

Regelrådet Regelrådet <regelradet@regelradet.se>

Finansdepartementet, Remiss - PM om interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

1 meddelande

Tatjana Nordström <tatjana.nordstrom@regeringskansliet.se> 22 oktober 2015 16:14

Till: "justitieombudsmannen@jo.se" <justitieombudsmannen@jo.se>, "hovratten.skaneblekinge@dom.se" <hovratten.skaneblekinge@dom.se>, "gbg.tingsratt@dom.se" <gbg.tingsratt@dom.se>, "kammarrattenistockholm@dom.se" <kammarrattenistockholm@dom.se>, "kammarrattenisundsvall@dom.se" <kammarrattenisundsvall@dom.se>, "forvaltningsrattenigoteborg@dom.se" <forvaltningsrattenigoteborg@dom.se>, "forvaltningsrattenimalmo@dom.se" <forvaltningsrattenimalmo@dom.se>, "domstolsverket@dom.se" <domstolsverket@dom.se>, "migrationsverket@migrationsverket.se" <migrationsverket@migrationsverket.se>, "konkurrensverket@kkv.se" <konkurrensverket@kkv.se>, "info@uhmynd.se" <info@uhmynd.se>, "registrator@fmv.se" <registrator@fmv.se>, "registratur@kammarkollegiet.se" <registratur@kammarkollegiet.se>, "registrator@su.se" <registrator@su.se>, "tillvaxtverket@tillvaxtverket.se" <tillvaxtverket@tillvaxtverket.se>, "regelradet@regelradet.se" <regelradet@regelradet.se>, "trafikverket@trafikverket.se" <trafikverket@trafikverket.se>, "goteborg@goteborg.se" <goteborg@goteborg.se>, "info@jonkoping.se" <info@jonkoping.se>, "kommun@kil.se" <kommun@kil.se>, "malmostad@malmo.se" <malmostad@malmo.se>, "kommunen@oskarshamn.se" <kommunen@oskarshamn.se>, "kommun@tyreso.se" <kommun@tyreso.se>, "umea.kommun@umea.se" <umea.kommun@umea.se>, "kundcenter@ostersund.se" <kundcenter@ostersund.se>, "region@skane.se" <region@skane.se>, "landstinget@sll.se" <landstinget@sll.se>, "post@vgregion.se" <post@vgregion.se>, "info@skl.se" <info@skl.se>, "ski-kundsupport@sklkommentus.se" <ski-kundsupport@sklkommentus.se>, "info@advokatsamfundet.se" <info@advokatsamfundet.se>, remisser <remisser@svensknaringsliv.se>, "soi@soi.se" <soi@soi.se>, "Dan.froden@fsol.se" <Dan.froden@fsol.se>, "Fredrik.tamm@fsol.se" <Fredrik.tamm@fsol.se>

Kopia: Mats Rundström <mats.rundstrom@regeringskansliet.se>, Fi Registrator <fi.registrator@regeringskansliet.se>

Hej,

Bifogat finns Promemoria om interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar samt aktuell remisslista med instruktion.

Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet senast **tisdagen den 1 december 2015**. Svaren ska skickas i elektronisk form i både i wordformat och pdf-format. Remissvaren ska skickas till följande e-postadress: fi.registrator@regeringskansliet.se.

Mvh,

Tatjana

Tatjana Nordström

Enheten för upphandlingsrätt

Avdelningen för offentlig förvaltning

Finansdepartementet

103 33 Stockholm

08-4055660

072-5859795

tatjana.nordstrom@regeringskansliet.se

www.regeringen.se

2 bilagor



PM Interimistiska beslut.pdf
251K



Remisslista PM 20151022.pdf
75K



REGERINGSKANSLIET

Promemoria

2015-10-22

Finansdepartementet

Enheten för upphandlingsrätt

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.

1 Lagtext

1.1 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 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.

1.2 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 §³

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 §⁴

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.

³ Senaste lydelse 2011:1031.

⁴ Senaste lydelse 2011:1031.

1.3 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 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.

1.4 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.

1.5 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 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.

1.6 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 Förslagen 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.

2 Ärendet

Regeringen lämnade den 4 juni 2015 en remiss till Lagrådet med förslag till tre nya lagar på upphandlingsområdet (Nytt regelverk om upphandling). I lagrådsremissen föreslås reglerna om överprövning i huvudsak inte 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 fråga som verket har väckt behandlas varken i lagrådsremissen eller i Överprövningsutredningens betänkande.

3 Skadeavvägning vid interimistiska beslut

<p>Promemorians förslag: Reglerna om interimistiskt beslut vid överprövning av upphandling och av avtals giltighet ska förtydligas i gällande och föreslagna lagar på upphandlingsområdet. Det ska av dem uttryckligen framgå att rätten, vid sin bedömning av om den ska förordna interimistiskt, ska ta hänsyn till intresset för användarna, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.</p>
--

Skälen för promemorians 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. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), 16 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och 16 kap. lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFFS). Bestämmelserna genomför rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG, ändrade genom direktiv 2007/66/EG. 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 tilldelningsbeslutet har fattats ingå avtal. Den tiden är som huvudregel tio dagar. Samma 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 utöver det inte 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 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.

Förfarbetena uppehåller sig kring en ekonomisk avvägning mellan det allmänna och den sökande leverantören. Uttalandena bör läsas mot bakgrund av att upphandling vid den tiden huvudsakligen var fråga om en ekonomisk transaktion där hänsyn i stort sett inte togs till andra samhällseliga mål. Som offentlig upphandling har utvecklats utgör den numera 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 LUFs 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 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 ska förtydligas

Ett interimistiskt beslut, särskilt en 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 hamna i skymundan. Reglerna är utformade främst som en ekonomisk skadeavvägning där leverantörens intresse av att få en upphandling överprövad vanligtvis väger tyngst. I praktiken synes det innebära en presumtion för att upphandlingar ska inhiberas för att kunna överprövas, även i de fall då det inte gäller en förlängd avtalsspärr. I legitimt brådskande fall, dvs. sådana som inte orsakats av den upphandlande myndigheten eller enheten och där behoven är omedelbara, borde utgångspunkten tvärtom vara att upphandlingarna inte ska hindras av den rättsliga prövningen. Detta gäller särskilt vid rättsenliga direktupphandlingar. Det finns därför anledning att förtydliga bestämmelserna om interimistiska beslut. I bestämmelserna i LOU saknas begreppet allmänintresse som återfinns i direktivtexten. Genom att lyfta in bl.a. det i lagtexten kommer den att ges en mer direktivnära lydelse samtidigt som det blir tydligt att även andra faktorer än rent ekonomiska ska vägas in. Det ska därför av bestämmelserna framgå att även användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas ska beaktas.

Samma skäl finns för att förtydliga även bestämmelserna om interimistiskt beslut vid överprövning av avtals giltighet. Det ligger också i linje med HFD:s praxis.

Eftersom reglerna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd huvudsakligen är desamma även i LUF och LUF5, ska samma förtydliganden göras i dessa lagar.

Förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk för upphandling behandlas för närvarande i Lagrådet. 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. Förslagen i lagrådsremissen 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 promemoria bör dock göras även i de föreslagna 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.

De förslag som lämnas i denna promemoria är angelägna och innebär att regleringen för interimistiska beslut utformas mer direktivnära. Förslagen har i sak inte behandlats i lagrådsremissen Nytt regelverk för upphandling och omfattas inte heller av de förslag som Överprövningsutredningen har lämnat. Förslagen lämnas därför särskilt i denna promemoria.

4 Ikraftträdande

Med hänsyn till behovet av att bestämmelserna om interimistiska beslut förtydligas, ska regeländringarna i de gällande lagarna träda i kraft så snart som möjligt. Reglerna kan träda i kraft tidigast den 1 mars 2016. Ändringarna i de föreslagna lagarna i det nya regelverket om upphandling föreslås träda i kraft samtidigt som förslagen i den lagrådsremissen, dvs. den 1 april 2016. Några övergångsbestämmelser bedöms inte behövas. Reglerna kan därför tillämpas redan vid ikraftträdandet oavsett när en upphandling har påbörjats.

5 Konsekvenser

Syftet med förslaget till ändrade bestämmelser är att förtydliga vad som ska beaktas vid interimistiska beslut. Med hänsyn till att intresset för framför allt användarna av det som upphandlas lyfts fram, bör det bli vanligare att sådana argument förs fram i domstolsprocessen. Det bör i sin tur innebära att domstolarna kommer att fatta interimistiska beslut i ett färre antal upphandlingar vilket i sin tur leder till snabbare och mer koncentrerade processer i förvaltningsrätterna. Som en konsekvens kan

antalet skadeståndsmål i stället komma att öka. De ökade kostnader för de allmänna domstolarna som kan uppstå av denna anledning måste ställas i relation till de minskade kostnader som förväntas till följd av en snabbare handläggning i förvaltningsrätterna. Kostnaderna bör kunna täckas inom ramen för befintliga resurser.

Förslaget bedöms vara till fördel för kommuner och andra upphandlande myndigheter och enheter. Däremot innebär det nackdelar för förlorande leverantörer. Samhällsekonomiska besparingar förväntas uppkomma genom att anskaffning av allmännyttiga förnödenheter i vissa fall inte fördröjs.

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

6 Författningskommentar

6.1 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 av det som upphandlas.

Det nya tredje stycket 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.

Hänsyn ska enligt bestämmelsen 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 den vinnande och de förlorande leverantörerna.

Vid den samlade bedömningen kan omständigheter som att den upphandlande myndigheten har tillämpat ett påskyndat förfarande eller en direktupphandling som är sakligt motiverad tala för att domstolen ska avstå från att förordna interimistiskt. Om domstolen avstår från att förordna interimistiskt får leverantörernas berättigade möjlighet att få rättssnligheten av en upphandling prövad i stället främst tillgodoses genom bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och skadestånd.

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.

Det nya *tredje stycket* 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.

Hänsyn ska enligt bestämmelsen 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 den vinnande och de förlorande leverantörerna.

Vid den samlade bedömningen kan omständigheter som att den upphandlande myndigheten har tillämpat ett påskyndat förfarande eller en direktupphandling som är sakligt motiverad tala för att domstolen ska avstå från att förordna interimistiskt. Om domstolen avstår från att förordna interimistiskt får leverantörernas berättigade möjlighet att få rättssnligheten av en upphandling prövad i stället främst tillgodoses genom bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift och skadestånd.

6.2 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 av det som upphandlas.

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 av det som upphandlas.

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

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

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.

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 av det som upphandlas.

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

6.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig 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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och 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 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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

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

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.

Det nya tredje stycket innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och 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 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.

Det nya tredje stycket innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

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

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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och 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 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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.



Finansdepartementet

Enheten för upphandlingsrätt

Promemoria om interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Remissinstanser:

1. Riksdagens ombudsmän (JO)
2. Hovrätten över Skåne och Blekinge
3. Göteborgs tingsrätt
4. Kammarrätten i Stockholm
5. Kammarrätten i Sundsvall
6. Förvaltningsrätten i Göteborg
7. Förvaltningsrätten i Malmö
8. Domstolsverket
9. Migrationsverket
10. Konkurrensverket (KKV)
11. Upphandlingsmyndigheten
12. Försvarets materielverk (FMV)
13. Kammarkollegiet
14. Stockholms universitet (Juridiska fakulteten)
15. Trafikverket
16. Tillväxtverket
17. Regelrådet
18. Arbetsförmedlingen
19. Göteborgs kommun
20. Jönköpings kommun
21. Kils kommun
22. Malmö kommun
23. Oskarshamns kommun
24. Tyresö kommun
25. Umeå kommun
26. Östersunds kommun
27. Skåne läns landsting
28. Stockholms läns landsting
29. Västra Götalands läns landsting
30. Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)
31. SKL Kommentus Inköpscentral AB
32. Sveriges advokatsamfund
33. Svenskt Näringsliv

- 34. Sveriges Offentliga inköpare (SOI)
- 35. Sveriges Offentliga leverantörer (SOL)

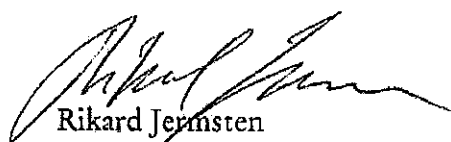
Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet senast **tisdagen den 1 december 2015**. Svaren ska skickas i elektronisk form i både i wordformat och pdf-format. Remissvaren ska skickas till följande e-postadress: fi.registrator@regeringskansliet.se.

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

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

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

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



Rikard Jerin
Expeditions- och rättschef

Kopia till

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



Finansdepartementet

Enheten för upphandlingsrätt

Promemoria om interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar

Remissinstanser:

1. Riksdagens ombudsmän (JO)
2. Hovrätten över Skåne och Blekinge
3. Göteborgs tingsrätt
4. Kammarrätten i Stockholm
5. Kammarrätten i Sundsvall
6. Förvaltningsrätten i Göteborg
7. Förvaltningsrätten i Malmö
8. Domstolsverket
9. Migrationsverket
10. Konkurrensverket (KKV)
11. Upphandlingsmyndigheten
12. Försvarets materielverk (FMV)
13. Kammarkollegiet
14. Stockholms universitet (Juridiska fakulteten)
15. Trafikverket
16. Tillväxtverket
17. Regelrådet
18. Arbetsförmedlingen
19. Göteborgs kommun
20. Jönköpings kommun
21. Kils kommun
22. Malmö kommun
23. Oskarshamns kommun
24. Tyresö kommun
25. Umeå kommun
26. Östersunds kommun
27. Skåne läns landsting
28. Stockholms läns landsting
29. Västra Götalands läns landsting
30. Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)
31. SKL Kommentus Inköpscentral AB
32. Sveriges advokatsamfund
33. Svenskt Näringsliv

34. Sveriges Offentliga inköpare (SOI)
35. Sveriges Offentliga leverantörer (SOL)

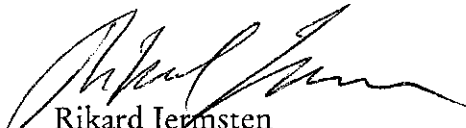
Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet senast **tisdagen den 1 december 2015**. Svaren ska skickas i elektronisk form i både i wordformat och pdf-format. Remissvaren ska skickas till följande e-postadress: fi.registrator@regeringskansliet.se.

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

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

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

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



Rikard Jermsten
Expeditions- och rättschef

Kopia till

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



REGERINGSKANSLIET

Promemoria

2015-10-22

Finansdepartementet

Enheten för upphandlingsrätt

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.

1 Lagtext

1.1 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 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.

1.2 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 §³

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 §⁴

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.

³ Senaste lydelse 2011:1031.

⁴ Senaste lydelse 2011:1031.

1.3 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 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.

1.4 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.

1.5 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 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.

1.6 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 Förslagen 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.

2 Ärendet

Regeringen lämnade den 4 juni 2015 en remiss till Lagrådet med förslag till tre nya lagar på upphandlingsområdet (Nytt regelverk om upphandling). I lagrådsremissen föreslås reglerna om överprövning i huvudsak inte 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 fråga som verket har väckt behandlas varken i lagrådsremissen eller i Överprövningsutredningens betänkande.

3 Skadeavvägning vid interimistiska beslut

Promemorians förslag: Reglerna om interimistiskt beslut vid överprövning av upphandling och av avtals giltighet ska förtydligas i gällande och föreslagna lagar på upphandlingsområdet. Det ska av dem uttryckligen framgå att rätten, vid sin bedömning av om den ska förordna interimistiskt, ska ta hänsyn till intresset för användarna, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas.

Skälen för promemorians 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. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), 16 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och 16 kap. lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS). Bestämmelserna genomför rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG, ändrade genom direktiv 2007/66/EG. 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 tilldelningsbeslutet har fattats ingå avtal. Den tiden är som huvudregel tio dagar. Samma 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 utöver det inte 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 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.

Förarbetena uppehåller sig kring en ekonomisk avvägning mellan det allmänna och den sökande leverantören. Uttalandena bör läsas mot bakgrund av att upphandling vid den tiden huvudsakligen var fråga om en ekonomisk transaktion där hänsyn i stort sett inte togs till andra samhällseliga mål. Som offentlig upphandling har utvecklats utgör den numera 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 LUFs 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 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 ska förtydligas

Ett interimistiskt beslut, särskilt en 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 hamna i skymundan. Reglerna är utformade främst som en ekonomisk skadeavvägning där leverantörens intresse av att få en upphandling överprövad vanligtvis väger tyngst. I praktiken synes det innebära en presumtion för att upphandlingar ska inhiberas för att kunna överprövas, även i de fall då det inte gäller en förlängd avtalsspärr. I legitimt brådsäkande fall, dvs. sådana som inte orsakats av den upphandlande myndigheten eller enheten och där behoven är omedelbara, borde utgångspunkten tvärtom vara att upphandlingarna inte ska hindras av den rättsliga prövningen. Detta gäller särskilt vid rättsliga direktupphandlingar. Det finns därför anledning att förtydliga bestämmelserna om interimistiska beslut. I bestämmelserna i LOU saknas begreppet allmänintresse som återfinns i direktivtexten. Genom att lyfta in bl.a. det i lagtexten kommer den att ges en mer direktivnära lydelse samtidigt som det blir tydligt att även andra faktorer än rent ekonomiska ska vägas in. Det ska därför av bestämmelserna framgå att även användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen av det som upphandlas ska beaktas.

Samma skäl finns för att förtydliga även bestämmelserna om interimistiskt beslut vid överprövning av avtals giltighet. Det ligger också i linje med HFD:s praxis.

Eftersom reglerna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd huvudsakligen är desamma även i LUF och LUF3, ska samma förtydliganden göras i dessa lagar.

Förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk för upphandling behandlas för närvarande i Lagrådet. 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. Förslagen i lagrådsremissen 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 promemoria bör dock göras även i de föreslagna 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.

De förslag som lämnas i denna promemoria är angelägna och innebär att regleringen för interimistiska beslut utformas mer direktivnära. Förslagen har i sak inte behandlats i lagrådsremissen Nytt regelverk för upphandling och omfattas inte heller av de förslag som Överprövningsutredningen har lämnat. Förslagen lämnas därför särskilt i denna promemoria.

4 Ikraftträdande

Med hänsyn till behovet av att bestämmelserna om interimistiska beslut förtydligas, ska regeländringarna i de gällande lagarna träda i kraft så snart som möjligt. Reglerna kan träda i kraft tidigast den 1 mars 2016. Ändringarna i de föreslagna lagarna i det nya regelverket om upphandling föreslås träda i kraft samtidigt som förslagen i den lagrådsremissen, dvs. den 1 april 2016. Några övergångsbestämmelser bedöms inte behövas. Reglerna kan därför tillämpas redan vid ikraftträdandet oavsett när en upphandling har påbörjats.

5 Konsekvenser

Syftet med förslaget till ändrade bestämmelser är att förtydliga vad som ska beaktas vid interimistiska beslut. Med hänsyn till att intresset för framför allt användarna av det som upphandlas lyfts fram, bör det bli vanligare att sådana argument förs fram i domstolsprocessen. Det bör i sin tur innebära att domstolarna kommer att fatta interimistiska beslut i ett färre antal upphandlingar vilket i sin tur leder till snabbare och mer koncentrerade processer i förvaltningsrätterna. Som en konsekvens kan

antalet skadeståndsmål i stället komma att öka. De ökade kostnader för de allmänna domstolarna som kan uppstå av denna anledning måste ställas i relation till de minskade kostnader som förväntas till följd av en snabbare handläggning i förvaltningsrätterna. Kostnaderna bör kunna täckas inom ramen för befintliga resurser.

Förslaget bedöms vara till fördel för kommuner och andra upphandlande myndigheter och enheter. Däremot innebär det nackdelar för förlorande leverantörer. Samhällsekonomiska besparingar förväntas uppkomma genom att anskaffning av allmännyttiga förnödenheter i vissa fall inte fördröjs.

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

6 Författningskommentar

6.1 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 av det som upphandlas.

Det nya tredje stycket 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.

Hänsyn ska enligt bestämmelsen 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 den vinnande och de förlorande leverantörerna.

Vid den samlade bedömningen kan omständigheter som att den upphandlande myndigheten har tillämpat ett påskyndat förfarande eller en direktupphandling som är sakligt motiverad 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 upphandlingsskadeavgift och skadestånd.

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.

Det nya tredje stycket 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.

Hänsyn ska enligt bestämmelsen 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 den vinnande och de förlorande leverantörerna.

Vid den samlade bedömningen kan omständigheter som att den upphandlande myndigheten har tillämpat ett påskyndat förfarande eller en direktupphandling som är sakligt motiverad 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 upphandlingsskadeavgift och skadestånd.

6.2 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 av det som upphandlas.

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 av det som upphandlas.

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

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

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.

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 av det som upphandlas.

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

6.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig 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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och 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 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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

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

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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och 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 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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.

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

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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och 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 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.

Det nya *tredje stycket* innebär en ändring i förhållande till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015 och motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § tredje stycket LOU, se kommentaren till den bestämmelsen.