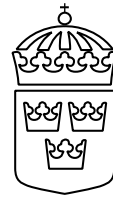


Regeringens proposition

2015/16:129



Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Prop.
2015/16:129

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 10 mars 2016

Stefan Löfven

Ardalan Shekarabi
(Finansdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

I propositionen föreslås att bestämmelserna om interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling och av ett avtals giltighet ska förtydligas. I lagbestämmelserna lyfts fram att användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen ska beaktas vid skadeavvägningen. Förslaget har väckts med anledning av den rådande flyktingsituationen men syftar till att allmänt underlätta genomförandet av skyndsamma upphandlingar. Bestämmelserna görs samtidigt mer direktivnära. Ändringarna föreslås i samtliga lagar på upphandlingsområdet. Ändringarna föreslås träda i kraft den 1 juni 2016.

Innehållsförteckning

1	Förslag till riksdagsbeslut	3
2	Lagtext	4
2.1	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	4
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster	5
2.3	Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.....	6
3	Ärendet och dess beredning	7
4	Skadeavvägning vid interimistiska beslut	8
5	Ikraftträdande	14
6	Konsekvenser	15
7	Författningskommentar	18
7.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	18
7.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster	20
7.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.....	21
Bilaga 1	Sammanfattning av promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar	22
Bilaga 2	Lagförslagen i promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar	23
Bilaga 3	Förteckning över remissinstanserna avseende promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar	29
Bilaga 4	Lagrådsremissens lagförslag	30
Bilaga 5	Lagrådets yttrande	36
	Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 10 mars 2016	39

1 Förslag till riksdagsbeslut

Prop. 2015/16:129

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
3. lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

2 Lagtext

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

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §¹

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

16 §²

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2016.

¹ Senaste lydelse 2011:1030.

² Senaste lydelse 2011:1030.

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

Prop. 2015/16:129

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §¹

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

16 §²

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2016.

¹ Senaste lydelse 2011:1031.

² Senaste lydelse 2011:1031.

Prop. 2015/16:129 2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029)
om upphandling på försvars- och
säkerhetsområdet

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2016.

Regeringen lämnade den 4 juni 2015 en remiss till Lagrådet med förslag till tre nya lagar på upphandlingsområdet (Nytt regelverk om upphandling). I remissen föreslås det att reglerna om överprövning i huvudsak inte ska ändras. Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) innehåller emellertid vissa förslag om ändrade regler för överprövning. Betänkandet har remissbehandlats och förslagen bereds i Regeringskansliet.

Det har under den rådande flyktingsituationen framkommit att ett stort antal direktupphandlade platser för tillfälliga asylboenden inte kan nyttjas. Anledningen är att domstolar förordnat att upphandlingarna inte får avslutas (inhiberats) i avvaktan på att den rättsliga prövningen ska avslutas. Migrationsverket har uppmärksammat regeringen på att dessa inhibitioner väsentligen försvårat myndighetens möjligheter att fullgöra sitt uppdrag att tillhandahålla boende och mat till asylsökande. Migrationsverket anser att i de fall en upphandlande myndighet genomför en direktupphandling på grund av synnerlig brådska att ingå avtal och en domstol i ett överprövningsmål fattar ett interimistiskt beslut innebärande ett förbud för den upphandlande myndigheten att teckna avtal, faller hela syftet med direktupphandlingsförfarandet. Migrationsverket har kommit in med en skrivelse till regeringen i frågan (Fi2015/04505/UR). Den specifika fråga som verket har väckt behandlas varken i den ovan nämnda lagrådsremissen eller i Överprövningsutredningens betänkande.

En promemoria om interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar har tagits fram inom Regeringskansliet. En sammanfattning av promemorian finns i *bilaga 1*. Promemorians lagförslag finns i *bilaga 2*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. Remissyttrandena och en sammanställning av dem finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04884/UR).

Lagrådet

Regeringen beslutade den 18 december 2015 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 4*. Lagrådets yttrande finns i *bilaga 5*. Lagrådet ifrågasätter behovet av lagändring och avstyrker förslagen. Frågan om behovet behandlas i avsnitt 4. Lagrådets synpunkter beträffande den föreslagna lagtexten har beaktats vid utformningen av lagförslagen.

Regeringens förslag: Reglerna om interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling och av ett avtals giltighet ska förtydligas i samtliga lagar på upphandlingsområdet. Det ska av dem uttryckligen framgå att rätten, vid sin bedömning av om den ska fatta ett sådant interimistiskt beslut, ska ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Promemorians förslag: Överensstämmer med regeringens. Regeringen lämnar dock inte nu något förslag som avser de kommande lagarna på upphandlingsområdet utan återkommer med förslag om det.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser tillstyrker förslaget eller har inte några invändningar mot det. *Migrationsverket* välkomnar förslaget till förtydliganden. *Kammarkollegiet* bedömer att förslaget har stöd i direktiven och att användarnas intressen ryms inom begreppet allmänna intressen, men såvitt kollegiet känner till har betydelsen för användarnas intressen inte beaktats i praxis. Det finns därför anledning att förtydliga att även användarnas intressen ska beaktas vid skadeavvägningen. *Oskarshamns kommun* anser att det stämmer väl med såväl krav som utvärderingskriterier på förbättrad miljö och bättre sociala villkor att låta andra intressen än de rent ekonomiska vara avgörande vid interimistiska beslut vid överprövning. *Skåne läns landsting* anför att i praktiken innebär rättspraxis att varje korrekt genomförd direktupphandling stoppas per automatik så fort någon ansöker om överprövning och begär ett interimistiskt beslut. Avvägningen bör ta sin utgångspunkt i om myndighetens behov är brådskande eller inte. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* framhåller att de föreslagna ändringarna är nödvändiga för att upphandlande myndigheter ska kunna utföra sina uppdrag i legitimt brådskande fall. Att ta hänsyn till användare eller andras behov utgör enligt *SKL Kommentus* ett befogat tillägg.

Ett antal remissinstanser avstyrker förslaget. Bland dem ifrågasätter de flesta behovet av lagändringen. *Konkurrensverket* anser att problemen bör kunna lösas genom att upphandlande myndigheter utnyttjar möjligheten att genomföra direktupphandlingar effektivare eller genom en korrekt tillämpning av nu gällande regler om interimistiska beslut. I tredje hand bör problemen kunna lösas genom ett förtydligande i bestämmelsen om interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås som begränsas till att avse upphandlingar utan föregående annonsering. Om den föreslagna ändringen genomförs bör det tydliggöras att det inte är fråga om en materiell förändring. Efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2014 ref. 13 står det redan klart att den önskade skadeavvägningen ska göras vid tillämpningen av 16 kap. 16 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Konkurrensverket föreslår att 16 kap. 9 § LOU ska tillföras ett nytt tredje stycke med följande lydelse. ”Vid överprövning av en upphandling utan föregående annonsering, ska rätten vid bedömningen ta särskild hänsyn till allmänintresset.” *Upphandlingsmyndigheten* anför att de föreslagna lagstiftningsåtgärderna inte förefaller nödvändiga. Det finns enligt

regelverket möjligheter att beakta allmänintresset vid ställningstagandet om interimistiska åtgärder vid överprövning. Det går också att komma tillrätta med de problem som tas upp genom hur direktupphandlingar genomförs och processföringen. Upphandlingsmyndigheten föreslår en liknande lagteknisk lösning som Konkurrensverket. Liknande uppfattningar eller lösningar framförs också av *Kammarrätten i Sundsvall*, *Stockholms universitet (Juridiska fakulteten)*, *Sveriges advokatsamfund*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen*, *Företagarna* och *Advokatfirman Kahn Pedersen*. *Advokatfirman Delphi* anser att de föreslagna förtydligandena återspeglar vad som anges i berörda direktiv och gällande rätt. Advokatfirman menar att det är onödigt långtgående och olämpligt att införa ändringar som ska gälla generellt för samtliga situationer då yrkande om interimistiskt beslut framställs.

Förvaltningsrätten i Malmö föreslår att förslaget utformas enligt direktivets lydelse. *Kammarrätten i Stockholm* föreslår att bestämmelserna utformas så att det framgår att rätten vid bedömningen får ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Skälen för regeringens förslag

Regler om interimistiska beslut vid överprövning

Möjligheten till överprövning av en upphandling utgör en viktig rättssäkerhetsgaranti för leverantörerna. Därför finns bestämmelser om överprövning m.m. i 16 kap. LOU, 16 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, och 16 kap. lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUFs. Bestämmelserna genomför rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG, ändrade genom direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet). Enligt direktiven ska medlemsstaterna se till att upphandlande myndigheter eller enheter inte kan ingå avtal innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. När ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en viss leverantör, får någon överprövning inte ske. För att överprövningar av upphandlingar därför ska vara faktiskt möjliga innan civilrättslig bundenhet uppstår finns regler om avtalsspärr som hindrar de upphandlande myndigheterna och enheterna från att under en viss tid från det att tilldelningsbeslutet har fattats ingå avtal. Den tiden är som huvudregel tio dagar. Detsamma gäller då den upphandlande myndigheten eller enheten har annonserat om förhandsinsyn. Om en ansökan om överprövning har gjorts, fortsätter avtalsspärren att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla. Avtalsspärr gäller inte heller vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering, vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal, eller vid direktupphandling.

I de fall då avtalsspärr inte gäller får rätten, enligt 16 kap. 9 § LOU, besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat bestämts. Rätten får enligt samma paragraf avstå

Prop. 2015/16:129 från att fatta beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

I förarbetena till den nyss nämnda skadeavvägningen (prop. 1992/93:88 s. 102) angavs följande.

I andra stycket finns bestämmelser om en kostnadsavvägning. De åtgärder som kan övervägas måste avvägas i förhållande till den skada som görs gällande och de kostnader som en rättelse kan medföra för upphandlingen i fråga. De intressen som domstolen kan väga in i bedömningen av den skadan får avse även det allmännas intresse.

De åtgärder som domstolen beslutar om för att säkerställa sökandens rätt skall alltså även vara lämpliga med hänsyn till kostnader och andra men som åtgärderna för med sig i den pågående upphandlingen. Därigenom uppfylls direktivets krav på proportionalitet i åtgärderna. Domstolen kan alltså konstatera att ett fel har begåtts, men att den skada som föranletts av detta fel är mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i ett pågående förfarande. Domstolen får alltså i en sådan situation avslå framställningen.

Genom en senare lagändring tydliggjordes att skadeavvägningen endast avser det interimistiska beslut som domstolen har möjlighet att fatta (SFS 1996:433 och prop. 1996/96:165 s. 15 och 18). Förarbetena uppehåller sig främst kring en ekonomisk avvägning mellan det allmänna och den sökande leverantören. Sedan dess har offentlig upphandling utvecklats ytterligare och utgör numera också ett strategiskt verktyg för upphandlande myndigheter och enheter att uppfylla samhällseliga mål som förbättrad miljö, bättre sociala villkor eller ökad sysselsättning. En skadebedömning kan därför avse även andra aspekter än rent ekonomiska. Detta framgår av artikel 2.5 första stycket i rättsmedelsdirektivet (1989/665/EEG), som den aktuella regleringen i LOU bygger på. Motsvarande reglering finns i artikel 2.4 i direktiv 92/13, som regleringen i LUF bygger på, och i artikel 56.5 i direktiv 2009/81/EG, som bestämmelserna i LUF bygger på. Att allmänintresset ska beaktas har dock inte kommit till direkt uttryck i lagtexterna. I den först nämnda artikeln anges följande.

Medlemsstaterna får föreskriva att det behöriga prövningsorganet får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset, och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna.

I samband med genomförandet av ändringsdirektivet (2007/66/EG) anförde regeringen att vid bedömningen av om det finns behov av ett interimistiskt beslut, t.ex. om ett avtal är på väg att fullgöras, måste rätten även väga in att ett beslut kan medföra betydande praktiska och ekonomiska olägenheter för avtalsparterna (prop. 2009/10:180 del 1 s. 351 f.).

I praxis har Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) interimistiskt förordnat att en upphandling inte fick avslutas när domstolens möjlighet till överprövning annars skulle kunna upphöra (RÅ 2003 ref. 64).

Domstolen har anfört att det interimistiska förordnandet med stöd av LOU skiljer sig från inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) eftersom det gör det möjligt att över huvud taget kunna genomföra en överprövning (RÅ 2005 ref. 17).

Motsvarande reglering av interimistiska beslut då förlängd avtalsspärr inte gäller finns vid prövning av ett avtals giltighet enligt 16 kap. 16 § LOU. Enligt denna bestämmelse får rätten besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. HFD har uttalat att interimistiska beslut med stöd av denna bestämmelse föranleder de slags överväganden som ska göras i fråga om beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen. För sådana beslut har det etablerats en praxis av innebörd att domstolen bl.a. har att göra en sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen och beakta vilken betydelse det har för enskilda och allmänna intressen att verkställigheten av ett beslut skjuts upp (HFD 2014 ref. 13).

Reglerna om interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling och av ett avtals giltighet ska förtydligas

Ett interimistiskt beslut, särskilt om inhibition, kan få stora negativa effekter för behoven för de användare eller andra som en upphandling är avsedd att tillgodose. Som reglerna om interimistiska beslut är utformade och tillämpas riskerar emellertid deras intressen att inte beaktas i tillräcklig utsträckning. Reglerna är utformade främst som en ekonomisk skadeavvägning mellan leverantörerna och de upphandlande myndigheterna där en leverantörs intresse av att få en upphandling överprövad vanligtvis väger tyngst. När behoven är omedelbara borde utgångspunkten tvärtom vara att upphandlingarna inte ska hindras av den rättsliga prövningen. Detta gäller särskilt vid brådskande direktupphandlingar eller förhandlade förfaranden utan föregående annonsering. Det finns mot denna bakgrund anledning att överväga om bestämmelserna om interimistiska beslut kan förtydligas på det sätt som föreslås i promemorian.

Flera remissinstanser, däribland *Konkurrensverket*, *Upphandlingsmyndigheten*, *Svenskt Näringsliv* och *Sveriges advokatsamfund*, ifrågasätter emellertid behovet av de i promemorian föreslagna författningsändringarna. De pekar i första hand på att det som föreslås redan gäller enligt de bestämmelser som förslaget avser och att det problem som initierat lagstiftningsärendet lämpligare bör hanteras genom korrekt tillämpning av dessa regler. De anser också att det som en följd av rättsfallet HFD 2014 ref. 13 inte finns något behov av att förtydliga 16 kap. 16 § LOU m.fl. bestämmelser om interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Regeringen har förståelse för de synpunkter som förs fram och delar bedömningen av gällande rätt. Regeringen har också i den rådande flyktingsituationen gett Upphandlingsmyndigheten uppdraget som resulterade i den vägledning som kompletterar EU-kommissionens vägledning, vilka *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen* och *Företagarna* hänvisar till som tillräckligt stöd för att hantera de problem som framkommit. Regeringen instämmer vidare i att det finns utrymme i upphandlingsreglerna att genomföra skyndsamma upphandlingar men gör bedömningen att detta

Prop. 2015/16:129 inte är tillräckligt för att de påföljande domstolsprocesserna ska kunna slutföras så skyndsamt som möjligt, när det med beaktande av allmänintresset är särskilt angeläget.

Även *Lagrådet* har ifrågasatt behovet av lagstiftningsåtgärd. Det är enligt *Lagrådet* inte känt på vilken grund de interimistiska besluten fattades i Migrationsverkets mål, på vilken grund sådana beslut i allmänhet har fattats eller hur länge de har brukat gälla. Behovet av lagstiftningsåtgärder kan därför inte bedömas. Regeringen gör emellertid en annan bedömning av behovet än *Lagrådet*. Av utredningen i lagstiftningsärendet, som har kompletterats efter lagrådsbehandlingen, framkommer att domstolarna i nu aktuella sammanhang i allt väsentligt tycks luta sig mot HFD:s praxis i RÅ 2003 ref. 64 och fattar interimistiska beslut i syfte att ha möjlighet att överpröva en upphandling, utan att redovisa någon närmare skadeavvägning. Vidare framgår att domstolarna har fattat de interimistiska besluten utan att först bereda Migrationsverket tillfälle att yttra sig. I något fall har Migrationsverket begärt omprövning av det interimistiska beslutet och argumenterat kring den skada som ett interimistiskt beslut orsakar men utan framgång. Sammantaget har ett fåtal anskaffningar av verket genererat ett hundratal processer. Upphandlingar har i vissa fall varit inhiherade i flera år. Att fler upphandlande myndigheter och enheter ser motsvarande problematik som kommit fram genom Migrationsverket bekräftas av remissutfallet av den promemoria som ligger till grund för regeringens förslag. Utöver det finns det särskilt på livsmedelsområdet exempel på att direktupphandlingar genomförts då upphandlande myndigheter hamnat i tidsnöd efter att den ordinarie upphandlingen överprövats. I ett flertal fall har detta lett till en domstolsprocess om ogiltigförklaring av avtal. Även vid upphandlingar på hälso- och sjukvårdsområdet finns exempel på detta. Utgångspunkten bedöms vara att domstolarna generellt tillämpar RÅ 2003 ref. 64 utan närmare skadeavvägning som stöd för att upphandlingar ska stoppas.

Regeringen anser mot denna bakgrund, i likhet med framför allt de remissinstanser som är upphandlande myndigheter, att det finns ett behov av att tydliggöra att allmänintresset ska beaktas i den skadeavvägning som ska ske vid interimistiska prövningar, oavsett vilken typ av upphandling eller förfarande som det är fråga om. I vilken utsträckning de olika intressena bör beaktas i den enskilda upphandlingsprocessen är däremot beroende av förutsättningarna i det enskilda fallet. Dit hör de intressen som är aktuella i upphandlingen, när under upphandlingen den rättsliga processen sker, parternas processföring och domstolens bedömning. Mot den bakgrunden finns det inte anledning att utforma bestämmelserna för de interimistiska besluten på skilda sätt även om prövningarna kan skilja sig åt. Regeringen ser därför inte anledning att, som *Konkurrensverket* och flera andra remissinstanser föreslår, utforma särskilda bestämmelser för interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling som skett utan föregående annonsering. Ett genomförande på det sättet kan tvärtom uppfattas som att allmänintresset inte får beaktas i andra situationer än den särskilt reglerade. Allmänintresset ska dock beaktas även i andra situationer än de som initierat detta ärende. Det följer redan av direktivtexten och av tillämpningen av gällande bestämmelser. *Kammarrätten i Stockholm* anser att förslaget bör, i likhet

med direktivtexterna, utformas som en möjlighet och inte en skyldighet för domstolarna att beakta dessa intressen. Regeringen har förståelse för den synpunkten eftersom författningstexten i så fall skulle utformas än mer nära direktivets lydelse. Regeringen anser emellertid att det bör tydligt framgå att dessa intressen ska beaktas, när prövningen aktualiseras. Det bör dock framhållas att avsikten med förslaget inte är att ändra eller reglera domstolarnas utredningsskyldighet (se RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55). Som *Lagrådet* har framhållit borde för övrigt en sådan eventuell reglering av rättens utredningsskyldighet inte göras i en bestämmelse om interimistiska beslut. Regeringen anser sammanfattningsvis att det av bestämmelserna ska framgå att användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen ska beaktas. Regeringen har fullt förtroende för att de processförande parterna för in dessa intressen när det behövs och att domstolarna fortsatt gör väl avvägda bedömningar av det som tillförts målet.

Konkurrensverket, *Upphandlingsmyndigheten* och *Advokatfirman Kahn Pedersen* pekar på att skadeavvägningen vid interimistiska beslut ligger till grund för den bedömning som ska göras när domstolarna prövar om en förlängd avtalsspärr ska upphävas enligt 16 kap. 8 § andra stycket LOU och vid beslut att en tiodagarsfrist inte ska gälla enligt 16 kap. 10 § fjärde stycket LOU. Förslaget skapar enligt Konkurrensverket oklarhet om vad som gäller för bedömningarna vid sådana beslut. *Kammarrätten i Sundsvall* och *SKL Kommentus* föreslår att även dessa bestämmelser ska ändras. Regeringen kan konstatera att det i de nämnda bestämmelserna saknas en uttrycklig regel om en skadeavvägning. Det finns för närvarande inte heller skäl att införa någon sådan. I vilken utsträckning som allmänna och andra hänsyn tas enligt dessa bestämmelser får således fortsatt utvecklas genom rättspraxis.

Samtliga regler med samma lydelse ska förtydligas

Reglerna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd är huvudsakligen desamma i LUF och LUFs som i LOU. Enligt regeringens mening ska hänsyn till användarnas intresse, allmänna intressen eller övriga berörda intressen kunna tas oavsett vilken av upphandlingslagarna som tillämpas. Behovet av att ta sådana hänsyn varierar som konstaterats mellan olika upphandlingar och till följd av det även mellan de olika upphandlingslagarna. *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Kahn Pedersen* ifrågasätter att reglerna ska vara desamma i samtliga lagar men regeringens mening är att författningsstödet för att beakta de nyss nämnda intressena även fortsättningsvis ska utformas på samma sätt även i LUF och LUFs.

Förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling har behandlats i Lagrådet och bereds för närvarande i Regeringskansliet. De utgör i huvudsak materiella ändringar i upphandlingsreglerna till följd av nya direktiv på upphandlingsområdet. Rättsmedelsdirektiven, som reglerna om överprövning bygger på, är dock desamma. De förslagen innehåller därför, med redaktionella ändringar, motsvarande reglering om interimistiska beslut som i LOU och LUF. Några sakliga ändringar av de aktuella bestämmelserna föreslås alltså inte i den remissen. De ändringar som föreslås i denna proposition bör därför göras även i de föreslagna

Prop. 2015/16:129 lagarna, dvs. i förslaget till ny lag om offentlig upphandling, i förslaget till ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna och i förslaget till lag om upphandling av koncessioner. Regeringen avser att återkomma till riksdagen med dessa förslag.

Bör förslaget samordnas med andra lagstiftningsåtgärder?

Förslaget som lämnas i denna proposition har i sak inte behandlats i lagrådsremissen. Nytt regelverk om upphandling och omfattas inte heller av de förslag som Överprövningsutredningen har lämnat. Förslaget har, som *Konkurrensverket* framhåller, beröringspunkter med Överprövningsutredningens förslag (SOU 2015:12) och skulle, som *Upphandlingsmyndigheten* pekar på, kunna hanteras i anslutning till behandlingen av den utredningens förslag eller tillsammans med den av regeringen aviserade utredningen om förändringar av förfarandereglerna för icke direktivstyrd upphandling. Regeringen instämmer i att det i och för sig finns fördelar med en sådan hantering. Förslaget som lämnas i denna proposition kan dock hanteras separat och är enligt regeringens mening så angeläget att det därför lämnas särskilt i denna proposition.

5 Ikraftträdande

Regeringens förslag: Ändringarna i de gällande lagarna på upphandlingsområdet ska träda i kraft den 1 juni 2016.

Promemorians förslag: Överensstämmer inte med regeringens. Promemorian föreslår ett ikraftträdande den 1 mars 2016.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser framför synpunkter på ikraftträdandet. *SKL Kommentus* anser att förslaget bör införas så snart som möjligt. Det finns med hänsyn till de domstolar som kan komma att ställas inför dessa bedömningar redan innan det föreslagna ikraftträdandet ingen anledning att avvakta med införandet. Ett tidigare ikraftträdande harmoniserar bättre med syftet med förslaget. *Regelrådet* anser att redovisningen av särskild hänsyn till tidpunkt för ikraftträdande är bristfällig.

Skälen för regeringens förslag: Regeringen anser att det är angeläget att bestämmelserna om interimistiska beslut förtydligas. Därför delar regeringen *SKL Kommentus* uppfattning att ändringarna i de gällande lagarna ska träda i kraft så snart som möjligt. Reglerna kan med hänsyn till lagstiftningsprocessen träda i kraft den 1 juni 2016. Ändringarna i de föreslagna lagarna i det nya regelverket om upphandling bör naturligtvis träda i kraft samtidigt som förslagen i den lagrådsremissen. Regeringen återkommer om det. Eftersom förslaget innebär ett förtydligande av den aktuella regleringen behövs enligt regeringen inte några övergångsbestämmelser. Reglerna kan därför tillämpas redan vid ikraftträdandet oavsett när en upphandling har påbörjats.

Regeringens bedömning: Förslaget syftar till att påverka rättstillämpningen genom att tydliggöra att användarnas intresse och allmänintresset ska beaktas vid interimistiska prövningar i upphandlingsmål. En viss omfördelning av upphandlingsmål och därmed kostnader förväntas. Förslaget är till fördel för kommuner och andra upphandlande myndigheter och enheter men innebär nackdelar för förlorande leverantörer. Samhällsekonomiska besparingar förväntas uppkomma.

Promemorians bedömning överensstämmer i huvudsak med regeringens.

Remissinstanserna: Flertalet av de remissinstanser som yttrar sig om förslaget konsekvenser, däribland *Konkurrensverket*, *Upphandlingsmyndigheten*, *Kammarkollegiet*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen* och *Företagarna* är kritiska till konsekvensanalysen och efterlyser analyser av hur förslaget påverkar andra upphandlingar än direktupphandlingar som inte har annonserats. Konkurrensverket framhåller att förslaget kan få negativa konsekvenser i andra situationer som är svåra att överblicka. Det framstår som riskabelt och onödigt långtgående att, för att avhjälpa de problem som anges, genomföra lagändringar som riskerar att leda till betydande principiella och praktiska förändringar i överprövningsprocessen i allmänhet. *Regelrådet* anser att redogörelsen för alternativa lösningar och effekter av om ingen reglering kommer till stånd, redovisningen av behov av speciella informationsinsatser och berörda företag utifrån antal, storlek och bransch, påverkan på företagens administrativa kostnader, påverkan på företagens andra kostnader, påverkan på konkurrensförhållandena för berörda företag samt särskilda hänsyn till små företag vid reglernas utformning, är bristfälliga. *Kammarrätten i Sundsvall* ifrågasätter om förslaget kommer att leda till färre interimistiska beslut, i vart fall i överrätt, eller snabbare och mer koncentrerade processer. *Förvaltningsrätten i Malmö* ställer sig frågande till bedömningen att lagändringarna kan förväntas leda till minskade kostnader i förvaltningsrätterna utan tvärtom kan antalet mål om ogiltigförklaring och upphandlingsskadeavgift komma att öka. *Skåne läns landsting* anför att om upphandlande myndigheter skulle missbruka möjligheten till direktupphandling kommer skadeståndsmålen att öka. *Stockholms läns landsting* anser att det kan vara betungande att tillgodose leverantörernas intresse av rättslig prövning genom skadestånd, vilket kan leda till att mindre leverantörer inte kan utnyttja sin rätt att påkalla rättslig prövning. *Sveriges advokatsamfund* framför att antalet mål med interimistiska beslut är få och att de flesta direktupphandlingar och förhandlade förfaranden på grund av synnerlig brådska inte blir föremål för en ansökan om överprövning av upphandling, eftersom avtal normalt tecknas snabbt. Antalet mål om överprövning av avtals giltighet kommer troligen att öka. *Advokatfirman Delphi* bedömer att antalet överprövningsmål i förvaltningsdomstolarna kommer att öka, dels till följd av de tolkningsproblem som kommer uppstå på grund av de

Prop. 2015/16:129 föreslagna ändringarna, dels till följd av att ansökningar om överprövning kommer flyttas från att avse tilldelning av kontrakt till att avse avtals giltighet. Advokatfirman framför även att skadestandsprocesser till följd av brott mot upphandlingsreglerna är oerhört tids- och resurskrävande. *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser att förslaget innebär påtagliga försämringar för möjligheten att över huvud taget överpröva upphandlingar. Det finns en överhängande risk för att kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen inte kommer meddela interimistiska beslut vid överklagande av annonserade upphandlingar, där avslag har meddelats i första instans. *Tillväxtverket* pekar på att utredningstiden varit kort och att verket därför gärna ser att förslaget följs upp efter ikraftträdandet för att säkerställa att reglerna blir ändamålsenliga.

Skälen för regeringens bedömning: Syftet med förslaget till ändrade bestämmelser är att förtydliga vad som ska beaktas vid prövningen av interimistiska beslut och att påverka rättstillämpningen. Förslaget skapar förutsättningar för att användarnas intresse och allmänna intressen i högre utsträckning beaktas vid interimistiska beslut prövningar i upphandlingsmål och medför, som *Försvarets materielverk (FMV)* också anser, att bestämmelserna blir tydligare och mer ändamålsenliga. De aspekter som föreslås lyftas fram i lagstiftningen är sådana som redan får beaktas. Med hänsyn till att intresset för framför allt användarna av det som upphandlas lyfts fram, bör det emellertid främst bli vanligare att sådana omständigheter förs fram i domstolsprocesserna av de upphandlande myndigheterna och enheterna. Förslaget innebär således ingen ytterligare utredningsskyldighet för domstolarna. De faktiska konsekvenser som förslaget väntas få är däremot att underlaget för domstolarnas bedömningar kommer att bli mer fullständigt. Genom det förväntas rättsläget att utvecklas.

Förslaget innebär negativa effekter för de förlorande leverantörerna. Eftersom rättsläget i grunden inte ändras, är de negativa effekterna för dessa framför allt att de upphandlande myndigheterna och enheterna i viss ökad utsträckning kommer att presentera underlag för att ta hänsyn till allmänintresset, vilket förväntas leda till att färre interimistiska beslut fattas. I viss mån kan detta även innebära större krav på leverantörernas processföring i domstol. Några mätbara effekter för enskilda företag uppstår knappast som en följd av den begränsade ändring som föreslås. Som en konsekvens av förslaget kan antalet mål om ogiltighet av avtal och skadestånd i viss mån komma att öka. Det innebär en omfördelning av kostnaderna mellan olika slags mål och domstolar. Regeringen delar *Tillväxtverkets* bedömning att ändringarna kan leda till en mer effektiv överprövningsprocess inom upphandlingsområdet. Kostnaderna bör enligt regeringen därför kunna täckas inom ramen för befintliga resurser.

Eftersom förslaget är ett förtydligande av gällande rätt bedöms konsekvenserna således inte bli så omfattande som flera remissinstanser befarar. Regeringen har förståelse för den oro som bl.a. *Konkurrensverket* framför att förslaget kan få negativa konsekvenser i andra situationer än den som förslaget primärt tar sikte på. Regeringen har dock som tidigare framhållits fullt förtroende för att domstolarna kommer att göra väl avvägda bedömningar vid tillämpningen av de aktuella bestämmelserna.

Förslaget bedöms vara till fördel för kommuner och andra upphandlande myndigheter och enheter. Förslaget bedöms inte innebära några inskränkningar i den kommunala självstyrelsen. Samhälls-ekonomiska besparingar förväntas uppkomma genom att anskaffning av allmännyttiga förnödenheter i vissa fall inte fördröjs.

Förslaget innebär inte några konsekvenser för sysselsättningen i olika delar av landet, för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet eller för jämställdheten mellan män och kvinnor. Det innebär inte heller några negativa konsekvenser för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

Regelrådet efterfrågar en analys av effekterna av om ingen reglering kommer till stånd. Skulle förslaget inte genomföras riskerar rättstillämpningen, enligt regeringens bedömning, att vara oförändrad och färre omständigheter som kan ligga till grund för domstolens prövning, i förhållande till om förslaget genomförs, lyfts fram.

Det är angeläget att information om lagändringarna sprids genom befintliga informationskanaler, som bl.a. Upphandlingsmyndigheten.

Det är, som flera remissinstanser är inne på, angeläget att effekterna av den nya regleringen följs upp. Regeringens avsikt är därför att de nya reglerna bör utvärderas när de varit i kraft tillräckligt länge för att effekterna av dem ska kunna bedömas.

7.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Det nya *tredje stycket*, som har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter beträffande den föreslagna lagtexten, reglerar vad som ska beaktas vid den skadeavvägning som enligt paragrafen ska ske vid interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling. Ett sådant beslut skiljer sig från ett beslut om inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen, se RÅ 2003 ref. 64, RÅ 2005 ref. 17, SOU 2006:28 s. 296 och HFD 2014 ref. 13. Skadeavvägningen kan utmyнна i att ett interimistiskt beslut fattas enligt första stycket eller att rätten enligt andra stycket avstår från att fatta ett sådant beslut.

Vid rättens överväganden ska enligt bestämmelsen i tredje stycket hänsyn tas till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen. Hänsynen till användarnas intresse tar sikte på brukarna eller övriga som använder sig av det som anskaffas. Det kan vara fråga om såväl enskilda, företag som företrädare för det offentliga. Allmänintresset avser både samhällsekonomiska och samhällspolitiska aspekter. Utöver hänsynen till grupper av brukare rymmer detta intresse även generella hänsyn som att fysisk eller organisatorisk infrastruktur upprätthålls. Övriga berörda intressen tar främst sikte på förlorande och vinnande leverantörer.

Vid den samlade bedömningen kan omständigheter som att den upphandlande myndigheten av ett angeläget och legitimt skäl har tillämpat ett påskyndat förfarande eller en direktupphandling i en brådskande situation tala för att domstolen ska avstå från att förordna interimistiskt. Om domstolen avstår från att förordna interimistiskt får leverantörernas berättigade möjlighet att få rättsenligheten av en upphandling prövad i stället främst tillgodoses genom bestämmelserna om överprövning av ett avtals giltighet, upphandlingsskadeavgift och skadestånd.

Att rätten vid sin bedömning ska ta hänsyn till angivna intressen ändrar inte domstolarnas utredningsskyldighet, se RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55. Regleringen innebär således fortsatt att domstolen har en möjlighet att fatta ett interimistiskt beslut. När domstolen överväger ett

interimistiskt beslut ska den dock beakta det som tillförts målet av parterna. Prop. 2015/16:129

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Det nya *tredje stycket*, som har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter beträffande den föreslagna lagtexten, reglerar vad som ska beaktas vid den skadeavvägning som enligt paragrafen ska ske vid interimistiska beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Övervägandena är av det slag som ska göras i fråga om beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen, se HFD 2014 ref. 13. Skadeavvägningen kan utmynna i att ett interimistiskt beslut fattas enligt första stycket eller att rätten enligt andra stycket avstår från att fatta ett sådant beslut.

Vid rättens överväganden ska enligt bestämmelsen i tredje stycket hänsyn tas till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen. Hänsynen till användarnas intresse tar sikte på brukarna eller övriga som använder sig av det som anskaffas. Det kan vara fråga om såväl enskilda, företag som företrädare för det offentliga. Allmänintresset avser både samhällsekonomiska och samhällspolitiska aspekter. Utöver hänsynen till grupper av brukare rymmer detta intresse även generella hänsyn som att fysisk eller organisatorisk infrastruktur upprätthålls. Övriga berörda intressen tar främst sikte på förlorande och vinnande leverantörer.

Vid den samlade bedömningen kan omständigheter som att den upphandlande myndigheten av ett angeläget och legitimt skäl har tillämpat ett påskyndat förfarande eller en direktupphandling i en brådskande situation tala för att domstolen ska avstå från att förordna interimistiskt. Om domstolen avstår från att förordna interimistiskt får leverantörernas berättigade möjlighet att få rättsenligheten av ett avtal prövad i stället främst tillgodoses genom bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och skadestånd.

Att rätten vid sin bedömning ska ta hänsyn till angivna intressen ändrar inte domstolarnas utredningsskyldighet, se RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55. Regleringen innebär således fortsatt att domstolen har en möjlighet att fatta ett interimistiskt beslut. När domstolen överväger ett interimistiskt beslut ska den dock beakta det som tillförts målet av parterna.

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

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Det nya *tredje stycket* motsvarar förslaget till 16 kap. 9 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Det nya *tredje stycket* motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

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

Prop. 2015/16:129

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Det nya *tredje stycket* motsvarar förslaget till 16 kap. 9 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Det nya *tredje stycket* motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

Sammanfattning av promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

I syfte att underlätta myndigheternas arbete i den rådande flyktingsituationen föreslås i denna promemoria att bestämmelserna om interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling och av avtals giltighet ska förtydligas. Lagbestämmelserna görs mer direktivnära och det lyfts därigenom fram att bl.a. användarnas intressen ska beaktas vid skadeavvägningen.

Lagförslagen i promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Prop. 2015/16:129
Bilaga 2

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

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §¹

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §²

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 mars 2016.

¹ Senaste lydelse 2011:1030.

² Senaste lydelse 2011:1030.

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

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §¹

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §²

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till intresset för dem som ska nyttja det som upphandlas, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Denna lag träder i kraft den 1 mars 2016.

¹ Senaste lydelse 2011:1031.

² Senaste lydelse 2011:1031.

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

Prop. 2015/16:129
Bilaga 2

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 mars 2016.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att 20 kap. 9 och 16 §§ i lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

20 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:129
Bilaga 2

Härigenom föreskrivs att 20 kap. 9 och 16 §§ i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

20 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

Förteckning över remissinstanserna avseende promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Prop. 2015/16:129
Bilaga 3

Följande remissinstanser har yttrat sig över promemorian: Riksdagens ombudsmän (JO), Göteborgs tingsrätt, Kammarrätten i Stockholm, Kammarrätten i Sundsvall, Förvaltningsrätten i Göteborg, Förvaltningsrätten i Malmö, Domstolsverket, Migrationsverket, Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, Försvarets materielverk (FMV), Kammarkollegiet, Stockholms universitet (Juridiska fakulteten), Trafikverket, Tillväxtverket, Regelrådet, Göteborgs kommun, Jönköpings kommun, Kils kommun, Malmö kommun, Oskarshamns kommun, Skåne läns landsting, Stockholms läns landsting, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus Inköpscentral AB, Sveriges advokatsamfund, Svenskt Näringsliv och Sveriges Offentliga inköpare (SOI).

Tyresö kommun har uppgett sig avstå från att yttra sig.

Yttrande har även inkommit från Konkurrenskommissionen, Företagarna, Advokatfirman Delphi och Advokatfirman Kahn Pedersen.

Lagrådsremissens lagförslag

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

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §¹

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §²

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 mars 2016.

¹ Senaste lydelse 2011:1030.

² Senaste lydelse 2011:1030.

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

Prop. 2015/16:129
Bilaga 4

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §¹

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §²

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 mars 2016.

¹ Senaste lydelse 2011:1031.

² Senaste lydelse 2011:1031.

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

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 mars 2016.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling

Prop. 2015/16:129
Bilaga 4

Härigenom föreskrivs att 20 kap. 9 och 16 §§ i lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

20 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna

Härigenom föreskrivs att 20 kap. 9 och 16 §§ i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

20 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

Prop. 2015/16:129
Bilaga 4

Härigenom föreskrivs att 16 kap. 9 och 16 §§ i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

16 kap.

9 §

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

Lagrådets yttrande

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-01-19

Närvarande: F.d. justitieråden Severin Blomstrand och Annika Brickman samt justitierådet Agneta Bäcklund.

Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Enligt en lagrådsremiss den 18 december 2015 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
3. lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
4. lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling,
5. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, och
6. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunnige Mats Rundström.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

I remissen föreslås likalydande ändringar i lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Likalydande ändringar föreslås även i de till Lagrådet remitterade förslagen till nya lagar på området. Ändringarna utgörs av ett tillägg till reglerna om interimistiska beslut vid överprövning av en upphandling och av ett avtals giltighet. Tillägget innebär att rätten, vid sin bedömning av om den ska fatta ett interimistiskt beslut, ska ta hänsyn till det som tillförts målet om användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Lagförslaget uppges vara föranlett av den rådande flyktingsituationen, då ett stort antal direktupphandlade platser för tillfälligt asylboende inte har kunnat utnyttjas därför att domstolar har förordnat att upphandlingarna inte fått avslutas i avvaktan på den rättsliga prövningen.

Varken i den remitterade promemorian eller i lagrådsremissen har redovisats någon närmare undersökning av de återopade interimistiska besluten. I samband med föredragningen har Lagrådet fått följande upplysningar.

Inför arbetet med den promemoria som låg till grund för lagstiftningsarbetet hämtades domstolsavgöranden in som

Migrationsverket åberopat och en redogörelse för omständigheter omkring dessa. Sammanfattningsvis framkom att Migrationsverket 2013 gjorde en stor ramavtalsupphandling som inhiberades. Hösten 2015 låg målet i Högsta förvaltningsdomstolen, fortfarande inhiberat efter två år. För att hantera de behov som fanns hade verket under tiden delat upp anskaffningsbehovet i flera delar som direktupphandlades. Även dessa begärdes överprövade och inhiberades. I överprövningarna förordnade domstolarna regelmässigt att avtal inte fick slutas innan prövningen hade avslutats. Därför gjorde verket skyndsamma direktupphandlingar och tecknade avtal direkt med dem som vann de direktupphandlingar som föregick dessa. Det innebär att verket har genomfört upphandlingar i tre stadier för samma anskaffning. Totalt har detta genererat ett hundratal processer. Ett stort antal platser fanns således att tillgå men verket hade på grund av domstolsprocesserna inte möjlighet att utnyttja dem. Att fler upphandlande myndigheter och enheter ser motsvarande problematik som kommit fram kring Migrationsverket bekräftas av remissutfallet.

Den föreslagna lagändringen motiveras alltså i huvudsak med omständigheterna vid en ramavtalsupphandling och följderna av den. Det är inte känt för Lagrådet på vilken grund besluten fattades i detta fall. Inte heller framgår det på vilken grund inhibitionsbeslut i allmänhet har fattats eller hur länge de har brukat gälla. I avsaknad av besked i dessa hänseenden kan Lagrådet inte bedöma behovet av lagstiftningsåtgärder. Ett antal remissinstanser, bl.a. Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten har också ifrågasatt behovet av lagändringen.

I remissen sägs att lagförslagen är avsedda att vara ett förtydligande utan någon ändring av rättsläget. Det är svårt att förstå att förslagen i så fall kan få den eftersträlvade effekten att allmänt underlätta genomförandet av brådskande upphandlingar.

I själva verket förefaller det vara så att förslagen syftar till en ändrad rättstillämpning som leder till att färre interimistiska beslut meddelas. För att det syftet ska uppnås krävs en reglering som anvisar just en annan rättstillämpning än den nuvarande. Lagrådet noterar i det sammanhanget att 16 kap. 14 § lagen om offentlig upphandling föreskriver – för en annan situation – att, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, rätten ska besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

I remissen skymtar tanken att lagändringen ska leda till att den upphandlande myndighet som är part i målet mer utförligt än för närvarande argumenterar i inhibitionsfrågan och åberopar de omständigheter som talar för att allmänintresset ska tillgodoses. En sådan tanke kan förverkligas på annat sätt än genom den föreslagna lagändringen. Lagförslaget är föranlett av den rådande flyktingsituationen. En adekvat åtgärd kan då vara att utbilda dem som företräder Migrationsverket om de processuella förutsättningarna i målen.

Beträffande den föreslagna lagtexten vill Lagrådet tillägga följande.

Enligt andra stycket i paragrafernas nu gällande lydelse ska rätten avstå från att besluta om inhibition, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören. Den leverantör som åsyftas måste vara den som har begärt överprövning och hans skada ska alltså vägas mot skador eller olägenheter som andra skulle drabbas av, om inhibition beslutades. Vilken skada för leverantören som avses framgår inte av lagtexten. I det föreslagna tredje stycket föreskrivs att rätten ska ta hänsyn till bl.a. övriga berörda intressen av det som upphandlas. Enligt författningskommentaren tar detta sikte främst på förlorande och vinnande leverantörer. Lagrådet ifrågasätter att avvägningen enligt andra stycket kan avse en skada som har att göra med leverantörernas intresse av det som upphandlas.

I lagtexten anges att rätten ska ”ta hänsyn till det som tillförts målet”. Med uttrycket ska markeras att rättens utredningsskyldighet inte ändras i förhållande till vad som framgår av rättsfallet RÅ 2009 ref. 69. Formuleringen säger emellertid ingenting om rättens utredningsskyldighet; även det som rätten tillför målet omfattas av uttrycket och det ger inget svar på frågan när rätten ska tillföra målet någonting.

Om rättens utredningsskyldighet i upphandlingsmål ska lagregleras i enlighet med rättsfallet, bör det inte göras i en bestämmelse om interimistiska beslut utan med den generella tillämpning som Högsta förvaltningsdomstolen har avsett.

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 10 mars 2016

Närvarande: statsminister Löfven, ordförande, och statsråden Romson, Wallström, Y Johansson, Baylan, Persson, Hultqvist, Hellmark Knutsson, Lövin, Regnér, Andersson, A Johansson, Bolund, Kaplan, Bah Kuhnke, Strandhäll, Shekarabi, Fridolin, Wikström

Föredragande: statsrådet Shekarabi

Regeringen beslutar proposition 2015/16:129 Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar