

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

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

Fi2015/1216

Sammanfattning

Konkurrensverket anser att Överprövningsutredningen har lämnat några bra förslag som kan leda till ökad effektivitet i upphandlingsförfarandena. Konkurrensverket välkomnar särskilt förslaget om temporär direktupphandling under pågående överprövningsprocess inom ramen för undantaget för synnerlig brådska. För att sluta avtal utan föregående annonsering i en sådan situation har Konkurrensverket tidigare ansett att den upphandlande myndigheten eller enheten i sin planering av en upphandling ska beakta tidsåtgången för en tvåinstansprövning.¹ Detta har visat sig vara en alltför restriktiv hållning. Konkurrensverket anser numera att det är tillräckligt om den upphandlande myndigheten eller enheten beaktar den tid som en prövning i första instans tar. Konkurrensverket tillstyrker även utredningens förslag om att införa en regel som anger att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömningar att några bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning och om att förlorande part ska betala den vinnande partens processkostnader inte bör införas i upphandlingslagarna. Vidare har Konkurrensverket inga invändningar mot bedömningarna att den förlängda avtalsspärren bör kvarstå i befintlig omfattning och att ett avtal även i fortsättningen ska avskära möjligheten att överpröva en upphandling.

Konkurrensverket avstyrker utredningens förslag om den så kallade mellanvägen och instämmer inte i de bedömningar som utredningen gör i denna del. Enligt Konkurrensverkets mening krävs en djupare analys för att bedöma vilken nytta och vilka konsekvenser en sådan bestämmelse kan medföra för upphandlande myndigheter eller enheter, leverantörer och domstolar samt stöd- och tillsynsmyndigheten. Analysen kan inte endast begränsas till de upphandlingar som blir

¹ Konkurrensverkets yttrande den 25 augusti 2010 med dnr 346/2010.

föremål för överprövning i domstol. Konkurrensverket avstyrker därför att en sådan bestämmelse införs. Förslaget kan komma att få en påverkan på samtliga de ca 20 000 upphandlingar som årligen annonseras i Sverige, leda till ytterligare processer i domstol, öka risken för rättsförluster samt skapa nya och högre kostnader för de aktörer som är verksamma inom offentlig upphandling.

Konkurrensverket vill framhålla att det hade varit önskvärt med en strukturerad analys av överprövningsmålen i domstol eftersom en sådan hade kunnat visa om det finns ett verkligt behov av att införa bestämmelser om en mellanväg samt ett förbud mot att åberopa nya omständigheter och bevis i kammarrätt. Utan en sådan analys saknas även grund för att en lagstadgad handläggningsfrist för förvaltningsrätterna är nödvändig för att uppnå en effektiv och mer skyndsam prövning. En prövning i domstol måste givetvis uppfylla skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven, men utredningen har inte visat att en lagstadgad handläggningsfrist för förvaltningsrätterna bättre skulle bidra till att målen uppfylls än vad som görs idag. Utredningen har inte heller tagit ställning till hur en sådan frist är förenlig med kravet på materiellt riktiga avgöranden.

Konkurrensverket är kritiskt till utredningens bedömning att tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift inte bör ändras. Konkurrensverket anser att den korta ansökningsfristen för fakultativa ansökningar begränsar möjligheterna att tillvarata samhällets intresse av konkurrensutsättning och därmed att förbrukningen av allmänna medel sker ändamålsenligt och kostnadseffektivt. Detta intresse väger avsevärt tyngre än upphandlande myndigheters och enheters intresse av att inom viss tid få veta om en ansökan om upphandlingsskadeavgift kommer att väckas.

Slutligen instämmer Konkurrensverket i utredningens förslag att fristen för att väcka talan om skadestånd för direktivstyrda upphandlingar ska ändras. Konkurrensverket är emellertid av den uppfattningen att motsvarande ändring även bör göras för icke direktivstyrda upphandlingar.

Allmänt

Konkurrensverket vill inledningsvis framhålla att det är grundläggande att en överprövningsprocess är rättssäker och effektiv. En prövning ska också ske så skyndsamt som möjligt och vara av hög kvalitet. Den givna utgångspunkten för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts. Utredningen har dock inte resonerat kring vad utgångspunkten innebär och hur väl det nuvarande överprövningsinstitutet uppfyller kravet på rättssäkerhet. Utredningen har inte heller resonerat kring betydelsen av effektivitet och skyndsamhet i förhållande till att processen ska hålla hög kvalitet och resultera i materiellt riktiga avgöranden.

Konkurrensverket vill framhålla att upphandlingslagstiftningen kommer att förändras under år 2016. Sverige kommer då att införliva de nya upphandlings-

direktiven² som innehåller flera förändringar i förhållande till nuvarande regler. Förändringarna kommer att medföra att ett stort antal aktörer såsom myndigheter, leverantörer, domstolar m.fl. behöver avsätta resurser för att sätta sig in i de nya reglerna. Utredningen har inte berört de kommande förändringarna. Konkurrensverkets uppfattning är att varje regelförändring närmast ofrånkomligen leder till en ökad osäkerhet som kan leda till ett ökat antal överprövningsmål. De nya regelverken kan därför i sig förväntas medföra en ökad osäkerhet för de aktörer som är verksamma inom den offentliga upphandlingen. Utredningen har inte heller tagit någon hänsyn till de regler som ändrades under sommaren 2014 eller vilken inverkan de har haft för överprövningsprocessen. Konkurrensverket anser att det ännu är för tidigt att dra några slutsatser om vilken inverkan de höjda direktupphandlingsgränserna har för antalet överprövningsmål.³ Enligt Konkurrensverkets mening bör det förändrade regelverket och införlivandet av de nya direktiven emellertid mana till viss försiktighet när det gäller att införa nya regler om överprövning.

Utredningen anser att det centrala syftet med en överprövning i upphandlingsmål är att kontrollera en myndighets beslut. Konkurrensverket instämmer i denna bedömning och kan konstatera att möjligheten att ansöka om överprövning är ett mycket viktigt redskap för insyn i och kontroll av den offentliga förvaltningen. Utredningen har inte i övrigt analyserat vilka positiva effekter överprövningarna medför. Konkurrensverket anser att ett fungerande överprövningsförfarande också medför en ökad medvetenhet och kunskap kring lagstiftningen, bättre fungerande konkurrens, ökat strategiskt fokus på upphandlingar, mer resurser till myndigheters inköpsverksamhet och bättre genomförda upphandlingar samt bättre affärer för den offentliga sektorn. Förekomsten av det stora antalet överprövningar av upphandlingar i Sverige är således inte uteslutande ett problem.

Utöver en sådan analys hade det varit önskvärt om utredningens arbete inbegripit en strukturerad kartläggning av de mål som överprövas i domstol. Detta för att identifiera problem och behovet av regeländringar. Merparten av utredningens förslag bygger i stället enbart på antaganden om vilka problem som finns och behovet av att åtgärda dem. En kartläggning hade kunnat visa om och i vilken omfattning så kallade obefogade ansökningar förekommer samt klargöra skillna-

² De nya direktiven är Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

³ Från och med den 1 juli 2014 höjdes de så kallade direktupphandlingsgränserna. Med direktupphandlingsgränserna avses upphandlingar som har ett värde som understiger en viss procent av det tröskelvärde som är aktuellt. Upphandlingar som understiger respektive gränsvärde behöver inte föregås av annonsering.

derna mellan Konkurrensverkets och Domstolsverkets statistikuppgifter⁴. En kartläggning hade också kunnat visa i vilken omfattning leverantörer ansöker om överprövning innan ett tilldelningsbeslut, vilka överträdelser leverantörer åberopar till stöd för sina yrkanden och vilken typ av invändningar som oftare än andra vinner framgång. Detta hade visat om ett fel eller en brist som görs gällande i en process är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet eller till utvärderingen. Vidare hade det varit möjligt att se hur vanligt det är att parter företräds av juridiska ombud och hur ofta nya omständigheter åberopas i kammarrätten. Även frågorna om varför vissa mål tar längre tid än andra att handlägga och hur hanteringen skiljer sig åt på respektive domstol hade kunnat besvaras. Utan en sådan strukturerad analys är det inte möjligt att tillstyrka samtliga de förslag som utredningen presenterar eftersom de grundläggande problemen med det nuvarande överprövningsförfarandet inte är klarlagda.

Utredningen har visserligen på ett tydligt sätt redovisat tidigare förarbeten och utredningar samt andra EU- och EES-länders regleringar avseende de frågor som utredningen har att ta ställning till, men det saknas ett helhetsperspektiv vilket gör att det blir svårt att jämföra Sveriges överprövningsinstitut med andra länders överprövningsförfaranden.

Konkurrensverket saknar även ett helhetsperspektiv över samtliga de förslag som utredningen lämnar. En översikt hade varit till nytta vid bedömningen av vilka effekter förslagen sammantaget kan komma att få för överprövningsprocessen och de olika förslagens eventuella påverkan sinsemellan.

Betydelsen av ett samlat upphandlingsstöd

Under år 2014 samlades upphandlingsstödet successivt hos Konkurrensverket. Från och med den 1 september 2015 samlas upphandlingsstödet till en ny fristående myndighet.

Konkurrensverket anser att ett samlat upphandlingsstöd har betydelse för den problematik som har föranlett utredningens arbete och förslag. Konkurrensverkets upphandlingsstöd arbetar redan nu för att öka insikten om vikten av och förbättra möjligheterna till dialog mellan myndigheter och marknad inför upphandlingar. Konkurrensverket förutsätter att den nya Upphandlingsmyndigheten kommer att stödja samtliga aktörer i den offentliga upphandlingen på ett sätt som bidrar till att bland annat effektivisera upphandlingsförfarandet.

⁴ Enligt utredningen avgjordes 3 296 mål om överprövning av förvaltningsrätterna under år 2013 enligt Domstolsverkets statistik medan antalet annonserade upphandlingar som överprövats under samma år uppgår till 1 535 stycken enligt Konkurrensverkets statistik. Av statistiken framgår exempelvis inte hur många mål som avser upphandlingar som inte föregåtts av annonsering eller hur många som avser en överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling.

Avgifter vid ansökan om överprövning och ersättning för processkostnader

Utredningen har i betänkandet redogjort för Konkurrensverkets tidigare inställning till att införa bestämmelser om avgifter i överprövningsmål och om ett processkostnadsansvar för förlorande part.⁵ Konkurrensverket anser inte att det finns skäl att frångå de bedömningar som tidigare har gjorts och instämmer därför i utredningens bedömningar att det inte är lämpligt att införa sådana regler.

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag att det bör införas en regel som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada. Detta för att balansen i processkostnadsansvar ska återställas mellan parterna efter Högsta domstolens avgörande NJA 2013 s. 762 och för att minska risken för ytterligare processer i allmän domstol i fråga om skadeståndsansvaret. Den föreslagna bestämmelsen är enligt Konkurrensverkets bedömning förenlig med både likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen.

Den förlängda avtalsspärren och pröva trots avtal

Konkurrensverket har inga invändningar mot utredningens bedömningar att den förlängda avtalsspärren bör kvarstå i befintlig omfattning och att avtal även i fortsättningen bör avskära möjligheten att överpröva en upphandling.

Konkurrensverket ifrågasätter nödvändigheten av att ytterligare utreda behovet av en förlängd avtalsspärr i kammarrätten. Några självklara effektivitetsvinster finns inte och en sådan spärr kan leda till fler prövningar av om den förlängda avtalsspärren inte ska gälla. Fler upphandlingar än idag skulle stoppas i kammarrätten med en sådan regel, vilket skulle minska effektiviteten.

Preklusionsfrist

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att en renodlad preklusionsregel inte bör införas. Denna inställning har Konkurrensverket gett uttryck för även i tidigare remissvar.⁶ Konkurrensverket avstyrker emellertid också förslaget om den så kallade mellanvägen. Förslaget är baserat på ett ofullständigt underlag och det krävs en djupare analys för att en sådan bestämmelse ska införas. Om det beslutas att en sådan bestämmelse ändå ska införas bör den även vara tillämplig vid överprövning av avtals ogiltighet i de fall där upphandlingen har annonserats (16 kap. 13 § första stycket 2 och andra stycket lagen [2007:1091] om offentlig upphandling [LOU] m.fl.).

Konkurrensverket håller med utredningen om att det är viktigt med en tidig dialog mellan upphandlande myndigheter eller enheter och leverantörer. Förslaget om mellanvägen framstår därför vid en första anblick som bra, men det finns en

⁵ Se Konkurrensverkets remissvar den 19 januari 2012 med dnr 763/2011 avseende delbetänkandet *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenhet av den offentliga upphandlingen* (SOU 2011:73).

⁶ Se exempelvis Konkurrensverkets remissvar den 19 januari 2012 med dnr 763/2011 avseende delbetänkandet *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenhet av den offentliga upphandlingen* (SOU 2011:73).

risk för att förslaget kan komma att motverka en effektiv överprövningsprocess och medföra fler problem än vad det avser att lösa. Enligt Konkurrensverkets mening är förslaget om mellanvägen mer komplicerat än vad som framgår av betänkandet. Utredningen har inte på ett grundläggande och allsidigt sätt redogjort för de praktiska och juridiska tillämpningssvårigheter som förslaget kan komma att medföra för upphandlande myndigheter eller enheter, leverantörer och domstolar. Att överlåta åt rättstillämparen att lösa de tillämpningssvårigheter som kan uppstå när förslaget inte är tillräckligt utrett är olämpligt och leder till en ökad osäkerhet för samtliga aktörer inom den offentliga upphandlingen.

Inte heller EU-domstolens rättspraxis (se bl.a. mål C-538/13 *eVigilo*, punkt 51 och där angiven praxis) kan enligt Konkurrensverkets bedömning tolkas på så sätt att det skulle finnas en skyldighet enligt unionsrätten att införa regler om preklusion i Sverige. Utifrån de omfattande praktiska problemen som kommer att redovisas nedan, kan den föreslagna bestämmelsen svårligen antas öka skyndsamheten och effektiviteten i upphandlingsförfarandet eller i överprövningsprocessen.

Konkurrensverket anser att ett förslag om en alternativ lösning med en processuell bestämmelse, som i dess renodlade form endast förekommer inom ett fåtal rättsområden i allmän förvaltningsdomstol, måste vara väl genomarbetat. Utredningen har inte visat att mellanvägen skulle komma att effektivisera överprövningsprocessen. Konkurrensverket efterfrågar ett säkerställt underlag som visar hur många leverantörer som avvaktar med att framföra sina invändningar till dess ett tilldelningsbeslut är fattat, vilka grunder en leverantör åberopar till stöd för sin talan i domstol och i hur många avgöranden förvaltningsrätterna beslutar att en upphandling ska göras om till följd av brister i det konkurrensuppsökande skedet.

Enligt Domstolsverkets statistikuppgifter avgjordes 3 296 mål om överprövning i förvaltningsrätterna under år 2013. Av dem var det 2 526 överprövningsmål som prövades i sak. Av de mål som prövades i sak var det ca 750 mål där sökanden fick helt eller delvis rätt, men det går inte utläsa i hur många av dem som domstolen har beslutat att upphandlingen skulle rättas eller göras om.⁷ Det går alltså inte utifrån den uppgiften att säga hur många mål som bifalls till följd av invändningar mot det konkurrensuppsökande skedet. Att en sökande i ett mål endast har framfört sådana invändningar framgår inte heller. Antalet mål som kan komma att minska i domstol till följd av förslaget om mellanvägen måste ställas i relation till de tillämpningssvårigheter som förslaget kan medföra i övrigt för att effektivitetsvinsterna med förslaget ska kunna fastslås.

Utredningens förslag om mellanvägen kommer att få konsekvenser för samtliga de upphandlingar som annonseras. En konsekvens som kan förväntas är att leve-

⁷ Konkurrensverkets rapport 2014:1 *Siffror och fakta om offentlig upphandling – Statistik för upphandlingar som genomförts under 2013* s. 75–76.

rantörer i stor utsträckning kommer att anmärka på upplevda eller misstänkta brister i upphandlingarna endast för att förbehålla sig rätten att kunna ansöka om överprövning av upphandlingen. En annan konsekvens är att leverantörer kommer att behöva studera upphandlingsdokumenten noggrant under första halvan av annonseringstiden, dvs. under mycket större tidspress än vad som gäller idag. Leverantörer måste även vara mer kritiska till otydliga formuleringar i dokumenten. I Sverige annonserades sammanlagt 19 753 upphandlingar under år 2013 och av dessa var det 1 535 upphandlingar som överprövades i domstol.⁸ Även mycket små förändringar i handläggningen av samtliga annonserade upphandlingar, kan leda till större konsekvenser än de eventuella effektivitetsvinsterna i de mål om överprövning där den föreslagna bestämmelsen skulle vara tillämplig. Konkurrensverket anser inte att utredningen har visat vilka konsekvenser förslaget kan få för samtliga de upphandlingar som annonseras.

Konkurrensverket anser att utredningens förslag om mellanvägen medför en risk för att parterna kommer att behöva föra ytterligare processer i domstol. Den föreslagna lydelsen är otydlig och innehåller flera moment som domstolen måste bedöma. En "förprocess" i domstol kan komma att handla om vad felet eller bristen består i, anbudsfristens längd, om och hur leverantören har anmärkt mot fel eller bristen samt om när leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen. Först efter en sådan process kan det bli aktuellt för domstolen att även pröva målet i sak. Att parterna ska behöva föra fler processer i domstol ökar inte effektiviteten i upphandlingsprocessen och det är även negativt ur ett samhällsekonomiskt perspektiv.

Konkurrensverket anser inte att utredningen har belyst den ökade risken för rättsförluster. En rättsförlust kan inom den offentliga upphandlingen få omfattande ekonomiska konsekvenser för en leverantör. Risken att drabbas av en rättsförlust måste bedömas vara högre för små och medelstora företag som inte alltid har någon juridisk expertis anställd. Genom förslaget kan sådana leverantörer – redan när förfrågningsunderlaget tas emot – tvingas anlita ett juridiskt ombud, vilket är förenat med ökade kostnader. Konkurrensverket vill framhålla att detta gäller för samtliga de upphandlingar som en leverantör överväger att lämna anbud i. Om regelverket blir alltför komplicerat eller kostsamt kan det också antas att det finns en risk för att en leverantör väljer att avstå från att delta i offentliga upphandlingar över huvud taget. Förslaget kan därför komma att verka hämmande på antalet anbudsgivare och i förlängningen begränsa konkurrensen samt särskilt drabba små och medelstora företag. En rättsförlust kan också få negativa konsekvenser ur ett samhällsekonomiskt perspektiv om invändningarna inte prövas, men i sig är riktiga. Detta drabbar i förlängningen den offentliga sektorn och den service som erbjuds där.

⁸ Konkurrensverkets rapport 2014:1 s. 31 och s. 68.

Konkurrensverket anser inte heller att utredningen har visat vilka konsekvenser förslaget om mellanvägen kan komma att få för upphandlande myndigheter och enheter. Enligt Konkurrensverkets mening leder förslaget sannolikt till ökad arbetsbörda avseende administration. Utredningen har inte beskrivit hur en upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera och i övrigt hantera de invändningar som en leverantör kan komma att göra. Om invändningarna ska publiceras kan det för en leverantör av processtaktiska skäl finnas anledning att vänta så länge som möjligt med att framföra invändningarna. Det blir då inte fråga om en sådan dialog som utredningen eftersträvar. Om invändningarna i stället görs till domstolarna i form av en ansökan om överprövning kan det medföra att antalet mål i stället ökar vilket motverkar syftet med mellanvägen, dvs. att minska antalet prövningar.

Nya omständigheter i kammarrätt

Konkurrensverket avstyrker utredningens förslag att en leverantör inte ska kunna åberopa nya omständigheter eller bevis i kammarrätten. Utredningen redovisar inget underlag som visar att detta är ett problem som behöver åtgärdas eller hur en sådan bestämmelse skulle göra upphandlingsprocessen mer effektiv.

Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning att den föreslagna bestämmelsen kan leda till att processen koncentreras till underrätten. Det finns emellertid en risk för att den prövningen blir mer omfattande än vad den är idag. I upphandlingsmål är domstolens utredningsskyldighet och processledning begränsad. Detta kan leda till att en sökande tvingas åberopa alla möjliga omständigheter och bevis i underrätten för att förbehålla sig rätten att få dem prövade även i överrätt.

Risken för en mer omfattande och komplex process i underrätterna måste vägas mot antalet mål som prövas i sak hos kammarrätterna. Av Domstolsverkets statistik framgår att kammarrätterna under år 2013 prövade 259 mål i sak.⁹ Det framgår inte i hur många mål som den sökande framförde nya omständigheter eller bevis. Mot denna bakgrund kan Konkurrensverket inte se att det finns ett behov av att införa en sådan regel som utredningen föreslår.

Konkurrensverket efterfrågar också en analys av skillnaderna och likheterna mellan upphandlingsmål och de måltyper som utredningen hänvisar till innan en bestämmelse om förbud mot nya omständigheter eller bevis i kammarrätten kan införas. Om det beslutas att en sådan regel ändå ska införas bör det övervägas om den även ska vara tillämplig vid överprövning av avtals ogiltighet.

⁹ Konkurrensverkets rapport 2014:1 s. 78.

Undantag för temporär direktupphandling

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag om möjlighet till temporär upphandling utan föregående annonsering¹⁰ under en pågående överprövningsprocess inom ramen för undantaget för synnerlig brådska. Övriga förutsättningar för synnerlig brådska måste dock också vara uppfyllda för att en upphandling utan föregående annonsering ska vara lagenlig. Förslaget kommer att minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling överprövas och tar längre tid i domstol än vad som rimligen hade kunnat förutses.

Konkurrensverket har i yttrande den 25 augusti 2010 med dnr 346/2010 till Kamrarrätten i Göteborg i mål nr 784-10 anfört att en upphandlande myndighet eller enhet ska beakta tidsåtgången för en tvåinstansprövning innan det är möjligt att genomföra en upphandling utan föregående annonsering inom ramen för undantaget för synnerlig brådska. Detta har visat sig vara en alltför restriktiv hållning och de avgöranden från kammarrätterna som har meddelats efter Konkurrensverkets yttrande ger ingen entydig bild av hur lång tid som den upphandlande myndigheten eller enheten bör avsätta. Med hänsyn till de intressen som olika aktörer har av att ett upphandlingsförfarande inte stoppas upp anser Konkurrensverket numera att det är tillräckligt om den upphandlande myndigheten eller enheten beaktar tidsåtgången för en prövning i en instans.

Som framgår av utredningen avgörs de flesta överprövningsmål, 75 procent, inom 2,6 månader. Den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätterna var 1,9 månader under år 2012 och 2,3 månader under år 2013. Konkurrensverket anser inte att undantaget om temporär direktupphandling under pågående process i domstol är avsett att tillämpas för merparten av överprövningsmål. Utifrån uppgifterna om hur lång tid en prövning normalt tar i förvaltningsrätten bedömer Konkurrensverket att en upphandlande myndighet eller enhet som huvudregel bör räkna med att en prövning i en instans tar ca 90 dagar. Därtill måste den upphandlande myndigheten eller enheten även beakta avtalsspärren. Enligt de handläggningstider i domstol som för närvarande råder innebär detta att en upphandlande myndighet eller enhet efter ca 100 dagar har en möjlighet att genomföra en upphandling utan föregående annonsering om processen i domstol tar längre tid än så för att tillfälligt tillgodose grundläggande och livsnödvändiga funktioner i samhället.

Konkurrensverket är tveksam till att bestämmelsen ska utformas på det sätt som utredningen föreslår, dvs. med en motsatsvis lydelse i förhållande till första stycket i respektive bestämmelse. Vidare ifrågasätter Konkurrensverket om det över huvud taget krävs en ändring i lag för att få till stånd en sådan tillämpning

¹⁰ Det som idag benämns förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. LOU och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFFS) respektive tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering i 4 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) samt direktupphandling i 15 kap. i respektive lag.

som verket förespråkar. Detta eftersom det inte finns någon praxis från vare sig EU-domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen som tydliggör möjligheterna till upphandling utan föregående annonsering under en pågående överprövningsprocess inom ramen för undantaget för synnerlig brådska. Inte heller de kammarrättsavgöranden som finns ger någon entydig vägledning om hur lång tid en upphandlande myndighet eller enhet behöver vänta innan brådskan motiverar en upphandling utan föregående annonsering.¹¹

Förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering under en pågående överprövningsprocess inom ramen för undantaget för synnerlig brådska

Konkurrensverket anser att utredningen borde ha redogjort för de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna upphandla utan föregående annonsering under en pågående överprövningsprocess med stöd av undantaget synnerliga brådska.

Absolut nödvändigt att genomföra en upphandling utan föregående annonsering

Den första förutsättningen som måste vara uppfylld för att undantaget ska kunna tillämpas är att det är absolut nödvändigt att genomföra en upphandling utan föregående annonsering. Det behov som upphandlingen avser att tillgodose måste således vara av visst kvalificerat slag. Om det är fråga om varor, tjänster och byggtreprenader som den upphandlande myndigheten eller enheten kan avvara under en övergångsperiod eller helt kan avstå ifrån, kan förutsättningen inte anses uppfylld. Om upphandlingen däremot på ett direkt sätt är avsedd att tillgodose behov som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att tillhandahålla får kravet på att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen normalt anses vara uppfyllt. Det bör inte vara avgörande om det är fråga om någon lagstadgad skyldighet att tillhandahålla en viss vara eller tjänst utan om det i det enskilda fallet är fråga om en anskaffning som har ett tydligt samband till myndighetens lagstadgade skyldigheter. Det kan alltså inte uteslutas att kravet på absolut nödvändigt kan vara uppfyllt i vissa fall även när det inte är fråga om lagstadgade skyldigheter för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Vidare ska behovet inte heller kunna tillgodoses på något annat sätt än genom en icke annonserad upphandling. Detta innebär att tidigare avtal faktiskt ska ha löpt ut och att de inte kan förlängas genom klausuler i tidigare upphandlande avtal. En upphandlande myndighet eller enhet bör normalt inte kunna avstå från att använda sig av en förlängningsklausul i det ursprungliga upphandlade avtalet och samtidigt hävda att det är absolut nödvändigt att i stället genomföra en icke annonserad upphandling. Att behovet inte ska kunna tillgodoses på något annat

¹¹ Se Kammarrätten i Göteborgs domar den 8 april 2009 i mål nr 1403-09, den 21 januari 2010 i mål nr 5455-09, den 12 november 2010 i mål nr 784-10, den 28 februari 2012 i mål nr 7469-7472-11 och den 29 februari 2012 i mål nr 821-827-12 samt Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 november 2011 i mål nr 1587-1589-11.

sätt än genom en icke annonserad upphandling innebär också att den upphandlande myndigheten eller enheten bör överväga att tillfälligt återta exempelvis utförandet av en tjänst i egen regi. Det kan dock inte i alla situationer krävas att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att tillgodose ett behov genom egen regi.

Minst tre månader ska ha gått sedan tilldelningsbeslutet i den annonserade upphandlingen

Den andra förutsättningen som måste vara uppfylld är att det ska ha gått minst tre månader mellan underrättelsen om tilldelningsbeslutet i upphandlingen och tidpunkten för när avtalet i den icke annonserade upphandlingen ingås. Om något tilldelningsbeslut ännu inte har meddelats i upphandlingen och upphandlingen överprövas i ett tidigare skede bör bedömningen göras med ledning från den tidpunkt då det utifrån omständigheterna i det enskilda fallet är rimligt att anta att ett tilldelningsbeslut hade meddelats i upphandlingen om den inte dessförinnan blivit föremål för en ansökan om överprövning. Någon åtskillnad i tidsförhållande mellan olika upphandlingar utifrån ekonomiskt värde, omfattning eller komplexitet bör inte göras. Eftersom den uppkomna brådskan inte får bero på den upphandlande myndigheten eller enheten bör hänsyn dock kunna tas till den upphandlande myndighetens eller enhetens agerande under överprövningsprocessen.¹² Tid i processen då den upphandlande myndigheten eller enheten under målets handläggning agerar försumligt, omotiverat senfärdigt eller avsiktligt fördröjande, bör därför inte räknas med vid beräkningen av hur lång tid som förflutit sedan tilldelningsbeslutet. Det är då möjligt att undvika situationer där en upphandlande myndighet eller enhet missbrukar möjligheten att genomföra icke annonserade upphandlingar på grund av en överprövningsprocess.

Den icke annonserade upphandlingen får inte avse mer än vad som är absolut nödvändigt

Den tredje förutsättningen som måste vara uppfylld för att undantaget ska kunna tillämpas är att den icke annonserade upphandlingen inte får avse mer eller annat än vad som är absolut nödvändigt för att täcka behovet under processen i domstol. Det är alltså fråga om tillfälliga täckningsköp. Den icke annonserade upphandlingen kan annars komma att stå i strid med proportionalitetsprincipen.¹³ Vid bedömningen av om den icke annonserade upphandlingen är förenlig med proportionalitetsprincipen kan hänsyn tas till hur avtalsvillkoren är utformade. Avtalet bör ha en tidsmässig begränsning och vara utformat på ett sådant sätt att det endast gäller till dess att den ordinarie upphandlingen har kunnat slutföras. Detta

¹² Se artikel 31.1 c i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

¹³ Även om frågan om synnerlig brådska på grund av en överprövningsprocess inte har prövats av EU-domstolen, kan viss ledning hämtas från domstolens uttalanden i mål C-6/05 *Medipac*. Av domstolens uttalanden i punkterna 60-61 följer att upphandlande myndigheter och enheter, för att tillgodose tvingande hänsyn till allmänintresset såsom exempelvis skyddet för folkhälsan, har rätt att avvika från principen om fri rörlighet under förutsättning att de åtgärder som vidtas är förenliga med proportionalitetsprincipen.

kan exempelvis ske genom att avtalet utformas så att det automatiskt upphör att gälla, eller att det finns en möjlighet att säga upp det tillfälliga avtalet när ordinarie avtal sluts. Vilka varor som ska levereras eller vilka tjänster eller byggtreprenadarbeten som ska utföras enligt det tillfälliga avtalet och volymen på dessa varor och tjänster har också betydelse. Endast leverans av sådant som är nödvändigt för att tillgodose det tillfälliga behovet bör ingå. Vid upphandlingar avseende varor, tjänster eller byggtreprenader som levereras löpande blir det inte så svårt att avgöra vad som ligger inom ramen för en tillåten icke annonserad upphandling på grund av synnerlig brådska. Mer komplicerat blir det när upphandlingsföremålet inte låter sig delas upp i flera leveranser eller kan utföras av olika leverantörer, utan i stället har karaktären av ett enda köp med en leveranstidpunkt. Om det står klart att det inte går att lösa sådana anskaffningsbehov på mindre ingripande sätt, till exempel genom att hyra föremålet under begränsad tid i stället för att köpas in, får det anses vara förenligt med proportionalitetsprincipen att den icke annonserade upphandlingen avser hela detta upphandlingsföremål, eftersom det saknas mindre ingripande alternativ att tillgå.

Möjlighet att genomföra icke annonserade upphandlingar även under verkställighet

Konkurrensverket anser att det bör vara möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att genomföra temporära direktupphandlingar inom ramen för undantaget för synnerlig brådska även under den tid det tar att verkställa domstolens avgörande. Detta bör i vart fall gälla om domstolen har beslutat att upphandlingen ska göras om. Vid en sådan situation bör den upphandlande myndigheten eller enheten normalt kunna låta den tillfälliga icke annonserade upphandlingen även täcka anskaffningsbehovet fram till dess att den nya upphandlingen kunnat avslutas med att leverantör antas och avtal ingås. Detta förutsätter givetvis att även övriga förutsättningar för synnerlig brådska är uppfyllda. Det bör också i en sådan situation ställas krav på att myndigheten eller enheten agerar skyndsamt så att förfarandet avseende den nya upphandlingen inte onödigt eller otillbörligt fördröjs, exempelvis i syfte att undgå att behöva genomföra en ny annonserad upphandling.

Undantag från undantagsmöjligheten i extrema situationer

Slutligen kan det enligt Konkurrensverkets mening i extrema undantagsfall finnas situationer där den upphandlande myndigheten eller enheten inte har rätt att genomföra en temporär direktupphandling inom ramen för undantaget för synnerlig brådska trots att samtliga förutsättningar för detta är uppfyllda. Om en domstol har funnit att en upphandling ska göras om till följd av mycket allvarliga och uppenbara överträdelser i den annonserade upphandlingen, är den brådska som kan uppkomma med anledning av en överprövningsprocess rörande den aktuella överträdelsen, inte sådan att den kan anses vara oförutsebar för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Tidsfrist för förvaltningsrättens prövning och skyndsam handläggning

Konkurrensverket instämmer i utredningens förslag att det i lag bör införas en generell skrivning om att mål om överprövning av upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt.

Konkurrensverket ifrågasätter utredningens förslag om en lagstadgad tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning. Detta främst eftersom utredningen varken har analyserat vilken typ av mål som tar längre tid än den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätterna eller vilka skillnaderna är mellan de olika förvaltningsrätterna. Utredningen har inte heller belyst vikten av materiellt riktiga avgöranden i relation till en skyndsam handläggning. Det finns också en risk för att de mål som idag avgörs snabbare än tre månader kommer att ta längre tid om en handläggningsfrist lagstadgas.

Konkurrensverket ifrågasätter också behovet av en lagstadgad handläggningsfrist för förvaltningsrätterna om utredningens förslag om temporär direktupphandling under pågående överprövningsprocess genomförs. De problem som en längre handläggningstid innebär för de olika aktörerna kan därmed komma att minska.

Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör det övervägas om frågan om förvaltningsrätternas handläggningstider av överprövningsmål kan lösas på andra sätt exempelvis genom domstolsinterna regler eller ökade anslag till domstolarna.

Frister för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket är kritiskt till utredningens bedömning att regeln om tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift inte bör ändras. Utredningen motiverar sitt ställningstagande med att regeringen i samband med införandet av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift bedömde att en ansökningsfrist om ett år var väl avvägd och att det måste komma fram skäl som medför att den bedömningen bör frångås.

I förarbetena till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift uttalade regeringen att det primära syftet med tillsynsmyndighetens roll är att tillvarata samhällets intresse av konkurrensutsättning och följaktligen att förbrukningen av allmänna medel sker ändamålsenligt och kostnadseffektivt. Vid bestämmandet av vilka ansökningsfrister som borde gälla uttalade regeringen att en avvägning måste göras mellan dels tillsynsmyndighetens behov av att ha tillräckligt med tid för att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas, dels upphandlande myndigheters och enheters intresse av att under endast en begränsad tid inte veta om talan om sanktion kommer att väckas.¹⁴ Vid bedömning av hur lång ansökningsfristen skulle vara vägrade regeringen också in omständigheten att samma tidsfrist borde gälla för att ge in en ansökan om upphandlingsskadeavgift som för att väcka talan om skadestånd. Regeringen bedömde att tidsfristen skulle

¹⁴ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 207.

begränsas till ett år från den tidpunkt då avtalet slöts. Enligt regeringen fick det anses vara tillräckligt med tid för att tillsynsmyndigheten ska kunna införskaffa tillräcklig utredning för att ge in en ansökan till domstolen.¹⁵

Bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift trädde i kraft den 15 juli 2010 och har tillämpats i snart fem år. Konkurrensverket har under dessa år kunna bilda sig en god uppfattning av hur regelverket fungerar och vilka problem som tillämpningen medför. Konkurrensverkets uppfattning är att en ansökningsfrist om ett år inte är tillräcklig för att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas. Det är anmärkningsvärt att utredningen hänvisar till de överväganden som regeringen gjorde när det nya rättsmedlet infördes, eftersom de tillämpningssvårigheter som ansökningsfristen har medfört då inte var kända. Det finns numera dokumenterade tillämpningsproblem med regelverket och en förlängning av ansökningsfristen skulle medföra uppenbara fördelar för efterlevnaden av regelverket. Vidare kan några tillämpningssvårigheter vid en förlängning av fristen inte antas uppkomma.

Konkurrensverkets erfarenhet av tillämpningen av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift är att sanktionsmöjligheten har kommit att bli ett viktigt redskap för att tillsynsverksamheten ska få genomslagskraft och nå en ökad respekt för regelverket. Konkurrensverket upptäckte emellertid tidigt att ansökningsfristen om ett år från det att avtalet slöts var för kort och att den begränsade Konkurrensverkets möjligheter att fullgöra sitt tillsynsuppdrag. Konkurrensverket har under de senaste fem åren utvecklat och förbättrat sina arbetsmetoder för att tidigt kunna upptäcka och beivra otillåtna direktupphandlingar, men detta har ändå inte varit tillräckligt. Det är fortfarande många ärenden som prioriteras bort eller som skrivs av till följd av att ansökningsfristen redan har gått ut eller inom kort kommer att göra det när Konkurrensverket får kännedom om att avtalet existerar.

I juni 2012 skickade Konkurrensverket en skrivelse till regeringen för att redovisa erfarenheterna med anledning av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift. Redan då påtalade Konkurrensverket att många ärenden kom att skrivas av. Konkurrensverket anförde att en vanlig orsak till avskrivningarna var att det avtal som ingåtts med en leverantör var äldre än ett år eller att ärendet inte kunde utredas tillräckligt väl innan ansökningsfristen skulle löpa ut.¹⁶ Genom en ny skrivelse till regeringen i september 2013 framhöll Konkurrensverket att det största tillämpningsproblemet med regelverket var den ettåriga ansökningsfristen som dels innebar att många ärenden fick prioriteras bort direkt eller skrivas av efter utredning, dels förhindrade Konkurrensverket att arbeta på ett mer strukturerat och planerat sätt. I skrivelsen anförde Konkurrensverket att det vore önskvärt att i

¹⁵ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 208 f.

¹⁶ Konkurrensverkets promemoria Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift daterad den 29 juni 2012 med dnr 381/2012.

större utsträckning utreda strukturer i branscher eller vissa områden eftersom ett sådant arbete bedömdes ha en större allmänpreventiv effekt. Konkurrensverket redogjorde också för att verket till och med september 2013 hade lämnat in 37 fakultativa ansökningar om upphandlingsskadeavgift till domstol och öppnat sammanlagt 244 diarietörda ärenden varav 156 diarietörda ärenden hade skrivits av.¹⁷

Efter en genomgång av samtliga ärenden som rör fakultativa ärenden har Konkurrensverket till och med den 24 april 2015 öppnat sammanlagt 368 diarietörda ärenden varav 240 diarietörda ärenden har skrivits av. Vid prioriteringen av ett ärende fokuserar Konkurrensverket på att utreda ärenden som har ett generellt intresse och som leder till tydliga resultat. Syftet är alltid att främja en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna samt en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer. Hur många ärenden som prioriteras bort till följd av att ansökningsfristen har löpt ut redan innan ett ärende är diarietört har Konkurrensverket inga uppgifter på.

Många av Konkurrensverkets ärenden förutsätter en längre skriftväxling innan det är möjligt att bedöma om en otillåten direktupphandling föreligger eller inte. Ibland är det också svårt att utreda de faktiska omständigheterna. En upphandlande myndighet eller enhet behöver också få viss tid på sig att besvara de frågor som Konkurrensverket ställer under skriftväxlingen. Eftersom det ankommer på Konkurrensverket att åberopa samtliga de omständigheter som ligger till grund för en ansökan om upphandlingsskadeavgift, måste utredningen av ett ärende vara väl genomarbetad. Konkurrensverket vill inte belasta domstolarna med ärenden som inte är tillräckligt utredda eller riskera att utredningen av de grundläggande omständigheterna fortsätter sedan en ansökan har lämnats in. Konkurrensverket vill också endast ansöka om upphandlingsskadeavgift när det är motiverat utifrån den prioriteringspolicy som verket följer.

Den nuvarande ansökningsfristen inverkar således även på vilken typ av överträdelser som Konkurrensverket har möjlighet att utreda. Med en längre ansökningsfrist skulle verket få en möjlighet att upptäcka och att utreda också de ärenden som är mer komplexa, omfattande och mer principiellt intressanta. Att förlänga ansökningsfristen till minst två år innebär inte nödvändigtvis att antalet ärenden som tas till domstol kommer att öka, utan att Konkurrensverket på ett bättre sätt kan prioritera ärenden utifrån de målsättningar som uppställs av lagstiftaren.

För att tydliggöra problematiken redovisar Konkurrensverket i en bilaga till detta remissvar exempel på diarietörda ärenden som har kommit att skrivas av till följd av att den ettåriga ansökningsfristen har löpt. Hur många överträdelser som sker och som undgår Konkurrensverkets tillsyn är inte känt. Av bilagan framgår några

¹⁷ Konkurrensverkets skrivelse Erfarenheter av upphandlingsskadeavgift t.o.m. september 2013 daterad den 18 september 2013 med dnr 532/2013.

exempel på ärenden som har diarieförts, men som har kommit att skrivas av till följd av att utredningen har visat att ansökningsfristen redan har löpt ut eller att den inom kort kommer att löpa ut. Av bilagan framgår även exempel på ärenden där Konkurrensverket i stället har valt att meddela ett tillsynsbeslut. Vidare går det av bilagan att utläsa att många ärenden innefattar flera avtal. Detta beror på att många direktupphandlingar i praktiken görs på ett formlöst sätt exempelvis genom att den upphandlande myndigheten eller enheten muntligen gör en beställning och leverans utförs utan att något skriftligt avtal har upprättats. Sådana ärenden kan ta tid och vara svåra att utreda eftersom dokumentationen brister.

Det är alltså behovet av ytterligare tid för att upptäcka och att utreda även mer komplicerade ärenden om upphandlingsskadeavgift som måste ställas mot upphandlande myndigheters och enheters intresse av att under en begränsad tid inte veta om en talan om sanktion kommer att väckas.

Konkurrensverket vill framhålla att en ansökan om upphandlingsskadeavgift är en sanktion som innebär att den juridiska personen ställs till svars för den upphandlande myndighetens eller enhetens agerande. Det är en sanktionsmöjlighet som infördes till följd av bristande efterlevnad av upphandlingslagstiftningen.¹⁸ Den fakultativa sanktionsmöjligheten är begränsad till att gälla otillåtna direktupphandlingar, dvs. sådana överträdelser som den nationella lagstiftaren och unionslagstiftaren har bedömt vara av särskilt allvarligt slag. Otillåtna direktupphandlingar är också den typ av överträdelse som var den vanligaste.¹⁹

Konkurrensverket anser att det är en självklarhet att den upphandlande myndigheten eller enheten inom rimlig tid ska få ett besked om en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska väckas. En tvåårig ansökningsfrist är emellertid inte en orimligt lång tid, men en sådan frist är en nödvändig förutsättning för Konkurrensverkets möjligheter att utreda otillåtna direktupphandlingar och förmå myndigheter att följa upphandlingslagstiftningen. Av ESO-rapporten 2015:2²⁰ om trotsiga kommuner framgår att möjligheten att ansöka om upphandlingsskadeavgift är en relativt skarp sanktion för att minska problemen med kommunalt trots på upphandlingsområdet. Konkurrensverket anser att en längre ansökningsfrist är en tydlig signal om upphandlingslagstiftningens betydelse och vikten av att upphandlande myndigheter och enheter följer densamma.

Konkurrensverket anser inte att ansökningsfristen för att väcka talan om upphandlingsskadeavgift och att tidsfristen för en leverantör att väcka talan om skadestånd behöver överensstämma. I och med att utredningen nu föreslår ändrade

¹⁸ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 181 f.

¹⁹ Prop. 2009/10:180 del 1 s. 187.

²⁰ Se rapporten *Maktutövning under lagarna? En ESO-rapport om trotsiga kommuner* till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi 2015:2.

bestämmelser om fristen för en leverantör att väcka talan om skadestånd är det inte heller längre så.

Utredningen framhåller att Konkurrensverket inte närmare har redogjort för vilka alternativa möjligheter att lösa frågan som verket har utrett och hänvisar därefter till möjligheterna till omorganisation av verksamheten eller omfördelning av resurser. Enligt Konkurrensverkets mening är det svårt att argumentera mot utredningens påståenden. Konkurrensverket vill framhålla att verket sedan sommaren 2010 successivt har byggt upp och förbättrat sin organisation kring arbetet med ärenden om upphandlingsskadeavgift. Detta eftersom regeringen årligen i budgetpropositionerna och regleringsbrevsen sedan införandet av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift särskilt har betonat vikten av Konkurrensverkets tillsynsarbete med sådana ansökningar.

Konkurrensverket anser att det är olyckligt att utredningen inte har haft möjlighet att göra en komparativ analys om ansökningsfrister i andra länder. Såsom framgår av det särskilda yttrandet till utredningen har både Norge och Danmark motsvarande rättsmedel som är förenade med längre ansökningsfrister än vad Sverige har. Konkurrensverket anser att det också hade varit intressant att göra en jämförelse med andra nationella regelverk där en tillsynsmyndighet har möjlighet att ansöka om utdömmande av en sanktionsavgift hos allmän förvaltningsdomstol. Ett sådant exempel finns i socialtjänstlagen (2001:453) där Inspektionen för vård och omsorg inom två år hos allmän förvaltningsdomstol kan ansöka om utdömmande av särskild avgift. Tidpunkten är då kopplad till den rapporteringsskyldighet som socialtjänsterna har att iaktta enligt lagstiftningen.

Frister för talan om skadestånd

Konkurrensverket instämmer i utredningens förslag att fristen för att väcka talan om skadestånd bör ändras för att den nationella rätten ska vara förenlig med unionsrätten. Konkurrensverket anser dock att talefristen för skadestånd bör räknas på samma sätt för alla upphandlingar, dvs. även dem som inte omfattas av direktiven.

Utredningen bedömer att motsvarande ändring inte ska göras för icke direktivstyrda upphandlingar. Anledningen till detta är enligt utredningen att sådana upphandlingar inte omfattas av kravet på efterannonsering. Konkurrensverket vill framhålla att detta påstående inte är korrekt. Enligt 15 kap. 21 § LOU och LUF och 15 kap. 23 § LUF finns motsvarande krav för efterannonsering av kontrakt som avser så kallade B-tjänster om kontraktets värde uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap. i respektive lag. Konkurrensverket kan konstatera det skulle innebära en principiell nyordning i upphandlingslagstiftningen att ha en särreglering av rättsmedelsreglerna för icke direktivstyrda upphandlingar. Utgångspunkten har sedan länge varit att lagstiftaren har ansett att det är motiverat att reglerna för överprövning och skadestånd ska vara desamma oavsett om upphandlingen omfattas av direktivens bestämmelser eller inte. Utredningen har inte

anfört varför det skulle vara lämpligt att frångå den rådanade ordningen för just denna situation. Vidare har utredningen inte angett några skäl till varför de rätts-skyddsaspekter som har legat till grund för EU-domstolens slutsatser i Uniplex- domen inte på motsvarande sätt föreligger även vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Konkurrensverket har inga invändningar mot de föreslagna ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit processrådet Frida Nordholm.

Dan Sjöblom

Frida Nordholm