nordiska grannländer har infört bestämmelser om både processkostnadsansvar och avgifter för att ansöka om överprövning, samt att nästan samtliga övriga EU-medlemsstater har bestämmelser om processkostnadsansvar eller ansökningsavgifter.

Sammantaget bedöms det mot denna bakgrund finnas behov av att inte bara överväga åtgärder som kan minska de negativa konsekvenserna av överprövningar, utan även på nytt närmare utreda sådana åtgärder som kan bidra till att minska antalet överprövningar.

Uppdraget

Förenklade regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden

Merparten av reglerna i LOU och LUF genomför bestämmelser i EU:s upphandlingsdirektiv. Bestämmelserna är tillämpliga för sådana upphandlingar vars värden överstiger vissa i direktiven angivna tröskelvärden. Andelen upphandlingar som genomförs enligt de direktivstyrda bestämmelserna ökar sedan flera år tillbaka, men utgör fortfarande en mindre andel av det totala antalet upphandlingar. År 2015 uppgick andelen direktivstyrda upphandlingar till 38 procent. Majoriteten av upphandlingarna genomförs alltså med stöd av bestämmelser som inte styrs av EU-direktiven. När det gäller sådana upphandlingar är medlemsstaterna i princip fria att själva bestämma vilka regler som ska gälla. Alltsedan den första svenska lagstiftningen som byggde på EG-direktiv trädde i kraft 1994 har Sverige haft regler om upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

I 19 kap. LOU och LUF regleras, förutom upphandling som understiger tröskelvärdena, även upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som räknas upp i en bilaga till respektive lag. För upphandling av sådana tjänster över tröskelvärdena gäller även ett fåtal direktivstyrda bestämmelser, om bl.a. annonsering. Välfärdsutredningen, som haft i uppdrag att föreslå bl.a. hur regelverket som styr upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster kan förenklas och göras mer flexibelt, har i betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) föreslagit ändringar i LOU när det gäller upphandling av välfärdstjänster. Utredningen har bl.a. föreslagit att det ska införas ett nytt kapitel i LOU, 19 a kap., som ska reglera upphandling av välfärdstjänster över tröskelvärdet och av sådana välfärdstjänster under tröskelvärdet som har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Vidare har utredningen föreslagit ett undantag i LOU för upphandling av sådana välfärdstjänster under tröskelvärdet som inte har ett gränsöverskridande intresse. Ett motsvarande undantag har föreslagits av Utredningen för ett stärkt civilsamhälle

i betänkandet Palett för ett stärkt civilsamhälle (SOU 2016:13). Betänkandena har remissbehandlats och bereds för närvarande inom Regeringskansliet.

En kritik som ofta riktas mot regelverket för upphandlingar är att det är komplicerat och svårtillämpat. Det kan konstateras att regelmassan i 2014 års EU-direktiv har ökat betydligt i jämförelse med tidigare EU-direktiv på upphandlingsområdet. En följd av detta är att även antalet regler i den svenska lagstiftningen har ökat. Vissa av de nya bestämmelserna utgör emellertid klargöranden och förtydliganden som syftar till att underlätta för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. En följd av den ökade regelmängden och komplexiteten är dock att även regelverket för sådana upphandlingar som inte styrs av direktiven har blivit mer omfattande och svårtillgängligt. Till detta bidrar lagstiftningstekniken i 19 kap. LOU och LUF, med dels en katalog med ett urval av de direktivstyrda bestämmelserna som görs tillämpliga på upphandlingar enligt kapitlet, dels en blandning av bestämmelser som inte har någon motsvarighet i direktiven och bestämmelser som helt eller delvis överensstämmer med de direktivstyrda bestämmelserna.

Det är viktigt att utnyttja det handlingsutrymme som finns för att skapa en så lättillgänglig och användarvänlig reglering som möjligt för upphandlingar på det icke direktivstyrda området. En given utgångspunkt för en sådan reglering är att den bör innehålla enkla och flexibla regler som tillgodoser kraven på rättssäkerhet och öppenhet samt främjar en god och sund konkurrens. Särskild vikt bör läggas vid regelförenkling, dvs. åtgärder som minskar den administrativa bördan och kostnaderna för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer, både potentiella anbudsgivare och leverantörer som redan deltar i upphandlingar.

Hur andra EU- eller EES-medlemsstater valt att reglera upphandling under direktivens tröskelvärden kan ge inspiration och uppslag till hur förslagen till reglering kan utformas.

Bestämmelser om upphandling under tröskelvärdena finns, förutom i LOU och LUF, även i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUFS, och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, förkortad LUK. Bestämmelserna i LUK har en något enklare utformning, medan bestämmelserna i LUFS i stora delar motsvarar de som gäller enligt LOU och LUF. Om det är möjligt och lämpligt att utforma de fyra

upphandlingslagarnas bestämmelser om upphandling under tröskelvärdena på ett likartat sätt, kan det i sig innebära en förenkling.

Utredaren ska mot denna bakgrund

- redogöra för hur ett relevant urval av EU- och EES-länder har valt att reglera upphandling under EU-direktivens tröskelvärden,
- undersöka och bedöma behovet av att göra reglerna som styr upphandlingar under tröskelvärdena enklare och mer flexibla, med beaktande av såväl upphandlande myndigheters och enheters intressen som leverantörers intressen,
- bl.a. hos små och medelstora företag samt idéburna leverantörer,
- väga för- och nackdelar med att, såsom enligt nuvarande och tidigare ordning, reglera upphandlingar som inte styrs av EU-direktiven i ett särskilt kapitel i upphandlingslagarna, jämfört med att reglera sådana upphandlingar i en eller flera separata lagar,
- med beaktande av Välfärdsutredningens förslag och den fortsatta beredningen av dessa, analysera och bedöma behovet och lämpligheten av att ha särskilda och delvis olika regler – dels för upphandling av välfärdstjänster, dels för upphandling under tröskelvärdena och upphandling av andra tjänster i kategorin sociala tjänster och andra särskilda tjänster än välfärdstjänster – i jämförelse med att, såsom enligt nuvarande ordning, ha ett enhetligt regelverk för alla sådana upphandlingar,
- föreslå hur bestämmelserna om upphandlingar under tröskelvärdena kan utformas i LOU och LUF,
- analysera och bedöma om det är möjligt och lämpligt att införa motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF i LUK eller LUFS och, om så är fallet, föreslå hur bestämmelserna kan utformas, samt
- föreslå de övriga författningsändringar och andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade.

Utredaren är oförhindrad att behandla andra frågor än de som ingår i uppdraget, förutsatt att de har ett samband med uppdraget i övrigt. Utredaren är också i andra avseenden fri att föreslå de författ-

ningsändringar eller andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade. Detta innebär bl.a. att utredaren, med beaktande av EU-rätten, även får föreslå sådana ändringar i de direktivstyrda reglerna som översynen av de nationella bestämmelserna kan ge anledning till.

Behov av effektivare rättsmedel

Ett rättssäkert och effektivt förfarande för överprövning av upphandlingar är en viktig förutsättning för tilltron till och effektiviteten i upphandlingsregelverket i stort samt för förtroendet för upphandlande myndigheter och enheter.

Bestämmelserna om överprövning i upphandlingslagarna har sin grund i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och tele- kommunikationssektorerna, senast ändrade genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, nedan benämnda första och andra rättsmedelsdirektivet eller rättsmedelsdirektiven. Alla EU:s medlemsstater har genomfört rättsmedelsreglerna, men de har med hänsyn till respektive stats rättstraditioner antagit mycket olika nationella bestämmelser.

Trots att bestämmelserna om överprövning således har sin grund i samma EU-direktiv, och att en övervägande del av överprövningarna avser tillämpningen av materiella regler som också grundas på EU-direktiv, begärs upphandlingar överprövade i betydligt högre utsträckning i Sverige än i de flesta andra EU-medlemsstater. Det är oklart vad detta beror på. Det finns dock en mängd tänkbara förklaringar. En förklaring skulle kunna vara att reglerna för överprövning skiljer sig mycket åt mellan medlemsstaterna, eftersom rättsmedelsdirektiven ger ett förhållandevis stort utrymme för anpassningar till nationella rättsordningar. En annan skulle kunna vara att leverantörer är mer benägna att begära överprövning i Sverige än i andra medlemsstater. Detta kan i sin tur bero på olika faktorer. En

förklaring skulle kunna vara att det i Sverige inte är förknippat med några avgifter för att begära överprövning och att en förlorande part inte kan bli skyldig att i överprövningsmålet ersätta motpartens kostnader för processen. En annan förklaring skulle kunna vara skilda traditioner och synsätt i fråga om t.ex. i vilka situationer som överprövning bör användas.

Förvaltningsprocesslagen (1971:291) och upphandlingslagstiftningen saknar motsvarighet till huvudregeln i dispositiva tvistemål i allmänna domstolar om skyldighet för förlorande part att ersätta motpartens rättegångskostnader och rätten för vinnande part att få sina kostnader ersatta. I likhet med vad som gäller i merparten av de måltyper som handläggs i de allmänna förvaltningsdomstolarna står i upphandlingsmålet i stället vardera parten för sina egna processkostnader, oavsett utgången.

Parterna i de allmänna förvaltningsdomstolarna är normalt en eller flera enskilda mot det allmänna. Upphandlingsmålen är dock i flera avseenden inte jämförbara med övriga måltyper i de allmänna förvaltningsdomstolarna, utan uppvisar i stället flera likheter med civilmål i allmän domstol. Anbudsgivarna är näringsidkare och parterna i processen är, i förhållande till varandra, kommersiella parter. Riskerna som följer av att förlorande part blir skyldig att helt eller delvis ersätta motpartens kostnader torde inte skilja sig nämnvärt åt i de olika processformerna. En skillnad är dock att parterna i ett upphandlingsmål inte kan förlikas. Förutom parterna finns det vidare i många fall andra intressenter, inte minst andra anbudsgivare eller anbudssökande, som i högre eller lägre grad påverkas av utgången i målet utan att de är parter i detta.

Som Överprövningsutredningen har konstaterat är det troligt att regler om skyldighet att ersätta motpartens processkostnader skulle få en processavhållande effekt och därmed minska antalet onödiga överprövningar. Samtidigt kan sådana regler, som utredningen också framhållit, få till följd att leverantörer inte vågar ansöka om överprövning på grund av risken att bli skyldig att betala motpartens kostnader. Det är emellertid inte i sig ett tillräckligt skäl emot sådana regler. Mot detta måste också andra intressen vägas. Även möjligheten för en vinnande leverantör att kunna få sina processkostnader ersatta direkt i upphandlingsmålet kan i viss mån sägas utgöra en rättssäkerhetsfråga. En självklar förutsättning är att reglerna är utformade på ett sätt som tillgodoser kraven på rättssäkerhet.

Att införa ansökningsavgifter i mål om överprövning är en annan tänkbar åtgärd, som kan bidra till att minska antalet överprövningar. Avgifter för att ansöka om domstolens prövning tillämpas inte i någon måltyp i allmän förvaltningsdomstol. Trots att en sådan avgift skulle innebära en principiell nyordning kan det vara motiverat att återigen undersöka om fördelarna med en avgift skulle överväga nackdelarna.

Frågan om domstolsavgifter i upphandlingsmål har varit föremål för EU-domstolens bedömning i flera fall på senare tid. I en dom den 6 oktober 2015 slog domstolen fast att artikel 1 i första rättsmedelsdirektivet, samt principerna om likvärdighet och effektivitet, ska tolkas så att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som innebär att krav ställs på betalning av domstolsavgifter för väckande av talan rörande offentlig upphandling vid förvaltningsdomstol. Målet avsåg bl.a. en standardavgift för att ansöka om överprövning. Avgiften kunde som mest uppgå till motsvarade 2 procent av kontraktsvärdet (EU-domstolens dom Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, se även domarna Tita m.fl., C-495/14, EU:C:2016:230 och CS Star Storage SA, förenade målen C-493/14 och C-488/14, EU:C:2016:688). Frågan om domstolsavgifters förenlighet med rättsmedelsdirektiven har således prövats av EU-domstolen i flera fall efter det att Överprövningsutredningen lämnade sitt betänkande.

Mot denna bakgrund, och för att frågan om åtgärder för att minska antalet överprövningsmål bör ges en allsidig belysning, bör utredaren även överväga avgifter för att ansöka om överprövning som ett alternativ eller ett komplement till regler om processkostnadsansvar. I detta sammanhang bör domstolarnas administration av avgifterna belysas. Utredaren bör också föreslå hur föreskrifter om sådana avgifter kan utformas.

Utredarens överväganden ska omfatta båda slagen av överprövningsmål, dvs. såväl mål om överprövning av upphandling som mål om överprövning av ett avtals giltighet, enligt samtliga upphandlingslagar.

I Finland, Danmark, Norge, Tyskland och Nederländerna finns regler om både ansökningsavgifter och skyldighet för part att i upphandlingsmål ersätta motpartens rättegångskostnader (SOU 2015:12 s. 103 f. och 117 f.). Utredaren bör redogöra närmare för dessa regler och erfarenheterna av tillämpningen från nämnda länder.

Utredaren ska mot denna bakgrund

- dels närmare redogöra för och analysera hur Danmark, Finland, Norge, Nederländerna och Tyskland samt, om det bedöms befogat, andra EU-medlemsstater har utformat regler om ansvar för motpartens kostnader i mål eller ärenden om överprövning och om ansökningsavgifter, dels redovisa erfarenheterna av nämnda länders regleringar,
- redovisa för- och nackdelar med att införa bestämmelser om processkostnadsansvar i överprövningsmål,
- föreslå hur sådana bestämmelser kan utformas i lagstiftningen,
- redovisa för- och nackdelar med att införa avgifter för att ansöka om överprövning som ett alternativ eller ett komplement till bestämmelser om processkostnadsansvar,
- föreslå hur sådana föreskrifter, antingen som ett alternativ eller komplement till regler om processkostnadsansvar, kan utformas, samt
- föreslå de övriga författningsändringar och andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade.

Utredaren är oförhindrad att ta upp även andra frågor än de som ingår i uppdraget, förutsatt att de har samband med uppdraget i övrigt. Utredaren är också i övrigt fri att föreslå de författningsändringar eller andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade. I uppdraget ingår dock inte att överväga om handläggningen av upphandlingsmål bör koncentreras endast till vissa domstolar eller att flytta handläggningen av målen från de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Uppdrag till Upphandlingsmyndigheten att, i samverkan med Konkurrensverket, kartlägga och analysera överprövningsmål

Det finns inte någon samlad kartläggning eller analys av överprövningsmålen i domstol. En sådan skulle kunna bidra till att ge en bättre och tydligare bild av vilka orsakerna är till att Sverige, i förhållande till de flesta andra EU-medlemsstater, har ett så stort antal överprövningar. En sådan kartläggning kan även användas som underlag för

att överväga vilka ytterligare åtgärder som skulle kunna bidra till en effektivisering när det gäller överprövning av upphandlingar. Mot denna bakgrund har regeringen i dag beslutat att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att, i samverkan med Konkurrensverket, göra en sådan kartläggning och analys. Uppdraget ska redovisas senast den 15 december 2017.

Närliggande förslag

Välfärdsutredningen har, som ovan framgått, i betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) föreslagit ändringar i LOU när det gäller regler för upphandling av välfärdstjänster. Även Utredningen för ett stärkt civilsamhälle har föreslagit ändringar i LOU när det gäller upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (SOU 2016:13). Förslagen har remitterats och bereds för närvarande i Regeringskansliet. Utredaren ska beakta dessa utredningars förslag samt följa och beakta den fortsatta beredningen av förslagen. Utredaren får vid behov föreslå ändringar i förslagen som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade.

Konsekvensbeskrivningar

I den utsträckning betänkandet innehåller förslag till nya eller ändrade regler ska förslagens kostnadsmässiga och andra konsekvenser anges. Redovisningen ska motsvara de krav som gäller i fråga om konsekvensutredning vid regelgivning. Utredaren ska särskilt analysera vilka effekter förslagen får för små företag. Om förslagen förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredaren föreslå hur dessa ska finansieras.

Uppdragets genomförande och samråd

Utredaren ska beakta relevant EU-lagstiftning.

Utredaren ska, genom t.ex. en referensgrupp, genomföra uppdraget på ett utåtriktat sätt i kontakt med statliga myndigheter, kommuner, landsting, näringslivsorganisationer och andra berörda aktörer, exempelvis inom det civila samhället. Även advokater och andra

med erfarenhet av ett uppträda som ombud i upphandlingsmål bör omfattas av utredarens utåtriktade kontakter.

Utredaren ska i relevanta delar beakta Överprövningsutredningens betänkande.

Utredaren ska hålla sig informerad om och beakta relevant arbete inom Regeringskansliet.

Utredaren ska samråda med Upphandlingsmyndigheten med anledning av det regeringsuppdrag som regeringen denna dag beslutat ge till myndigheten.

Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2018.

(Finansdepartementet)

Statens offentliga utredningar 2018

Kronologisk förteckning

1. Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld. Fi.
2. Stärkt straffrättsligt skydd för blåljusverksamhet och andra samhällsnyttiga funktioner. Ju.
3. En strategisk agenda för internationalisering. U.
4. Framtidens biobanker. S.
5. Vissa processuella frågor på socialförsäkringsområdet. S.
6. Grovt upphovsrättsbrott och grovt varumärkesbrott. Ju.
7. Försvarsmaktens långsiktiga materielbehov. Fö.
8. Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2018. Beslut under osäkerhet. M.
9. Ökad trygghet för studerande som blir sjuka. U.
10. Myndighetsgemensam indelning – samverkan på regional nivå. Volym 1. Myndighetsgemensam indelning – författningsändringar till följd av ny landstingsbeteckning. Volym 2. Fi.
11. Vårt gemensamma ansvar – för unga som varken arbetar eller studerar. U.
12. Uppdrag: Samverkan 2018. Många utmaningar återstår. A.
13. Finansiering av infrastruktur med skatt eller avgift? Fi.
14. Bidragsbrott och underrättelseskyldighet vid felaktiga utbetalningar från välfärdssystemen – en utvärdering. Fi.
15. Mindre aktörer i energilandskapet – genomgång av nuläget. M.
16. Vägen till självkörande fordon – introduktion. Del 1 + 2. N.
17. Med undervisningsskicklighet i centrum – ett ramverk för lärares och rektorers professionella utveckling. U.
18. Statens stöd till trossamfund i ett mångreligiöst Sverige. Ku.
19. Forska tillsammans – samverkan för lärande och förbättring. U.
20. Gräsrotsfinansiering. Fi.
21. Flexibel rehabilitering. A.
22. Ett ordnat mottagande – gemensamt ansvar för snabb etablering eller återvändande. A.
23. Konstnär – oavsett villkor? Ku.
24. Tid för utveckling. A.
25. Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering. Fi.
26. Några frågor i skyddslagstiftningen. Fö.
27. Ekonomiska sanktioner mot terrorism. UD.
28. En nationell alarmeringstjänst – för snabba, säkra och effektiva hjälpinsatser. Ju.
29. Validering i högskolan – för tillgodoräknande och livslångt lärande. U.
30. Förenklat förfarande vid vissa beslut om hemlig avlyssning. Ju.
31. En lag om operativt militärt stöd mellan Sverige och Finland. Fö.
32. Ju förr desto bättre – vägar till en förebyggande socialtjänst. S.
33. Aggressionsbrottet och ändringar i Romstadgan. Ju.
34. Vägar till hållbara vattentjänster. M.
35. Ett gemensamt bostadsförsörjningsansvar. N.
36. Rätt att forska. Långsiktig reglering av forskningsdatabaser. U.
37. Att bryta ett våldsamt beteende – återfallsförebyggande insatser för män som utsätter närstående för våld. S.

38. Styra och leda med tillit.
    Forskning och praktik. Fi.
39. God och nära vård.
    En primärvårdsreform. S.
40. Vissa fredspliktsfrågor. A.
41. Statliga skolmyndigheter.
    – för elever och barn i en bättre skola.
    U.
42. Tryggad tillgång till kontanter. Fi.
43. Statliga servicekontor
    – mer service på fler platser. Fi.
44. Möjligt, tillåtet och tillgängligt
    – förslag till enklare och flexiblare
    upphandlingsregler och vissa regler
    om överprövningsmål. Fi.

Statens offentliga utredningar 2018

Systematisk förteckning

Arbetsmarknadsdepartementet

Uppdrag: Samverkan 2018. Många utmaningar återstår. [12]

Flexibel rehabilitering. [21]

Ett ordnat mottagande – gemensamt ansvar för snabb etablering eller återvändande. [22]

Tid för utveckling. [24]

Vissa fredspliktsfrågor. [40]

Finansdepartementet

Ett reklamlandskap i förändring – konsumentskydd och tillsyn i en digitaliserad värld. [1]

Myndighetsgemensam indelning – samverkan på regional nivå. Volym 1. Myndighetsgemensam indelning – författningsändringar till följd av ny landstingsbeteckning. Volym 2. [10]

Finansiering av infrastruktur med skatt eller avgift? [13]

Bidragsbrott och underrättelseskyldighet vid felaktiga utbetalningar från välfärdssystemen – en utvärdering. [14]

Gräsrotsfinansiering. [20]

Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering. [25]

Styra och leda med tillit. Forskning och praktik. [38]

Tryggad tillgång till kontanter. [42]

Statliga servicekontor – mer service på fler platser. [43]

Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål. [44]

Försvarsdepartementet

Försvarsmaktens långsiktiga materielbehov. [7]

Några frågor i skyddslagstiftningen. [26]

En lag om operativt militärt stöd mellan Sverige och Finland. [31]

Justitiedepartementet

Stärkt straffrättsligt skydd för blåljusverksamhet och andra samhällsnyttiga funktioner. [2]

Grovt upphovsrättsbrott och grovt varumärkesbrott. [6]

En nationell alarmeringstjänst – för snabba, säkra och effektiva hjälpinsatser. [28]

Förenklat förfarande vid vissa beslut om hemlig avlyssning. [30]

Aggressionsbrottet och ändringar i Romstadgan. [33]

Kulturdepartementet

Statens stöd till trossamfund i ett mångreligiöst Sverige. [18]

Konstnär – oavsett villkor? [23]

Miljö- och energidepartementet

Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2018. Beslut under osäkerhet. [8]

Mindre aktörer i energilandskapet – genomgång av nuläget. [15]

Vägar till hållbara vattentjänster. [34]

Näringsdepartementet

Vägen till självkörande fordon – introduktion Del 1 + 2. [16]

Ett gemensamt bostadsförsörjningsansvar. [35]

Socialdepartementet

Framtidens biobanker. [4]

Vissa processuella frågor på social-
försäkringsområdet. [5]

Ju förr desto bättre – vägar till
en förebyggande socialtjänst. [32]

Att bryta ett våldsamt beteende
– återfallsförebyggande insatser
för män som utsätter närstående
för våld. [37]

God och nära vård. En primärvårdsreform.
[39]

Utbildningsdepartementet

En strategisk agenda
för internationalisering. [3]

Ökad trygghet för studerande
som blir sjuka. [9]

Vårt gemensamma ansvar
– för unga som varken arbetar eller
studerar. [11]

Med undervisningsskicklighet
i centrum – ett ramverk för lärares
och rektorers professionella
utveckling. [17]

Forska tillsammans – samverkan
för lärande och förbättring. [19]

Validering i högskolan – för tillgodo-
räknande och livslångt lärande. [29]

Rätt att forska. Långsiktig reglering av
forskningsdatabaser. [36]

Statliga skolmyndigheter.
– för elever och barn i en bättre skola.
[41]

Utrikesdepartementet

Ekonomiska sanktioner mot terrorism. [27]