

# Regeringens proposition

## 2001/02:142

Prop. 2001/02:142

Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

Prop.  
2001/02:142

---

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 27 mars 2002

*Göran Persson*

*Bosse Ringholm*  
(Finansdepartementet)

### Propositionens huvudsakliga innehåll

I propositionen gör regeringen bedömningen att Nämnden för offentlig upphandling även i fortsättningen skall ansvara för den statliga tillsynen av offentlig upphandling. Vidare föreslås en ny regel som ger den upphandlande enheten rätt att i den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen hänvisa till kriterier för miljömärken. En regel föreslås också som förtydligar att den upphandlande enheten kan ställa särskilda krav på hur ett uppdrag i ett upphandlingskontrakt skall utföras. Det föreslås även att direktupphandling skall få ske om värdet understiger fem prisbasbelopp.

Vidare föreslås vissa ändringar i syfte att förbättra möjligheterna för leverantörer att ansöka om överprövning av en upphandlande enhets beslut att en viss leverantör skall tilldelas upphandlingskontraktet, det s.k. tilldelningsbeslutet. Det föreslås således att en upphandlande enhet skall vara skyldig att på eget initiativ lämna upplysningar till anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningsbeslutet och att enheten skall vara skyldig att lämna sådana uppgifter till varje leverantör som så begär. Uppgifter rörande anbud får lämnas ut först sedan en sekretessprövning skett. Det föreslås dessutom att en upphandling i regel skall anses som avslutad i den mening som avses vid ansökan om överprövning och talan om skadestånd vid den tidpunkt när ett upphandlingskontrakt föreligger, dock tidigast sedan tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare. Ett upphandlingskontrakt föreslås kunna ingås genom elektronisk överföring. Slutligen föreslås att prövningstillstånd krävs för att kammarrätten skall pröva ett överklagande av länsrättens beslut.

De nya bestämmelserna föreslås träda i kraft den 1 juli 2002.

1	Förslag till riksdagsbeslut .....	4
2	Lagtext .....	5
2.1	Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100) ....	5
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling .....	7
3	Ärendet och dess beredning .....	15
4	Bakgrund .....	16
4.1	Allmänt om regelverket .....	16
4.2	Miljöhänsyn vid offentlig upphandling .....	17
4.2.1	Inledning .....	17
4.2.2	EG-fördraget .....	17
4.2.3	Miljömärkning i kommissionens tolkningsmeddelande .....	18
4.2.4	Europeiska specifikationer och harmoniserande regler .....	19
4.2.5	Miljökrav som särskilda villkor .....	19
4.2.6	Nya upphandlingsdirektiv .....	20
4.3	Sociala hänsyn vid offentlig upphandling .....	20
4.3.1	EG-fördraget .....	20
4.3.2	Kommissionens tolkningsmeddelande om sociala hänsyn i offentlig upphandling .....	21
4.3.3	Nya upphandlingsdirektiv och EG-domstolens praxis .....	23
4.3.4	Antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling .....	24
4.4	Information om och överprövning av tilldelningsbeslut ..	25
4.4.1	Inledning .....	25
4.4.2	Information om resultatet av upphandlingen ..	25
4.4.3	Överprövning och skadestånd .....	27
4.4.4	De s.k. rättsmedelsdirektiven .....	27
4.4.5	Alcatel-målet .....	28
4.4.6	Handlingsoffentlighet och sekretess vid offentlig upphandling .....	30
5	Överväganden och förslag .....	32
5.1	Den framtida tillsynen .....	32
5.2	Huvudregeln om affärsmässighet .....	35
5.3	Kriterier för miljömärken .....	40
5.4	Särskilda kontraktstvillkor .....	42
5.5	Direktupphandling .....	46
5.6	Urvalsupphandling .....	50
5.7	Lokal upphandling .....	50
5.8	Förbättrade möjligheter till överprövning av tilldelningsbeslut .....	52
5.9	Offentliggörande av anbudsuppgifter .....	54
5.10	Upplysningar om tilldelningsbeslut .....	58
5.11	Upplysningar om varför ansökan eller anbud förkastats ..	67
5.12	Upphandlingskontrakt .....	69

5.13	Förutsättningar för att avsluta en upphandling.....	71	Prop. 2001/02:142
5.14	Särskilt undantag avseende viss upphandling .....	80	
5.15	Prövningstillstånd .....	83	
5.16	Övriga frågor .....	84	
5.17	Ikraftträdande .....	86	
6	Ekonomiska och andra konsekvenser .....	87	
7	Författningskommentar.....	92	
7.1	Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100) ..	92	
7.2	Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling .....	93	
Bilaga 1	Sammanfattning av Upphandlingskommitténs slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31) .	104	
Bilaga 2	Författningsförslagen i betänkandet Mera värde för pengarna (SOU 2001:31).....	110	
Bilaga 3	Förteckning över remissinstanser som yttrat sig över betänkandet Mera värde för pengarna (SOU 2001:31).....	119	
Bilaga 4	Lagrådsremissens lagförslag .....	120	
Bilaga 5	Lagrådets yttrande.....	131	
	Utdrag ur protokoll från regeringssammanträde den 27 mars 2002 .....	137	
	Rättsdatablad .....	138	

# 1 Förslag till riksdagsbeslut

Prop. 2001/02:142

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till

1. lag om ändring i sekretesslagen (1980:100),
2. lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Regeringen har följande förslag till lagtext.

## 2.1 Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

Härigenom föreskrivs att 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100)<sup>1</sup> skall ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **6 kap.** **2 §<sup>2</sup>**

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra. Angår ärendet *upphandling eller angår det försäljning av lös egendom för det allmännas räkning*, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun *eller* ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller *som rör* motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting *eller en myndighet eller*

<sup>1</sup> Lagen omtryckt 1992:1474.

<sup>2</sup> Senaste lydelse 1994:694.

*mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.*

*Angår ärendet upphandling får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.*

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har förflutit från det avtalet slöts.

---

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002. Äldre föreskrifter gäller i fråga om uppgifter i ärenden om upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

## 2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1992:1528) om offentlig upphandling<sup>3</sup>

*dels* att 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § skall upphöra att gälla, *dels* att 1 kap. 3, 5 och 12 §§, 4 kap. 15 §, 6 kap. 1, 2, 7 och 14 §§ samt 7 kap. 1, 2, 4 och 8 §§ skall ha följande lydelse,

*dels* att det i lagen skall införas sju nya paragrafer, 1 kap. 18 b, 19 a och 27–29 §§ och 6 kap. 5 b och 10 a §§ samt närmast före 1 kap. 18 b och 27 §§ samt 6 kap. 10 a § nya rubriker av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### 1 kap.

#### 3 §

Denna lag gäller inte

1. upphandlingsförfaranden som överenskommits i ett internationellt avtal mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande staterna,

2. upphandlingsförfaranden som överenskommits i ett avtal beträffande stationering av militär personal, eller

3. upphandlingsförfaranden som överenskommits i en internationell organisation.

För följande upphandlingar gäller endast bestämmelserna i 6 kap., nämligen

1. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och

2. upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget.	2. upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Romfördraget.
--	--

#### 5 §<sup>4</sup>

I denna lag används följande termer med den betydelse som här anges:

*Upphandling*: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, bygg-entreprenader eller tjänster.

*Upphandlande enhet*: statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga

<sup>3</sup> Lagen omtryckt 1997:1068.

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2000:877.

samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

Prop. 2001/02:142

*Upphandlingskontrakt:*

skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag.

*Upphandlingskontrakt:*

skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag *och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.*

*Byggentreprenad:* utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

*Koncession:* ett upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

*Leverantör:* den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

*Ramavtal:* avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

*Formgivningstävling:* sådan tävling som avses i 5 kap. 28 § och 6 kap. 18 §.

*Förfrågningsunderlag:* underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör.

*Påskyndat förfarande:* sådant förfarande som avses i 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 22 §.

*Anbudsgivare:* den som lämnar anbud.

*Anbudssökande:* den som ansöker om att få lämna anbud vid selektiv eller förhandlad upphandling eller urvalsupphandling.

*Ansökningsinbjudan:* underlag varigenom den upphandlande enheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud vid urvals-upphandling.

*Öppen upphandling:* upphandling där alla leverantörer får lämna anbud.

*Selektiv upphandling:* upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

*Förhandlad upphandling:* upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.

*Förenklad upphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

*Urvalsupphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud *och* den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

*Urvalsupphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud *och* den



*upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.* Prop. 2001/02:142

*Direktupphandling: upphandling utan krav på anbud.*

#### 12 §

Om förfrågningsunderlaget innehåller en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen skall beskrivningen göras med hänvisning till

1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna, eller
3. en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.

*Den upphandlande enheten får hänvisa till kriterier för miljömärken om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information.*

Första stycket gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser och dessa överensstämmer med gemenskapsrätten.

#### *Särskilda kontraktsvillkor*

##### 18 b §

*En upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Sådana villkor skall anges i annonsen om upphandling.*

##### 19 a §

*En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått upplysningar som avses i 28 §.*

#### *Upplysningar*

##### 27 §

*Vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. skall en upphandlande enhet till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om varför hans ansökan eller anbud förkastats.*

*Upplysningar enligt första stycket skall lämnas inom 15*

*dagarna från det att begäran kom in. Om beslut om leverantör och anbud fattats skall upplysningarna dock lämnas genast eller så snart det är möjligt efter det att begäran kom in.*

#### 28 §

*När beslut om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det.*

*Sådana upplysningar skall lämnas genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som begär det.*

#### 29 §

*Om en upphandlande enhet vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. har beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen skall enheten på begäran lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut. Enheten skall underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om sitt beslut.*

### **4 kap.**

#### 15 §<sup>5</sup>

En upphandlande enhet skall annonsera sin upphandling om inte annat följer av 16 § andra stycket.

En enhet som avslutat en upphandling skall inom 60 dagar därefter meddela Europeiska gemenskapernas kommission hur upphandlingen har avslutats. Därvid skall enheten ange om den har förkastat ett anbud med stöd av 1 kap. 23 § första stycket eller av 26 § i detta kapitel eller tillämpat bestämmelserna i 15 a §. Enheten skall även ange de uppgifter, vars offentliggörande skulle motverka befogade affärs- och konkurrensintressen.

En upphandlande enhet som bedriver en sådan verksamhet som anges i 8 a § första stycket 1–3 skall, om en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen begär det,

En upphandlande enhet som bedriver en sådan verksamhet som anges i 8 a § första stycket 1–3 skall, om en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen begär det,

<sup>5</sup> Senaste lydelse 1998:1432.

så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälen till att ansökan eller anbudet förkastats *och om vem som fick upphandlingen och skälet till det.*

så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen *och* skälen till att ansökan eller anbudet förkastats.

## 6 kap.

### 1 §<sup>6</sup>

Bestämmelserna i detta kapitel tillämpas på

1. upphandling som avses i 2, 3 och 4 kap. och understiger de tröskelvärden som anges där,
2. upphandling av tjänster som avses i avdelning A i bilagan och understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap.,
3. upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan, oavsett värde,
4. upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, oavsett värde, och
5. upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster som avses i 5 kap. 1 § andra stycket 3, oavsett värde.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§ *och 12 § andra stycket. Vid förenklad upphandling och urvalsupphandling gäller även 1 kap. 27 och 28 §§.*

Vid upphandling för verksamhet som anges i 4 kap. innefattar termen ”upphandlande enhet” de företag som framgår av 4 kap. 1 § andra stycket.

Vid upphandling av tjänster enligt detta kapitel för verksamhet som avses i 4 kap. gäller 4 kap. 4 a §.

### 2 §<sup>7</sup>

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde understiger fem prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring eller om det finns synnerliga skäl. En upphandling får inte delas upp i syfte att värdet skall underskridas.

*Den upphandlande enheten skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.*

<sup>6</sup> Senaste lydelse 2000:877.

<sup>7</sup> Senaste lydelse 2000:877.

## 5 b §

*En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått upplysningar som avses i 1 kap. 28 §.*

## 7 §

Försändelser med anbud skall, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Anbudet skall föras upp i en förteckning, som skall bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av handelskammaren utsedd person närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran.

Vid förenklad upphandling som angetts innefatta förhandling får försändelserna öppnas och anbudet förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbudet skall öppnas samtidigt eller, om det finns synnerliga skäl, allteftersom de kommer in.

Vid förenklad upphandling och *urvalsupphandling* som angetts innefatta förhandling får försändelserna öppnas och anbudet förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbudet skall öppnas samtidigt eller, om det finns synnerliga skäl, allteftersom de kommer in.

*Särskilda kontraktsvillkor*

## 10 a §

*En upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Sådana villkor skall anges i förfrågningsunderlaget om de inte har angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan.*

## 14 §

*När ett anbud har antagits skall den upphandlande enheten underrätta anbudsgivaren om detta snarast möjligt, dock senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren.*

*Anbudsgivare vars anbud inte har antagits skall snarast möjligt underrättas om detta.*

*I de fall 1 kap. 28 § inte är tillämplig skall den upphandlande enheten, när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.*

**7 kap.****1 §**

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till *länsrätten* ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

*En ansökan enligt första stycket får inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.*

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till *allmän förvaltningsdomstol* ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

*Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.*

*Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att*

*1. den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller*

*2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.*

*Vad som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte i fråga om upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, om regeringen föreskrivit om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande enhet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall. Vad som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte heller i fråga om upphandling som är absolut nödvändig att genomföra med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten.*

**2 §**

Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna

Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna

lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall *länsrätten* besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får *länsrätten* vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

*Länsrätten* får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. *Länsrätten* får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall *rätten* besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får *rätten* vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

*Rätten* får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. *Rätten* får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

#### 4§

En ansökan enligt 1 § skall göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist.

*Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.*

#### 8 §

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den *dag då avtal om upphandlingen slöts*. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den *tidpunkt som följer av 1 § andra–fjärde styckena*. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002.
  2. Äldre föreskrifter gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.
  3. Prövningstillstånd enligt 7 kap. 4 § andra stycket krävs inte vid överklagande av beslut som meddelats före ikraftträdandet.

### 3 Ärendet och dess beredning

En särskild utredare fick den 25 juni 1998 i uppdrag att utreda organisationen av Nämnden för offentlig upphandling och vilken roll samt vilka uppgifter nämnden borde ha i framtiden med hänsyn till behovet av tillsyn av offentlig upphandling (dir. 1998:58). Utredaren skulle även göra en översyn av bestämmelserna i 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), som bl.a. avser upphandlingar under tröskelvärdena samt se över bestämmelsen om skadestånd i 7 kap. 6 § LOU.

Regeringen beslutade den 12 maj 1999 att utredningen skulle övergå till en parlamentariskt sammansatt kommitté (dir. 1999:34).

I december 1999 avlämnade kommittén delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139). Efter remissbehandling tog regeringen i propositionen Offentlig upphandling i informationssamhället (prop. 1999/2000:128) upp vissa av kommitténs förslag. Riksdagen beslutade i enlighet med regeringens förslag (bet. 2000/01:FiU8, rskr. 2000/01:25).

I mars 2001 avlämnade kommittén sitt slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31). Enligt de ursprungliga direktiven var kommittén oförhindrad att ta upp frågor som blev aktuella under utredningens gång. I slutbetänkandet behandlade kommittén därför, förutom de frågor som omfattades av tilläggsdirektiven, vissa frågor som aktualiserats under kommitténs arbete och som inte behandlats i delbetänkandet. En sammanfattning av kommitténs slutbetänkande och förslag finns i *bilaga 1 och 2*.

Slutbetänkandet har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. Remissyttrandena i ärendet finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2001/1255).

Regeringen tar nu upp kommitténs förslag i delbetänkandet om statlig tillsyn över den offentliga upphandlingen (prop. 1999/2000:128, bilaga 2) samt kommitténs förslag i slutbetänkandet. Vidare föreslår regeringen att en bestämmelse om hänvisning till kriterier för miljömärken i tekniska specifikationer, en bestämmelse om särskilda kontraktsvillkor i upphandlingskontrakt samt ett förtydligande i definitionen av urvalsupphandling införs i LOU. Regeringen föreslår slutligen att det införs prövningstillstånd i ett överprövningsmål vid överklagande av en länsrätts beslut till kammarrätten.

#### *Lagrådet*

Regeringen beslutade den 21 februari att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 4*.

Lagrådets yttrande finns i *bilaga 5*. Regeringen behandlar Lagrådets synpunkter i avsnitten 5.3, 5.4, 5.9 och 5.10 samt i författningskommentaren. Lagrådets granskning har också lett till vissa redaktionella ändringar i lagtexten.

## 4 Bakgrund

### 4.1 Allmänt om regelverket

Bestämmelserna i 2, 3 och 5 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) genomför de s.k. klassiska direktiven. I 2 kap. LOU regleras upphandling av varor som beräknas uppgå till ett visst i kapitlet angivet tröskelvärde. Bestämmelserna genomför rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (varudirektivet)<sup>8</sup>. I 3 kap. LOU regleras upphandling av byggtreprenad som beräknas uppgå till ett visst i det kapitlet angivet tröskelvärde. Bestämmelserna genomför rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (byggdirektivet)<sup>9</sup>.

I 5 kap. LOU regleras upphandling av vissa tjänster som anges i avdelning A i en bilaga till lagen, s.k. A-tjänster. Bestämmelserna genomför rådets direktiv 92/50 EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (tjänstedirektivet)<sup>10</sup>. I bilaga A finns följande tjänster upptagna: 1 underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning, 2 landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran, 3 lufttransport, utom postbefordran, 4 postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18 (rälsbunden transport), 5 telekommunikation (utom telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster), 6 finansiella tjänster, dvs. a) försäkringstjänster och b) bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar (utom tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument, förvaltning av statsskulden och sådana tjänster som utförs av Sveriges riksbank), 7 datatjänster och därmed anknutna tjänster, 8 tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten, 9 redovisning, revision och bokföring, 10 marknadsundersökningar, inkl. opinionsmätningar, 11 konsulttjänster för administration och organisation av företag, 12 arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturtjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys, 13 tjänster avseende annonsering (reklam), 14 fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll, 15 förlags- och

<sup>8</sup> EGT nr L 199, 09/08/1993 s. 1-53, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG, EGT nr L 328, 28/11/1997 s. 1-59.

<sup>9</sup> EGT nr L 199, 09/08/1993 s. 54-83, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, EGT nr L 328, 28/11/1997 s. 1-59.

<sup>10</sup> EGT nr L 209, 24/07/1992 s. 1-24, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG den 13 oktober 1997, EGT nr L 328, 28/11/1997 s. 1-59.



tryckeritjänster, som utförs mot ersättning, 16 tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet.

I 4 kap. LOU regleras upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster som upphandlas inom försörjningssektorerna (vatten-, energi-transport och telekommunikationsområdena). Bestämmelserna genomför rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningsdirektivet)<sup>11</sup>.

I 6 kap. LOU regleras upphandling utanför det direktivstyrda området, dvs. upphandling under de i 2–5 kap. angivna tröskelvärdena samt (oavsett värde) upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan till LOU. I bilaga B finns följande tjänster upptagna: 17 hotell och restaurangtjänster, 18 rälsbunden transport, 19 sjötransport och annan vattenburen transport, 20 stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats eller i hamnar, 21 juridiska tjänster (utom skiljemanna- och förlikningsuppdrag), 22 arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster, 23 säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter, 24 utbildning, inkl. yrkesutbildning, 25 hälso- och sjukvård samt socialtjänst, 26 tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet samt 27 andra tjänster.

Reglerna i 6 kap. LOU gäller vidare för upphandling som avses i 1 kap. 3 § LOU, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 (tidigare artikel 223) av Romfördraget.

## 4.2 Miljöhänsyn vid offentlig upphandling

### 4.2.1 Inledning

Frågan om i vilken utsträckning miljöhänsyn kan tas vid offentlig upphandling diskuteras mycket i Sverige. Det råder dock oklarheter om i vilken utsträckning som miljökrav får ställas enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och EG:s upphandlingsdirektiv.

### 4.2.2 EG-fördraget

I EG-fördraget finns det inte någon bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling. Bestämmelserna om icke-diskriminering i artikel 12, om den fria rörligheten av varor i artikel 28, om etableringsrätt i artikel 43 och om fri rörlighet av tjänster i artikel 49 ligger dock till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling. Endast i undantagsfall kan medlemsstaterna införa regler som utgör ett hinder mot den fria rörligheten av varor och tjänster. Detta gäller i de fall där det

<sup>11</sup> EGT nr L 199, 09/08/1993 s. 84-138, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG den 16 februari 1998, EGT nr L 101, 01/04/1998 s. 1-16.

uttryckligen är föreskrivet, dvs. i artiklarna 30, 45 och 55 i EG-fördraget eller ändå utgör ett sådant undantag enligt EG-domstolens praxis. Miljöskydd är, enligt en dom från EG-domstolen (mål 302/86 kommissionen mot Danmark, REG 1988 s. 4607) ett sådant krav som tillåter att medlemsstaterna föreskriver undantag från reglerna om fri rörlighet av varor.

EG-fördraget har genomgått förändringar som inneburit att miljöfrågorna fått en stärkt ställning inom EU. Efter Amsterdamfördraget har en allmän princip antagits redan i ingressen till unionsfördraget.

Artikel 2 i EG-fördraget innehåller efter Amsterdamfördraget en bestämmelse som innebär att gemenskapen skall uppnå målet med en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union genom att bl.a. främja en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet.

I fördragets lydelse efter Amsterdamfördraget framgår vidare av artiklarna 3 och 6 att gemenskapens verksamhet skall innefatta en miljöpolitik och att miljöskyddet skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling.

I artikel 30 i EG-fördraget medges undantag från den fria rörligheten av varor för att skydda bl.a. människors och djurs hälsa och liv och att bevara växter. Kommissionen skall i sina förslag till beslut enligt artikel 95.3 i fördraget när det gäller hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå. I artikel 174 anges att gemenskapens miljöpolitik skall syfta till en hög skyddsnivå.

#### **4.2.3 Miljömärkning i kommissionens tolkningsmeddelande**

EG-kommissionen presenterade den 4 juli 2001 sitt tolkningsmeddelande (KOM [2001] 274 slutlig)<sup>12</sup> om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling. I dokumentet behandlas bl.a. miljömärkning. Av detta framgår följande.

Miljömärken visar att produkter klassas som mer miljöanpassade än jämförbara produkter inom samma produktgrupp. Märkena tilldelas på frivillig basis produkter som uppfyller särskilda kriterier i syfte att informera konsumenterna om miljöanpassade produkter.

Det finns olika typer av miljömärken: gemenskapens miljömärke, olika nationella miljömärken och multinationella miljömärken. Privata miljömärken finns också.

Kraven är baserade på produktens livscykel och hänför sig till olika aspekter, t.ex. produktprestanda, produktmaterial, tillverkningsprocess, återtagande och återbruk, användarinstruktioner och konsumentinformation. De är tekniska specifikationer i den mening som används i direktiven om offentlig upphandling.

Beslut om tilldelning av gemenskapens miljömärke och (multi)nationella miljömärken fattas enligt de förfaranden som fastställts

<sup>12</sup> EGT nr C 333, 28/11/2001 s. 13-26.

i ifrågavarande instrument. Dessa system garanterar insyn och är öppna för alla producenter och leverantörer.

Privata miljömärken delas ut av privatpersoner eller privata organisationer. För att få använda ett privat miljömärke krävs tillstånd från ägaren till märket. Det finns inga gemensamma kännetecken eller något gemensamt system som överenskommit eller harmoniserats på nationell eller multinationell nivå eller EU-nivå. Privata miljömärken ger inte samma garantier för insyn och lika tillgång som gemenskapens eller nationella miljömärken.

Om det saknas krav på hänvisningar eller om de upphandlande enheterna kräver högre miljöskyddsstandard än vad som krävs enligt standarder eller lagstiftning, kan de t.ex. ange tekniska specifikationer för miljöprestanda i överensstämmelse med krav för miljömärkning och att produkter som har viss miljömärkning förutsätts vara förenliga med den tekniska beskrivningen i kontraktshandlingarna.

Tolkningsmeddelandet återspeglar kommissionens uppfattning av rättsläget och är i sig inte bindande för en upphandlande enhet. Den rätta tolkningen av EG-rätten avgörs av EG-domstolen.

#### **4.2.4 Europeiska specifikationer och harmoniserande regler**

I EG-direktiven och LOU finns bestämmelser som innebär att upphandlande enheter är skyldiga att hänvisa till befintliga europeiska standarder om kravspecifikationen innehåller en teknisk beskrivning. Syftet med tekniska specifikationer är att öppna den offentliga sektorns marknad, att skapa konkurrens och förhindra att marknader reserveras för nationella eller specifika företag. Den upphandlande enheten är inte skyldig att endast köpa produkter som är utformade i enlighet med standarderna. Det krävs endast att den upphandlande enheten refererar till befintlig europeisk standard och sedan kan leverantörerna erbjuda liknande lösningar. Enligt tolkningsmeddelandet får upphandlande enheter kräva ett högre miljöskydd på bestämda produkter än vad som krävs enligt lagstiftningen eller standarder.

Vid totalt harmoniserade regler saknas utrymme för den enskilda medlemsstaten att ställa mer långtgående krav i lagstiftningen än det som framkommer av gemenskapsrätten. Föreligger minimiharmonisering kan den enskilda medlemsstaten, inom ramen för de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, t.ex. proportionalitets- och likabehandlingsprincipen, ha mera långtgående krav i sin lagstiftning.

#### **4.2.5 Miljökrav som särskilda villkor**

Enligt kommissionen kan en upphandlande enhet från den leverantör, vars bud antagits, som särskilda kontraktsvillkor begära att prestationen som upphandlingen gäller, genomförs med hänsyn till vissa miljökrav. Sådana villkor skall prövas utanför själva upphandlingsförfarandet.

En förutsättning för att sådana tillkommande villkor skall vara tillåtna är att de är förenliga med grundläggande gemenskapsrättsliga principer, t.ex. att de inte är diskriminerande och att de är proportionella i förhållande till innehållet i upphandlingskontraktet i övrigt. Villkoren får

inte på något sätt utgöra hinder för en väl fungerande inre marknad. Den upphandlande enheten måste vidare, för att villkoren skall vara tillåtna, säkerställa att deltagarna i anbudsförfarandet får kännedom om att dessa villkor existerar. Detta kan t.ex. ske genom att villkoren anges i annonsen.

#### **4.2.6 Nya upphandlingsdirektiv**

Kommissionen presenterade i maj 2000 förslag till ändrade direktiv om offentlig upphandling<sup>13</sup>. Förslagen behandlas nu i rådet. Sverige har i rådsarbetsgruppen aktivt arbetat för att direktiven skall förtydligas och ändras. I huvudsak har följande förslag framförts. I artikel 6 i EG-fördraget föreskrivs det att miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling. Det här direktivet bör därför göra det möjligt för den offentliga upphandlingen att bidra till skyddet av miljön och till främjandet av en hållbar utveckling. Vidare skall det i artikeln om tekniska specifikationer göras tillägget att tekniska specifikationer avseende miljöaspekter kan utformas genom hänvisning till dokument om kriterier för europeisk, transnationell eller nationell miljömärkning. Reglerna om anbudsgivarnas tekniska förmåga bör tillföras en bestämmelse som ger den upphandlande enheten rätt att kräva att anbudsgivare anger sitt miljöledningssystem. Slutligen har Sverige framfört att, i artikeln angående tilldelningsgrunder, orden "för den upphandlande myndigheten" skall utgå och "är direkt förbundna med föremålet för upphandlingen" skall ersättas med "avser upphandlingen". Detta överensstämmer med gällande upphandlingsdirektiv. Sverige har också framfört att ordet "miljöegenskaper" skall ersättas med "miljöhänsyn i ett livscykelperspektiv".

### **4.3 Sociala hänsyn vid offentlig upphandling**

#### **4.3.1 EG-fördraget**

Frågan om offentlig upphandling kan användas i syfte att främja socialpolitiska och arbetsmarknadspolitiska målsättningar har ett samband med den allmänna rättsutvecklingen inom EU.

Gemenskapsrätten har historiskt sett grundat sig på ekonomiska hänsyn. Genom Amsterdamfördraget lades grunden för en tydligare inriktning av bl.a. socialpolitiken och arbetsrätten i gemenskapen.

EG-fördragets kapitel om socialpolitik har utvidgats och förtydligats och det finns numera också ett särskilt kapitel om sysselsättningspolitiken. De sociala målsättningarna har genom

<sup>13</sup> KOM (2000) 275 slutlig-COD 2000/0115, EGT nr C 29 E.30/01/2001 s. 11-111, Celex nr 52000 PC0275 och KOM (2000) 276 slutlig-COD 2000/0117, EGT C29E, 30/01/2001, s. 112-188, Celex nr. 52000 PC 0276.

Amsterdamfördraget fått en ökad tyngd i EG-fördragets övergripande målsättningsbestämmelser.

I artikel 2 i EG-fördraget anges exempelvis en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd och jämställdhet mellan kvinnor och män samt en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten som målsättningar för unionen. Upprättandet av en gemensamt marknad, EMU och den fria rörligheten av varor, personer, tjänster och kapital anges vara ett medel för att uppnå bl.a. detta mål.

I artikel 3 i EG-fördraget beskrivs gemenskapens verksamhetsområden, däribland en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet av varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna. Genom Amsterdamfördragets ikraftträdande den 1 maj 1998 gjordes ett tillägg till artikeln. Enligt tillägget skall arbete för jämställdhet mellan kvinnor och män integreras i alla gemenskapens verksamhetsområden, dvs. bl.a. den inre marknaden och den fria rörligheten.

I artikel 6 i EU-fördraget står att unionen bygger på bl.a. respekt för de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna. Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen.

Genom artikel 13 i EG-fördraget har gemenskapen fått en uttalad rättslig grund att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

#### **4.3.2 Kommissionens tolkningsmeddelande om sociala hänsyn i offentlig upphandling**

EG-kommissionen presenterade den 10 oktober 2001 ett tolkningsmeddelande (KOM [2001] 566 slutlig)<sup>14</sup> om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Syftet med meddelandet är att identifiera vilka möjligheter som finns att beakta olika sociala hänsyn i upphandlingens olika faser. Av meddelandet framgår följande.

En upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som skall upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt. Exempelvis kan en kommun kräva att det datorprogram som upphandlas för den kommunala administrationen skall kunna användas av kommunens synskadade medarbetare.

En leverantör kan uteslutas från deltagande i offentlig upphandling bl.a. om han är dömd för brott i yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom eller om han har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

En leverantör kan vidare diskvalificeras om leverantören inte uppfyller ställda kvalifikationskriterier. Kvalifikationskriterier är de kriterier som visar att en leverantör är en lämplig anbudsgivare. Kriterierna skall

<sup>14</sup> EGT nr C 333, 28/11/2001 s. 27-41.

hänföra sig till leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella eller ekonomiska ställning. Krävs särskild kompetens eller särskild erfarenhet för att fullgöra ett kontrakt inom den sociala sektorn kan sådan kompetens eller erfarenhet användas som kriterium.

Sociala hänsyn som utvärderingskriterier kan användas vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i de fall sådana hänsyn medför en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten och som är kopplad till föremålet för upphandlingen. Sociala hänsyn kan i vissa fall tillgodoses genom det av EG-domstolen utvecklade begreppet ”tillkommande kriterium”. Ett sådant kriterium kan användas som ett villkor på det sociala området om det överensstämmer med de gemenskapsrättsliga principerna och i de fall två eller flera likvärdiga anbud förekommer i upphandlingen. Kriteriet måste anges i annonsen om upphandling.

Sociala mål kan främjas genom att man använder sig av kontraktsvillkor, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med gemenskapsrätten och i synnerhet inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. De upphandlande enheterna får fastställa villkor för hur kontraktet skall utföras. Villkoren skall med hänsyn till kravet på öppenhet framgå av meddelandet om upphandling, så att alla anbudssökande eller anbudsgivare känner till dem. Den upphandlande enheten har en lång rad möjligheter att fastställa kontraktsvillkor av social karaktär. Kommissionen anger några exempel på sådana särskilda kontraktsvillkor som den upphandlande myndigheten får kräva av uppdragstagaren som gör det möjligt att ta sociala hänsyn:

- Krav på att anbudsgivaren i samband med kontraktets utförande skall anställa arbetslösa, särskilt långtidsarbetslösa, eller anordna utbildning för arbetslösa eller ungdomar.
- Krav på att anbudsgivaren vid kontraktets utförande skall vidta åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen eller mångfald i fråga om ras och etniskt ursprung.
- Krav på att uppdragstagaren vid kontraktets utförande följer bestämmelserna i ILO:s (International Labour Organisation) grundläggande konventioner i det fall dessa inte redan har genomförts i den nationella lagstiftningen.
- Krav på att uppdragstagaren för utförandet av kontraktet anställer ett större antal personer med funktionshinder än vad som krävs enligt den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där kontraktet fullgörs eller i uppdragstagarens medlemsstat.

Kommissionen framhåller vidare att det förefaller svårare att tillämpa kontraktsvillkor som rör utförandet av varuupphandlingskontrakt. Sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle kunna vara diskriminerande eller medföra ett oberättigat handelshinder.

Som angetts ovan under avsnitt 4.2.6 har kommissionen lagt fram förslag till nya upphandlingsdirektiv. I förslaget besvaras inte frågan vilka sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn som kan tas och i vilken utsträckning det kan ske. En ny bestämmelse ingår dock i förslaget som anger att särskilda krav på hur uppdraget skall genomföras får ställas upp i en upphandling (se avsnitt 5.4).

Sverige har i rådsarbetsgruppen arbetat för en ändring av reglerna som ger ökade möjligheter till sociala hänsynstaganden i offentlig upphandling och tydligare regler därvidlag. Framför allt har Sverige verkat för att bestämmelsen om utvärdering av anbud skall tillåta mer allmänna hänsynstaganden än enbart sådana som har en direkt ekonomisk fördel för den upphandlande enheten. Enligt kommissionens förslag kan enbart sådana utvärderingskriterier användas som medför en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten och som har en direkt koppling till föremålet för upphandlingen.

Kommissionen grundar sin inställning bl. a. på EG-domstolens dom i Beentjes-målet (mål 31/87, Gebroederes Beentjes BV mot Nederländska staten, REG 1988 s. 4635) som rörde frågan om en leverantörs möjligheter att ge arbete till långtidsarbetslösa fick beaktas av den upphandlande enheten vid en upphandling enligt byggtreprenad-direktivet. EG-domstolen konstaterade i det målet att det kunde vara möjligt att ställa krav på att leverantörerna skulle utföra arbete med en viss andel långtidsarbetslösa eller funktionshindrade under förutsättning att villkoret inte direkt eller indirekt hade någon diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. Ett sådant villkor måste enligt domstolen vara förenligt med bestämmelserna om etableringsrätt och rätten till fri rörlighet av tjänster. Ett villkor skulle nämligen kunna utgöra ett brott mot förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet om det innebar att endast anbudsgivare från den aktuella staten kunde uppfylla villkoret eller om anbudsgivare från andra stater skulle ha svårigheter att uppfylla kravet. En förutsättning för att det ifrågavarande villkoret skall få ställas är vidare att ett sådant villkor anges i annonsen om upphandling så att leverantörerna får kännedom om villkoret redan i inledningen av upphandlingsprocessen.

I ett nyligen avgjort mål som gällde upphandling och utförande av skolbyggnader i Frankrike (mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, REG 2000 s. I-7445) fann EG-domstolen att det var möjligt att vid tilldelningen av ett upphandlingskontrakt ställa ett villkor som var knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten. I målet gjorde kommissionen gällande att sysselsättningshänsyn inte kunde utgöra ett utvärderingskriterium utan endast ett tillkommande kontraktsvillkor. Domstolen konstaterade dock att det i Beentjes-målet aktuella villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa hade utgjort grund för att förkasta ett anbud och att det därför med nödvändighet hade utgjort ett utvärderingskriterium. Vidare slog domstolen fast att direktivets regel om utvärderingskriterier inte uteslöt möjligheten för en upphandlande myndighet att som kriterium använda sig av ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslösheten, under förutsättning att villkoret är förenligt med de för offentlig upphandling grundläggande principerna.

I ett i EG-domstolen anhängigt mål som avser miljöhänsyn i upphandling, (mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy AB [tidigare Stagecoach Finland] mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne), har bl. a. frågan om ett utvärderingskriterium måste medföra en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten aktualiserats. Generaladvokaten anser i sitt yttrande att det är berättigat att tillåta ett sådant kriterium, inte endast om det medför en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten, utan även om det gagnar andra än enheten eller miljön i allmänhet. Domen kan beräknas komma att meddelas under våren 2002.

#### **4.3.4 Antidiskrimineringshänsyn vid offentlig upphandling**

Möjligheten att vid offentlig upphandling beakta antidiskrimineringshänsyn föreslogs av diskrimineringsutredningen i betänkandet Räkna med mångfald! (SOU 1997:174). Utredningen föreslog att när inga rättsliga hinder möter skall statliga myndigheter åläggas att i största möjliga utsträckning ta in s.k. antidiskrimineringsklausuler i avtal med leverantörer av varor och tjänster.

Regeringen överlämnade den 7 februari 2001 till riksdagen skrivelsen En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering (skr. 2000/01:59). I skrivelsen presenterade regeringen en handlingsplan för det fortsatta arbetet mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering på grund av etnisk tillhörighet och sexuell läggning. Planen innehåller bl. a. ett antal konkreta initiativ.

I syfte att stimulera utveckling av nya instrument och metoder att främja jämställdhet mellan kvinnor och män tillsatte regeringen kommittén om frivillig jämställdhetsmärkning (dir 1999:13). Dess uppdrag är att utreda möjligheterna att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster. Avsikten är dels att stimulera företag i jämställdhetsarbetet genom att ge möjlighet till konkurrensfördelar genom jämställdhetsmärkning, dels att åstadkomma en produktutveckling som baseras på kunskap om kvinnors och mäns krav och villkor samt att bidra till ökad konsumentmakt. Den första etappen i kommitténs arbete, presenterades i delbetänkandet Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (SOU 2001:9). I delbetänkandet behandlas möjligheten att inom ramen för offentlig upphandling införa krav på frivillig jämställdhetsmärkning. Utredningen skall presentera sitt slutbetänkande i slutet av mars 2002.



#### 4.4.1 Inledning

I en upphandling fattar en upphandlande enhet först beslut om leverantör, det s.k. tilldelningsbeslutet, innan enheten avslutar upphandlingen med att ingå ett upphandlingskontrakt med den leverantör som valts. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande från år 1999 i det s.k. Alcatel-målet (se avsnitt 4.4.5) konstaterat att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande i ärenden om offentlig upphandling som ger en klagande en möjlighet att få tilldelningsbeslutet prövat innan ett upphandlingsavtal sluts. Huruvida detta är möjligt beror på om det, enligt den nationella lagstiftningen, är möjligt för utomstående att få kännedom om tilldelningsbeslutet innan upphandlingen är avslutad och vilka förutsättningar som gäller för prövning av ett tilldelningsbeslut. För flera medlemsländer innebär domen att de nationella reglerna måste anpassas så att de uppfyller de krav på möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslut som rättsmedelsdirektiven (se avsnitt 4.4.4) uppställer enligt EG-domstolen. Alcatel-domen har diskuterats inom den rådgivande kommittén till kommissionens direktorat Inre Marknad. Domen kan komma att påverka utformningen av de nya rättsmedelsdirektiven som för närvarande bereds av kommissionen.

I detta avsnitt redovisas de svenska reglerna om skyldighet för upphandlande enheter att lämna information om tilldelningsbeslutet, om överprövning och skadestånd och om sekretess vid offentlig upphandling.

#### 4.4.2 Information om resultatet av upphandlingen

##### *Allmänt*

I lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) finns flera bestämmelser som reglerar skyldigheten för en upphandlande enhet att lämna upplysning om resultatet av upphandlingen. Reglerna skiljer sig åt beroende av vilken sorts upphandling det är fråga om. För upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU gäller enhetliga regler. För upphandling enligt 4 kap. LOU och enligt 6 kap. LOU gäller särskilda regler. Beskrivning av de skilda upphandlingsreglerna, se avsnitt 4.1.

##### *Upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU*

En upphandlande enhet skall, när den avslutat en upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU, dvs. av varor, byggtreprenader eller s.k. A-tjänster, inom 48 dagar därefter sända en annons till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. I annonsen skall anges hur

upphandlingen har avslutats (1 kap. 11 § första stycket LOU). Annonseringen får dock inte innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse eller motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Enligt bestämmelsen skall en upphandlande enhet även upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen som på begäran skall lämnas till kommissionen. Vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster är en upphandlande enhet vidare, enligt 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § respektive 5 kap. 13 § LOU, skyldig att inom 15 dagar från det att begäran kommit in lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som så begär om varför dennes ansökan eller anbud förkastats och vem som fick upphandlingen. Om enheten beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen är den dessutom, enligt sistnämnda bestämmelser, skyldig att på begäran lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut. Enheten skall vidare underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om ett sådant beslut.

#### *Upphandling enligt 4 kap. LOU*

Andra regler gäller för upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster inom försörjningssektorerna (vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena). Enligt 4 kap. 15 § tredje stycket LOU skall enheter som bedriver en viss verksamhet efter en skriftlig begäran av en anbudssökande eller anbudsgivare, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälet till att ansökan eller anbudet förkastats, om vem som fick upphandlingen och skälet till det. Den verksamhet som enheten skall bedriva för att vara informationsskyldig är verksamhet som består av drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät, utnyttjande av mark- eller vattenområden för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar, eller drift av nät i syfte att betjäna allmänheten ifråga om lokala transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana (4 kap. 8 a § första stycket 1–3 LOU).

#### *Upphandling enligt 6 kap. LOU*

Vid upphandling utanför det direktivstyrda området är en upphandlande enhet skyldig, enligt 6 kap. 14 § LOU, att underrätta såväl den anbudsgivare som tilldelats avtalet som andra anbudsgivare om utgången av upphandlingen. Den upphandlande enheten skall enligt bestämmelsen underrätta anbudsgivaren snarast möjligt när ett anbud har antagits, dock senast före utgången av den tid under vilket anbudet är bindande för anbudsgivaren. Enheten skall snarast möjligt underrätta anbudsgivare vars anbud inte har antagits om detta. Enligt 6 kap. 13 § LOU skall det vidare hos den upphandlande enheten finnas dokumenterat de skäl på

#### 4.4.3 Överprövning och skadestånd

##### *Överprövning*

Överprövning kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen och kan leda till att allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Vid upphandling inom försörjningssektorerna (4 kap. LOU) får domstolen dessutom vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna (7 kap. 2 § LOU).

Överprövning kan enligt 7 kap. 1 § LOU begäras av en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada.

En leverantör som ansöker om överprövning kan enligt 7 kap. 2 § andra stycket LOU begära att länsrätten omedelbart beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (interimistiskt beslut). Länsrätten får dock låta bli att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Överprövning kan endast ske fram till den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Enligt 7 kap. 1 § andra stycket LOU får nämligen en ansökan om överprövning inte prövas när ett avtal slutits.

##### *Skadestånd*

Det andra rättsmedlet vid offentlig upphandling är skadestånd. Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna enligt LOU ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Skadestånd är det rättsmedel som återstår när avtal slutits. Enligt 7 kap. 8 § LOU skall talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid är rätten till skadestånd förlorad.

#### 4.4.4 De s.k. rättsmedelsdirektiven

Det finns två EG-direktiv som reglerar rättsmedel vid offentlig upphandling. Det är rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det första rättsmedelsdirektivet)<sup>15</sup> och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om

<sup>15</sup> EGT nr L395, 30/12/1989 s. 33-35, ändrat genom rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, EGT nr L 209, 24/07/1992 s. 1-24.

gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillägnade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, (det andra rättsmedelsdirektivet)<sup>16</sup>.

Det första rättsmedelsdirektivet reglerar rättsmedel vid upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, inom den klassiska sektorn (2, 3 och 5 kap. LOU). Det andra rättsmedelsdirektivet reglerar rättsmedel vid upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom försörjningssektorerna (4 kap. LOU).

#### 4.4.5 Alcatel-målet

##### *Bakgrund*

EG-domstolen har i ett förhandsavgörande i det s.k. Alcatel-målet (C 81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 s. I-7671) uttalat sig angående tolkningen av det första rättsmedelsdirektivet (se avsnitt 4.4.4). Målet vid den nationella domstolen avsåg tilldelning av kontrakt rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

Enligt österrikisk rätt agerar den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet endast som innehavare av civilrättsliga skyldigheter. Den avtalsrättsliga relationen mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren uppstår vid den tidpunkt vid vilken anbudsgivaren får kännedom om att hans anbud har antagits. Enligt den vid tidpunkten för domen gällande lagstiftningen fattades den upphandlande myndighetens beslut om leverantör internt inom organisationssystemet och beslutet blev inte känt för tredje man. Eftersom en utomstående som regel inte lagligen kunde få kännedom om tilldelningsbeslutet, kunde detta normalt heller inte överprövas.

##### *EG-domstolens dom*

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att syftet med det första rättsmedelsdirektivet är att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Domstolen hänvisade till att det i artikel 1.1 i direktivet (som ersatts av artikel 41 i tjänstedirektivet) föreskrivs att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut skall kunna prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt för att säkerställa att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling iakttas.

Domstolen fann vidare att tillämpningen av den österrikiska lagstiftningen innebär att den upphandlande enhetens viktigaste beslut, nämligen tilldelningen av kontraktet, på ett systematiskt sätt undkommer de åtgärder om undanröjande av olagliga åtgärder som rättsmedelsdirektivet skall skydda.

<sup>16</sup> EGT nr L76, 23/3/1992 s. 14-20.

Domstolen konstaterade att det redan av själva ordalydelsen i det första rättsmedelsdirektivet görs en åtskillnad mellan stadiet före ingåendet av kontraktet – på vilket artikel 2.1 skall tillämpas – och stadiet därefter. Enligt artikel 2.1 skall medlemsstaterna bl.a. se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut,

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,

c) ge ersättning åt en person som skadats av överträdelse.

Artikel 2.1 är enligt domstolen tillämplig före ingåendet av kontraktet.

Bestämmelsen i artikel 2.6 som föreskriver att prövningsorganets behörighet kan begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av en överträdelse gäller stadiet efter ingåendet av kontraktet. Enligt artikel 2.6 skall det regleras i nationell lag vilken verkan en begäran om rättsmedel enligt artikel 2.1 skall få på ett redan slutet avtal om upphandling. Enligt den artikeln får vidare medlemsstaterna bestämma att, utom i fall där ett beslut måste undanröjas innan ersättning ges ut, prövningsorganets behörighet sedan ett upphandlingsavtal genomförts skall begränsas till att lämna ersättning till den som lider skada av överträdelser.

Det förhållandet att det inte i direktivet anges hur lång tid som skall förflyta mellan beslutet om tilldelning av kontrakt och ingåendet av kontraktet saknade enligt domstolen betydelse. Den omständigheten att det inte finns någon uttrycklig bestämmelse i detta avseende kunde inte heller enligt domstolen berättiga en tolkning av direktivet som skulle medföra att besluten om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt på ett systematiskt sätt skulle undkomma de åtgärder som enligt artikel 2.1 i direktivet skall vidtas för att garantera den prövning som avses i artikel 1.

Domstolen fann följaktligen att artikel 2.1 a och b samt artikel 2.6 andra stycket i det första rättsmedelsdirektivet skulle tolkas så att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås – i vilken den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbuds-förfarandet den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gällde enligt domstolen oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.

Domstolen besvarade de två övriga frågorna så att direktivet inte kunde tolkas på det sättet att en nationell domstol har rätt att företa en prövning på de villkor som anges i artikel 2.1 a och b i direktivet även när det inte finns ett beslut om tilldelning av ett kontrakt som kan bli föremål för en talan om undanröjande. Domstolen erinrade dock om att de berörda enligt de förfaranden som är lämpliga enligt nationell rätt kan

begära ersättning för den skada som de har lidit på grund av att direktivet Prop. 2001/02:142 inte har genomförts inom den föreskrivna fristen.

#### **4.4.6 Handlingsoffentlighet och sekretess vid offentlig upphandling**

##### *Upphandlande enheter som omfattas av reglerna*

Handlingsoffentlighet och sekretess gäller hos myndigheter, riksdagen och beslutande kommunal församling (dvs. kommunfullmäktige och landstingsfullmäktige). Detta framgår av 2 kap. 3, 5 och 17 §§ tryckfrihetsförordningen (TF) och 1 kap. 8 § första stycket sekretesslagen (1980:100). Reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess gäller även för de statliga bolag som enligt hänvisningen i 1 kap. 8 § andra stycket sekretesslagen till bilagan till sekretesslagen skall jämföras med myndighet vid tillämpning av dessa regler. Reglerna gäller dock endast beträffande den verksamhet som särskilt anges i bilagan. Reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess är vidare sedan den 1 januari 1995 tillämpliga hos företag som ägs av kommuner och landsting. Enligt 1 kap. 9 § sekretesslagen skall reglerna i 2 kap. TF om handlingsoffentlighet vara tillämpliga hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner, landsting eller kommunalförbund utövar ett bestämmande inflytande. Sådana bolag, föreningar och stiftelser skall vid tillämpningen av sekretesslagen jämföras med myndighet. Med rättsligt bestämmande inflytande avses ett ägande eller inflytande i styrelsen på över 50 procent.

Bestämmelserna om handlingsoffentlighet och sekretess är följaktligen tillämpliga hos sådana upphandlande enheter (enheter som är skyldiga att upphandla enligt reglerna i LOU) som är myndigheter, beslutande församlingar i kommuner eller landsting eller kommunala bolag där kommunen har ett bestämmande inflytande på över 50 procent samt i vissa statliga bolag. När anbudshandlingar ges in till dessa upphandlande enheter blir handlingarna således en allmän handling enligt bestämmelserna i 2 kap. 3 och 6 §§ TF. Däremot gäller inte reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess för de statliga bolag som inte finns upptagna i bilagan till sekretesslagen. Reglerna gäller inte heller för de privata bolag som skall följa reglerna i 4 kap. LOU vid upphandling inom försörjningssektorerna.

##### *Sekretess till skydd för det allmänna*

I 6 kap. 2 § sekretesslagen regleras sekretess för uppgifter som hänförs till vissa typer av ärenden till skydd för det allmänna ekonomiska intresse. Sekretess gäller enligt första stycket första meningen för uppgift som hänförs till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytta, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. I andra meningen undantas sådan tjänst som består i att arbeta som för en myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal. Undantaget gäller dock

inte i fråga om arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra. Skaderekvisitet är utformat som ett rakt skaderekvisit, vilket innebär att det föreligger en presumtion för offentlighet. Endast om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs är uppgiften sekretessbelagd. Med det allmänna avses inte bara myndigheter utan också därmed jämställda organ enligt 1 kap. 8 och 9 §§ sekretesslagen.

För uppgift i allmän handling gäller sekretess i högst 20 år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk, Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år förflutit från det avtalet slöts.

I 6 kap. 2 § första stycket tredje meningen sekretesslagen finns särskilda regler avseende sekretess vid anbudsförfaranden. Om ärendet angår upphandling eller försäljning av lös egendom för det allmännas räkning får uppgift som rör anbudet eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal slutits eller ärendet annars slutförts. Anbudssekretessen är absolut, dvs. uppgiften är hemlig och någon skadevärdering skall inte göras.

Den absoluta sekretessen gäller till dess ett avtal har träffats eller ärendet annars har slutförts, exempelvis genom beslut att det inte skall ske någon upphandling. Sekretessen kan upphöra dessförinnan när s.k. offentlig anbudsöppning tillämpas. Innebörden av detta är att beställaren själv förfogar över om anbud och erbjudanden skall offentliggöras innan upphandlingen avslutas. En förutsättning för offentlighet innan upphandlingen är avslutad är dock att samtliga anbud och erbjudanden offentliggörs samtidigt.

När den absoluta anbudssekretessen upphört gäller sekretess till förmån för det allmänna enligt 6 kap. 1 § första stycket första meningen och till förmån för enskilda enligt 8 kap. 10 § första stycket första meningen sekretesslagen. Sekretess kan även gälla enligt andra bestämmelser, exempelvis enligt bestämmelsen om affärssekretess i 6 kap. 1 § sekretesslagen eller enligt bestämmelsen om försvarssekretess i 2 kap. 2 § sekretesslagen.

### *Sekretess till skydd för enskild*

Sekretess till skydd för enskilds ekonomiska förhållanden regleras i 8 kap. 10 § sekretesslagen. Enligt första stycket första meningen gäller sekretess hos en myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild som har trätt i affärsförbindelse med myndigheten. Vad gäller det sistnämnda uttrycket har Justitiekanslern uttalat att landstinget i ett ärende angående offentlig upphandling måste ansetts ha trätt i affärsförbindelse med enskild genom att motta ett anbud från denne (JK 1993 s. 41, jfr även regeringens beslut den 17 oktober 1996, dnr Jo 96/2782 och den 6 november 1996, dnr S96/5828/Jo).

Sekretess gäller endast om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Detta innebär att ett rakt skaderekvisit gäller, dvs. det föreligger en presumtion för

handlingsoffentlighet men en skadevärdering skall göras. Om det finns särskild anledning anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs skall den inte lämnas ut.

I bestämmelsens fjärde stycke anges att sekretess för uppgift i allmän handling är tidsbegränsad på samma sätt som sekretess i 6 kap. 2 § sekretesslagen.

## 5 Överväganden och förslag

### 5.1 Den framtida tillsynen

**Regeringens bedömning:** Nämnden för offentlig upphandling skall även i fortsättningen ansvara för den statliga tillsynen av offentlig upphandling.

**Kommitténs förslag:** Den nuvarande statliga tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU) slås samman med Konkurrensverket som ombildas till en ny myndighet. Den nya myndigheten benämnd Konkurrens- och upphandlingsverket skall ledas av en styrelse eller ett insynsråd.

**Remissinstanserna:** Följande remissinstanser tillstyrker i princip förslaget: *Svea hovrätt, Kammarkollegiet, Statskontoret, Kommerskollegium, Försvarets materielverk (FMV), Ekonomistyrningsverket, Riksrevisionsverket, Riksskatteverket, Verket för högskoleservice, Post och Telestyrelsen, Verket för näringslivsutveckling, Borlänge kommun, Gävle kommun, Linköpings kommun, Växjö kommun, Svenska Arbetsgivareföreningen, Svensk Handel, Sveriges Industriförbund, Sveriges Byggindustrier, IT-Företagen, Svenska Åkeriförbundet, Sjukvårdens LeverantörsFörening (SLF), Privatvården, Konkurrenskommissionen och Läkemedelsindustriföreningen. Länsrätten i Stockholms län är inte övertygad om att ett gemensamt "Konkurrens- och upphandlingsverk" är den bästa lösningen, utan anser istället att ett renodlat "Upphandlingsverk" är att föredra. Som skäl anförs att konkurrensfrågor har mycket gemensamt med upphandlingsfrågor men att tillsynen av offentlig upphandling i praktiken torde kräva en helt annan angreppsvinkel än den inriktning mot kontroll och förbud som konkurrenslagen ger uttryck för. Det finns därför, enligt länsrätten, risk för att upphandlingshänsyn kommer till korta i ett sammanslaget verk. FMV tillstyrker en sammanslagning förutsatt att upphandlingstillsynen får tillräckligt med resurser och kompetens inom rättsområdet och muskler så att inte upphandlingsfrågorna drunknar i Konkurrensverket. Växjö kommun anser att en sammanslagning kan medföra att funktionen kommer att fungera bättre och få positiva effekter för den statliga tillsynen. NOU har blivit ett väl inarbetat begrepp inom den offentliga upphandlingen. Denna inarbetning har tagit flera år och med en ny organisation måste arbetet, enligt kommunen, göras om. Kommunen*



anser att oavsett hur tillsynsmyndigheten organiseras så bör det inrättas någon form av nämnd eller referensgrupp. SLF anser att det är mycket väsentligt att tillsynsmyndigheten får en självständig roll utan partsintressen och med betydligt större resurser. Detta kan ske såväl i ett Konkurrens- och upphandlingsverk som i ett separat upphandlingsverk.

Följande remissinstanser avstyrker i princip förslaget: *NOU, Banverket, Vägverket, Luftfartsverket, Kristianstads kommun, Gotlands kommun, Stockholms kommun, Krokoms kommun, Göteborgs kommun, Luleå kommun, Östersunds kommun, Stockholms läns landsting, Landstinget Dalarna, Landstinget Gävleborg, Örebro läns landsting, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet, Sveriges Elleverantörer och Sveriges offentliga inköpare*. NOU anser att tillsynsmyndighetens verksamhet bör utföras av en självständig myndighet. Namnet NOU bör behållas, eftersom det är väl inarbetat såväl inom landet som internationellt. Nämndmyndigheten har visat sig vara värdefull och ändamålsenlig för att skapa legitimitet för NOU:s verksamhet. Det framlagda organisationsförslaget är, enligt nämndens uppfattning, inte tillräckligt underbyggt. De olika alternativa organisationsförslagen har inte behandlats analogt. En analys saknas av hur de fördelar och nackdelar som framförts beträffande den nuvarande modellen ”slår” i alternativen. Vissa ansvarsfördelningsproblem inom NOU skulle, enligt nämnden, lösas om beslutanderätten i ärenden gällande den direkta regelefterlevnaden lades på nämndens ordförande, som samtidigt skulle vara myndighetens chef. Luftfartsverket anser att NOU fungerar mycket väl och att mycket talar för att den skulle fungera ännu bättre om den hade större resurser till sitt förfogande. Det finns, enligt verket, en stor risk att om uppgifterna sammanförs med andra i en ny eller ombildad myndighet kommer fokuseringen på upphandlingsfrågorna på sikt inte att kunna upprätthållas. Örebro läns landsting anser inte att den kritik mot den tillsyn som utövas av NOU är av den art att den kräver någon drastisk förändring av organisationen. Landstinget anser att NOU fungerat väl och anser inte att det tillför något att tillsynsansvaret läggs under Konkurrensverket. Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet anför att kommunerna och landstingen står för cirka två tredjedelar av all offentlig upphandling. En stor del av det som upphandlas av dessa enheter upphandlas i stort sett inte alls inom den statliga sektorn, t.ex. omsorgstjänster, läkemedel och medicinteknisk utrustning. Kommuner och landsting är också annorlunda organiserade än statliga myndigheter och sinsemellan mycket olika. Dessa omständigheter kräver att den statliga tillsynsmyndigheten måste ha särskild kunskap när den handlägger ärenden, utfärdar råd och lämnar information som rör kommuner och landsting. Tillsynsmyndigheten måste särskilt ta hänsyn till den kommunala självstyrelsens villkor. Förbunden anser att NOU fungerar väl och att mycket talar för att den skulle fungera ännu bättre om den hade större resurser till sitt förfogande. Förbunden anser därför att det inte finns skäl att överföra NOU:s uppgifter till en ny eller ombildad myndighet. Nämndmyndighetsformen är mest ändamålsenlig för den statliga tillsynen av den offentliga sektorns upphandling. För att inte riskera att partsintressen tillåts påverka tillsynsverksamheten anser förbunden att det är lämpligt att låta chefen för myndigheten, som tillika bör vara nämndordförande, självständigt

fatta beslut i klagomålsärenden och talerättsärenden, efter samråd med nämnden.

**Skälen för regeringens bedömning:** Regeringen delar kommitténs och remissinstansernas uppfattning att det måste finnas en effektiv och ändamålsenlig tillsynsorganisation. Det primära syftet för organisationen skall vara att upphandlingslagstiftningen och gemenskapsrättens principer följs. Det är vidare viktigt att myndigheten ger upphandlande enheter och leverantörer vägledning om hur lagstiftningen skall tillämpas. Nämnden som, nu har funnits under nio år, har enligt regeringen fungerat väl. Regeringen anser i likhet med *Banverket*, *Vägverket*, *Luftfartsverket*, *Svenska Kommunförbundet*, *Landstingsförbundet* samt flera kommuner och landsting att det inte finns tillräckliga skäl för att överföra NOU:s uppgifter till Konkurrensverket. Regeringen anser, i likhet med *Länsrätten i Stockholms län*, att konkurrensfrågor har mycket gemensamt med upphandlingsfrågor men i praktiken torde tillsynen av offentlig upphandling kräva en helt annan angreppsvinkel än den inriktning mot kontroll och förbud som följer av konkurrenslagen (1993:20). Regeringen anser i likhet med Svenska Kommunförbundet, flera kommuner och landsting att det krävs att den statliga tillsynsmyndigheten har särskild kunskap när den handlägger ärenden och lämnar information som rör kommuner och landsting. *NOU* har påpekat att nämndmyndigheten har visat sig värdefull och ändamålsenliga för att skapa legitimitet för myndighetens verksamhet. Det är viktigt att namnet NOU behålls eftersom det väl inarbetat både internationellt och inom landet. Regeringen anser att behovet av en särskild myndighet för bevakning av upphandlingsområdet och för tillsyn av att upphandlingsreglerna följs i dag är lika stort som när nämnden inrättades år 1993 och att nämndmyndighetsformen är den mest ändamålsenliga för den statliga tillsynen av den offentliga sektorns upphandling. Enligt denna ledningsform utgör nämnden myndighetens ledning och det är nämnden som inför regeringen ansvarar för myndighetens verksamhet enligt de mål som regeringen har ställt upp. Kanslichefens uppgift är att svara för den löpande verksamheten enligt de direktiv och riktlinjer som nämnden utfärdar. Regeringen anser vidare, i likhet med NOU och Svenska Kommunförbundet, att ordföranden i nämnden självständigt bör få fatta beslut i klagomålsärenden, efter samråd med nämnden, för att inte riskera att partsintressen påverkar tillsynsverksamheten.

Regeringen återkommer till frågan om nämndens anslag i budgetpropositionen för år 2003.

Regeringen angav i propositionen 1999/2000:128 Offentlig upphandling i informationssamhället att det av flera skäl är angeläget att bestämmelserna om offentlig upphandling följs. Av propositionen framgår vidare att frågan om tillsynsmyndighetens befogenheter bör beredas ytterligare. När det gäller bl.a. sanktionssystemets närmare utformning och frågan om talerätt i s.k. överprövningsmål väcktes vissa frågor av remissinstanserna vid behandling av kommitténs förslag i delbetänkandet. Regeringen anser i likhet med kommittén och remissinstanserna att det bl.a. bör införas en möjligt att kunna ingripa vid otillåten direktupphandling.

Beredningen i denna del är inte avslutad och regeringen avser att återkomma med förslag under hösten 2002. Prop. 2001/02:142

## 5.2 Huvudregeln om affärsmässighet

**Regeringens bedömning:** Grundregeln i lagen om offentlig upphandling, att upphandling skall ske affärsmässigt, i konkurrens och utan ovidkommande hänsyn innehåller inte strängare krav på hur en upphandling skall genomföras än vad som följer av EG-rätten. Det är således möjligt att vid offentlig upphandling ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn samt miljöhänsyn i den utsträckning detta är möjligt enligt det EG-rättsliga regelverket.

**Kommitténs bedömning:** Kommitténs bedömning överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** *Försvarets Materielverk (FMV), Vägverket, Konkurrensverket, Gävle kommun, Sollentuna kommun, Landstinget Gävleborg, Stockholms läns landsting, Västra Götalandsregionen, Landstinget Västernorrlands län, Landstingsförbundet, Föreningen Kooperativ Utveckling i Sverige, Landsorganisationen i Sverige (LO) och Handikappförbundens samarbetsorgan* delar kommitténs bedömning att affärsmässighetsbegreppet skall tolkas i linje med den rättsutveckling som sker inom EG-rätten på upphandlingsområdet. LO anser att detta måste tydliggöras. FMV anser att den upphandlande enhetens behov av en produkt eller tjänst kan inbegripa av samhället allmänt genom författningsregleringar och liknande bestämmelser omfattade värderingar som har tillräcklig anknytning till det som upphandlas. Alltför generella krav kan dock enligt FMV strida mot den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen och kan även ha en nationell prägel som kan strida mot icke-diskrimineringsprincipen. *Handikappombudsmannen (HO)* delar kommitténs bedömning att krav på tillgänglighet för funktionshindrade är ett tekniskt egenskapskrav. Det skall enligt HO inte blandas samman med sociala kriterier, t.ex. diskrimineringsklausuler, vilket ofta sker. *Jämställdhetsombudsmannen (JämO)* anser det angeläget att regering och riksdag klargör att sociala hänsyn och antidiskrimineringsklausuler är tillåtna och bör användas vid offentlig upphandling. *Kooperativa institutet* anser att det borde vara lämpligare att utgå från ett kvalitetsbegrepp än affärsmässighetsbegreppet. Därmed skulle det vara enklare att markera de speciella hänsyn av social- eller miljöpolitisk karaktär som är godtagna av gemenskapsrätten. *Tjänsteforum vid Högskolan i Gävle, Folkrådet Hela Sverige skall Leva! och Norrlandsförbundet*, som samtliga uppger sig dela kommitténs uppfattning att upphandling kan ske med beaktande av samhällets övergripande ambitioner och mål, anser att det är uppseendeväckande att kommittén inte i resonemanget tagit in regionalpolitiska ambitioner, se vidare avsnitt 5.7. *Statskontoret* anser inte att allmänna samhällspolitiska hänsyn skall tillåtas styra en upphandling. Enligt Statskontoret skall endast de krav som har att göra med själva upphandlingen och produktionen av eller kvaliteten i varan eller tjänsten få påverka

upphandlingen. Även *Banverket* avvisar tanken på att använda upphandling som ett styrmedel för samhällspolitiken. *Sveriges Akademikers Centralorganisation* invänder mot bedömningen att även faktorer som inte har direkt relevans för upphandlingen skall kunna ligga till grund för tilldelning av uppdrag. *Sveriges läkarförbund* anser att kommitténs bedömning att offentlig upphandling kan ske för att nå olika samhällspolitiska mål är att urholka regeln om affärsmässighet och att den är direkt oacceptabel. EU-fördragets grundläggande krav på transparens, proportionalitet, icke-diskriminering och likabehandling ger enligt Läkarförbundets uppfattning inte utrymme för sådana politiska överväganden som kommittén föreslår. *Länsrätten i Stockholms län*, *Kommerskollegium*, *Ekonomistyrningsverket*, *Arbetsmarknadsstyrelsen*, *Arbetslivsinstitutet*, *Glesbygdsverket*, *Göteborgs kommun*, *Stockholms kommun*, *Svenska Kommunalarbetarförbundet*, *Konkurrenskommissionen* och *Praktikertjänst AB* föreslår att bestämmelsen i 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) kompletteras eller ersätts med en bestämmelse att upphandling skall göras enligt LOU och gemenskapsrätten samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet, förutsebarhet och proportionalitet. Syftet är att tydliggöra att de EG-rättsliga grundprinciperna gäller enligt LOU. Några av de remissinstanser som föreslår ett sådant tillägg, t.ex. *Länsrätten i Stockholms län*, *Arbetslivsinstitutet* och *Svenska Kommunalarbetarförbundet* har uppfattningen att det därigenom framgår att upphandlande enheter har större möjligheter att beakta sådana intressen som enligt nu gällande rätt inte anses ligga inom ramen för affärsmässighet. *Länsrätten i Stockholms län* påpekar att kommitténs resonemang, att affärsmässighetsbegreppet härrör från intern svensk rätt och inte från gemenskapsrätten är en möjlig tolkning av gemenskapsrätten. En annan möjlig tolkning av gemenskapsrätten är att den uppställer ett krav på affärsmässighet. I så fall ger 1 kap. 4 § LOU uttryck för gemenskapsrättens innehåll på denna punkt. Det kan därför, enligt länsrätten, ifrågasättas om en ändring av 1 kap. 4 § LOU över huvud taget är motiverad med hänsyn till att det inte finns något avgörande från EG-domstolen som klart stödjer kommitténs tolkning. *Länsrätten* anser att kommitténs tolkning av affärsmässighetsbegreppet innebär en materiell förändring i LOU genom att grundregeln om affärsmässighet modifieras. *Länsrätten* och *Arbetslivsinstitutet* finner att det inte kan anses stå i överensstämmelse med vedertagna principer för lagstiftning att - som kommittén gjort - införa en sådan förändring utan att ändringen kommer till uttryck i lagtexten. Andra remissinstanser, t.ex. *Kommerskollegium*, *Stockholms kommun* och *Konkurrenskommissionen* anser att upphandling, trots en ändring av bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU, bör användas restriktivt eller inte alls för att uppnå olika samhällspolitiska mål. Om affärsmässighetsbegreppet skall vara kvar bör det enligt *Konkurrenskommissionen* anses att bruk av sociala klausuler och miljöpolitiska kriterier avser sådana långsiktiga eller upphandlingsmässigt ovidkommande hänsyn som enligt gemenskapsrättsliga upphandlingsgrundsatser inte får förekomma. *Tjänstemännens Centralorganisation* anser att affärsmässighetsbegreppet bör tas bort för att markera att upphandlingar med en social och miljömässig profil med EG-rätten som stöd är möjliga. *Riksrevisionsverket (RRV)*,

Riksskatteverket, Verket för högskoleservice (VHS), Juridiska Fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, FMV, Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Luftfartsverket, Konkurrensverket, Örebro kommun, Östersunds kommun, Företagarnas riksorganisation, Svensk Handel, Svenskt Näringsliv, Sveriges offentliga inköpare och Sjukvårdens LeverantörsFörening anser att affärsmässighetsbegreppet bör vara kvar i LOU. Skälet är dock ett annat än det kommittén anfört. Enligt remissinstanserna skall begreppet bibehållas av det skälet att det inte skall vara möjligt att vid offentlig upphandling ställa krav för att uppnå olika samhällspolitiska mål. NOU anser att sådana hänsyn inte får tas vid offentlig upphandling om det inte har koppling till det som upphandlas. Mot bakgrund av att gemenskapsrätten styr möjligheten att ta samhällshänsyn i den enskilda upphandlingen och med hänsyn till begränsningen i förslagen till de nya direktiven att anbudet skall innebära en ekonomisk förmån endast för den upphandlande enheten anser RRV att det inte är rimligt att ge varje upphandlande enhet ansvar att ta samhällspolitiska hänsyn. RRV menar att verkets kommentar till dåvarande 3 § upphandlingsförordningen (1986:366) fortfarande är till hjälp för myndigheternas tolkning av affärsmässighetsbegreppet. Enligt kommentaren skall upphandling bedrivas affärsmässigt. Det innebär att myndigheten skall beakta alla faktorer som behövs för att upphandlingen skall bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten själv. Enligt RRV bör det vara det för den upphandlande enheten mest ekonomiska och ändamålsenliga anbudet som antas med beaktande av de krav som gemenskapsrätten ställer vad gäller likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet, förutsebarhet och proportionalitet. Riksskatteverket anser att den offentliga upphandlingen i första hand har ett ekonomiskt syfte. Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet tillstyrker förslaget att huvudregeln om affärsmässighet inte tas bort eftersom affärsmässighetsbegreppet uttrycker det för all offentlig upphandling grundläggande att upphandling skall ske objektivt och professionellt. VHS delar kommitténs bedömning att det kan ge fel signaler att ta bort affärsmässighetsbegreppet. VHS anser att det torde vara en lämpligare metod att ge exempel på vad som ryms inom detta bekanta begrepp för att få den svenska tillämpningen i överensstämmelse med EG-rätten. Luftfartsverket anser att upphandlingsbeslut bör motiveras på affärsmässiga grunder där marknaden utnyttjas av professionella inköpare. Sveriges offentliga inköpare anser att direktiven utan vidgad tillämpning bör återspeglas i den svenska lagstiftningen.

Remissinstansernas synpunkter på möjligheten att beakta miljöhänsyn respektive sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn behandlas under avsnitten 5.3 och 5.4.

**Skälen för regeringens bedömning:** Grundprincipen i LOU är att offentlig upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt (1 kap. 4 § LOU). Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall vidare behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Innebörden av affärsmässighetsbegreppet och bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU utvecklades i förarbetena till den lagen (prop. 1992/93:88). Där uttalades att avsikten var att genom LOU införa upphandlingsregler som låg så nära de EG-rättsliga reglerna som möjligt. Detta för att undvika att andra och kanske t.o.m. hårdare regler skulle gälla i svenska upphandlingar än i upphandlingar som sker i övriga medlemsländer (a. prop. s. 38). EG:s regelverk avser att åstadkomma en öppen och konkurrensutsatt upphandlingsmarknad för alla betydande sektorer inom upphandlingen. De svenska reglerna ansågs vid LOU:s införande inte innehålla några strängare krav på hur upphandlingen skall genomföras än vad som följer av EG-rätten (jfr t.ex. a. prop. s. 37). Genom kraven i 1 kap. 4 § LOU på konkurrens, affärsmässighet och på att upphandlingen skall ske utan ovidkommande hänsyn ansågs de grundläggande principerna i EG-rätten att upphandling skall genomföras i konkurrens och utan diskriminering genomförda i svensk rätt (a. prop. s. 40 och s. 59-60).

Affärsmässigheten uttrycks i EG-direktiven och i LOU genom kravet på att grunden för antagande av ett anbud skall vara att anbudet avser det lägsta priset. Alternativt kan det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga antas (1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU). När en upphandlande enhet skall avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den ta hänsyn till samtliga omständigheter som pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. En diskriminerande upphandling innebär att affärsmässigheten sätts åt sidan till förmån för i sammanhanget ovidkommande hänsyn. Konkurrenten uppnås genom krav på att upphandlande enheter inte får godtyckligt förkasta anbud. Enheten måste kunna motivera såväl varför ett avtal slöts i ett fall som varför övriga anbud förkastades.

Tolkningen av affärsmässighetsbegreppet i LOU skall således göras mot bakgrund av vad som anfördes i förarbetena till lagen om innebörden av bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU och syftet med lagen. En tolkning som kommitténs – att de svenska upphandlingsreglerna erbjuder en möjlighet att nå sociala och arbetsmarknadspolitiska mål samt miljömål i motsvarande utsträckning som de EG-rättsliga reglerna – innebär således inte någon modifiering av den regel om affärsmässighet som gäller enligt LOU. När det gäller miljöhänsyn är det redan genom bestämmelserna i 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § klarlagt att det är affärsmässigt att anta ett anbud med hänsyn till bland annat sådana hänsyn. Uppräkningen av omständigheter i nämnda paragrafer är vidare inte uttömmande, vilket innebär att det kan vara affärsmässigt att beakta även andra hänsyn, förutsatt att dessa hänsyn har betydelse vid utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Det förhållandet att affärsmässighetsbegreppet haft en delvis annan betydelse i det svenska regelverket innan LOU trädde i kraft och således innan det EG-rättsliga regelverket genomfördes i svensk lagstiftning påverkar inte tolkningen av begreppets innebörd i LOU. Även om affärsmässighetsbegreppet i tidigare regelverk i regel uteslöt att

upphandlande myndigheter tog andra hänsyn än rent ekonomiska var det möjligt enligt såväl 1973 års upphandlingsförordning (1973:600) som 1986 års upphandlingsförordning (1986:366) att under vissa förutsättningar ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. I de flesta fall krävdes att ärendet underställdes Kungl. Maj:ts prövning. När det gällde regionalpolitiska åtgärder hade dock även upphandlande enheter en möjlighet att använda den statliga upphandlingen som ett medel i syfte att en ökad del av upphandlingen skulle läggas ut på företag i de fyra nordligaste länen. I den proposition som låg till grund för 1973 års upphandlingsförordning (prop. 1973:73 s. 47 ff) uttalade regeringen att myndigheterna, inom ramen för gällande upphandlingsbestämmelser, aktivt skulle medverka till att en ökad del av upphandlingen lades ut hos företag i de fyra nordligaste länen genom att inhämta anbud från företag i dessa län som kunde komma i fråga som leverantörer. Dessutom skulle norrlandsföretag ges företräde vid anbud som bedömdes som likvärdigt med ett annat företags anbud. Det har således varit möjligt att även innan LOU trädde i kraft under vissa förutsättningar beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

I vilken utsträckning det är möjligt att beakta sociala hänsyn och miljöhänsyn vid offentlig upphandling följer således av det EG-rättsliga regelverket och – när det gäller det direktivstyrda området – av de särskilda direktivbestämmelserna. Syftet med direktiven om offentlig upphandling är att förverkliga den fria rörligheten av varor och tjänster och friheten att etablera sig. Det skall uppnås genom att upphandlingar skall utsättas för en effektiv och icke-diskriminerande konkurrens och genom att de offentliga medlen fördelas på bästa sätt genom val av det bästa anbudet. Gällande EG-regler erbjuder dock ett antal möjligheter som, om de utnyttjas på lämpligt sätt, gör det möjligt att nå eftersträvar sociala mål och miljömål. Det är ytterst EG-domstolen som i sin tolkning av direktiven och övriga EG-regler avgör utrymmet för sådana hänsynstaganden vid offentlig upphandling (se avsnitt 4.3.3). Kommissionen har i två tolkningsmeddelanden redogjort för vilka möjligheter kommissionen bedömer finns att beakta sociala hänsyn och miljöhänsyn vid offentlig upphandling (se avsnitten 4.3.2 och 4.2.3). Förutsättningarna att i framtiden beakta sådana hänsyn vid offentlig upphandling kommer givetvis att bero på den närmare utformningen av bestämmelserna i de nya direktiven.

#### *Behöver regeln om affärsmässighet förtydligas?*

Flera remissinstanser har föreslagit att bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU kompletteras eller ersätts med en bestämmelse att upphandling skall göras enligt gemenskapsrätten samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet, förutsebarhet och proportionalitet.

Bestämmelserna i EG-fördraget och bestämmelser i den s.k. sekundärrätten, t.ex. i skilda EG-direktiv, gäller som svensk rätt i och med att de grundläggande fördragen införlivades med svensk rätt genom lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. Bestämmelserna gäller med den effekt de har enligt EG-rätten. Någon ytterligare åtgärd för att införliva bestämmelserna i EG-fördraget

eller grundläggande EG-rättsliga principer är inte nödvändig. De grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet, förutsebarhet och proportionalitet har för upphandlingsärenden vidare konkretiserats i upphandlingsdirektivens bestämmelser rörande exempelvis annonsering, objektiva kriterier för uteslutning av leverantörer samt tilldelning av upphandlingskontrakt. Direktivbestämmelserna har i sin tur genomförts genom LOU (jfr NJA 1998 s. 873).

Mot denna bakgrund ter det sig främmande att i LOU ange att de nämnda principerna skall gälla vid tillämpning av lagen. En hänvisning till de nämnda principerna skulle vidare, enligt regeringens bedömning, inte innebära ett förtydligande av möjligheten att vid offentlig upphandling ta sociala eller arbetsmarknadspolitiska hänsyn eller miljöhänsyn eftersom sådana hänsyn, med undantag från principerna om icke-diskriminering och likabehandling, har sin grund i andra än de ovan nämnda principerna. Se avsnitten 4.2.2 och 4.3.1 angående grunderna i EG-fördraget rörande miljöpolitisk mål och sociala mål.

### 5.3 Kriterier för miljömärken

**Regeringens förslag:** En upphandlande enhet får i de tekniska specifikationerna hänvisa till kriterier för miljömärken, om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information.

**Kommitténs bedömning:** Kommittén har inte lämnat något förslag i denna del utan gjort följande bedömning. Enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och EG-rätten är det möjligt att i viss utsträckning ta miljöhänsyn. Begränsningen ligger, enligt kommittén, i att sådana hänsyn skall vara knutna till det som upphandlas. Det är av stor betydelse att upphandlande enheter verkligen utnyttjar det utrymme som faktiskt finns i dag att ställa miljökrav. När det gäller miljömärkning är det möjligt att utforma kriterierna på ett sätt som innebär att i vart fall en europeisk miljömärkning kan utgöra bevis att kriterierna är uppfyllda.

**Remissinstanserna:** Flera remissinstanser instämmer i kommitténs bedömning att miljöhänsyn kan beaktas vid upphandling. *Borlänge kommun* anser att de möjligheter som finns är för små. *Gislaveds kommun* upplever att det blir svårare att ställa miljökrav. *Gävle kommun* påpekar att kommitténs analys visar att kommunerna utan att någon ändring av lagstiftningen görs ändå kan utöva en aktiv "beställarpolitik". Offentlig upphandling skall fokusera på att köpa den tjänst eller den vara som behövs till bästa kombination av pris och kvalitet. *Örebro kommun* delar kommitténs uppfattning att det är av synnerlig vikt att miljöhänsyn och sociala hänsyn inte behöver ha en direkt ekonomisk koppling till föremålet för upphandlingen. *Svenska Kommunförbundet* och *Landstingsförbundet* delar kommitténs uppfattning att det är viktigt att upphandlande enheter utnyttjar de möjligheter som finns. Förbunden delar också kommitténs uppfattning att miljökrav i större utsträckning än vad som är möjligt idag kan ställas som uteslutnings- eller kvalifikationskriterier och därmed kan leda till uteslutning av de



leverantörer som inte lever upp till ställda krav. *Företagarnas Riksorganisation* anser att det finns en bred enighet om vikten av att verka för en bättre miljö. Det är därför naturligt att de upphandlande enheterna ställer miljökrav på de varor eller tjänster som de upphandlar. Om dessa krav är tydliga och rimliga, finns det normalt inga svårigheter för leverantörerna att anpassa sig till detta och leverera det som efterfrågas. Organisationen har ingenting att invända mot miljökrav som knyter an till kontraktets föremål men har däremot starka invändningar mot miljökrav som går utanför det som upphandlas. *Svensk Handel* anser att långtgående miljökrav skall kunna ställas på den produkt eller tjänst som upphandlas, men att krav som inte har med upphandlingen att göra innebär en risk för godtycke, osäkerhet och fördyring, och således inte bör tillåtas. De miljökrav som ställs måste, enligt organisationen, ha relevans för den aktuella upphandlingen och inte vara mer långtgående än vad som är motiverat i det enskilda fallet.

**Skälen för regeringens förslag:** Kommittén har inte haft i uppdrag att lämna förslag till författningsändringar utan att följa det arbete som bedrivs av regeringen, delegationen för Ekologiskt hållbar upphandling (M 1998:01) och av kommissionen i fråga om miljökrav vid offentlig upphandling.

Regeringen anser i likhet med kommittén och flera remissinstanser att det är av stor betydelse att upphandlande enheter verkligen utnyttjar det utrymme som faktiskt finns i dag att ställa miljökrav.

Regeringen anser därför att det i LOU bör tydliggöras att en upphandlande enhet får i de tekniska specifikationerna hänvisa till kriterier för miljömärken, om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Regeringens förslag innebär inte någon ändring av gällande rätt, utan är ett förtydligande vad gäller miljömärkningskriterier. Förslaget, som stöds av kommissionens tolkningsmeddelande (se avsnitt 4.2.3), innebär att det skall vara möjligt att t.ex. ställa krav på att de produkter som upphandlas skall uppfylla kriterierna för miljömärkning. Kriterierna får dock inte utformas så att de strider mot exempelvis principen om icke-diskriminering eller principerna om fri rörlighet av varor eller tjänster. Kriterierna skall således vara förenliga med de för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och EG-föredragets regler om den inre marknaden.

De upphandlande enheterna får godta inte enbart intyg på miljömärkning som bevis vad gäller sådana typer av miljökrav som baseras på miljömärkningskriterier. De kan även godta andra typer av bevis, t.ex. testrapporter. Detta är särskilt viktigt när det gäller nationella och privata miljömärken.

*Lagrådet* har i sitt yttrande anfört bl. a. att bestämmelsen torde kunna undvaras med hänsyn till att den inte avser någon ändring av gällande rätt och att den inte reglerar möjligheten att ställa miljökrav i ett upphandlingsförfarande.

Som nämnts ovan innebär den föreslagna regeln endast ett förtydligande av att möjligheten finns i enlighet med nu gällande rätt att i den tekniska beskrivningen av föremålet för upphandlingen hänvisa till kriterier för miljömärken. Vidare har (se avsnitt 4.2.6) kommissionen lagt fram förslag till nya direktiv inom offentlig upphandling. Förslaget

behandlas av en arbetsgrupp inom rådet, där en majoritet av medlemsstaterna enats om en bestämmelse av i princip samma innehåll som den föreslagna bestämmelsen. Gruppen har behandlat direktivförslagen sedan hösten 2000 och det spanska ordförandeskapet har som målsättning att arbetet skall nå fram till en politisk överenskommelse under våren 2002. Även Europaparlamentet har i sitt yttrande över direktivförslaget lagt fram förslag om hänvisning till miljömärken.

Regeringen, som anser det angeläget att de upphandlande enheterna använder de möjligheter som finns att ställa krav på miljöanpassning i offentlig upphandling, menar att en regel som förtydligar möjligheten att hänvisa till kriterier för miljömärken är angelägen och bör införas redan nu. Med hänsyn till att arbetet med de nya direktiven är så långt framskridet bör regeln kunna införas redan innan direktiven antagits.

#### 5.4 Särskilda kontraktsvillkor

**Regeringens förslag:** En upphandlande enhet får ställa särskilda villkor som skall gälla för uppdragets utförande. Villkoren skall vid upphandling enligt 2–5 kap. lagen om offentlig upphandling anges i annonsen om upphandling. Vid upphandling enligt 6 kap. samma lag skall villkoren anges i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

**Kommittén** har inte lämnat något förslag i denna del. Kommittén har dock utförligt behandlat frågan om offentlig upphandling är ett möjligt instrument för att motverka diskriminering och vilka möjligheter det finns att ta diskrimineringshänsyn i de olika delarna i upphandlingsprocessen. Kommittén menar att inte minst genom i kontraktet tillkommande villkor ges de upphandlande enheterna en möjlighet att motverka diskriminering.

**Remissinstanserna:** *Kommerskollegium, Verket för högskoleservice, Närings- och teknikutvecklingsverket, Arbetsmarknadsstyrelsen, Banverket, Landsorganisationen i Sverige (LO), Tjänstemännens Centralorganisation (TCO), Svenska kommunalarbetsareförbundet, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO), Jämställdhetsombudsmannen (JämO), Handikappombudsmannen, Handikappförbundens samarbetsorgan, Sociala Kooperativprojektet och Folkrorelserådet Hela Sverige ska leva !* delar huvudsakligen den bedömning kommittén gjort. Banverket understryker dock att samhällspolitiska hänsyn kan leda till ökat godtycke och minskad klarhet. LO och Svenska kommunalarbetsareförbundet anser att offentlig tjänsteupphandling alltid skall ske på villkor att leverantören och eventuella underleverantörer tillämpar de löner och andra anställningsvillkor som allmänt gäller för arbetet i branschen på den ort där arbetet skall utföras. De anser också att offentlig upphandling skall kunna användas för att främja sociala mål såsom sysselsättningspolitiska mål, jämställdhet, miljö m.m. och att sådana krav skall kunna ställas redan i kvalificeringsfasen. Vidare anser de att upphandlaren skall kunna

häva kontraktet om en entreprenör bryter mot ställda sociala krav, exempelvis anställningsvillkor enligt kollektivavtal eller arbetsmiljöregler. Det skall även vara obligatoriskt att i alla upphandlingskontrakt av varor och tjänster föra in avtalsklausuler som innebär att leverantören måste respektera ILO:s grundläggande konventioner. Svenska kommunalarbetsförbundet anser att kommittén tydligare borde ha deklarerat att arbetsmarknadspolitiska och sociala krav m.m. skall vara möjliga att ställa i samband med upphandling. TCO framhåller att offentlig upphandling skall kunna användas för att främja sociala mål såsom sysselsättningspolitiska mål, jämställdhet och miljömål. DO anser emellertid att för närvarande kan endast kriterier eller villkor användas som kan härledas direkt till åligganden enligt rättsregler om diskriminering. JämO anser att det är viktigt att antidiskrimineringsklausuler används i offentlig upphandling. *Svenska Kommunförbundet, Örebro kommun och Östersunds kommun* samt *Landstingsförbundet, Landstinget Gävleborg, Stockholms läns landsting, Västra Götalandsregionen och Landstinget Västernorrland* anser att det bör vara tillåtet, för dem som så önskar, att använda antidiskrimineringsklausuler i upphandlingssammanhang. *Riksskatteverket* instämmer i att arbetet med att motverka diskriminering i samhället är mycket angeläget, men ser svårigheter med att använda den offentliga upphandlingen för detta ändamål. *Länsrätten i Stockholms län* anser att ett ökat beaktande av sociala hänsyn m.m. aktualiserar synnerligen svårbedömda gemenskapsrättsliga frågor. Statskontoret och *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* delar inte kommitténs bedömning. NOU tar avstånd från kommitténs synsätt att upphandlande enheter skall kunna ställa krav på leverantörer och dess företag som inte har något samband med det behov som skall tillgodoses. *Vägverket* är tveksamt till om det är lämpligt att använda offentlig upphandling i det, av kommittén, angivna syftet. *Konkurrensverket* anser att frågor om skydd mot antidiskriminering bör tas om hand av annan lagstiftning. Även *Försvarets materielverk* ifrågasätter om inte frågan bör regleras i annan lagstiftning. *Glesbygdsverket* framhåller att regler som komplicerar upphandlingsprocessen ytterligare drabbar småföretagen särskilt hårt. *Kalmar kommun* anser att det finns andra instrument i samhället som är mera lämpade att kontrollera leverantörernas verksamhet. *Sollentuna kommun* delar inte uppfattningen att ta in antidiskrimineringshänsyn i upphandling. *Företagarnas Riksorganisation, Svensk Handel, Föreningen Svenskt Näringsliv och Sjukvårdens LeverantörsFörening* anser att reglerna om offentlig upphandling skall vara en garanti för konkurrens på lika villkor, inte ett instrument för att uppnå olika samhällspolitiska mål. Remissinstanserna anser därför att klausuler som saknar ett direkt samband med, eller relevans för, föremålet för upphandlingen strider mot både europeiska och svenska regler. *Sveriges offentliga inköpare* anser att det inte bör vara tillåtet att använda sig av antidiskrimineringsklausuler då det ökar rättsosäkerheten och att det dessutom får till följd att olika upphandlande enheter kan komma att tillämpa olika klausuler med olika innebörd vid sina upphandlingar. *Konkurrenskommissionen* anser att bruket av klausuler som saknar klart samband med eller relevans för föremålet för

upphandlingen strider mot gällande gemenskapsrätt samt medför risk för att godtycke knäses i den upphandlingsrättsliga processen.

**Skälen för regeringens förslag:** Som närmare redogjorts för i avsnitt 5.2 är det möjligt att enligt LOU ställa villkor om sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling i den utsträckning EG-rätten medger det.

Särskilda kontraktsvillkor kan användas i olika syften. Ett enligt regeringens mening väsentligt syfte med villkoren kan vara att föreskriva särskilda arbets- eller anställningsvillkor för ett arbete som skall utföras. Således kan kontraktsvillkoren innefatta kollektivavtalsbestämmelser från sådana kollektivavtal som gäller på arbetsplatsen eller i den bransch som tjänsten eller bygg- eller anläggningsarbetet i fråga avser.

Regeringen finner det särskilt angeläget att de upphandlande enheterna utnyttjar möjligheten att genom särskilda kontraktsvillkor använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Klausulerna kan avse åtaganden från leverantören av helt skilda slag. Det kan exempelvis gälla generella åtaganden att följa gällande antidiskrimineringslagstiftning och att ha upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen. Det kan även avse krav på åtgärder för att främja etnisk mångfald på arbetsplatsen samt åtaganden gällande exempelvis upprättande av en antidiskrimineringspolicy.

Regeringen föreslår därför att det i LOU tydliggörs att upphandlande enheter får ställa särskilda kontraktsvillkor. Den föreslagna bestämmelsen, som inte innebär någon ändring av gällande rätt, har inte någon motsvarighet i något direktiv. I kommissionens förslag till nytt direktiv för offentlig upphandling (KOM[2000] 275 slutlig, se vidare avsnitt 4.2.6) anges emellertid i en ingress (nr 22) att villkor för kontraktets utförande är förenliga med direktivet förutsatt att de inte är direkt eller indirekt diskriminerande i förhållande till anbudsgivare i andra medlemsländer och förutsatt att de angetts i annonsen om upphandling. Vidare anges att de särskilt kan användas för att befrämja sysselsättning för människor som är socialt utsatta eller utslagna eller att motverka arbetslöshet. Det följer även av kommissionens tolkningsmeddelande om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (se avsnitt 4.3.2) att den tolkar nu gällande direktiv på sådant sätt.

Används antidiskrimineringsklausuler eller andra särskilda villkor i upphandlingskontraktet bör självfallet den upphandlande enheten kontrollera efterlevnaden av villkoret och överväga vilka sanktioner som skall knytas till villkoret för den händelse leverantören inte följer villkoret, såsom ett i kontraktet förutbestämt vite eller hävning.

För att ge de upphandlande enheterna ledning avseende vilken typ av kontraktsvillkor som kan användas i kontrakt som tilldelas i offentlig upphandling har regeringen den 17 januari 2002 gett NOU i uppdrag att ta fram exempel på sådana antidiskrimineringsklausuler (dnr Fi2002/422). Det gäller exempel på villkor för att främja likabehandling i arbetslivet oavsett kön, ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse, funktionshinder eller sexuell läggning. Klausulerna skall också utgöra exempel på åtaganden av en leverantör att följa diskrimineringsförbud i lag och därtill kopplade rättsföljder om leverantören överträder ett diskrimineringsförbud.

Klausulerna skall vara förenliga med LOU och EG-fördragets bestämmelser. NOU skall utföra uppdraget i samråd med JämO, DO, Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning och Handikappombudsmannen. Samråd skall också ske med Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet samt näringslivsorganisationer och fackliga organisationer.

Som angetts i den till riksdagen den 7 februari 2001 överlämnade skrivelsen En nationell handlingsplan mot rasism, främlingsfientlighet, homofobi och diskriminering (skr. 2000/2001:59) kommer regeringen att arbeta med inriktning mot att de möjligheter att använda antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling som kan finnas verkligen utnyttjas.

Vidare är det enligt regeringens mening väsentligt att det anges uttryckligen att den upphandlande enhet som använder sig av särskilda kontraktsvillkor i en upphandling skall ange villkoret i annonsen om upphandling om det är fråga om en upphandling enligt direktiven. Denna förpliktelse gäller redan i nuvarande system och bör införas i lagen.

*Lagrådet* har i sitt yttrande anfört bl. a. att vad som kan invändas mot förslaget är att en ny lagreglering införs utan att man därmed åsyftar att förändra rådande rättsläge samt att regleringen är mycket allmänt hållen. Lagrådet har vidare anfört att det för Lagrådets tveksamhet inför den föreslagna regleringen också varit av betydelse att det inte har funnits något utarbetat lagförslag från kommitténs sida. Lagrådet har också uttryckt att det ter sig motiverat att iaktta försiktighet inför att i nuvarande skede söka gripa in med lagstiftning på nationell nivå när det gäller sådana EG-rättsliga frågeställningar som här är fallet.

Som anförts ovan har kommissionen lagt fram förslag till nya upphandlingsdirektiv, vilka innehåller en ingresspunkt om kontraktsvillkor. Under behandlingen i rådet har arbetsgruppen enats om att frågan i stället skall regleras i en artikelbestämmelse i direktivet. Bestämmelsen innebär att en upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall genomföras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i specifikationerna. Vidare anges att kraven bland annat får omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn. Ingen medlemsstat har motsatt sig bestämmelsen. Några medlemsstater har dock ansett att den andra meningen i bestämmelsen lämpligen kan förläggas till ingressen.

De nya direktiven kommer således med största sannolikhet att innehålla en bestämmelse som förtydligar möjligheten att ställa särskilda kontraktsvillkor i ett upphandlingskontrakt.

Som framhållits tidigare (avsnitt 5.3) är behandlingen inom rådet långt framskriden och det spanska ordförandeskapet har som målsättning att nå en politisk överenskommelse om direktiven under våren 2002. Enligt regeringens mening kan således LOU redan nu tillföras en bestämmelse som klargör att möjligheten finns att ställa särskilda kontraktsvillkor i upphandling. En reglering redan innan direktivet är antaget är enligt regeringens mening angelägen.

Sociala hänsyn kan även i viss utsträckning beaktas i själva upphandlingsprocessen (jfr avsnitt 4.3.2 och 4.3.3). En förutsättning för att en anbudsgivare skall få delta i upphandlingen kan t.ex. vara att denne inte har gjort sig skyldig till en överträdelse av gällande

diskrimineringslagstiftning. Kravet är då utformat som ett uteslutningskriterium och den leverantör som gjort sig skyldig till en sådan överträdelse kan komma att uteslutas från upphandlingen. Ett krav på antidiskriminering skulle även i särskilda fall kunna utgöra ett krav på leverantörens tekniska kapacitet att genomföra uppdraget, dvs. vara uppställt som ett s.k. kvalificeringskriterium. Den leverantör som inte uppfyller villkoret kan komma att diskvalificeras i upphandlingen. Sociala hänsynstaganden kan i viss mån beaktas även vid anbudsutvärderingen. Att ett sådant utrymme finns följer av EG-domstolens praxis (se avsnitt 4.3.3). I avvaktan på de nya direktiven anser regeringen att det inte är lämpligt att införa nya regler som reglerar möjligheten att beakta sociala hänsynstaganden i själva upphandlingsförfarandet.

## 5.5 Direktupphandling

**Regeringens förslag:** Direktupphandling skall medges när upphandlingens värde understiger fem prisbasbelopp enligt lagen om allmän försäkring.

Vidare skall bestämmelsen om direktupphandling på grund av synnerliga skäl ändras så att den inte framstår som onödigt restriktiv.

**Kommitténs förslag:** Kommittén har föreslagit att direktupphandling skall medges när upphandlingens värde understiger sju prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. Kommittén har också föreslagit att direktupphandling skall kunna tillämpas i de fall kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen. Vidare har kommittén föreslagit att direktupphandling skall kunna användas vid upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster där upphandling inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ.

**Remissinstanserna:** Följande remissinstanser tillstyrker förslaget att direktupphandling medges när upphandlingens värde understiger sju prisbasbelopp: *Länsrätten i Stockholms län, Kommerskollegium, Riksskatteverket, Ekonomistyrningsverket, Konsumentverket, Försvarets materielverk, Verket för högskoleservice, Banverket, Vägverket, Rikstrafiken, Glesbygdverket, Svenska Kommunförbundet, Kiruna kommun, Ronneby kommun, Stockholms kommun, Sollentuna kommun, Örebro kommun och Östersunds kommun, Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag, Västra Götalandsregionen, Svenska Kommunalarbetareförbundet, Praktikertjänst AB och Svensk Teknik och Design. Landstingsförbundet, Landstinget Göteborg, Stockholms läns landsting och Landstinget Västernorrland* är tveksamma till att fastställa en gräns för vad som skall anses vara lågt värde men menar, för det fall regeringen fastställer en sådan gräns, att sju prisbasbelopp är ett rimligt och inte för högt värde.

*Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* avstyrker förslaget och anför att nuvarande lösning möjliggör för upphandlande enhet att vid behov fastställa olika gränser för direktupphandling på olika områden.

NOU menar att förslaget får allvarliga följder för svenska små och medelstora företag. NOU föreslår att regeringen i stället överväger att höja gränsen för obligatorisk annonsering till ett högre värde än gränsen för direktupphandling och att behålla begreppet lågt värde som gräns för direktupphandling. Om den föreslagna ändringen genomförs bör bestämmelsen, enligt NOU, utformas så att grund för direktupphandling finns när upphandlingens värde understiger sju prisbasbelopp. Att tala om "låga värden" avseende inköp till det föreslagna beloppet rimmar, enligt NOU, illa med normalt språkbruk. Också *Statskontoret* avstyrker förslaget och menar att det vore olämpligt med hänsyn till små företag att införa möjligheten att göra upphandlingar på upp till sju prisbasbelopp utan att söka konkurrens och utan ett regelrätt anbudsförfarande. *Riksrevisionsverket* avstyrker förslaget och anför att det inte är lämpligt att i lag föreskriva att sju prisbasbelopp är ett lågt värde. *Arbetsmarknadsstyrelsen* delar uppfattningen att det borde slås fast i lagen vad som är lågt värde men anser att sju prisbasbelopp är väl högt. Verket föreslår fyra prisbasbelopp som en lämpligare gräns. *Konkurrensverket* anser att det vid inköp av varor och mer eller mindre standardiserade tjänster såsom transporter, städning m.m. kan vara tveksamt att införa ett så högt "fri-belopp" som sju prisbasbelopp. *Företagarnas Riksorganisation, Svenska Handel, Föreningen Svenskt Näringsliv, Sjukvårdens LeverantörsFörening och Konkurrenskommissionen* avstyrker förslaget. *Sveriges Akademikers Centralorganisation* anser att den föreslagna värdegränsen är för hög. *Sveriges offentliga inköpare* menar att den upphandlande enheten själv bör få bestämma sin värdegräns upp till vilken direktupphandling kan göras.

Kommitténs förslag att direktupphandling skall kunna tillämpas i de fall kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen tillstyrks av *Riksskatteverket, Försvarets materielverk, Arbetsmarknadsstyrelsen, Svenska kommunförbundet, Gävle kommun och Västra Götalandsregionen*. NOU, *Riksrevisionsverket, Konkurrensverket* och *Verket för högskoleservice* avstyrker förslaget. *Riksrevisionsverket* anser att kriteriet är diffust då det alltid kan diskuteras vilka kostnader som är relevanta att beakta samt svårt att verifiera då det endast avser hypotetiskt beräknad kostnad i de fall upphandling skulle ha genomförts. Prövningen riskerar, enligt *Riksrevisionsverket*, att bli godtycklig och det finns därför risk för konflikt med gemenskapsrättens krav på icke-diskriminering, förutsebarhet och öppenhet.

Kommitténs förslag att medge direktupphandling inom området hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänst i de fall en upphandling inte skulle vara ändamålsenlig eller riskera kvaliteten tillstyrks av *Svenska Kommunförbundet* och kommunerna samt *Landstingsförbundet* och landstingen, *Praktikertjänst AB, Sveriges Akademikers Centralorganisation, Svenska Kommunalarbetarförbundet, Vårdförbundet* och *Sociala Kooperativ-projektet. Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, NOU, Riksrevisionsverket* och *Verket för högskoleservice* avstyrker förslaget. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* anser att stränga kvalitetskrav och noggrann prövning av leverantörer i upphandling bäst främjar de skäl som uppstår förslaget. NOU anser att förslaget är för oprecist uttryckt och att det föreslagna undantaget täcks av nuvarande regel om direktupphandling på grund av

synnerliga skäl. Riksrevisionsverket och Verket för högskoleservice menar också att regeln innehåller begrepp som är för opreciserade och att regeln ger alltför stort utrymme för skönmässiga bedömningar. Svensk Handel, Föreningen Svenskt Näringsliv, *Privatvårdens Arbetsgivarförbund* och Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt 6 kap. 2 § första stycket lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) skall upphandling göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling får enligt andra stycket användas bland annat om upphandlingens värde är lågt. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

Kommittén och flertalet remissinstanser anser att lagtexten bör förtydligas på så sätt att en värdegräns införs som anger vad som skall avses med lågt värde och att sju prisbasbelopp är ett lämpligt gränsvärde. En del remissinstanser anser att det av kommittén föreslagna värdet är för högt och att alltför många upphandlingar därmed skulle undandras konkurrensutsättning.

Regeringen anser att det är värdefullt med ett förtydligande i lagtexten som anger exakt upp till vilket värde direktupphandling medges. Regeringen delar, liksom majoriteten av remissinstanserna, kommitténs uppfattning att en högre gräns för direktupphandling ökar effektiviteten i offentlig upphandling genom att resurserna kan koncentreras på större upphandlingar. Såsom framförts av flera remissinstanser skulle ett så högt gränsvärde för direktupphandling som sju prisbasbelopp emellertid undandra ett alltför stort antal upphandlingar från övriga regler i 6 kap. LOU. Ett stort antal anskaffningar som har stor betydelse för mindre företag skulle därmed undantas från konkurrensutsättning. En rimlig gräns upp till vilken direktupphandling medges är, enligt regeringens mening, fem prisbasbelopp, vilket för år 2002 motsvarar 189 500 kr. Därmed skapas ett skäligt utrymme för ett enklare förfarande utan att alltför stora värden undantas från det mer forbundna förfarandet i 6 kap. LOU. Att flera upphandlingar jämfört med dagens regler faller utanför dessa regler skall inte medföra godtycklig behandling av anbud eller anbudsgivare. Huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU gäller även för direktupphandlingar liksom principen om likabehandling och de för offentlig upphandling bärande gemenskapsrättsliga principerna i övrigt. Regeringen anser sammanfattningsvis att skälen för en förenkling av reglerna genom en till fem prisbasbelopp förhöjd gräns för direktupphandling överväger de eventuella nackdelar som förslaget kan medföra för mindre företag.

Med hänsyn till att gränsen för direktupphandling fastställs till fem prisbasbelopp finns det ingen anledning att i lagtexten koppla rätten till direktupphandling till lågt värde. Paragrafen om direktupphandling behöver således inte innehålla en definition av lågt värde, utan den bör ändras så att direktupphandling medges om upphandlingens värde understiger fem prisbasbelopp.

Som kommittén föreslagit bör gränsen för direktupphandling kompletteras med en uttrycklig regel som anger att en upphandling inte får delas upp i syfte att underskrida direktupphandlingsgränsen. Vidare anser regeringen att en vid fem prisbasbelopp fastställd gräns för direktupphandling motiverar att regeln att upphandlande enheter skall



fastställa riktlinjer för direktupphandling görs obligatorisk enligt kommitténs förslag. Sådana riktlinjer kan bl.a. innehålla bestämmelser om vem som har rätt att fatta beslut om direktupphandling. De bör också innehålla regler med värdegränser som anger när anbud skall infordras för olika typer av varor och tjänster.

För att det inte skall betraktas som ett kringgående av regelsystemet bör rimligen upprepade upphandlingar av samma slag under ett år räknas samman. Om summan överstiger fem prisbasbelopp skall förenklad upphandling eller urvalsupphandling tillämpas.

I remissförfarandet har *NOU* framfört som en alternativ reglering att gränsen för obligatorisk annonsering i en elektronisk databas borde höjas och regeln om direktupphandling på grund av att upphandlingens värde är lågt lämnas oförändrad. Regeringen anser det dock inte önskvärt att tynga det redan nu omfångsrika och detaljrika regelverket med ytterligare ett gränsvärde och finner därför att nämndens förslag inte skall läggas till grund för lagstiftning.

Kommittén har också föreslagit att en regel införs som medger direktupphandling i de fall kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen. Regeringen delar den uppfattning som uttryckts av *Riksrevisionsverket* att den föreslagna regeln är alltför otydlig för att läggas till grund för lagstiftning. Vidare torde den knappast komma att fylla något behov med hänsyn till att den, efter att den nya gränsen för direktupphandling införts, skulle tillämpas först när kostnaderna överstiger fem prisbasbelopp. Det torde inte vara särskilt vanligt att kostnaderna för upphandlingen överstiger värdet på upphandlingen när upphandlingens värde är högre än 5 prisbasbelopp, dvs. för närvarande 189 500 kr.

Regeringen anser inte heller att kommitténs förslag, att direktupphandling skall få ske av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster i de fall en upphandling inte skulle vara ändamålsenlig eller skulle riskera kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ, bör leda till lagstiftning. Den föreslagna regeln innehåller alltför vaga begrepp och regeln skulle sannolikt leda till tolkningsproblem. De hänsyn som ligger till grund för förslaget förefaller kunna tillgodoses utan den föreslagna undantagsregeln. Enligt kommitténs bedömning skulle regeln tillämpas restriktivt och användas i sådana situationer där det är uppenbart att kvaliteten i vården eller omsorgen riskerar att försämrats till följd av upphandlingen. De avsedda situationerna bör dock, enligt regeringens uppfattning, anses utgöra sådana synnerliga skäl som enligt nu gällande bestämmelse i 6 kap. 2 § LOU ger rätt till direktupphandling.

Kravet på upphandling kan dock, som påtalats av bl.a. *Landstingsförbundet*, vid köp av hälso- och sjukvårdstjänster komma i strid med patientens fria val av vårdgivare. I sådana situationer anser förbundet således att patientens val bör gå före kravet på upphandling, varför direktupphandling bör kunna tillämpas. Bestämmelsen om undantag för synnerliga skäl framstår som onödigt restriktivt avsedd endast för force majeure-liknande situationer. De exemplifierande orden ”såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter utanför den upphandlande enhetens kontroll” bör därför utgå. Undantaget för synnerliga skäl bör därmed även omfatta sådana hälso- och

## 5.6 Urvalsupphandling

**Regeringens förslag:** Vid urvalsupphandling skall den upphandlande enheten ha rätt att förhandla med en eller flera anbudsgivare angående anbuden.

**Kommitténs förslag:** Kommittén har inte lämnat något förslag i denna del.

**Skälen för regeringens förslag:** Urvalsupphandling definieras i 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling som upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud. Reglerna om urvalsupphandling i 6 kap. och definitionen av urvalsupphandling i 1 kap. 5 § infördes genom en lagändring som trädde i kraft den 1 januari 2001 (SFS 2000:877). *Nämnden för offentlig upphandling* har i en skrivelse den 30 maj 2001 påtalat att lagtexten bör preciseras så att det anges att förhandling får förekomma vid urvalsupphandling i samma utsträckning som vid förenklad upphandling. Förenklad upphandling definieras som upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, där deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. I definitionen av urvalsupphandling anges inte att den upphandlande enheten äger rätt att förhandla med anbudsgivare om deras anbud. Definitionen bör tillföras ett sådant förtydligande. Som en följd av ändringen bör också 6 kap. 7 § andra stycket tillföras ett motsvarande förtydligande.

## 5.7 Lokal upphandling

**Regeringens bedömning:** Det är inte möjligt för en upphandlande enhet att ta lokala hänsyn vid offentlig upphandling. Ett sådant förfarande strider mot såväl bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling som mot upphandlingsdirektiven och de EG-rättsliga principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering.

Det finns dock vissa möjligheter att inom regelverkets ram förbättra förutsättningarna för lokala leverantörer att lämna anbud.

**Kommitténs bedömning:** Kommitténs bedömning överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet remissinstanser instämmer i eller har inget att erinra mot kommitténs bedömning. I likhet med kommittén har flera remissinstanser ansett att det dock finns möjligheter att indirekt gynna lokala leverantörer utan direkt samband med den enskilda upphandlingen. Det kan bl.a. ske genom framtagande av konkurrens- och upphandlingstrategier med syfte att öka möjligheterna

för småföretag att lämna anbud och delta i den offentliga upphandlingen. *Östersunds kommun* delar kommitténs bedömning men anser att upphandling undantagsvis skall få ske lokalt. Det gäller, enligt kommunen, exempelvis när en kommun har ansvar för att en basservice kan upprätthållas för samtliga medborgare. På orter med långa avstånd till service på annan ort kan kommunens inköp till sin lokala verksamhet vara avgörande för att t.ex. den enda livsmedelsbutiken skall kunna leva vidare och erbjuda service till de boende och besökande. I en sådan situation bör det, enligt *Östersunds kommun*, vara möjligt att upphandla lokalt eftersom det inte föreligger någon marknadsmässig konkurrens som kan skadas. *Tjänsteforum vid Högskolan i Gävle* och *Folkrörelserådet Hela Sverige skall leva ! (Folkrörelserådet)* samt *Norrlandsförbundet*, som samtliga delar kommitténs uppfattning att upphandling kan ske med beaktande av samhällets övergripande ambitioner och mål, anser att lokal upphandling mycket väl kan inrymmas i affärsmässighetsbegreppet och därmed vara förenlig med gemenskapsrätten och upphandlingsdirektiven. *Tjänsteforum vid Högskolan i Gävle* och *Folkrörelserådet* föreslår att kommun och landsting vid upphandling understigande exempelvis en miljon kronor skall få ge företräde åt lokal tjänste- eller varuleverantör om det är fråga om anbud med lika pris och kvalitet. Företrädet skall, enligt förslaget, gälla såväl vid upphandling inom de klassiska sektorerna som vid upphandling inom försörjningssektorerna. Det kan enligt *Tjänsteforum vid Högskolan i Gävle* ifrågasättas om denna företrädesrätt bör begränsas till regionalpolitiskt extra utsatta regioner eller län.

**Skälen för regeringens bedömning:** Med lokal upphandling avses i regel att en upphandlande enhet i samband med ett upphandlingsförfarande försöker att direkt gynna leverantörer som har sitt säte i den upphandlande enhetens territoriellt avgränsade område. För svenska staten kan det innebära att svenska leverantörer gynnas framför utländska. För en kommun eller ett landsting kan det innebära att lokala eller regionala leverantörer gynnas framför leverantörer från andra delar av landet eller från andra länder. Att ta lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen strider mot bestämmelsen 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Lokala hänsynstaganden strider även mot upphandlingsdirektiven och de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering. Stödköpsförfaranden strider vidare mot EG-fördragets statsstödsregler och kommunallagens (1991:900) bestämmelser om stöd till enskild näringsidkare. I likhet med kommittén gör regeringen bedömningen att det indirekt är möjligt att gynna lokala leverantörer om gynnandet inte har samband med en enskild upphandling. Kommuner kan inom ramen för sin näringslivskompetens se till att lokala företag kommer i åtnjutande av det stöd som kommunen bedömer vara nödvändigt för att öka dess konkurrenskraft. En konkurrens- och upphandlingsstrategi som går ut på att göra det möjligt för mindre och medelstora företag att delta i offentlig upphandling är således möjlig. Detta förutsatt att reglerna i LOU iakttas och att exempelvis upphandlingen inte delas upp i strid med bestämmelserna i 2 kap. 4 och 5 §§, 3 kap. 2 §, 4 kap. 10-11 och 13 §§,

## 5.8 Förbättrade möjligheter till överprövning av tilldelningsbeslut

**Regeringens förslag:** Bestämmelserna i sekretesslagen och lagen om offentlig upphandling bör ändras så att möjligheterna att ansöka om överprövning av ett beslut om leverantör förbättras.

**Kommitténs förslag:** Kommitténs förslag överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissinstanserna instämmer i eller har inget att erinra mot kommitténs förslag att bestämmelserna i sekretesslagen (1980:100) och i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) måste ändras för överensstämma med de krav rättsmedelsdirektiven ställer enligt EG-domstolens dom i det s.k. Alcatel-målet. *Länsrätten i Stockholms län* delar kommitténs uppfattning att rättsmedelsdirektiven, tolkade i ljuset av den nämnda domen, kräver att Sverige inför en ordning där det finns en reell möjlighet för leverantörer att få upphandlingsbeslut överprövade. Enligt länsrätten är det dock inte givet att gemenskapsrätten kräver en så långtgående reglering som kommittén föreslår. Med hänsyn till att det står den svenska lagstiftaren fritt att införa en ordning som ålägger de upphandlande enheterna mer långtgående skyldigheter än vad rättsmedelsdirektiven föreskriver motsätter sig länsrätten dock inte att kommitténs förslag genomförs. Flera remissinstanser har lämnat synpunkter på särskilda delar av förslaget vilka behandlas nedan under respektive avsnitt. *Kommerskollegium* anser att förslaget om ökade möjligheter till överprövning av tilldelningsbeslut dessutom medför att LOU i denna del lever upp till Sveriges åtaganden inom GPA (Government Procurement Agreement). Det innebär en ökad likformighet mellan Sveriges, Europeiska Unionens och Världshandelsorganisationens WTO:s (World Trade Organisation) regler som i sin tur kan förenkla proceduren för leverantörer och upphandlande enheter. *Konkurrenskommissionen* instämmer i kommitténs bedömning och förordar att det för att öka möjligheten till överprövning dels införs handlingsoffentlighet och sekretess hos samtliga upphandlande enheter, dels införs bestämmelser som innebär att interimistiskt beslut som huvudregel skall meddelas vid överprövning, om inte synnerliga skäl talar mot ett sådant beslut.

**Skälen för regeringens förslag:** Beslut om tilldelning av upphandlingskontrakt, dvs. tilldelningsbeslutet, är det beslut där en upphandlande enhet beslutar att anta en viss leverantörs anbud. I det s.k. Alcatel-målet (se avsnitt 4.4.5) har EG-domstolen slagit fast att det första rättsmedelsdirektivet innebär att alla medlemsstater är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av beslutet om tilldelning av ett kontrakt. Detta gäller oberoende av klagandens möjlighet att erhålla skadestånd efter det att avtal slutits med den utsedda leverantören. Domen innebär således att medlemsstaterna är skyldiga att ha ett system som i praktiken gör det

möjligt att överpröva tilldelningsbeslutet. I domen erinras om att de berörda kan ha rätt till skadestånd på grund av att direktivet införlivats felaktigt om det inte finns en sådan möjlighet i den nationella rätten.

#### *Det nuvarande regelsystemet*

Överprövning kan avse samtliga beslut i ett upphandlingsärende, dvs. i princip även ett tilldelningsbeslut, se avsnitt 4.4.3. Beslutet att tilldela en anbudsgivare ett upphandlingskontrakt är emellertid i de flesta upphandlingar inte ett beslut som anbudsgivare eller annan utomstående kan ta del av innan avtal slutits. I regel sammanfaller till och med tilldelningsbeslutet med avtalsslutet. När avtal slutits kan överprövning inte längre ske (7 kap. 1 § andra stycket LOU). Även om det är tillåtet att begära överprövning av ett tilldelningsbeslut är det därför i regel för sent att begära överprövning av upphandlingen när tilldelningsbeslutet blir känt för andra leverantörer än den som tilldelats upphandlingskontraktet. Som framgår av beskrivningen i avsnitt 4.4.2 finns det i dag inte någon skyldighet för upphandlande enheter att informera de anbudsgivare vars anbud förkastats om tilldelningsbeslutet innan avtal slutits. Dessutom gäller absolut sekretess för anbud fram till avtalsslutet, se avsnitt 4.4.6. Endast i de fall offentlig anbudsöppning har tillämpats och informationen alltså har offentliggjorts innan avtal slutits kan en leverantör få del av information som annars skulle ha skyddats av sekretess.

#### *En jämförelse med anpassningen av lagstiftningen i Österrike*

I Alcatel-målet var det den österrikiska lagstiftningen som var föremål för EG-domstolens prövning. När målet avgjordes var det, enligt österrikisk lag, inte möjligt för en leverantör att ta del av tilldelningsbeslutet innan avtal slutits, se vidare avsnitt 4.4.5. Som en följd av domen har ny lagstiftning trätt i kraft i Österrike den 1 januari 2001 i syfte att anpassa reglerna till rättsmedelsdirektivens krav. Enligt den nya lagstiftningen skall den upphandlande enheten informera alla anbudsgivare om tilldelningsbeslutet. En tidsfrist på i regel två veckor mellan tilldelningsbeslut och avtalsslut har införts. Innan denna tidsfrist gått ut kan ett giltigt upphandlingskontrakt inte ingås. Ett avtal som ingås innan tidsfristen löpt ut är således ogiltigt, även mellan avtalsparterna. Undantag från denna regel gäller dock när det föreligger synnerlig brådskas och i övriga fall där upphandling enligt direktiven får ske genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering med endast en anbudsgivare.

#### *En anpassning är nödvändig för att rättsmedelsdirektiven skall vara uppfyllda i svensk lagstiftning*

Det är redan i dag möjligt för upphandlande enheter att utforma sina upphandlingsrutiner så att det blir möjligt för en leverantör att begära överprövning av tilldelningsbeslutet innan avtal sluts. Med dagens regelsystem är det dock den upphandlande enheten själv som väljer om anbudet skall offentliggöras innan avtal sluts. Offentliggörande av

anbudet före avtalsslut förekommer relativt sällan och leverantörerna har inte någon rätt att dessförinnan få information om skälen för att en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet. Det förhållandet att tilldelningsbeslutet och avtalsslutet i praktiken sammanfaller i en svensk upphandling innebär att den svenska lagstiftningen inte tillhandahåller ett prövningsförfarande genom vilket leverantörerna kan få överprövat ett tilldelningsbeslut på det sätt som rättsmedelsdirektiven förutsätter enligt EG-domstolens dom. Mot denna bakgrund är det nödvändigt att anpassa lagstiftningen så att det blir möjligt att begära överprövning av ett tilldelningsbeslut i varje enskild upphandling.

En anpassning till rättsmedelsdirektivens krav förutsätter för det första att sekretessreglerna ändras så att det blir möjligt att efter en sekretessprövning lämna ut uppgifter om tilldelningsbeslutet, se vidare avsnitt 5.9. Regeringen anser att det vidare är lämpligt att i LOU införa regler som innebär att upphandlingen inte får avslutas förrän leverantörerna haft en möjlighet att ta del av tilldelningsbeslutet och fått en viss tid på sig att begära överprövning av tilldelningsbeslutet, se avsnitt 5.10-5.13. Enligt regeringen är en sådan reglering också tillräcklig för att tillgodose leverantörernas rätt till överprövning. Det är inte nödvändigt att dessutom införa regler om att interimistiskt beslut skall meddelas som huvudregel när en ansökan om överprövning gjorts. Frågan om handlingsoffentlighet skall gälla för alla upphandlande enheter behandlas inte här. Offentlighets- och sekretesskommittén har i uppdrag bl.a. att överväga om det är lämpligt med en enhetlig syn på offentlighetsprincipens tillämplighet när det gäller kommunala och statliga företag samt att ange vilka kriterier som bör gälla för insyn i dessa och i andra organ som avses i 1 kap. 8 § sekretesslagen (dir. 1998:32). Kommittén skall redovisa sitt uppdrag senast den 30 juni 2003.

## 5.9 Offentliggörande av anbudsuppgifter

**Regeringens förslag:** I ett ärende om upphandling skall den absoluta anbudssekretessen upphävas när beslut om leverantör och anbud fattats. Sekretessen skall vidare upphävas om alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller om ärendet slutförs innan beslut om leverantör och anbud fattats.

Absolut anbudssekretess skall i såväl ett ärende om upphandling som i ett ärende om försäljning av lös egendom för det allmännas räkning gälla för uppgift som rör ett med anbud motsvarande erbjudande inom en myndighet eller mellan statliga myndigheter.

**Kommitténs förslag:** Kommitténs förslag överensstämmer med regeringens med det undantaget att kommittén inte lämnat något förslag om att absolut anbudssekretess skall gälla för ett med anbud motsvarande erbjudande inom en myndighet eller mellan statliga myndigheter.

**Remissinstanserna:** Den övervägande majoriteten av remissinstanserna tillstyrker eller har inget att erinra mot förslaget att den absoluta anbudssekretessen upphävs i samband med tilldelningsbeslutet eftersom de anser att ändringen är nödvändig för att sekretessregleringen

skall överensstämma med ändringarna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och de krav som rättsmedelsdirektiven ställer enligt Alcatel-domen. *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* anser dock att förslagen om ändrade sekretessregler inte analyserats tillräckligt för att de rättsliga och ekonomiska konsekvenserna skall kunna bedömas. NOU saknar en utförlig analys av konsekvenserna av förslaget bl.a. konsekvenserna i de fall den upphandlande enhetens beslut upphävs genom ett överprövningsförfarande eller den upphandlande enheten beslutar sig för att avbryta upphandlingen. Även *Rikstrafiken* ifrågasätter om sekretessen kan hävas vid avbruten upphandling. *Kalmar kommun* anser att offentliggörande av anbud före avtalslut kan urholka affärsmässigheten på ett negativt sätt för berörda parter.

**Skälen för regeringens förslag:** I upphandlingsärenden gäller i dag sekretess till skydd för det allmänna, enligt 6 kap. 2 § första stycket tredje meningen sekretesslagen (1980:100), för uppgifter rörande anbud till dess avtal sluts eller ärendet på annat sätt avgjorts (se avsnitt 4.4.6). Den s.k. absoluta anbudssekretessen kan dock brytas innan ärendet avgjorts om den upphandlande enheten väljer att offentliggöra samtliga anbud. Den absoluta anbudssekretessen har införts i syfte att förhindra anbudskarteller (prop. 1937:107 s. 91 och 96). En liknande bestämmelse fanns i 34 § lagen av den 28 maj 1937 (nr 249) om inskränkningar i rätten att utbekomma allmänna handlingar. När sekretesslagen trädde i kraft överfördes bestämmelsen till lagens 6 kap. 2 §. En förutsättning för att det allmänna skall kunna driva verksamhet under affärsmässiga former var enligt förarbetena till lagen om rätten att utbekomma allmänna handlingar att den är skyddad från insyn från konkurrenters sida. Å ena sidan sades det finnas ett stort behov av offentlig kontroll på områden där stora ekonomiska intressen står på spel och där en alltför långtgående sekretess skulle kunna medföra mindre önskvärda förfaranden. Å andra sidan ansågs det angeläget att staten kan bedriva sin rörelse i såvitt möjligt affärsmässiga former (SOU 1935:5 s. 72, a. prop. s. 90 och 96).

#### *Ett ökat behov av insyn i upphandlingsärenden*

Genom införlivandet av EG-direktiven i svensk lagstiftning har behovet av insyn i upphandlingsärenden fått ökad betydelse. Genom LOU infördes möjligheten att begära överprövning av samtliga beslut under en offentlig upphandling. Någon sådan möjlighet fanns inte tidigare. Enligt den för statliga myndigheter tidigare gällande upphandlingsförordningen (1986:366) kunde upphandlingsbeslut över huvud taget inte överklagas. Kommunala och kyrkokommunala upphandlingsbeslut kunde visserligen bli föremål för kommunal laglighetsprövning enligt den för kommuner gällande regleringen i det kommunala upphandlingsreglementet. Laglighetsprövningen gällde dock inte exempelvis upphandlingar som gjordes av kommunala bolag. Dessutom är det endast en medlem i den aktuella kommunen eller landstinget som kan begära laglighetsprövning, jfr 10 kap. 1 § kommunallagen (1991:900).

Eftersom anbudshandlingar i regel inte offentliggörs innan avtal slutits innebär den nuvarande utformningen av regeln om absolut anbudssekretess att det är ytterst svårt för en leverantör att få till stånd

någon överprövning av ett beslut om leverantör, dvs. av ett tilldelningsbeslut. Anbudssekretessen är nämligen absolut vilket innebär att uppgifterna omfattas av sekretess utan att det finns någon möjlighet att efter en skadebedömning lämna ut dem. EG-domstolens avgörande i Alcatel-målet förutsätter dock att den som berörs får del av tilldelningsbeslutet innan avtal slutits (se avsnitt 4.4.5).

Leverantörernas behov av insyn i tilldelningsbeslutet väger enligt EG-domstolens dom tyngre än det allmännas behov av absolut sekretess för anbud. För att det skall bli möjligt för leverantörerna att få del av tilldelningsbeslutet innan det är för sent att begära överprövning måste den absoluta anbudssekretessen hävas vid en tidigare tidpunkt än vid den då avtal sluts. Enligt regeringen är det lämpligt att den absoluta anbudssekretessen hävs när beslut om leverantör och anbud fattas.

#### *En sekretessprövning skall alltid ske*

Det viktiga ur konkurrenssynpunkt är att det gäller en absolut anbudssekretess fram till den tidpunkt då tilldelningsbeslutet fattas. Från tidpunkten för tilldelningsbeslutet kan det allmännas sekretessbehov tillgodoses genom de sekretessregler som blir tillämpliga när anbudssekretessen hävts. När den absoluta anbudssekretessen hävs gäller ett rakt skaderekvisit som innebär att uppgifter inte får lämnas ut om det kan antas att det innebär skada för det allmänna (6 kap. 2 § första stycket första meningen sekretesslagen). Det raka skaderekvisitet är, enligt regeringens bedömning, tillräckligt för att förhindra att konkurrenter får en allmän insyn i det allmännas verksamhet sedan tilldelningsbeslutet fattats. Sekretess kan även gälla enligt andra bestämmelser, t ex. 6 kap. 1 § eller 2 kap. 2 § sekretesslagen. Eftersom anbudssekretessen är absolut skyddas även uppgifter om enskildas ekonomiska förhållanden genom bestämmelsen även om den i första hand är avsedd att skydda det allmännas ekonomiska intresse. Enskildas behov av sekretess efter tilldelningsbeslutet tillgodoses dock genom bestämmelsen i 8 kap. 10 § sekretesslagen. Uppgifter om enskilds affärs- eller driftförhållanden får enligt första stycket första meningen i den bestämmelsen inte lämnas ut om det av särskild anledning kan antas att det är till skada för den enskilde.

Genom att anbud är sekretessbelagda är det svårare för leverantörer som bildat anbudskarteller eller som på annat sätt träffat prisöverenskommelser att kontrollera hos den upphandlande enheten att uppgjorda prislistor följs (jfr prop. 1937:107 s. 91). Detta gäller även med den nya regleringen eftersom absolut sekretess alljämt skall gälla vid den tidpunkt då anbudet senast skall vara inlämnade. Det förhållandet att leverantörerna med den nya regleringen kan få del av uppgifter om den vinnande leverantörens anbud redan från dagen för tilldelningsbeslutet i stället för från dagen för avtalslutet har i sig inte någon betydelse för en upphandlande enhets framtida upphandlingar. En sådan kontroll har aldrig helt kunnat uteslutas i den offentliga upphandlingen.

Tilläggs kan att de uppgifter som, enligt LOU, skall lämnas ut sedan tilldelningsbeslut fattas avser skälen för att en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet. Hävandet av den absoluta anbudssekretessen



innebär inte i sig att den upphandlande enheten därefter blir skyldig att lämna ut alla uppgifter rörande ingivna anbud, se beskrivningen i avsnitt 4.4.6. Offentliggörandet av information om ingivna anbud är därför inte lika omfattande som det offentliggörande som är möjligt i dag när en upphandlande enhet med tillämpning av regeln om offentlig anbudsöppning väljer att offentliggöra alla anbud.

Endast i undantagsfall har man att räkna med att en anbudsgivare som tilldelats kontraktet skulle vilja dra sig ur avtalet om vissa uppgifter rörande dennes anbud offentliggörs. Även om den vinnande anbudsgivaren sedan tilldelningsbeslutet fattats skulle göra bedömningen att den lämnat ett för fördelaktigt anbud, så kan den inte dra tillbaka anbudet så länge anbudet är bindande för denne. En upphandlande enhet som vill binda upp en anbudsgivare fram till dess att upphandlingen får avslutas är vidare oförhindrad att sluta ett villkorat kontrakt med en sådan anbudsgivare som gäller under tiden mellan tilldelningsbeslut och upphandlingens avslutande.

#### *Offentliggörande av anbud och slutförandet av ärendet före tilldelningsbeslut*

I likhet med vad som gäller i dag skall den absoluta anbudssekretessen hävas om alla anbud eller erbjudanden offentliggörs före tilldelningsbeslutet eller om ärendet slutförs före tilldelningsbeslutet. *NOU* och *Rikstrafiken* har i sina remissyttranden ställt sig frågande till vad som gäller när en upphandling av något skäl avbryts. Det förhållandet att upphandlingen avbryts efter det att beslut om leverantör fattats har givetvis inte någon betydelse. Den absoluta anbudssekretessen har upphävt i och med att tilldelningsbeslutet fattades och uppgifter får därefter lämnas ut sedan en skadebedömning gjorts enligt andra sekretessbestämmelser. Den absoluta anbudssekretessen kan även hävas om ärendet slutförts på annat sätt än genom att avtal slutits. Om en upphandlande enhet exempelvis påbörjat en upphandling men, innan den fattat beslut om leverantör, beslutar att upphandling inte skall ske hävs den absoluta anbudssekretessen när upphandlingen avbryts. Det innebär dock inte att samtliga uppgifter blir offentliga. Anbudsuppgifter får inte lämnas ut om det allmänna eller enskilda skulle lida skada genom utlämnandet enligt bestämmelserna i exempelvis 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Det förhållandet att en upphandlande enhet inte fullföljt upphandlingen kan givetvis med hänsyn till kommande anbudsförfaranden påverka bedömningen av om sådan skada kan antas föreligga.

#### *Erbjudanden inom staten*

Ett internt anbud som lämnas från ett organ till ett annat inom ett rättssubjekt har inte ansetts utgöra ett anbud i avtalsrättslig mening när det gäller kommuner och landsting (jfr. prop. 1993/94:188 s. 91, bet. 1993/94:KU40, rskr. 1993/94:379). Det var skälet till att det infördes ett tillägg i 6 kap. 2 § sekretesslagen som innebär att absolut sekretess gäller rörande ett med anbud motsvarande erbjudande som lämnas inom en

kommun eller ett landsting. Samma synsätt måste gälla för interna anbud inom staten. I bestämmelsen bör tydliggöras att absolut anbudssekretess även gäller uppgifter som rör ett med anbud motsvarande erbjudande som lämnas av en enhet till en annan inom en och samma myndighet. Som *Lagrådet* påtalat skall detta även gälla mellan statliga myndigheter. Ändringen gäller såväl ärenden om upphandling som ärenden om försäljning av lös egendom för det allmännas räkning. I detta sammanhang bör tilläggas att om en upphandlande myndighet antar ett internt erbjudande som innebär att verksamheten utförs i egen regi avbryts upphandlingen och reglerna i LOU är inte längre tillämpliga (jfr NJA 2001 s. 3).

## 5.10 Upplysningar om tilldelningsbeslut

**Regeringens förslag:** När beslut om leverantör och anbud fattats skall upphandlande enheter på eget initiativ upplysa anbudssökande och anbudsgivare om beslutet och skälen för det.

Motsvarande upplysningar skall lämnas genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som så begär.

Upplysningsskyldigheten skall gälla vid all offentlig upphandling och regleras i 1 kap. lagen om offentlig upphandling.

**Kommitténs förslag:** Kommitténs förslag överensstämmer i stort med regeringens. Kommittén har dessutom föreslagit att en upphandlande enhet skall informera anbudssökande och anbudsgivare om den dag då giltigt upphandlingskontrakt tidigast kan slutas och om möjligheten att ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd. Kommittén har även föreslagit att de uppgifter som en enhet skall lämna ut till enskild enligt vad som föreskrivs i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) skall vara undantagna från sekretessen i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100), dvs. att de uppgifter som tas in i informationen om tilldelningsbeslutet skall lämnas ut utan hinder av den i nämnda paragrafer föreskrivna sekretessen.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser tillstyrker eller har inget att erinra mot förslagen. *Länsrätten i Stockholms län* menar att det är tveksamt om det utöver en ändring av sekretessreglerna krävs att leverantörerna också meddelas om upphandlingsbeslutets innehåll. *Länsrätten* motsätter sig dock inte kommitténs förslag. *Nämnden för offentlig upphandling* (NOU), *Stockholms kommun* och *Örebro kommun* avstyrker förslaget om att enheterna skall lämna upplysningar om tillgängliga rättsmedel. Det huvudsakliga skälet som anförts mot att sådana upplysningar skall lämnas är att upphandling inte är att betrakta som myndighetsutövning utan en del av myndighetens affärsverksamhet. Några remissinstanser avstyrker att förslaget genomförs för upphandlingar utanför det direktivstyrda området. *Göteborgs kommun* anser t.ex. att reglerna endast skall gälla upphandlingar enligt 2, 3 och 5 kap. LOU. Skälet är, enligt kommunen, att annonseringsplikten som trädde i kraft den 1 juli 2001 kan åstadkomma en förskjutning mot ökad användning av förenklade upphandlingar. Ett krav på att det skall förflyta

tio dagar mellan tilldelningsbeslut och avtal kan i dessa fall innebära en orealistiskt lång tidsåtgång innan varan eller tjänsten kan levereras. *Närings- och teknikutvecklingsverket*, *Örebro kommun* och *Sveriges offentliga inköpare* anser att förslagen bör begränsas till den direktivstyrda upphandlingen. *Vägverket* föreslår ytterligare undantag från sekretessen.

**Skälen för regeringens förslag:** Det förhållandet att den absoluta anbudssekretessen hävs redan i samband med tilldelningsbeslutet innebär, som närmare utvecklats i avsnitt 5.9, att en leverantör efter det att den upphandlande enheten gjort en sekretessprövning har rätt att få del av viss information. En ändring av regeln om absolut anbudssekretess medför dock inte någon ändring i skyldigheten att lämna ut uppgifter för upphandlande enheter som inte omfattas av reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess, dvs. för de flesta statliga bolag och för privata bolag. De nuvarande reglerna i LOU om skyldighet för upphandlande enheter att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet är olika utformade beroende på vad upphandlingen rör och reglerna ger inte en leverantör någon rätt att få information om tilldelningsbeslutet innan avtal slutits (se avsnitt 4.4.2). Av skäl som närmare utvecklas nedan anser regeringen därför att ändringen av regeln om anbudssekretess bör kompletteras med nya regler för hur upplysningar om tilldelningsbeslut skall lämnas.

*Upplysningar skall lämnas på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare*

Inom det direktivstyrda området är upphandlande enheter i dag endast skyldiga att lämna upplysningar om vem som tilldelats upphandlingskontraktet sedan en begäran framställts av en anbudssökande eller en anbudsgivare (2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § tredje stycket och 5 kap. 13 § LOU). Vid upphandling av varor, byggtreprenader och s.k. A-tjänster, dvs. vid upphandling enligt 2, 3 och 5 kap. LOU (se beskrivning av dessa i avsnitt 4.1) skall uppgifterna lämnas ut inom 15 dagar från det att begäran framställdes (jfr varudirektivet artikel 7.1–2). Någon sådan tidsbegränsning gäller inte vid upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. vid upphandling enligt 4 kap. LOU (se beskrivning av dessa i avsnitt 4.1). Enligt 4 kap. 15 § tredje stycket LOU gäller i stället att upplysningar om vem som tilldelats kontraktet skall lämnas så snart som möjligt.

För att en leverantör skall kunna bedöma om det finns anledning att ansöka om överprövning innan upphandlingen får avslutas och överprövning inte längre är möjlig (se avsnitt 5.13) bör upphandlande enheter vara skyldiga att på eget initiativ lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet i så nära anslutning till att beslutet fattades som möjligt.

Skyldigheten att lämna upplysningar på eget initiativ skall av naturliga skäl endast gälla i förhållande till de leverantörer som är kända i upphandlingen, dvs. anbudssökande och anbudsgivare. En sådan reglering överensstämmer med den nuvarande.

Som närmare beskrivs i avsnitt 5.13 skall den tid som skall löpa innan upphandlingen får avslutas räknas från det att upplysningar om

tilldelningsbeslutet lämnades till anbudssökande och anbudsgivare. Eftersom det ligger i den upphandlande enhetens eget intresse att kunna avsluta upphandlingen så snart som möjligt sedan den valt leverantör får det förutsättas att enheten lämnar upplysningar i snar anslutning till att tilldelningsbeslutet fattats. Det är således inte nödvändigt att föreskriva någon tidsfrist inom vilken enheten skall lämna ut upplysningarna.

*Upplysningar skall lämnas till varje leverantör som så begär*

Alla leverantörer har rätt att begära överprövning av en upphandling (7 kap. 1 § första stycket LOU). Leverantör är enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats. Förutom anbudssökande och anbudsgivare har potentiella leverantörer rätt att ansöka om överprövning och väcka talan om skadestånd. Även den som anser att den pågående upphandlingen sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt har därför rätt att begära överprövning (jfr prop. 1992/93:88 s. 101). För att tillgodose varje leverantörs rätt till överprövning bör upphandlande enheter till en leverantör som begär det vara skyldiga att lämna upplysningar om vem eller vilka som tilldelats kontraktet och skälen för detta.

För att det skall vara möjligt för en leverantör som inte automatiskt får upplysningar om tilldelningsbeslutet att få överprövat detta beslut bör en upphandlande enhet vara skyldig att omgående lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet till leverantören sedan denne framställt en begäran därom. En begäran skall således prövas skyndsamt. Detta torde inte innebära några större problem för en upphandlande enhet eftersom det är fråga om samma upplysningar som enheten är skyldig att lämna ut på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare. I likhet med bestämmelsen i 2 kap. 12 § tryckfrihetsförordningen (TF) skall uppgifter om tilldelningsbeslutet därför lämnas ut genast eller så snart det är möjligt med hänsyn till arbetets behöriga gång.

Regeringen har övervägt att föreslå att uppgifter endast skall lämnas ut om det behövs för att leverantören skall kunna iaktta sin rätt till överprövning. Någon möjlighet för en upphandlande enhet att kontrollera en uppgift från den som uppger sig behöva uppgifterna i detta syfte finns dock inte och en sådan föreskrift skulle bli verkningslös. Det är således tillräckligt att den upphandlande enheten uppfattar beställaren av uppgifterna som leverantör i den ifrågakvarande upphandlingen.

Tilläggas kan att en sökande som inte kan betraktas som leverantör i den aktuella upphandlingen har rätt att, med stöd av reglerna om allmänna handlingars offentlighet i 2 kap. TF, ta del av vissa uppgifter rörande tilldelningsbeslutet. Skyldigheten att lämna ut uppgifter med stöd av dessa regler gäller dock endast de enheter som har att tillämpa reglerna om handlingsoffentlighet, dvs. den gäller inte för privata bolag och inte heller för de flesta statliga bolag.

Vid upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. enligt 4 kap. LOU, är upphandlande enheter redan i dag skyldiga att lämna upplysningar om vem som fick upphandlingen och skälen för det. Vid upphandlingar inom den klassiska sektorn, dvs. enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU är upphandlande enheter dock endast skyldiga att lämna upplysningar om vem som fick upphandlingen. Enligt regeringens bedömning bör upphandlande enheter även inom den klassiska sektorn vara skyldiga att lämna upplysning om skälen för att en viss leverantör fick upphandlingen. Endast om skälen för tilldelningsbeslutet redovisas har en missnöjd leverantör möjlighet att bedöma om det finns anledning att ansöka om överprövning.

Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud. Enligt 1 kap. 22 § och 6 kap. 12 § LOU skall en enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall enheten enligt bestämmelsen ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Om upphandlingen har skett enligt reglerna i LOU kan tydligt utformade skäl leda till att en leverantör avstår från att begära överprövning. Genom att utforma skälen på ett tydligt sätt kan således den upphandlande enheten i viss utsträckning undvika att upphandlingen fördröjs i onödan. Det får därför antas ligga i de upphandlande enheternas intresse att tydligt redovisa skälen för tilldelningsbeslutet så att anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer får klart för sig varför upphandlingskontraktet tilldelats en viss anbudsgivare. Någon reglering av detta behövs således inte. Regeringen anser således inte att det är lämpligt att, som *Stockholms kommun* föreslagit i sitt remissyttrande, i lag ange vad skälen för beslutet skall innehålla eftersom de skäl på vilka enheten grundar sitt beslut om leverantör varierar beroende på vad upphandlingen rör och hur anbudet utformats. Den upphandlande enheten får i stället själv, beroende av vad upphandlingen avser, välja vilka omständigheter som bör redovisas som skäl för beslutet.

Kravet på likabehandling av leverantörer innebär att innehållet i och utformningen av den information om tilldelningsbeslutet som mottagarna får skall vara identisk.

Flera remissinstanser har invänt mot kommitténs förslag att tilldelningsbeslutet skall innehålla en upplysning om tillgängliga rättsmedel. Regeringen delar remissinstansernas inställning. Det finns inte någon anledning att lämna en rättsmedelshänvisning i ett tilldelningsbeslut eftersom offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning (jfr Hellners m. fl., Nya förvaltningslagen, 5 uppl., s. 135). Med hänsyn till att tidsfristen mellan tilldelningsbeslut och avtalsslut skall vara bestämd i lag, se vidare avsnitt 5.13, finns det inte heller någon anledning, att som kommittén föreslagit, i informationen om tilldelningsbeslutet upplysa om när avtal tidigast kan ingås.

Vid upphandling inom den klassiska sektorn, dvs. upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU, är samtliga upphandlande enheter skyldiga att lämna upplysningar till den vars anbud förkastats om vem som fick upphandlingen. Vid upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. enligt 4 kap. LOU, är det i stället, genom en hänvisning i 4 kap. 15 § tredje stycket LOU, endast de upphandlande enheter som bedriver den verksamhet som anges i 4 kap. 8 a § första stycket LOU som omfattas av upplysningsskyldigheten. Genom hänvisningen till sistnämnda bestämmelse är det endast enheter som bedriver verksamhet som består av drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät, utnyttjande av mark- eller vattenområden för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar, eller drift av nät i syfte att betjäna allmänheten ifråga om lokala transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana som är upplysningsskyldiga vid upphandling enligt 4 kap. LOU. Genom bestämmelsen genomförs de ändringar i ändringsdirektiv 98/4/EG som i sin tur syftar till att anpassa regleringen till det s.k. GPA-avtalet (Government Procurement Agreement). Även enheter som bedriver annan verksamhet är dock skyldiga att upphandla enligt 4 kap. LOU (jfr 4 kap. 1 § LOU).

Enligt regeringens mening bör samtliga upphandlande enheter vara skyldiga att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet. Eftersom Alcatel-målet gällde varuupphandling enligt varudirektivet var det reglerna i det första rättsmedelsdirektivet som var aktuella där. Det första rättsmedelsdirektivet innehåller regler för överprövning av beslut inom den klassiska sektorn. Det andra rättsmedelsdirektivet, som innehåller regler för överprövning av beslut inom försörjningssektorerna innehåller dock bestämmelser som på motsvarande sätt som det första rättsmedelsdirektivet syftar till att garantera leverantörers rätt att utverka undanröjande av ett beslut i upphandlingsärendet. Rätten till överprövning är inte heller enligt LOU beroende av vad upphandlingen rör eller vilken verksamhet som den upphandlande enheten bedriver. Mot denna bakgrund är det lämpligt att utöka upplysningsskyldigheten vid upphandlingar enligt 4 kap. LOU till att avse samtliga upphandlande enheter. Det sagda innebär att skyldigheten för upphandlande enheter att lämna upplysningar till anbudssökande, anbudsgivare och övriga leverantörer skall gälla för all direktivstyrd upphandling.

Enheter som inte har att tillämpa reglerna i LOU, t.ex. enheter inom telekommunikationssektorn som enligt 4 kap. 4 § andra stycket är undantagna från reglerna i 4 kap. LOU, omfattas givetvis inte av upplysningsskyldigheten. Dessa enheters upphandlingar regleras över huvud taget inte i LOU.

Utgångspunkten bör enligt regeringen vara att all offentlig upphandling regleras så enhetligt som möjligt. Det är också anledningen till att upphandlingar utanför det direktivstyrda området har reglerats i LOU (6 kap. LOU, se avsnitt 4.1) och att vissa regler som gäller inom det direktivstyrda området gjorts tillämpliga även på upphandling utanför

detta område (jfr prop. 1992/93:88 s. 41-42, 1993/94:78 s. 19 och prop. 1999/2000:128 s. 20). Så har exempelvis rättsmedlen överprövning och skadestånd gjorts tillämpliga på upphandling enligt 6 kap. LOU. En förutsättning för att framför allt överprövningsinstitutet skall utgöra ett effektivt rättsmedel vid upphandling enligt 6 kap. är givetvis att leverantörerna har en möjlighet att få överprövat samtliga beslut i dessa upphandlingar, inklusive tilldelningsbeslutet.

De flesta upphandlingar sker enligt 6 kap. och dessa upphandlingar är sammantaget mer omfattande än den direktivstyrda upphandlingen. De skäl som anförts för att införa en upplysningsskyldighet för upphandlande enheter gentemot leverantörer gör sig därför även gällande beträffande upphandling enligt 6 kap. LOU. Regeringen anser mot denna bakgrund att reglerna om upplysningar till anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer skall göras tillämpliga även på upphandling enligt 6 kap. LOU.

Vilka upphandlingar som bör undantas från reglerna utvecklas närmare i avsnitt 5.14.

#### *Uppgifter skall lämnas ut först sedan en sekretessprövning gjorts*

Den absoluta anbudssekretessen upphör i samband med att tilldelningsbeslutet fattas (se avsnitt 5.9). Från denna tidpunkt gäller sekretess till förmån för det allmännas ekonomiska intresse enligt 6 kap. 2 § första stycket första meningen sekretesslagen och sekretess till förmån för enskildas ekonomiska intresse enligt 8 kap. 10 § första stycket första meningen sekretesslagen. Enligt dessa bestämmelser kan, som närmare beskrivits i avsnitt 4.4.6, uppgifter lämnas ut först sedan en skadebedömning gjorts. Sekretess kan även föreligga enligt någon annan sekretessbestämmelse, exempelvis bestämmelsen om affärssekretess i 6 kap. 1 § sekretesslagen eller om försvarssekretess enligt 2 kap. 2 § sekretesslagen.

Kommittén har föreslagit att de uppgifter som en enhet skall lämna ut enligt LOU skall vara undantagna från den sekretess som föreskrivs i 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. Det innebär att de uppgifter som en upphandlande enhet väljer att ta in i upplysningarna om tilldelningsbeslutet kan lämnas ut utan hinder av den sekretess som annars gäller. Remissinstanserna har inte haft något att invända mot förslaget. *Försvarets materielverk* har dock anført att det är viktigt att det framgår vilka uppgifter som en enhet är skyldig att lämna ut eftersom det kan uppkomma en situation då en leverantör anser att enheten lämnat ut för mycket alternativt för lite information om tilldelningsbeslutet.

Till skillnad från kommittén anser regeringen att det inte är nödvändigt att undanta de uppgifter som skall lämnas ut enligt LOU från den annars gällande sekretessen. När den absoluta anbudssekretessen hävts är huvudregeln enligt 6 kap. 2 § första stycket första meningen och 8 kap. 10 § första stycket första meningen sekretesslagen att uppgifterna är offentliga. Det är först om det kan antas att det allmänna eller en enskild lider skada av att en uppgift lämnas ut som ett utlämnande inte får ske. När det gäller enskilds affärs- eller driftförhållanden skall det dessutom, enligt sistnämnda bestämmelse, finnas särskild anledning anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.

Uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet torde i regel kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. Närmare uppgifter om det anbud som enheten beslutat anta bör dock kunna lämnas ut först sedan en skadebedömning gjorts. Informationen om tilldelningsbeslutet skall givetvis inte innehålla uppgifter som är att anse som företagshemligheter. En enhet som röjer en företagshemlighet kan ådra sig skadeståndsansvar enligt lagen (1990:409) om företagshemligheter och det gäller oavsett om enheten har iakttagit reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess eller inte. Men det är inte endast ett utlämnande av uppgifter som kan kvalificeras som företagshemligheter som kan innebära skada för det allmänna eller enskilda. Även utlämnande av andra uppgifter rörande affärs- och driftförhållanden kan innebära skada för en leverantör. En lämplig avvägning mellan förlorande leverantörens rätt att få information om tilldelningsbeslutet och den vinnande leverantörens och den upphandlande enhetens intresse av att känsliga uppgifter inte lämnas ut till andra förutsätter, enligt regeringens bedömning, att enheten gör en sekretessprövning när den bestämmer innehållet i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Endast med en sådan reglering är offentliggörandet av uppgifter som rör anbud eller erbjudanden innan avtal sluts förenligt med Sveriges åtaganden gentemot EU. I EG-direktiven föreskrivs exempelvis att ett meddelande om avslutad upphandling inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen (jfr exempelvis artikel 9.3 varudirektivet).

*Lagrådet* har ifrågasatt om den föreslagna ordningen inte kan leda till att en konflikt uppstår mellan upplysningsskyldigheten i LOU och sekretessreglerna. Det kan, enligt *Lagrådet*, inte uteslutas att en motivering till ett beslut kräver att uppgifter om andra anbud redovisas och att dessa uppgifter skulle kunna anses omfattas av sekretess eftersom de kan tänkas komma att påverka kommande anbudsförfaranden. Den föreslagna ordningen kommer, enligt *Lagrådet*, också att medföra att anbudsgivare där kommunen har det rättsligt bestämmande inflytandet och anbudsgivare av rent privaträttslig karaktär kan komma att behandlas olika. Bolag, stiftelser m. fl. där kommuner och landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande skall vid tillämpningen av sekretesslagen jämföras med myndigheter (1 kap. 9 § första stycket sekretesslagen). Detta innebär, enligt *Lagrådet*, att i de fall den upphandlande enheten är en kommun och den anbudsgivare som har rätt till upplysningar är ett kommunalt bolag skall inte reglerna i 6 respektive 8 kap. sekretesslagen tillämpas utan de i 14 kap. 1 § andra meningen. Enligt denna bestämmelse hindrar sekretess inte att uppgift lämnas till en annan myndighet, om uppgiftsskyldigheten följer av lag eller förordning. Gentemot det kommunala bolaget skall således inte någon sekretess komma att gälla. *Lagrådet* framhåller att ett gynnande i detta hänseende av anbudsgivare där det allmänna utövar ett bestämmande inflytande knappast låter sig förena med den EG-rättsliga regleringen på upphandlingsområdet. *Lagrådet* är därför närmast av uppfattningen att upphandlingskommitténs förslag i denna del bör följas.

Den EG-rättsliga regleringen, förutsätter, enligt regeringens bedömning, att den upphandlande enheten gör en sekretessprövning av



vilka uppgifter som får lämnas ut om tilldelningsbeslutet. Som redan nämnts får ett meddelande om en avslutad upphandling inte innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Det grundläggande kravet på likabehandling av leverantörer innebär vidare att innehållet i och utformningen av de upplysningar som leverantörerna får måste vara identisk. Upplysningsskyldigheten medför dock inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet att lämna ytterligare uppgifter i upphandlingsärendet till en myndighet eller ett med myndighet i sekretesslagens mening jämställt organ än de uppgifter som offentliggjorts i upplysningarna till övriga anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningsbeslutet. Bestämmelsen i 14 kap. 1 § sekretesslagen ger således inte en myndighet eller med myndighet jämställt organ någon möjlighet att ta del av uppgifter som den upphandlande enheten, efter en sekretessprövning, valt att inte lämna ut till samtliga anbudssökande och anbudsgivare.

Mot bakgrund av det anförda anser regeringen att det inte finns någon anledning att helt upphäva sekretessen för uppgifter i ett upphandlingsärende. Det skall från den tidpunkt då den absoluta anbudsssekretessen hävs, dvs. senast när ett tilldelningsbeslut har fattats, göras en sekretessprövning av vilka uppgifter den upphandlande enheten kan lämna ut, såväl på eget initiativ som på begäran från leverantör eller annan.

#### *Leverantörernas rätt att ta del av uppgifter*

Samtliga leverantörer har rätt att med stöd av reglerna om handlingsoffentlighet i 2 kap. tryckfrihetsförordningen (TF) ta del av allmänna handlingar, hos de enheter som är skyldiga att tillämpa reglerna om handlingsoffentlighet, om det inte föreligger hinder för det enligt sekretessreglerna. En leverantör som anser att enheten lämnat ut för lite information om tilldelningsbeslutet kan därför med stöd av reglerna om handlingsoffentlighet begära att få ut fler uppgifter rörande tilldelningsbeslutet än vad enheten valt att lämna i upplysningarna till leverantörerna. Om enheten avslår en sådan begäran kan leverantören överklaga det beslutet enligt reglerna i 15 kap. 7–8 §§ sekretesslagen.

Vidare har en part i ett överprövningsmål rätt att ta del av allt material i målet, jfr 10, 12 och 18 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291). Parten har en motsvarande rätt i ett skadeståndsmål. Enligt 14 kap. 5 § sekretesslagen hindrar inte sekretess att sökande, klagande eller annan part i mål eller ärende hos domstol eller annan myndighet tar del av handling eller annat material i målet eller ärendet. Begreppet ”ärende” gäller oftast – men behöver inte avse – myndighetsutövning mot enskild (prop. 1979/80:2 del A s. 334). En upphandling enligt LOU är ett ärende i förvaltningslagens (1986:223) mening. Det förhållandet att upphandling inte utgör myndighetsutövning saknar därför betydelse för bestämmelsens tillämplighet i ett överprövningsmål eller skadeståndsmål. Om en leverantör anser att de upplysningar som en upphandlande enhet lämnat ut om tilldelningsbeslutet inte är tillräckliga kan leverantören därför, med stöd av reglerna i förvaltningsprocesslagen eller rättegångsbalken och 14 kap. 5 § sekretesslagen, i överprövningsmålet

eller skadeståndsmålet få tillgång till material i målet som för andra än parten skyddas av sekretess.

Bestämmelsen i 14 kap. 5 § sekretesslagen har en begränsning, nämligen att handling eller annat material inte ens får lämnas ut till en part i den mån det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs. Begränsningen är självfallet avsedd att tillämpas restriktivt. En domstol som använder sig av den är dessutom skyldig att på annat sätt lämna parten upplysning om vad materialet innehåller, i den mån det behövs för att han skall kunna ta tillvara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen skall skydda.

En part har dessutom möjlighet att begära att få del av handlingar med stöd av de processuella reglerna. En leverantör som anser att en upphandlande enhet inte lämnat ut tillräckligt med upplysningar om tilldelningsbeslutet kan exempelvis, med stöd av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) jämförd med 38 kap. 1–5 och 7–9 §§ rättegångsbalken, i överprövningsmålet eller skadeståndsmålet begära att den upphandlande enheten företer skriftlig handling som leverantören anser kan äga betydelse som bevis (editionsföreläggande). En upphandlande enhet som inte lämnat ut tillräckligt med information kan därför med stöd av reglerna om edition bli skyldig att lämna ut ytterligare material i överprövningsmålet eller skadeståndsmålet. Vidare kan givetvis det förhållandet att en upphandlande enhet inte lämnat ut tillräckligt med information om tilldelningsbeslutet komma att utgöra en omständighet av flera som kan få betydelse i frågan om ett interimistiskt beslut skall meddelas enligt 7 kap. 2 § andra stycket LOU.

#### *Upplysningskyldigheten regleras i 1 kap. LOU*

Eftersom skyldigheten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet, med några få undantag, skall gälla vid all upphandling enligt LOU bör den regleras i lagens 1 kap. Sekretess regleras i sekretesslagen eller i annan lag till vilken den hänvisar (jfr 2 kap. 2 § andra stycket TF) Det förhållandet att det skall ske en sekretessprövning vid utlämnandet av uppgifter om tilldelningsbeslutet följer således av att det inte i de särskilda sekretessbestämmelserna görs något undantag för utlämnande av sådana uppgifter. Någon särskild informationsregel i LOU om att sekretess gäller enligt sekretesslagen behövs inte.

## 5.11 Upplysningar om varför ansökan eller anbud förkastats

**Regeringens förslag:** Bestämmelsen om upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats skall regleras gemensamt i 1 kap. lagen om offentlig upphandling såvitt gäller upphandling enligt dess 2, 3 eller 5 kap. Bestämmelsen skall vara tillämplig även vid förenklad upphandling och urvalsupphandling enligt 6 kap.

Upplysningar skall lämnas inom 15 dagar från det att en begäran kom in. Om beslut om leverantör och anbud fattats skall upplysningar dock lämnas genast eller så snart det är möjligt efter det att begäran kom in.

**Kommitténs förslag:** Kommitténs förslag överensstämmer i huvudsak med regeringens. Kommittén har föreslagit att bestämmelsen även utsträcks till att avse upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. enligt 4 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) men har inte lämnat något förslag angående förenklad upphandling och urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU. Enligt kommitténs förslag skall upplysningar lämnas inom 15 dagar från det att en begäran framställdes.

**Remissinstanserna:** Med undantag för *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* har remissinstanserna inte haft något att invända mot förslaget att sammanföra upplysningsskyldigheten inom det direktivstyrda området till en gemensam bestämmelse. NOU avstyrker förslaget att införa generella regler som avser även upphandling enligt 4 kap. LOU eftersom upplysningsskyldigheten för den klassiska sektorn i 1 kap. 27 § LOU skiljer sig sakligt från den i 4 kap. 15 §. Dessutom kan det, enligt NOU, få till följd att nya regler för t.ex. telekommunikationssektorn införs som inte har stöd i EG-direktiven. NOU har vidare föreslagit att skyldigheten för upphandlande enheter att lämna upplysningar om varför ansökan förkastats bör göras tillämplig även vid urvalsupphandling. *Svensk Teknik och Design* föreslår att tidsfristen för att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats sätts ned till sju dagar och att upplysningsskyldigheten utsträcks till att avse även de situationer då upphandlingen avbryts.

**Skälen för regeringens förslag:** Vid kontakter under hand har kansliet vid *NOU* uppgett att det innebär en skärpning om upplysningsskyldigheten för den klassiska sektorn i 1 kap. 27 § LOU görs tillämplig även vid upphandling enligt 4 kap. LOU eftersom uppgifter skall lämnas ut, enligt den förstnämnda bestämmelsen, inom 15 dagar. Vid upphandling enligt 4 kap. LOU (beskrivning av verksamheten, se avsnitt 4.1) är upphandlande enheter endast skyldiga att lämna ut upplysningarna så snart som möjligt. Ett skäl till att, på det sätt kommittén föreslagit, införa en enhetlig regel om upplysningsskyldighet är givetvis att samtliga upphandlande enheter enligt 4 kap. LOU bör vara skyldiga att lämna upplysningar, inte bara om skälen till att en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet (avsnitt 5.10), utan även om anledningen till att en viss anbudssökandes eller en viss anbudsgivares

ansökan eller anbud förkastats. I dag är endast de enheter som bedriver viss i 4 kap. 8 a § första stycket LOU angiven verksamhet skyldiga att lämna upplysningar om detta till anbudssökande och anbudsgivare.

Enheter som inte har att tillämpa reglerna i LOU, t.ex. enheter inom telekommunikationssektorn som enligt 4 kap. 4 § andra stycket LOU är undantagna från reglerna i 4 kap., omfattas som redan nämnts i avsnitt 5.10 inte av upplysningsskyldigheten eftersom dessa enheters upphandlingar inte regleras i lagen. En gemensam regel i 1 kap. LOU för all upphandling inom det direktivstyrda området skulle därför inte innebära införandet av en regel som inte har stöd i direktiven.

En ändring av regeln om upplysningar om en ansökans eller ett anbuds förkastande förutsätter ett ställningstagande till om tidsfristen bör vara densamma vid all direktivstyrd upphandling eller inte. Med hänsyn till att upplysningsskyldigheten kan komma att förändras på grund av reglerna i de av kommissionen föreslagna nya direktiven anser regeringen att det i detta sammanhang inte finns skäl att ändra reglerna om upplysningsskyldighet om varför ansökan eller anbud förkastats i 4 kap. LOU.

Regeringen instämmer i *NOU:s* bedömning att upplysningsskyldigheten bör utsträckas till att gälla även vid urvalsupphandling enligt 6 kap. LOU. Även vid förenklad upphandling bör upphandlande enheter vara skyldiga att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats. Bestämmelsen bör därför även gälla vid förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU.

Såväl en ansökan om att lämna anbud som ett anbud kan förkastas innan tilldelningsbeslutet fattas. Det innebär att skyldigheten att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats kan inträda innan skyldigheten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet inträder (se avsnitt 5.10). I enlighet med vad som gäller enligt direktiven för den klassiska sektorn bör en upphandlande enhet vara skyldig att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats inom 15 dagar från det att begäran kom in.

En annan ordning bör dock gälla om ett tilldelningsbeslut fattats. En förutsättning för att en anbudssökande eller anbudsgivare skall kunna göra en bedömning av möjligheterna att få omprövat upphandlingen, och således att kunna ta tillvara den rätt till överprövning av tilldelningsbeslut som finns enligt EG-domstolens dom i Alcatel-målet, (se avsnitt 4.4.5) är att denne får kännedom inte endast om skälen för att en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet utan även om skälen för att den anbudssökandes eller anbudsgivarens egen ansökan respektive anbud förkastats. Skälen för varför en viss leverantör tilldelats upphandlingskontraktet redovisas i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. På begäran av en leverantör skall sådana upplysningar lämnas genast eller så snart det kan ske. När ett tilldelningsbeslut fattats bör en upphandlande enhet följaktligen vara skyldig att genast eller så snart det är möjligt efter det att en begäran kommit in även lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats.

Med hänsyn till att reglerna kan komma att förändras på grund av de nya direktiven anser regeringen att det inte är lämpligt att, som *Svensk Teknik och Design* föreslagit, göra någon annan ändring i den annars gällande tidsfristen på 15 dagar. Det är av samma skäl inte heller lämpligt att införa nya regler vid avbruten upphandling.

**Regeringens förslag:** Definitionen av upphandlingskontrakt skall ändras så att det framgår att avtalen skall vara undertecknande.

Av definitionen skall vidare framgå att upphandlingskontrakt får ingås elektroniskt.

**Kommitténs förslag:** Kommitténs förslag överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissinstanserna tillstyrker eller har inget att erinra mot förslagen.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt definitionen i 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) avses med upphandlingskontrakt skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LOU. I rättsfallet RÅ 1996 ref. 50 gjorde Regeringsrätten bedömningen att det även krävdes ett undertecknande av parterna, se vidare avsnitt 5.13. Upphandlingar inom det direktivstyrda området avser stora värden där det i parternas eget intresse, inte minst ur bevissynpunkt, är av stor betydelse att parternas åtaganden är klarlagda. För konkurrerande leverantörer är det viktigt att kunna få klart för sig när ett upphandlingskontrakt föreligger eftersom det utgör en omständighet av två som avgör när överprövning inte längre får ske och eftersom tidsfristen för skadeståndanspråk inte börjar löpa förrän ett sådant kontrakt föreligger (se avsnitt 5.13). Genom ett krav på undertecknande blir det än tydligare för såväl avtalsparterna som tredje man från vilken tidpunkt parternas åtaganden konkretiserats i ett upphandlingskontrakt.

Ett upphandlingskontrakt skall således vara undertecknat. Detta bör förtydligas i definitionen av upphandlingskontrakt.

#### *Upphandlingskontrakt får ingås på elektronisk väg*

Kommissionen bedriver arbete på flera olika områden i syfte att så långt som möjligt tillåta användning av modern teknik. I kommissionens meddelande från 1998 avseende offentlig upphandling<sup>17</sup> aviserade kommissionen riktlinjer för ändringar i direktiven. Förändringarna berör elektronisk upphandling och syftar bl.a. till att ge de upphandlande enheterna en möjlighet att lämna anbud genom elektronisk överföring. Genom en ändring av bestämmelsen i 1 kap. 19 § LOU är det därför sedan den 1 januari 2001 möjligt att vid ett ordinärt förfarande ge in anbud på exempelvis elektronisk väg (SFS 2000:877). Tidigare var detta endast möjligt vid s.k. påskyndat förfarande.

Enligt regeringens mening finns det, i vart fall i framtiden, ett behov av att kunna ingå upphandlingskontrakt på elektronisk väg. Detta ligger i linje med kommissionens arbete inom såväl upphandlingsområdet som på andra områden. Medlemsstaterna skall enligt artikel 9.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt

<sup>17</sup> Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen, KOM (98) 143, Celex nr. 51998 Dc 0143.

elektronisk handel, på den inre marknaden (direktivet om elektronisk handel)<sup>18</sup> se till att det i deras lagstiftning är tillåtet med avtal på elektronisk väg. Medlemsstaterna skall vidare enligt det direktivet särskilt se till att de rättsliga krav som är tillämpliga på avtalsprocessen varken skapar hinder för användningen av avtal på elektronisk väg eller medför att sådana avtal fränkänns rättslig verkan och giltighet på grund av att de kommit till stånd på elektronisk väg. Direktivet, som gäller även när det är fråga om offentlig upphandling, skall vara genomfört senast den 17 januari 2002.

Mot denna bakgrund är det enligt regeringen nödvändigt att redan i detta sammanhang, och således innan de nya upphandlingsdirektiven beslutats, tydliggöra att ett upphandlingskontrakt kan ingås genom elektronisk överföring (se vidare om direktivets genomförande i prop. 2001/02:150 Lag om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster, m.m.).

### *Skriftlighetsbegreppet*

Begreppet ”skriftligen” har i svensk lagstiftning ofta ansetts innefatta, eller i vart fall inte utesluta användningen av elektroniska medel. Ett krav på skriftlighet anses då inte innebära mer än att det utesluter muntliga rutiner och att innehållet ges en varaktig och läsbar form.

De nuvarande upphandlingsdirektiven ger inte någon vägledning i frågan om hur kravet på skriftlighet bör tolkas eftersom det knappast var aktuellt att ingå avtal på elektronisk väg när dessa direktiv beslutades. Avsikten med skriftlighetskravet torde dock inte ha varit någon annan än att såvitt möjligt förhindra att upphandlingskontrakt ingås muntligen och att därigenom motverka bevisproblem i fråga om parternas åtagande och i fråga om möjligheten att utnyttja föreskrivna rättsmedel. Kommissionen har nu lagt fram förslag till två nya upphandlingsdirektiv (se avsnitt 4.2.6). I dessa definieras begreppet skriftlighet som all slags framställning i ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas. Begreppet anges även omfatta uppgifter som överförs och lagras med medel för elektronisk överföring.

Ett krav på underskrift får i svensk lagstiftning, om inte annat sägs, anses innebära ett krav på att avtalet måste ingås genom en underskrift med penna på papper. Vidare har den ovan nämnda bestämmelsen om former för anbud och ansökningar om deltagande i anbudsgivning i 1 kap. 19 § LOU utformats med utgångspunkt från att ett anbuds-lämnande genom elektronisk överföring har lämnats på annat sätt än skriftligen. I den paragrafen omfattar således inte skriftlighetsbegreppet en elektronisk överföring.

Regeringen har i propositionen 1999/2000:86 Ett informationssamhälle för alla aviserat att formkrav skall ses över områdesvis och att de förändringar som är nödvändiga för att ersätta den traditionella hanteringen av fysiska dokument med elektronisk kommunikation skall vidtas. Inom Regeringskansliet pågår ett sådant arbete som naturligen omfattar en samlad redovisning av vilka formkrav som får anses utesluta elektroniska medel och vilka som redan i dag kan uppfyllas med

<sup>18</sup> EGT nr L 178, 17/07/2000 s. 1-16, Celex 32000L0031.

elektroniska medel (dnr Ju2002/462). Arbetet kräver en allmän inventering av befintliga formkrav där hänsyn måste tas till vad som i varje enskilt fall ligger bakom ett krav på exempelvis skriftlighet.

Med hänsyn härtill och till att de nya upphandlingsdirektiven inte är beslutade finns det inte skäl att i detta sammanhang göra en generell översyn av skriftlighetsbegreppet i LOU. I detta sammanhang bör därför endast göras ett tillägg i definitionen av upphandlingskontrakt i 1 kap. 5 § LOU innebärande att det blir möjligt att bekräfta sitt åtagande på elektronisk väg. Avtalet skall således kunna signeras av parterna med en elektronisk signatur.

Som närmare framgår av avsnitt 5.13 skall ett upphandlingskontrakt inte vara ett formalavtal. Upphandlingskontraktet får endast betydelse för hur länge rättsmedlen överprövning och skadestånd kan göras gällande. Med hänsyn härtill anser regeringen att den upphandlande enheten själv kan välja vilken säkerhetsnivå som skall gälla för den elektroniska signaturen. I definitionen bör därför endast anges att undertecknande kan ske med en elektronisk signatur. Härigenom klargörs att i denna definition innefattar skriftlighetsbegreppet en elektronisk överföring.

### 5.13 Förutsättningar för att avsluta en upphandling

**Regeringens förslag:** En upphandling är att anse som avslutad i den mening som avses i 7 kap. lagen om offentlig upphandling först sedan ett upphandlingskontrakt föreligger och det gått tio dagar från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar till anbudssökande och anbudsgivare om beslutet om leverantör och anbud och skälen för det.

Tidsfristen om tio dagar skall börja löpa på nytt från den dag då allmän förvaltningsdomstol upphävt ett tidigare fattat interimistiskt beslut.

När en upphandling är avslutad kan överprövning inte längre ske. Vid den tidpunkt då en upphandling är avslutad börjar den ettåriga tidsfristen för att väcka skadeståndstalan att löpa.

**Regeringens bedömning:** Upphandlingsavtal bör inte vara formalavtal som är undantagna från avtalslagens tillämpningsområde.

**Kommitténs förslag:** Kommitténs förslag skiljer sig från regeringens i det avseendet att kommittén förslagit att det skall gälla ett formkrav för upphandlingsavtal, dvs. att avtalet skall vara skriftligt och undertecknat samt att det skall ha gått en skälig tid gått från det att upplysningar avsänts till anbudssökande och anbudsgivare, men att en minimitid om tio dagar alltid skall gälla. Kommittén har föreslagit att ett avtal som inte uppfyller formkraven skall vara ogiltigt och därmed inte heller skall anses slutet i den mening som avses i 7 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Kommittén har dock inte lämnat något förslag om vilken tidsfrist som skall gälla när allmän förvaltningsdomstol upphävt ett tidigare fattat interimistiskt beslut.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser tillstyrker eller har inget att erinra mot förslaget att ett formkrav skall gälla för upphandlingskontrakt. *Göteborgs kommun* ifrågasätter behovet av att införa formkrav för upphandlingskontrakt och *Stockholms kommun* avstyrker det förslaget. *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)*

tillstyrker att det införs ett formkrav med avstyrker förslaget om en ogiltighetspåföljd. Även flera andra remissinstanser avstyrker förslaget om en ogiltighetspåföljd, däribland *Verket för högskoleservice (VHS)* och *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet*. Det huvudsakliga skälet till att förslaget avstyrks är att en ogiltighetspåföljd är olämplig i de fall där ett avtal i strid med formkraven påbörjats eller till och med redan fullgjorts. *Riksrevisionsverket*, *NOU* och *Glesbygdsverket* anser att kommittén inte tillräckligt utförligt har redovisat konsekvenserna av att införa en ogiltighetspåföljd. Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet förordar att den aktuella rättsfrågan, i likhet med andra ogiltighetsfrågor knutna till upphandlingskontrakt, som hittills lämnas till rättstillämpningen och den juridiska doktrinen. VHS anser att fokus har hamnat fel när omsättningsintresset företrädd av leverantören kan bli lidande av en upphandlande enhets fel. Att hävda att leverantörerna skall kontrollera att de upphandlande enheterna gör rätt i alla avseenden är enligt VHS att lägga en alltför stor del av tillsynsansvaret på leverantörerna. Enligt VHS är det lämpligare att införa en vitesmöjlighet och marknadsskadeavgift som föreslogs i kommitténs delbetänkande för att få upphandlande enheter att iaktta föreskrivna tidsfrister. *Svenska Kommunförbundet*, *Landstingsförbundet* och flera kommuner och landsting avstyrker förslaget med hänsyn till att den upphandlande enheten med en sådan reglering saknar möjlighet att ensidigt få till stånd ett avtal sedan man valt en leverantör. Den leverantör som ångrar sitt anbud kan följaktligen vägra att skriva under avtalet och då endast löpa risken att betala skadestånd enligt reglerna om skadestånd vid vårdslöshet i samband med ingående av avtal (*culpa in contrahendo*). Det innebär sannolikt att leverantören endast blir skyldig att ersätta den upphandlande enheten för det negativa kontraktintresset, dvs. den upphandlande enhetens kostnader för att göra om upphandlingen. Detta torde, enligt remissinstanserna, i många fall framstå som ett billigt alternativ för den leverantör som tycker sig ha lämnat ett alltför förmånligt anbud. Även Stockholms kommun, *Stockholms läns landsting*, och *Organisationen för inköp och logistik* avstyrker förslaget. Samtidigt finns det flera remissinstanser som tillstyrker eller inte har något att erinra mot förslaget om formkrav och ogiltighetspåföljd. Det förslaget tillstyrks av *Statskontoret*, *Banverket*, *Vägverket*, *Konkurrensverket*, *Företagarnas riksorganisation* och *Svensk Handel*. Flertalet remissinstanser tillstyrker eller har inget att erinra mot den föreslagna tidsfristen. *Länsrätten i Stockholms län* anser inte att det framgår entydigt av Alcatel-domen att det är nödvändigt med en bestämd tidsfrist mellan tilldelningsbeslutet och kontraktets ingående. EG-domstolen synes, enligt länsrätten, endast uttala att det inte är acceptabelt med ett system där det över huvud taget inte fattas något tilldelningsbeslut innan kontrakt ingås samt att det skall finnas en reell möjlighet för en leverantör att få en överprövning av upphandlingsbeslutet oavsett att han senare kan väcka talan om skadestånd. Länsrätten motsätter sig dock inte förslaget att införa en tidsfrist (se avsnitt 5.8). Flera remissinstanser gör bedömningen att den föreslagna tidsfristen på tio dagar är väl avvägd. *Luftfartsverket* anser dock att tiodagarsfristen är för lång och föreslår att det öppnas en möjlighet till ett snabbare förfarande där avtal får tecknas omgående



sedan samtliga anbudsgivare beretts möjlighet att yttra sig över en skriftlig redogörelse för upphandlingen inklusive motiven i tilldelningsbeslutet. Länsrätten i Stockholms län, *Försvarets materielverk (FMV)*, NOU, *Konkurrensverket* och Stockholms kommun anser att det i lagen endast bör anges en bestämd tid, som skall löpa ut innan avtal får slutas. Anledningen är att begreppet ”skälig tid” skapar en betydande rättsosäkerhet och brist på förutsebarhet. Tiden kan enligt FMV förslagsvis bestämmas till tio dagar. NOU anser att det bör övervägas om en så lång tidsfrist som tio dagar bör gälla även vid påskyndade förfaranden. Några remissinstanser, exempelvis Göteborgs kommun, *Örebro kommun* och *Sveriges offentliga inköpare*, avstyrker att förslaget genomförs för upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Göteborgs kommun anser att förslagen endast bör genomföras för upphandling enligt 2, 3 och 5 kap. LOU.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** I syfte att förhindra att ett avtal sluts utan att formkraven för upphandlingsavtal iakttagits har kommittén, med utgångspunkt i ändringen av den österrikiska lagstiftningen (se avsnitt 5.8), föreslagit att ett formkrav skall gälla för upphandlingsavtal och att en ogiltighetspåföljd skall inträda för ett avtal som inte uppfyller formkraven. Om formkraven inte uppfyllts har således, med kommitténs förslag, något civilrättsligt bindande avtal inte uppkommit. Om ett civilrättsligt bindande avtal inte uppkommit har inte heller avtal slutits i den mening som avses i 7 kap. LOU. Det innebär å ena sidan att överprövning kan ske så länge ett upphandlingsavtal inte ingåtts med iakttagande av de av kommittén föreslagna formkraven för upphandlingsavtal. Om å andra sidan ett civilrättsligt bindande avtal uppkommit kan, enligt kommitténs förslag, överprövning inte längre ske. Tidpunkten för bindande avtal är, med kommitténs förslag, även avgörande för när tidsfristen för skadeståndstalan börjar löpa.

#### *Upphandlingsavtal är inte formalavtal*

LOU bygger på att upphandlingen avslutas med ett skriftligt kontrakt. I 1 kap. 5 § definieras upphandlingskontrakt som ett skriftligt avtal och i 2–5 kap. som reglerar upphandling inom det direktivstyrda området (se avsnitt 4.1) återkommer begreppet upphandlingskontrakt i flera paragrafer. I 6 kap. som reglerar upphandling utanför det direktivstyrda området (se avsnitt 4.1) används visserligen endast begreppet avtal men definitionerna i 1 kap. 5 § LOU gäller även för upphandling på det området.

Kommittén har mot denna bakgrund och med hänsyn till Regeringsrättens dom i rättsfallet RÅ 1996 ref. 50 dragit slutsatsen att upphandlingsavtal är formalavtal som är undantagna från avtalslagens tillämpningsområde. Av remissutfallet framgår dock att remissinstanserna har olika uppfattning i frågan om upphandlingskontrakt är ett formalavtal eller inte. *Stockholms kommun* och *Göteborgs kommun* betraktar inte upphandlingskontrakt som formalavtal. Stockholms kommun anser att förslaget att upphandlingskontrakt skall vara formalavtal får oöverskådliga konsekvenser för många upphandlande enheter där en stor del av alla inköpsavtal träffas genom en skriftlig bekräftelse. Enligt Göteborgs kommun bör en så genomgripande

förändring av svensk avtalsrätt som att omvandla ett i princip reguljärt köp- eller leveransavtal till ett formalavtal inte ske utan mer övergripande överväganden av rättssystematisk natur.

I denna fråga gör regeringen följande överväganden. I det ovan nämnda rättsfallet behandlade Regeringsrätten frågan huruvida en bestämmelse i 7 kap. LOU överensstämde med det första rättsmedelsdirektivet (se avsnitt 4.4.4). Regeringsrätten fann inte bara att det förelåg en skillnad mellan direktivet och den svenska bestämmelsen utan också att direktivet skulle ges företräde framför LOU. Regeringsrättens beslut grundas på principen att bestämmelser i EG-direktiv i vissa fall kan ha direkt effekt. Enligt direktivet kunde överprövning ske fram till dess avtal slutits. I den aktuella upphandlingen gjorde Regeringsrätten bedömningen att överprövning kunde ske intill undertecknandet av ett skriftligt avtal. Eftersom avtal slutits kunde överprövning inte längre ske och Regeringsrätten avskrev målet från vidare handläggning.

Regeringsrättens tillämpning av direktivbestämmelsen avsåg frågan om den tid inom vilken överprövning kunde ske hade löpt ut. Regeringsrättens avgörande innebar att en upphandling avslutas med ett upphandlingskontrakt. Regeringsrätten tog dock knappast ställning till den civilrättsliga bundenheten mellan avtalsparterna. Enligt regeringens mening torde man därför inte utifrån det rättsfallet kunna dra någon slutsats om när obligationsrättslig avtalsbundenhet uppstår mellan parterna i ett avtal. Syftet med lagen har inte heller varit att vid sidan om det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven (jfr rättsfallet NJA 2001 s. 3). Det förhållandet att upphandlingen avslutas med ett upphandlingskontrakt kan därför inte anses innebära att en civilrättslig bundenhet kan uppstå först när ett sådant kontrakt ingåtts.

Av LOU följer däremot att så länge ett upphandlingskontrakt inte föreligger är upphandlingen inte avslutad. Om upphandlingen inte är avslutad är överprövning möjlig. Frågan om civilrättslig bundenhet regleras däremot inte i LOU.

#### *Ett formkrav bör inte införas i LOU*

Den följande frågan är om det bör införas ett formkrav för upphandlingskontrakt i LOU som innebär att avtal som inte uppfyller formkraven är ogiltiga.

Enligt *Juridiska Fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* är det mindre lämpligt att på det av kommittén föreslagna sättet lagreglera en specifik aspekt av ogiltighetsverkan i samband med avtal på det offentliga upphandlingsområdet. Bland annat uppkommer oklara frågor om möjligheterna till eventuell analogisk tillämpning av en sådan ogiltighetsbestämmelse på andra upphandlingssituationer. Med hänsyn till att den föreslagna ogiltigheten skulle anknyta till en regel av närmast ordningskaraktär får det, enligt nämnden, antas att det skulle röra sig om en mild ogiltighetsverkan, dvs. angräplighet till skillnad från nullitet. En sådan ogiltighetsverkan är beroende av att någon part finner det ligga i sitt ekonomiska intresse att göra ogiltigheten gällande. Det kan, enligt

nämnden, leda till rättsosäkerhet och situationer där parter utnyttjar ett formfel till sin fördel på ett mindre tilltalande sätt.

Med hänsyn till Juridiska Fakultetsnämndens vid Stockholms universitet synpunkter och mot bakgrund av att många remissinstanser avstyrkt införandet av en ogiltighetspåföljd finns anledning att överväga om det är möjligt att på ett för avtalsparterna mindre ingripande sätt skapa garantier för att överprövning kan ske av ett tilldelningsbeslut.

Det är givetvis angeläget att den upphandlande enheten uppfyller sin upplysningsskyldighet till leverantörerna (avsnitt 5.10) och att upphandlande enheter avvaktar med att avsluta upphandlingen under en viss tid från det att tilldelningsbeslutet fattats. En förutsättning för att leverantörerna skall kunna begära överprövning är att de får upplysningar om tilldelningsbeslutet och att de dessutom får en viss tid på sig att begära överprövning av detta beslut. Ett formkrav kan härvid ha inte minst en pedagogisk funktion. Samtidigt måste konstateras att en ogiltighetsregel vid upphandlingskontrakt skulle utgöra ett avsteg från vad som normalt gäller. Som Juridiska Fakultetsnämnden vid Stockholms universitet anfört är den grundläggande påföljden vid ogiltighet avtalets återgång. I den mån en avtalad prestation fullgjorts är återgång i praktiken normalt inte möjlig vid tjänsteupphandling och ofta inte heller vid varuupphandling med hänsyn till att köparen ofta redan har förbrukat eller på annat sätt använt sig av varan. Ogiltigheten är sålunda en ofta opraktisk påföljd som bör användas med viss försiktighet.

Det som framför allt talar mot införandet av ett formkrav och en därtill knuten ogiltighetspåföljd är att avtalet vid formfel förblir ogiltigt mellan avtalsparterna även i situationer i vilka förlorande leverantörer inte haft något intresse av att få överprövat tilldelningsbeslutet. Dessutom är det otillfredsställande om avtalsparterna kan åberopa ett formfel för att dra sig ur ett ingånget avtal när formkraven införts i syfte att ge tredje man en överprövningsmöjlighet. Med hänsyn till det sagda anser regeringen att övervägande skäl talar mot att det tas in ett formkrav i LOU. Det blir därmed inte heller aktuellt att i lagen införa någon ogiltighetspåföljd.

#### *En tid skall gå mellan tilldelningsbeslut och upphandlingens avslutande*

Med den ovan beskrivna utgångspunkten skulle det vara tillräckligt att i LOU – som är ett förvaltningsrättsligt regelverk – tydliggöra att en upphandling inte är avslutad förrän leverantörerna fått en möjlighet att överpröva ett tilldelningsbeslut.

Det nuvarande regelsystemet uppställer inte något krav på att viss tid skall ha gått från det att tilldelningsbeslutet fattades till dess att upphandlingen får avslutas i den meningen att överprövning inte längre är möjlig och fristen för väckande av skadeståndstalan börjar löpa. Det är därför möjligt för en upphandlande enhet att avsluta upphandlingen samma dag som enheten fattar beslut om vem eller vilka som skall tilldelas upphandlingskontraktet. För att en missnöjd anbudsgivare skall ha en reell möjlighet att få ett tilldelningsbeslut överprövat måste upphandlingen avslutas vid en senare tidpunkt än vid den då enheten fattar beslut om tilldelning av kontrakt. Endast på så sätt anser regeringen att de krav på rätten till överprövning som Alcatel-domen uppställer kan tillgodoses i praktiken. Av samma skäl som anförts för att det skall finnas

enhetliga regler för upplysningar om tilldelningsbeslut (se avsnitt 5.10) bör det vid all upphandling enligt LOU gå en viss tid mellan tilldelningsbeslutet och avslutandet av upphandlingen. Det kan nämnas att ett krav på att viss tid skall löpa mellan tilldelningsbeslut och avtalsslut har införts i den österrikiska lagstiftningen i syfte att anpassa landets upphandlingsregler till nämnda dom, se avsnitt 5.8.

### *En tidsfrist på tio dagar*

Vilken tid som skall förflyta innan upphandlingen kan avslutas får avgöras efter en avvägning mellan å ena sidan en anbudssökandes eller anbudsgivares behov av att få tillräckligt med tid för att begära överprövning och kunna utverka ett interimistiskt beslut i länsrätten och å andra sidan en upphandlande enhets behov av att snabbt kunna avsluta upphandlingen. Flera remissinstanser har invänt mot förslaget om en skälig tidsfrist och har anfört att det leder till en osäkerhet om formkravet skall anses uppfyllt eller inte. De har föreslagit att det i lag anges exakt vilken tid som skall löpa ut innan avtal får slutas. Regeringen delar remissinstansernas bedömning. Regeringen föreslår visserligen inte att tidsfristen skall utgöra ett formkrav men en regel om skälig tid blir i praktiken svårtillämpad och medför en osäkerhet om när upphandlingen skall anses avslutad (jfr regeringens uttalande i frågan om tidsfristen för skadeståndstalan i prop. 1992/93:88 s. 104). Remissinstanserna har inte haft något att invända mot den av kommittén föreslagna minimitiden på tio dagar även om *NOU* har ifrågasatt om den bör gälla även vid påskyndade förfaranden. Den föreslagna tiden är enligt regeringens bedömning väl avvägd. Tidsfristen skall, som kommittén föreslagit, börja löpa från den dag på den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare (se avsnitt 5.10).

I tidsfristen räknas även helger in. Undantag gäller om den sista dagen infaller på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton. I en sådan situation får överprövning begäras nästa vardag enligt 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid. Med beaktande även av denna s.k. söndagsregel är tio dagar i princip den tid det kan ta för en leverantör att få till stånd ett interimistiskt beslut. Någon kortare tidsfrist för påskyndade förfaranden är därför inte lämplig. Undantag gäller dock vid synnerlig brådska, se vidare avsnitt 5.14.

### *Kan leverantörerna avsäga sig sin rätt till överprövning?*

*Luftfartsverket* har föreslagit att det införs en regel som medger att en enhet kan ingå avtal innan tiodagarsfristen löpt ut om ingen av anbudsgivarna har något att erinra mot detta. Av hänsyn till den upphandlande enhetens behov av att snabbt få avslutat upphandlingen vore det givetvis lämpligt att införa en möjlighet för anbudssökande och anbudsgivare att utfästa sig att inte ansöka om överprövning på motsvarande sätt som gäller rätten till överklagande av en dom i ett dispositivt tvistemål (jfr 49 kap. 2 § andra stycket rättegångsbalken). När enheten mottagit sådana utfästelser av samtliga anbudssökande och

anbudsgivare skulle enheten med en sådan regel kunna avsluta upphandlingen trots att det inte gått tio dagar sedan upplysningarna om tilldelningsbeslutet lämnades till dessa leverantörer. Eftersom tio dagar är en förhållandevis kort tidsfrist är det dock inte troligt att upphandlingen skulle kunna avslutas så mycket tidigare än vad som är möjligt enligt huvudregeln. I situationer där det inte föreligger synnerlig brådska (se avsnitt 5.14), kan inte heller tiodagarsfristen anses vara så betungande för en upphandlande enhet att enheten inte skulle kunna använda tiden för att avsluta upphandlingen. Det främsta skälet mot att införa en regel av det slag som Luftfartsverket föreslår är dock att den uppställda tidsfristen – även om den anknyter till de upplysningar som lämnats till de leverantörer som är anbudssökande eller anbudsgivare – är avsedd att tillgodose samtliga leverantörers intresse av att få överprövat upphandlingen. Ett avstående från anbudssökande och anbudsgivare av deras möjligheter till överprövning skulle aldrig kunna binda en potentiell leverantör i den meningen att denne inte skulle ha rätt att begära överprövning om samtliga anbudssökande och anbudsgivare avstått från sin rätt till överprövning. Med hänsyn till det sagda ser regeringen inte någon möjlighet att införa undantag från tiodagarsregeln i de situationer då de av den upphandlande enheten kända leverantörerna avstått från sin rätt till överprövning.

*En ny tidsfrist skall börja löpa om ett interimistiskt beslut meddelats*

Länsrätten i Stockholms län har aktualiserat frågan hur den angivna tidsfristen skall beräknas om ett interimistiskt beslut meddelats. Länsrätten tar som exempel den situationen att ett tilldelningsbeslut fattats vid en upphandling och att den upphandlande enheten därefter avvaktar under tio dagar med att skriva kontrakt. Under mellantiden ansöker en leverantör om överprövning hos länsrätten och yrkar samtidigt att ett interimistiskt beslut skall fattas om att upphandlingen inte får avslutas. Länsrätten bifaller det interimistiska yrkandet. Trots detta skriver den upphandlande enheten kontrakt och avslutar upphandlingen sedan tio dagar gått från tilldelningsbeslutet. Frågan är om ett upphandlingskontrakt som ingås i strid mot ett interimistiskt beslut avslutar upphandlingen den mening som avses i 7 kap. LOU.

Ett interimistiskt beslut innebär i detta sammanhang att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats (jfr 7 kap. 2 § andra stycket LOU). Om länsrätten fattat ett interimistiskt beslut kan en upphandlande enhet således inte avsluta upphandlingen. Det har inte någon betydelse att tio dagar gått från det att upplysningarna om tilldelningsbeslutet lämnats.

Först sedan en allmän förvaltningsdomstol upphävt det interimistiska beslutet kan enheten avsluta upphandlingen. För att leverantörerna skall ha en möjlighet att ta tillvara sin rätt att överklaga länsrättens avgörande bör en ny tidsfrist på tio dagar gälla. Den nya tidsfristen skall räknas från den dag då det interimistiska beslutet upphävdes.

LOU bygger som ovan nämnts på att upphandlingen avslutas med ett upphandlingskontrakt. Leverantörernas möjlighet att begära överprövning bör därför även förbättras genom att det i LOU tydliggörs att upphandlingen inte är avslutad förrän ett upphandlingskontrakt föreligger (jfr det ovan nämnda RÅ 1996 ref. 50). Även kravet på upphandlingskontrakt bör därför gälla vid all upphandling enligt LOU. Ang. ändringar i definitionen av upphandlingskontrakt, se avsnitt 5.12.

Till skillnad från kommitténs förslag medför regeringens förslag att parterna kan vara civilrättsligt bundna av ett avtal trots att detta avtal inte är ett upphandlingskontrakt och därför inte avslutar upphandlingen enligt reglerna i LOU. Det innebär att den allmänna förvaltningsdomstolen vid överprövning av upphandlingen skall bortse från ett avtal som kan vara civilrättsligt bindande om avtalet inte utgör ett upphandlingskontrakt. *NOU* har i sitt remissvar påpekat att lagstiftaren inte tidigare valt att införa möjligheten att ogiltigförklara ett civilrättsligt bindande avtal eller att möjliggöra att ett ingånget avtal betraktas som en nullitet på den grunden att det inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om leverantör fattats skall kunna upphävas i administrativ ordning. *NOU* har hänvisat till förarbetena till LOU (prop. 1992/93:88 s. 101, bet. 1992/93:FiU24, rskr. 1992/93:347). De motiv som anfördes som skäl för att överprövning enligt den ursprungliga lydelsen av 7 kap. 1 § LOU endast kunde ske fram till den tidpunkt då beslut om leverantör fattades måste dock anses ha förlorat i betydelse efter domen i Alcatel-målet. Domen innebär, som närmare beskrivits i avsnitt 4.4.5, att medlemsstaterna skall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av ett tilldelningsbeslut och det oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet väl ingåtts. Det finns, enligt regeringen, två alternativa sätt att införa ett sådant system om man inte väljer att, som kommittén gjort, låta avtalsslutet vara avgörande för när upphandlingen är avslutad. Det ena alternativet är att införa en regel som innebär att ett ingånget upphandlingskontrakt kan ogiltigförklaras. Det andra alternativet är att införa en regel som innebär att överprövning av tilldelningsbeslut kan ske utan hinder av att ett avtal slutits, om leverantörerna inte haft någon egentlig möjlighet att begära överprövning av tilldelningsbeslutet innan avtalet slöts. Av dessa båda alternativ är det sistnämnda att föredra.

Om civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet. För att undvika en civilrättslig bundenhet i förhållande till en viss leverantör innan upphandlingen är avslutad bör en upphandlande enhet därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan enheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal.

Några remissinstanser har föreslagit att det i stället för ett formkrav bör införas ökade möjligheter att utfärda vitesföreläggande kopplat till ett interimistiskt beslut eller att det blir möjligt att utdöma en marknadsskadeavgift för att förhindra att upphandlande enheter sluter avtal i strid med LOU. Enligt regeringens bedömning är den föreslagna ordningen med vitesföreläggande eller marknadsskadeavgift dock inte tillfyllest. Enligt Alcatel-domen skall medlemsstaterna i *samtliga fall* tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av beslutet.

Leverantörens rätt till överprövning av tilldelningsbeslutet kan inte säkerställas genom att allmän förvaltningsdomstol utfärdar ett vitesföreläggande i ett interimistiskt beslut. De flesta upphandlande enheter får i och för sig antas följa ett vitesföreläggande. En enhet som bryter mot ett vitesföreläggande är skyldig att betala det utdömda vitet och en sådan åtgärd kan givetvis ha en tillbakahållande effekt. Om enheten ändå skulle sluta ett avtal innebär det inte i sig att avtalet blir ogiltigt. Ett ingånget avtal får dessutom till följd att överprövning inte längre kan ske eftersom det måste anses slutet i den mening som avses i 7 kap. LOU om inte annat anges. En vitessanktion är därför, utan ytterligare ändringar liknande de som redan föreslagits, inte en påföljd som innebär att det blir möjligt att överpröva ett tilldelningsbeslut i varje enskilt upphandlingsärende.

Av samma skäl är inte heller en marknadsskadeavgift en lämplig sanktion eftersom denna åtgärd tar sikte på den upphandlande enhetens framtida beteende. En marknadsskadeavgift kan inte förhindra att enheten avslutar upphandlingen utan att leverantörerna fått tillfälle att begära överprövning av tilldelningsbeslutet i den enskilda upphandlingen.

Regeringen avser att snarast återkomma till frågan om påförande av marknadsskadeavgift för vissa överträdelser av reglerna i LOU.

## 5.14 Särskilt undantag avseende viss upphandling

**Regeringens förslag:** Särskilda regler skall gälla vid direktupphandling, vid upphandling enligt 2-5 kap. lagen om offentlig upphandling när det föreligger synnerlig brådska samt beträffande upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket samma lag, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 (tidigare artikel 223) i EG-fördraget.

Vid upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket lagen om offentlig upphandling är en upphandlande enhet inte skyldig att iaktta en tidsfrist innan upphandlingen får avslutas, om regeringen föreskrivit om undantag från tidsfristen eller om regeringen eller den upphandlande enhet regeringen bestämmer har beslutat om undantag från tidsfristen i ett enskilt fall.

Vid direktupphandling är upphandlingen avslutad vid den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Något upphandlingskontrakt behöver inte föreligga. Inte heller behöver en upphandlande enhet iaktta en tidsfrist innan upphandlingen får avslutas.

Om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten behöver en upphandlande enhet inte iaktta en tidsfrist innan upphandlingen får avslutas.

**Kommitténs förslag:** Kommitténs förslag överensstämmer till viss del med regeringens. Kommittén har föreslagit att undantag skall gälla även när upphandling sker med stöd av bestämmelserna i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 §, 5 kap. 17 § och 6 kap. 2 b §, dvs. när upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) får ske genom s.k. förhandlad upphandling utan föregående annonsering och när upphandling enligt 4 kap. och 6 kap. LOU får ske utan föregående annonsering. Kommittén har dessutom föreslagit att undantag skall gälla vid upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket LOU, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 (tidigare artikel 223) i EG-fördraget.

**Remissinstanserna:** Några remissinstanser, bland andra *Riksrevisionsverket (RRV)*, *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* och *Svenska Kommunförbundet*, ifrågasätter det lämpliga i att samtliga av de av kommittén föreslagna upphandlingarna undantas från kraven på upplysningar och på att avtal skall ingås i en viss form. RRV menar att kommittén inte tillräckligt belyst de komplikationer som de föreslagna undantagen leder till, t.ex. att det i stora försvarsupphandlingar eller entreprenader inte skulle ställas krav på att upphandlingen avslutas med



ett skriftligt avtal. Enligt NOU är det endast motiverat att göra undantag från reglerna vid direktupphandling samt eventuellt också vid annan upphandling där det råder synnerlig brådska. Även vid dessa upphandlingar bör dock upphandlande enheter vara skyldiga att på eget initiativ lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet. *Försvarets materielverk* anser att det är bra att försvarets upphandlingar enligt 1 kap. 3 § andra stycket LOU har undantagits från kraven på information om tilldelningsbeslut och på att upphandlingskontrakt skall ha viss form.

**Skälen för regeringens förslag:** Utgångspunkten bör, som närmare utvecklats i avsnitt 5.10, vara att all offentlig upphandling regleras så enhetligt som möjligt. Därför bör ambitionen vara att reglerna om upplysning om tilldelningsbeslut (avsnitt 5.10) och om att upphandlingen avslutas med upphandlingskontrakt och först sedan tio dagar gått från det att upplysningar om tilldelningsbeslutet lämnades till anbudssökande och anbudsgivare (avsnitt 5.13) skall gälla generellt för all upphandling som regleras i LOU, dvs. även vid upphandling som inte är direktivstyrd.

Det finns, enligt regeringens mening, inte något bärande argument för att upphandlingar som får ske utan föregående annonsering enligt 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § och 5 kap. 17 § LOU rent generellt skulle vara undantagna från nämnda regler. Även när upphandling får ske utan föregående annonsering kan det finnas fler anbudssökande eller anbudsgivare som bör ha en möjlighet att begära överprövning av tilldelningsbeslutet. I de situationer då det endast finns en anbudsgivare gäller inte regeln om upplysning om tilldelningsbeslut och därmed inte heller regeln om att det skall gå tio dagar innan upphandlingen får avslutas, se författningskommentaren till 1 kap. 28 § och 7 kap. 1 § LOU. Upphandlingar med endast en anbudsgivare är således undantagna från dessa krav utan att det införs någon särskild föreskrift härom. Mot denna bakgrund är det inte heller nödvändigt att göra ett särskilt undantag från bestämmelserna om upplysningar om tilldelningsbeslut och om en tiodagarsfrist för upphandling som sker med stöd av 6 kap. 2 b § LOU.

Som utvecklas i det följande kan man ha ambitionen att ha enhetliga regler även på upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket LOU, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget (tidigare artikel 223). I det fall det är nödvändigt med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen att undanta en upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket LOU från reglerna om upplysning om tilldelningsbeslut kan regeringen föreskriva om undantag eller i ett enskilt fall besluta om undantag med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 17 § första stycket punkten 2 LOU. Enligt paragrafen kan regeringen delegera rätten till en upphandlande enhet att i ett enskilt fall besluta om undantag. Regeringen har meddelat föreskrifter i förordningen (2001:870) om försvarsupphandling. I 3 § nämnda förordning har föreskrivits att Försvarets materielverk får besluta om undantag från bestämmelserna i 6 kap. LOU vid upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket samma lag om undantaget är nödvändigt med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Undantaget gäller endast vissa i förordningen angivna upphandlingar. I andra upphandlingar kan, som redan nämnts, regeringen besluta om undantag.

Bestämmelsen i 6 kap. 17 § LOU ger en möjlighet att exempelvis besluta om undantag från de föreslagna reglerna om upplysningar till anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningsbeslutet (avsnitt 5.10) och om skälen till varför en ansökan eller ett anbud förkastats (avsnitt 5.11), se vidare författningskommentaren till 6 kap. 1 § LOU. En motsvarande möjlighet för regeringen att göra undantag från annars tillämpliga regler bör införas även beträffande kravet på att det skall ha gått tio dagar innan upphandlingen får avslutas (avsnitt 5.13). Med den möjlighet som således kommer att finnas att besluta om undantag från reglerna om det är nödvändigt med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen anser regeringen att reglerna om upplysning om tilldelningsbeslut och om att upphandlingen avslutas efter en tiodagarsperiod bör gälla även för upphandlingar som avses i 1 kap. 3 § andra stycket LOU.

EG-domstolens dom i Alcatel-målet gällde upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, som i LOU regleras i lagens 2 och 3 kap. I domen finns inte något uttalande som ger stöd för att det i vissa situationer skulle kunna göras undantag från kravet på att leverantörerna skall ha rätt att få del av tilldelningsbeslutet innan upphandlingen avslutas. Det finns dock situationer där det är lämpligt att föreskriva undantag från reglerna om upplysning om tilldelningsbeslut och om att upphandlingen avslutas först tio dagar från det att upplysningarna lämnades.

### *Direktupphandling*

Ett undantag från kravet på att ett upphandlingskontrakt skall föreligga är framför allt motiverat för direktupphandling som regleras i 6 kap. 2 § andra stycket LOU och som inte är direktivstyrt. Direktupphandling kan i dag användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. När upphandlingen avser ett lågt värde ingås avtalet i regel muntligen. Ang. förslaget till värdegräns för direktupphandling, se avsnitt 5.5. Vid direktupphandling som sker på grund av att värdet understiger fem prisbasbelopp finns det inte samma behov av att parternas åtaganden konkretiseras i läsbar form som vid upphandlingar som överstiger detta värde. Ett krav på upphandlingskontrakt skulle tvärtom många gånger utgöra ett onödigt hinder i enhetens löpande verksamhet. Ett skriftligt kontrakt skulle behöva undertecknas för att enheten skulle kunna inhandla t.ex. en dagstidning. Emellertid skall den upphandlande enheten iaktta de riktlinjer för direktupphandling som enheten skall ha antagit. Riktlinjerna bör innehålla regler om dokumentation och prisjämförelser om det inte är fråga om endast mindre summor (se vidare avsnitt 5.5). Det är vidare inte heller lämpligt med ett krav på upphandlingskontrakt när direktupphandling sker på grund av synnerliga skäl. Synnerliga skäl avser bland annat det fallet att det föreligger synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten. Eftersom direktupphandling p.g.a. synnerliga skäl är avsedd att tillämpas restriktivt bör undantag från reglerna göras i samtliga de situationer då synnerliga skäl anses föreligga.

Vid direktupphandling finns i regel inte några andra anbudsgivare. I de undantagsfall då den upphandlande enheten inledningsvis kontaktat flera leverantörer är enheten skyldig, enligt 6 kap. 14 § andra stycket LOU, att underrätta anbudsgivare om när detta skett. Några andra regler om upplysningsskyldighet bör inte införas vid direktupphandling.

### *Synnerlig brådska*

Även vid upphandling inom det direktivstyrda området gäller särskilda regler i det fall det föreligger synnerlig brådska. Vid upphandling enligt 2–5 kap. LOU får upphandling under vissa särskilt angivna förutsättningar ske utan föregående annonsering. Det gäller bl.a. om det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppen eller selektiv upphandling (se 2 kap. 11 § första stycket punkt 4, 3 kap. 15 § första stycket punkt 2, 4 kap. 16 § andra stycket punkt 4 och 5 kap. 17 § första stycket punkt 2).

I de särskilda situationer som föreligger vid synnerlig brådska är det inte möjligt att upprätthålla ett krav på att en viss tid skall ha gått mellan tilldelningsbeslut och upphandlingens avslutande. Det är därför inte lämpligt att införa en skyldighet för upphandlande enheter att avvakta under en viss tid innan upphandlingen får avslutas. Även när upphandling sker vid synnerlig brådska bör dock en upphandlande enhet vara skyldig att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet (se avsnitt 5.10) och att avsluta upphandlingen med ett upphandlingskontrakt.

## 5.15 Prövningstillstånd

**Regeringens förslag:** Överklaganden av länsrättens beslut tas upp till prövning endast om kammarrätten meddelat prövningstillstånd.

**Kommitténs förslag:** Kommittén har inte lämnat något förslag i denna del.

**Skälen för regeringens förslag:** Genom de i avsnitten 5.9–5.13 föreslagna ändringarna blir det möjligt för leverantörer att i ökad utsträckning begära överprövning av en upphandling. Förslagen innebär att överprövning blir möjlig även i sådana upphandlingar där det inte över huvud taget varit möjligt på grund av att den upphandlande enheten hunnit sluta avtal med den vinnande leverantören innan övriga leverantörer fått kännedom om vem som tilldelats upphandlingskontraktet. Förslagen kan, som närmare utvecklas i avsnitt 7, komma att innebära en ökad arbetsbelastning för de allmänna förvaltningsdomstolarna. Detta måste givetvis beaktas och de ökade överprövningsmöjligheterna får inte innebära att besvärinstanserna belastas i onödan. Kravet på prövningstillstånd i ledet länsrätt – kammarrätt syftar till att undvika att handläggningen av mål inte drar ut för mycket på tiden och skapar möjlighet att bättre och mer effektivt utnyttja de resurser som finns i kammarrätterna. Förutsättningarna för

prövningstillstånd i kammarrätt regleras i 34 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Sådant tillstånd meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt. Prövningstillstånd meddelas även i det fall anledning förekommer till ändring i det slut till vilket länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet. Krav på prövningstillstånd kan numera anses som huvudregel vid överklagande hos kammarrätten (jfr prop. 1994/95:27 och prop. 1995/96:22). Det förhållandet att överprövning inleds i länsrätten utgör inte något principiellt hinder mot ett införande av krav på prövningstillstånd, jfr exempelvis 10 kap. 8 § plan- och bygglagen (1987:10) och 74 a § socialtjänstlagen (2001:453), (se även prop. 1993/94:133 s. 34 och prop. 1997/98:101 s. 79).

Mot denna bakgrund bör det i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling tas in en bestämmelse om att överklagande av länsrätts beslut tas upp till prövning endast om kammarrätten har meddelat prövningstillstånd.

## 5.16 Övriga frågor

### *Köp mellan kommun och kommunalt företag*

Kommittén har föreslagit att lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) kompletteras med en ny bestämmelse med innebörden att alla typer av upphandlingar inom den klassiska sektorn från eller till ett sådant företag som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen (1991:900) eller ett interkommunalt företag som ägs av kommuner eller landsting kan ske direkt under förutsättning att leverantören är en upphandlande enhet enligt LOU och att åtgärden innebär uppenbara och dokumenterade samordnings fördelar för den part som upphandlar varan, tjänsten eller byggtreprenaden.

EG-direktiven om offentlig upphandling och EG-domstolens praxis ger inte någon tydlig anvisning om rättsläget vad gäller rätten för kommun att göra anskaffningar utan upphandling från sitt helägda bolag. Remissinstanserna har olika uppfattningar i frågan. Flera remissinstanser har dessutom anfört att den av kommittén föreslagna förutsättningen för regelns tillämpning, att det skall medföra dokumenterade och uppenbara samordnings fördelar, är alltför otydlig och svårtillämpad.

Regeringen anser att frågan med hänsyn till det anförda bör beredas ytterligare.

### *Avknoppning*

Kommittén har föreslagit att det införs en regel i 6 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) som ger en upphandlande enhet rätt att sluta avtal om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling med anställda eller av anställda bildad juridisk person i fråga om uppgift som de anställda fullgjort (avknoppningsstöd).

Ett avtal om överlåtelse av verksamhet skall, enligt förslaget, gälla under högst fem år.

Frågor som gäller avknoppad verksamhet har också behandlats av utredningen om sjukvårdsupphandling i betänkandet *Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster* (SOU 1999:149). Betänkandet bereds för närvarande inom Regeringskansliet. Regeringen anser att frågan om rätt för upphandlande enheter att ge avknoppningsstöd därför bör anstå. Beredningen av kommitténs förslag i denna del kommer således att fortsätta.

#### *Krav på att verksamheten drivs utan vinstsyfte*

Kommittén har föreslagit att den upphandlande enheten vid upphandling av tjänster avseende hälso- och sjukvård eller socialtjänst skall få ställa som krav att utförandet av tjänsten endast får överlämnas till ett bolag, en förening, en stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. Sådant avtal skulle inte heller få slutas med företag som bildats med stöd av kommunallagen.

Regeringen har den 21 december 2000 tillsatt en utredning om medborgerligt inflytande m.m. vid förändringar av ägar- eller driftsformer inom vården (S 2000:08). Enligt direktiven skall utredaren utreda förutsättningarna för att införa särskilda tröghetsregler vid beslut om stora förändringar av ägar- eller driftsformer inom vården samt lämna förslag till sådana regler (dir. 2000:103). Utredaren särskilt beakta intresset av att upprätthålla en verksamhet som är tillgänglig för alla efter behov. Utredarens förslag skall syfta till att det demokratiska inflytandet över beslutsprocessen vid överlåtelse av driftsansvaret för den offentligt finansierade vården stärks.

Regeringen har vidare den 21 februari 2002 beslutat tillkalla en särskild utredare med uppdrag att utreda frågor om ett nytt slag av aktiebolag för icke vinstutdelande verksamhet (dir. 2002:30). Kännetecknande för ett sådant bolag skall vara att det har ett annat syfte än att ge aktieägarna vinst och att det finns särskilda begränsningar när det gäller bolagets rätt att dela ut vinst till ägare och andra. Dessa begränsningar skall innebära antingen ett fullständigt förbud mot vinstutdelning eller att aktieägarna endast har rätt till en på visst sätt begränsad avkastning på satsat kapital. Upparbetade överskott skall användas för att utveckla den verksamhet som bolaget bedriver. Det nya slaget av aktiebolag skall skapas genom särbestämmelser i aktiebolagslagen (1975:1385). Det skall vara utformat så att det utan svårighet – och utan att det uppstår några konkurrensnackdelar för andra företagsformer – kan infogas i skilda slag av företagsstrukturer. Utredaren skall lämna de författningsförslag som behövs för att skapa aktiebolag av beskrivet slag. Utredaren skall vidare utröna behovet av andra slag av särbestämmelser som kan göra företagsformen attraktiv och peka ut tänkbara incitament att bedriva verksamhet i den nya företagsformen. Utredaren skall även analysera vilka konsekvenser sådana särregler och incitament kan ha för företag som bedriver verksamhet i annan form.

Regeringen gör mot denna bakgrund den bedömningen att kommitténs förslag bör anstå i avvaktan på resultatet av ovan nämnda utredningar.

Kommittén har föreslagit att kundvalsssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. bör utredas i särskild ordning. Regeringen delar denna bedömning.

## 5.17 Ikraftträdande

**Regeringens förslag:** Lagändringarna träder i kraft den 1 juli 2002. Äldre bestämmelser skall dock gälla för upphandling som påbörjats före ikraftträdandet. Prövningstillstånd till kammarrätten krävs inte vid överklagande av beslut som meddelats före ikraftträdandet.

**Kommitténs** förslag överensstämmer med regeringens med det undantaget att kommittén inte lämnat något förslag om prövningstillstånd.

**Remissinstanserna:** Med undantag för *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* och *Konkurrenskommissionen* har remissinstanserna inte haft några erinringar mot förslaget i denna del. NOU anser det inte påkallat med några övergångsbestämmelser beträffande de lagändringar som är föranledda av EG-domstolens dom i Alcatel-målet. Konkurrenskommissionen anser att ikraftträdandebestämmelserna behöver omarbetas så att det blir klarlagt vilka bestämmelser som gäller före respektive efter ikraftträdandet.

**Skälen för regeringens förslag:** Förslagen är i huvudsak en anpassning till de krav rättsmedelsdirektiven ställer enligt EG-domstolens dom i det s.k. Alcatel-målet (se avsnitt 4.4.5). Eftersom staten kan bli skadeståndsskyldig mot en leverantör som lidit skada i en upphandling på grund av att rättsmedelsdirektiven inte genomförts finns det starka skäl för en snabb anpassning av det svenska regelverket till rättsmedelsdirektivens krav. De nuvarande reglerna innebär dock inte något egentligt hinder för upphandlande enheter att tillgodose leverantörernas behov av information om tilldelningsbeslut innan avtal sluts. Det avgörande är om den upphandlande enheten väljer att offentliggöra vem som tilldelats upphandlingen och skälen för det. Under remissbehandlingen har också framkommit att några upphandlande enheter redan har inrättat sina upphandlingsrutiner enligt Alcatel-domens krav. De föreslagna lagändringarna bör därför träda i kraft så tidigt som möjligt, dvs. den 1 juli 2002.

Enligt allmänna regler för införandet av möjligheter till överklagande borde reglerna om upplysning om tilldelningsbeslut och om viss tidsfrist för upphandlingens avslutande gälla även upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet, i vart fall de upphandlingar där beslut om leverantör inte fattats vid lagens ikraftträdande. De nya reglerna kan dock komma att påverka den upphandlande enhetens handläggning av upphandlingen i ett tidigare skede än när leverantör fattats. En upphandlande enhet kan exempelvis med de nya reglerna välja att i förfrågningsunderlaget ange när ett avtal skall anses slutet och att ett villkorat avtal skall ingås fram till den tidpunkt då överprövning inte längre kan ske. Enheten kan vidare

komma att föreskriva en längre acceptfrist när enheten tillämpar de nya reglerna. Mot denna bakgrund bör, i likhet med vad som gällde vid införandet av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, äldre regler gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Även förslagen rörande förutsättningar för direktupphandling påverkar ärendets handläggning från det att upphandlingen påbörjas. Inte heller de ändrade reglerna om direktupphandling bör därför gälla för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna om kriterier för miljömärken, om särskilda kontraktsvillkor och om urvalsupphandling utgör endast förtydliganden av vad som redan gäller enligt EG-rätten. Det saknas dock anledning att beträffande dessa nya regler införa andra övergångsbestämmelser än beträffande övriga regler.

Bestämmelsen om prövningstillstånd i kammarrätten (avsnitt 5.15) bör emellertid inte gälla vid överklagande av länsrätts beslut som meddelats före ikraftträdandet.

## 6 Ekonomiska och andra konsekvenser

### *Förslaget om hänvisning till miljömärken*

Upphandlande enheter ställer redan idag miljökrav i viss utsträckning. Enligt vad regeringen erfar saknas dock statistik som visar hur vanligt förekommande detta är och vilken typ av miljökrav som det normalt sett rör sig om. Det kan därför inte förutses om det föreslagna förtydligandet i bestämmelsen om tekniska specifikationer, dvs. att de upphandlande enheterna t.ex. får hänvisa till kriterier för miljömärken när de ställer upp miljökrav i upphandlingar, kommer att leda till att miljöhänsyn förs in i upphandlingarna i ökad utsträckning eller ej. Förslagen torde dock leda till att de upphandlande enheter som önskar få miljöhänsyn beaktade i sina upphandlingar i större utsträckning tar hjälp av miljömärken, vilket i sin tur bör medföra en effektivisering och arbetsbesparing för de upphandlande enheterna. För leverantörerna torde detta också medföra en förbättring såtillvida att de möts av harmoniserade miljökrav. Att de upphandlande enheterna i högre grad hänvisar till kriterier för miljömärken i stället för att ställa upp egna kriterier ökar förutsättningarna för att kraven verkligen innebär en positiv miljöpåverkan i de aktuella fallen och underlättar dessutom anpassningen till kraven för leverantörerna.

Vilka de faktiska konsekvenserna blir för småföretagen är beroende av vilken typ av miljökrav de upphandlande enheterna väljer att ställa, hur dessa skiljer sig från de krav som ställs idag och om miljökraven ökar i omfattning genom förslaget. För företag som uppfyller kriterierna, men inte har sina produkter eller tjänster märkta med ett miljömärke som kriterierna baseras på, innebär förslaget att de måste styrka att de verkligen uppfyller kraven genom testrapporter, bevis eller liknande. Detta förorsakar kostnader för företaget, vilket kan riskera att bli en konkurrensnackdel i förhållande till miljömärkta företag. För företag som inte uppfyller kriterier som krävs i en upphandling uppstår dock alltid

kostnader för att anpassa verksamheten oavsett om det är frågan om miljökrav eller annat.

Det finns eventuellt en risk att upphandlande enheter slentrianmässigt hänvisar till kriterier för miljömärken vid all upphandling eller att de kräver att samtliga kriterier för ett miljömärke alltid skall vara uppfyllda oavsett om dessa är relevanta i det enskilda fallet. Ett sådant beteende skulle orsaka onödiga kostnader för företagen, men även riskera att fördyra upphandlingen eftersom färre företag skulle delta i anbudsgivningen. Eftersom kriterierna, liksom samtliga krav som ställs på föremålet för upphandlingen, alltid skall vara relevanta i förhållande till föremålet för upphandlingen och kontraktet torde denna risk dock vara mycket liten. Kraven skall vidare vara förenliga med de för offentlig upphandling bärande gemenskapsrättsliga principerna. Med hänsyn till att bestämmelsen endast är ett förtydligande av vad som redan gäller gör regeringen den bedömningen att den föreslagna bestämmelsen inte torde medföra några större förändringar för små företag. Småföretagen är dock en mycket viktig grupp som regeringen värnar om. Den osäkerhet som trots allt föreligger beträffande de faktiska konsekvenserna föranleder därför regeringen att utvärdera bestämmelsen en tid efter att den varit i kraft. En sådan utvärdering skall göras senast två år efter att bestämmelsen trätt i kraft.

#### *Förslaget om särskilda kontraktsvillkor*

Den föreslagna regeln, som innebär att den upphandlande enheten får ställa upp särskilda villkor för kontraktets utförande, är endast ett förtydligande av redan gällande rätt och torde därför inte medföra några mer betydande konsekvenser. Det finns emellertid en uppenbar risk att den upphandlande enhet som önskar ta in ett särskilt kontraktsvillkor i en upphandling underlåter att ange det i annonsen om upphandling så länge denna förpliktelse inte uttryckligen anges i lagtexten. Den föreslagna regeln innebär att annonseringsskyldigheten anges, vilket kan medföra att överprövning i domstol undviks.

Skulle regeln medföra att upphandlande enheter i ökad utsträckning tar antidiskrimineringshänsyn och andra sociala hänsyn medför den naturligtvis en större arbetsbörda i form av nya typer av krav och mer material att utvärdera för upphandlande enheter och fler krav att uppfylla för leverantörer. Regeln kan eventuellt också medföra en ökad måltillströmning till domstolarna, dels i förvaltningsdomstol i de fall det aktuella villkoret ifrågasätts i en överprövning och dels i allmän domstol beträffande leverantörens efterlevnad av villkoret. De typexempel som regeringen gett Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i uppdrag att ta fram kommer dock väsentligen att underlätta för de upphandlande enheterna att behandla sådana hänsyn i upphandlingen. Exempelen kommer även att underlätta anbudsgivningen genom att leverantörerna därvid kommer att mötas av mer enhetliga villkor. I NOU:s uppdrag ingår att samråda med diskrimineringsombudsmännen, Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet samt näringslivsorganisationerna och de fackliga organisationerna. Med hänsyn till att typexemplen vidare skall vara förenliga med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och gemenskapsrätten torde belastningen på



domstolarna bli begränsad. NOU skall redovisa sitt uppdrag senast den 29 april 2002. Vad de av NOU föreslagna typexemplen kommer att medföra för de små företagen är naturligtvis svårt att bedöma innan uppdraget redovisats. Regeringen avser därför att ge NOU ett tilläggsuppdrag att, i samråd med diskrimineringsombudsmännen, Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet samt näringslivsorganisationerna och de fackliga organisationerna, göra en konsekvensanalys avseende typexemplens påverkan på små och medelstora företag. Vidare skall användningen av särskilda kontraktsvillkor och de av NOU framtagna exemplen utvärderas senast två år efter att regeln trätt i kraft.

Det bör vidare framhållas att den möjlighet som finns att ställa särskilda kontraktsvillkor i en upphandling måste vara förenlig med icke-diskrimineringsprincipen så att villkoren inte missgynnar mindre företag eller någon särskild leverantör. Villkoren bör inte heller vara mer långtgående än som är motiverat med hänsyn till kontraktet.

#### *Värdegränsen vid direktupphandling*

De föreslagna ändringarna av bestämmelsen om direktupphandling upp till ett värde motsvarande fem prisbasbelopp är avsett främst som en åtgärd att förenkla upphandlingsprocessen och att öka effektiviteten i offentlig upphandling. Flera remissinstanser har uppgett att en precisering av direktupphandlingsgränsen till det av kommittén föreslagna värdet, sju prisbasbelopp, skulle medföra en mer effektiv resursfördelning hos den upphandlande enheten genom att det enklare förfarandet frigör mer tid och resurser som kan koncentreras till större upphandlingar. Regeringen är dock samtidigt medveten om att en höjning av direktupphandlingsbeloppet kan riskera att fördyra upphandlingen genom att konkurrensen försämras. Detta kan få till följd att priset på de upphandlade varorna eller tjänsterna blir högre.

Enligt uppgift från Landstingsförbundet skulle en höjning av gränsen till sju prisbasbelopp för ett landsting (Västra Götalandsregionen) medföra att antalet upphandlingar som skulle komma att omfattas av regeln om direktupphandling skulle öka från 15 % till 30 % (räknat på antalet upphandlingar som överstiger 100 000 kr). Denna skillnad i antalet upphandlingar motsvarade 1 % av det totala upphandlingsvärdet. Med en gräns på fem prisbasbelopp kan motsvarande ökning uppskattas uppgå till cirka 25 % av antalet upphandlingar, till ett upphandlingsvärde av cirka 0,5-1 % av det totala upphandlingsvärdet. Det totala upphandlingsvärdet uppgick för första halvåret 2001 till närmare två miljarder kronor i det aktuella landstinget. En höjning av direktupphandlingsbeloppet till fem prisbasbelopp skulle m.a.o. innebära att upphandlingar till ett värde av ytterligare 20 till 40 miljoner kronor per år skulle direktupphandlas i ovanstående fall.

Om exemplet från Västra Götalandsregionen tillämpas på hela den offentliga upphandlingen, som uppgår till cirka 400 miljarder kronor per år, innebär det att uppdrag för ytterligare 2 till 4 miljarder kronor per år skulle direktupphandlas. Med ett genomsnittligt upphandlingsvärde på 100 000 kronor skulle höjningen av direktupphandlingsbeloppet innebära att ytterligare 20 000 - 40 000 uppdrag per år skulle direktupphandlas.

Som framhållits av flera remissinstanser är mindre företag beroende av de värdemässigt mindre upphandlingarna. Det förhållandet att upphandlingarna inte längre annonseras och även i övrigt behandlas mer informellt innebär att de mindre företagen riskerar att gå miste om uppdragen. Risken är ännu mer påtaglig för nystartade företag som inte har hunnit etablera sig på marknaden och därmed inte är kända för de upphandlande enheterna. Det här innebär att den föreslagna höjningen av direktupphandlingsbeloppet kan bli ett etableringshinder i vissa fall, särskilt i branscher som i stor utsträckning är beroende av uppdrag från den offentliga sektorn. Regeringen gör emellertid den bedömningen att det i praktiken är relativt få upphandlingar som omfattas av den föreslagna förändringen med hänsyn till att många upphandlande enheter redan i dag har antagit en direktupphandlingsgräns om cirka fyra prisbasbelopp, dvs. 151 600 kr beräknat på prisbasbeloppet för 2002 (37 900 kr).

På grund av kravet att den upphandlande enheten skall ha riktlinjer för direktupphandling torde många av de uppdrag som undantas från annonseringsplikt ändå bli föremål för konkurrensutsättning. Riktlinjerna bör nämligen kräva att anbud skall infordras från flera leverantörer om det är en anskaffning i den övre delen av intervallet.

Sammantaget är dock regeringen medveten om risken att de besparingar som uppnås hos de upphandlande enheterna till följd av en höjning av direktupphandlingsbeloppet, kan raderas ut av den kostnadsökning som kan bli följden av en bristande konkurrensutsättning. Regeringen är också mån om att inte småföretagen drabbas eller att etableringshinder skapas. Mot bakgrund av detta avser därför regeringen att följa upp utfallet av förslaget. Detta skall ske senast två år efter att ändringen har trätt i kraft.

#### *Förbättrade möjligheter till överprövning*

Förslagen ställer nya krav på väl fungerande rutiner hos de upphandlande enheterna. Vissa remissinstanser har uttryckt farhågor för att ändringarna leder till en ineffektivare upphandlingsprocess och till och med öppnar för missbruk från leverantörernas sida. Den fördröjning av upphandlingsprocessen som de nya reglerna medför är dock en nödvändig konsekvens av att det måste finnas ett förfarande som gör det möjligt att få ett beslut om leverantör överprövat. Eftersom viss information om det antagna anbudet offentliggörs innan avtal sluts kan det finnas en risk att leverantörer missbrukar denna till skada för upphandlande enheter. Att upplysningar om tilldelningsbeslutet kan användas av andra leverantörer om den överprövade upphandlingen skall göras om kan givetvis inte undvikas. Redan i dag finns det dock en risk för att en leverantör använder information som offentliggörs när avtal slutits till sin fördel i enhetens framtida upphandlingar. Det går således inte att undvika att leverantörerna använder offentliggjord information när de vid en ny upphandling lämnar anbud. Den form av regelmissbruk som kan förhindras är det som vissa upphandlande enheter använder sig av, nämligen att påskynda avtalsslut när en leverantör ansökt om överprövning. Detta får till följd att länsrätten måste avvisa ansökan

eftersom överprövning, enligt nuvarande regler, inte längre kan ske när avtal slutits.

När det gäller småföretagen kommer förslagen att förbättra deras konkurrensförutsättningar. Genom ökade möjligheter till överprövning har samtliga leverantörer, oavsett storlek, en förbättrad möjlighet att få omprövat en upphandlande enhets beslut i ett upphandlingsärende. Information om reglerna kan lämnas av NOU. Några ytterligare informationsinsatser synes inte nödvändiga.

De nya reglerna kan komma att medföra vissa mindre administrativa merkostnader för de upphandlande enheter som ännu inte utformat rutiner för att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet. Denna kostnad torde dock vara försumbar i sammanhanget.

Den omständigheten att upphandlingarna förlängs i vart fall tio dagar kan innebära en merkostnad för både upphandlande enheter och leverantörer. Varken kommittén eller de remissinstanser som har yttrat sig angående de ekonomiska konsekvenserna av förslagen har ansett att det är möjligt att bedöma vad dessa kostnader skulle kunna uppgå till. Merkostnaden för den upphandlande enheten av att ett avtal fördröjs under tio dagar eller längre tid på grund av att överprövning sker beror givetvis på vad upphandlingen avser, den tidsperiod som upphandlingskontraktet är avsett att gälla och på hur lång tid det tar innan upphandlingen kan avslutas. För en leverantör måste merkostnaden vidare vara helt individuell.

De nya reglerna torde innebära att antalet överprövningar kommer att öka. Hur stor ökningen kommer att bli är dock svårbedömd. En jämförelse kan göras med utvecklingen under 2001 för Region Skåne, Migrationsverket, Integrationsverket samt Vägverket, vilka redan börjat tillämpa ett system enligt Alcatel-domens krav. Region Skåne och nämnda myndigheter har under 2001 lämnat information om tilldelningsbeslutet till berörda leverantörer och därefter avvaktat med att sluta avtal under en tid varierande mellan en till två veckor. Region Skåne har i regel cirka 250-300 upphandlingar per år, Migrationsverket omkring 50 upphandlingar per år, Integrationsverket omkring 30 upphandlingar per år och Vägverket (med undantag för verkets resultatenheter) cirka 1500 upphandlingar per år. I Vägverkets uppgifter ingår även direktupphandlingar. Som exempel på hur ökningen av antalet överprövningar kan variera mellan olika upphandlande enheter kan nämnas att antalet överprövningar vid upphandlingar gjorda av Inköpsorganisationen vid Region Skåne och, som inköpsorganisationen uppskattar, är föranledda av det nya informationssystemet ökade under 2001 jämfört med föregående år med cirka 4 %. Under samma år ökade Migrationsverkets överprövningar med cirka 10 %. Några överprövningar av Integrationsverkets upphandlingar har dock inte skett sedan verket började tillämpa det nya systemet. Vägverket hade 3 överprövningsärenden under 2001 (av totalt 1 468 upphandlingsärenden) och har hittills haft 2 överprövningsärenden under 2002 (av totalt 360 upphandlingsärenden). Även under 1999 hade verket 3 överprövningsärenden (av totalt 1 362 upphandlingsärenden). Under 2000 förekom inga överprövningsärenden. Jämfört med 1999 har således antalet överprövningar inte ökat för Vägverket under 2001 då verket

införde det nya informationssystemet. Jämfört med 2000 har dock en ökning skett.

NOU har i en rapport daterad den 19 augusti 1999 gjort en kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling. Resultatet bygger på en genomgång av 264 domar och beslut som meddelats under perioden 1 maj 1996 – 1 maj 1999 i överprövningsmål och på 21 domar och beslut som meddelats under samma tid i skadeståndsmål. Någon kartläggning för perioden därefter har inte gjorts. Av kartläggningen framgår att det under 1996 förekom drygt 80 överprövningar, under 1997 cirka 100 överprövningar och under 1998 cirka 70 överprövningar. Enligt NOU:s prognos för 1999 skulle det finnas 60 överprövningsmål. Det förekom således fler överprövningsmål per år under perioden 1995-1997 än under 1998 och enligt NOU:s prognos för 1999.

Det är inte möjligt, med stöd av det mycket begränsade material som finns tillgängligt, att dra några säkra slutsatser om den kommande ökningen av antalet överprövningsmål. Eftersom överprövning nu blir möjlig i sådana ärenden där det tidigare endast varit möjligt att föra skadeståndstalan p.g.a. att avtal redan slutits kan antalet skadeståndsmål komma att minska något. Skadeståndsmålen tar längre tid och är mer kostsamma än överprövningsmålen ur både parternas och domstolarnas synvinkel. Antalet skadeståndsmål har dock såvitt kunnat utrönas varit relativt begränsat. Vidare torde förslaget om prövningstillstånd för att kammarrätten skall pröva ett överklagande av länsrättens beslut leda till att kammarrätterna inte onödigt belastas. Innan reglerna börjat tillämpas är det svårt att göra någon säker uppskattning av de ekonomiska konsekvenserna av de nya reglerna för upphandlande enheter, leverantörer eller för domstolväsendet. Regeringen kommer dock självfallet att noga följa utvecklingen.

## 7 Författningskommentar

### 7.1 Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

#### 6 kap. 2 §

Paragrafen har ändrats och delats upp i fyra stycken.

Bestämmelsen om absolut anbudssekretess i ärenden om upphandling och försäljning av lös egendom för det allmännas räkning i den nuvarande tredje meningen har tagits in i ett nytt *andra och tredje stycke*.

I andra stycket regleras sekretess vid försäljning av lös egendom för det allmännas räkning på motsvarande sätt som i nuvarande lydelse.

I tredje stycket regleras sekretess i ärenden om upphandling. Ändringen innebär att den absoluta anbudssekretessen i ärenden om upphandling upphör redan när beslutet att tilldela en anbudsgivare ett upphandlingskontrakt fattats (det s.k. tilldelningsbeslutet). Tidigare har den upphört först när avtal har slutits. Bakgrunden till och syftet med

ändringen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.9). Bestämmelsen innehåller fortfarande en möjlighet för en upphandlande enhet att dessförinnan upphäva den absoluta anbudssekretessen genom att offentliggöra samtliga anbud. Anbudssekretessen upphör även om ärendet slutförts innan tilldelningsbeslut fattats. Till uppgifter som rör anbud hör uppgifter som kan tjäna som upplysning om att ett visst anbud har infordrats eller som på annat sätt avser ett visst anbud exempelvis vem som avgett det. Sekretessen omfattar således arbetspromemorior och andra av en myndighet upprättade handlingar, t.ex. motförslag (jfr. prop 1979/80:2 del A s. 148) samt ansökningar om att få lämna anbud.

I såväl andra som tredje stycket har ett tillägg gjorts som tydliggör att den absoluta anbudssekretessen omfattar även interna anbud inom en myndighet och mellan statliga myndigheter. Tillägget har utformats i enlighet med *Lagrådets* synpunkter. Med myndighet avses såväl statliga som kommunala myndigheter. Med myndighet avses även sådana organ som vid tillämpning av reglerna i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen jämföras med myndighet (jfr. 1 kap. 8 och 9 §§ sekretesslagen). Som Lagrådet har påpekat torde detta förhållande inte påverka t.ex. ett kommunalt bolags möjlighet att sluta ett sedvanligt civilrättsligt avtal med den kommun som har det bestämmande inflytandet i bolaget. Ett sådant avtal lär därför komma att omfattas av absolut sekretess redan av den reglering som gäller för anbud.

I *fjärde stycket* har det nuvarande andra stycket införts.

## 7.2 Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

### 1 kap. 3 §

I *andra stycket* har hänvisningen till artikel 223 Romfördraget bytts ut mot en hänvisning till artikel 296 eftersom sistnämnda artikel ersatt artikel 223.

### 1 kap. 5 §

*Punkten Upphandlingskontrakt* har fått en ny lydelse. Bakgrunden till och syftet med tillägget behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.12). I definitionen har gjorts ett tillägg som förtydligar att upphandlingskontrakt skall vara undertecknade eller signerade med en elektronisk signatur. Därigenom framgår att definitionen även innefattar avtal i ett digitalt dokument. Det innebär att kravet på undertecknande och skriftlighet är uppfyllt även vid en elektronisk överföring. Den upphandlande enheten får själv fastställa vilken teknisk säkerhetsnivå som skall gälla för den elektroniska signaturen.

*Punkten Urvalsupphandling* har fått en ny lydelse som ger den upphandlande enheten rätt att förhandla med en eller flera anbudsgivare. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.6). Förhandlingar får endast avse anbudsgivarens anbud och får endast förekomma efter anbudstidens utgång. Det förhållandet att bestämmelsen inte ger en rätt till förhandling innan anbudstiden gått till ända hindrar inte att den upphandlande enheten kan ha rätt att tillämpa bestämmelsen om rättelse, förtydligande och komplettering av ansökan eller anbud enligt 6 kap. 8 § LOU.

**1 kap. 12 §**

Ett nytt *andra stycke* har införts. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.3). Bestämmelsen har inte någon motsvarighet i något direktiv, utan fastställer kommissionens tolkningsmeddelande vad gäller sådana typer av miljökrav som baseras på miljömärkningskriterier. Bestämmelsen innebär att det är möjligt att ställa krav på att de produkter m.m. som upphandlas skall uppfylla kriterierna för miljömärkning. Kriterierna för miljömärkning skall ha utarbetats på grundval av vetenskaplig information. De får dock inte utformas så att de strider mot exempelvis principen om icke-diskriminering eller principerna om fri rörlighet av varor eller tjänster. Kriterierna för miljömärkning skall ha antagits genom ett förfarande i vilket samtliga berörda parter, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer deltagit i. Miljömärket skall vara tillgängligt för samtliga berörda parter.

Bestämmelsen skall inte tolkas så att enbart sådana miljökrav får ställas som baseras på miljömärkningskriterier.

De upphandlande enheterna får godta inte enbart intyg på miljömärkning som bevis på att miljömärkningskriterier uppfylls. De skall även godta andra typer av bevis, t.ex. testrapporter. Detta är särskilt viktigt när det gäller nationella och privata miljömärken. Man måste nämligen se till att specifikationen och anbudsgivarens möjligheter att efterkomma specifikationen inte leder till att kontraktet begränsas till inhemska eller lokala företag.

Det nuvarande *andra stycket* har tagits in i ett nytt *tredje stycke*.

**1 kap. 18 b §**

Paragrafen är ny. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.4). Regeln innebär inte någon ändring av gällande rätt, utan är ett förtydligande av möjligheten att ställa särskilda villkor, t.ex. genom antidiskrimineringsklausuler, som skall gälla för utförandet av det uppdrag som upphandlingskontraktet omfattar. Sådana särskilda kontraktsvillkor skall anges i annonsen om upphandling. I förhandlad upphandling utan föregående annonsering skall villkoret anges i förfrågningsunderlaget.

Bestämmelsen gäller villkor för hur kontraktsuppdraget skall utföras. Villkoren benämns särskilda kontraktsvillkor på grund av att det är fråga om villkor som inte är krav på leverantören eller utvärderingskriterier, utan särskilda därutöver tillkommande kontraktsvillkor. Villkoret utgör en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera. Den upphandlande enheten kan således, efter att i annonsen ha angett villkoret, ställa som krav att anbudsgivarna i sina anbud bekräftar att de åtar sig att uppfylla villkoret om de tilldelas kontraktet. De anbud där anbudsgivaren inte accepterar villkoret skall på den grunden inte antas.

De särskilda kontraktsvillkoren skall vara förenliga med icke-diskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, dvs. likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, samt EG-fördragets regler om den inre marknaden. Ett särskilt

kontraktsvillkor skall således vara proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt. Villkoret kan därför sannolikt endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Ett mer svepande krav som skulle avse även andra delar av verksamheten skulle kunna ifrågasättas stå i strid med proportionalitetsprincipen, eftersom det inte har tillräcklig anknytning till det som upphandlats.

Tillämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området är naturligen begränsat till köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets utförande. Vid varuupphandlingar kan klausuler som innebär sociala krav som påverkar organisation eller policy för en anbudsgivare från en annan medlemsstat vara diskriminerande eller medföra ett oberättigat handelshinder. Lagtexten anger dock att bestämmelsen är tillämplig även vid upphandlingar enligt 2 kap., dvs vid varuupphandlingar, eftersom den kan komma i fråga vid blandade kontrakt som innefattar inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling.

### **1 kap. 19 a §**

Paragrafen är ny. Bestämmelsen, som är tillämplig vid upphandling enligt 2–5 kap., har införts i syfte att förtydliga att en anbudsgivares bundenhet av sitt anbud vid upphandling inom det direktivstyrda området inte påverkas av att anbudsgivaren får del av sådana upplysningar om tilldelningsbeslutet som enheten är skyldig att lämna ut enligt 1 kap. 28 §. En motsvarande bestämmelse finns vid upphandling enligt 6 kap., se kommentaren till 6 kap. 5 b §.

### **1 kap. 27 §**

Paragrafen är ny. I den har införts en gemensam bestämmelse om att en anbudssökande eller anbudsgivare vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. har rätt att på begäran få upplysning om varför hans ansökan eller anbud förkastats. Bakgrunden till och syftet med ändringen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.11). Skyldigheten att lämna sådana upplysningar har tidigare reglerats i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 §. Bestämmelsen har även gjorts tillämplig utanför det direktivstyrda området, när enheten tillämpar reglerna för förenklad upphandling och urvalsupphandling, se kommentaren till 6 kap. 1 §. Bestämmelsen gäller dock inte, vid upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, om regeringen eller den upphandlande enhet regeringen bestämmer beslutat om det med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 17 §. Vid upphandling enligt 4 kap. gäller i stället bestämmelsen i 4 kap. 15 § tredje stycket.

En upphandlande enhet är, i likhet med vad gällt tidigare vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap., skyldig att lämna upplysningarna inom 15 dagar från det att begäran kom in. Ett tillägg har gjorts som innebär att enheten, om den fattat ett tilldelningsbeslut, är skyldig att lämna dessa upplysningar under motsvarande förutsättningar som gäller för upplysningar om tilldelningsbeslutet enligt 1 kap. 28 § andra stycket, dvs. genast eller så snart det är möjligt efter det att begäran kom in.

**1 kap. 28 §**

Paragrafen är ny. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.10). Upplýsnings-skyldigheten gäller vid all upphandling som sker enligt LOU, om inte annat sägs. Bestämmelsen gäller inte vid direktupphandling (se kommentaren till 6 kap. 1 §). Bestämmelsen gäller inte heller vid upphandling enligt 1 kap. 3 § andra stycket om regeringen eller den upphandlande enhet som regeringen bestämmer beslutat om det med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 17 §. Bestämmelsen gäller dock även om det föreligger synnerlig brådska, förutsatt att det finns fler anbudsgivare i den ifrågavarande upphandlingen. Upplýsnings-skyldigheten förutsätter att enheten, när en leverantör lämnat flera anbud, även har fattat beslut om vilket av de av leverantören ingivna anbuden som skall antas.

I *första stycket* har införts en skyldighet för en upphandlande enhet att lämna upplýsningar till anbudssökande eller anbudsgivare om vem eller vilka som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen för det. Upplýsnings-skyldigheten har tidigare reglerats i nuvarande 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 §, 4 kap. 15 § och 5 kap. 13 §. Till skillnad från de tidigare reglerna innebär den nya regeln att den upphandlande enheten skall lämna upplýsningarna på eget initiativ och att enheten skall ange skälen för tilldelningsbeslutet. Upplýsnings-skyldigheten förutsätter att det finns andra anbudssökande och anbudsgivare än den som enheten valt att tilldela upphandlingskontraktet, se vidare kommentaren till 7 kap. 1 §. Den bygger vidare på att innehållet i och utformningen av upplýsningarna till de anbudssökande och anbudsgivarna är identiskt. Uppgifter om vem eller vilka som fick upphandlingen och skälen för det skall lämnas samtidigt av enheten. Det är således inte tillräckligt att enheten i ett första skede skickar upplýsningar till anbudssökande och anbudsgivare om att anbudet inte antagits och först därefter, på begäran, skickar övriga uppgifter rörande tilldelningsbeslutet. Den tidsfrist som är föreskriven i 7 kap. 1 § anknyter till den här föreslagna bestämmelsen, se vidare kommentaren till 7 kap. 1 §.

I *andra stycket* har införts en skyldighet för en upphandlande enhet att till varje leverantör som begär det lämna upplýsningar om vem eller vilka som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen för det. Uppgifts-skyldigheten i andra stycket avser även potentiella leverantörer som visserligen inte är anbudssökande eller anbudsgivare men som ändå har rätt att ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd enligt bestämmelserna i 7 kap. Även en anbudssökande eller en anbudsgivare har rätt att med stöd av denna bestämmelse på begäran få upplýsningar om tilldelningsbeslutet i exempelvis en situation där en upphandlande enhet inte lämnat dessa upplýsningar på eget initiativ enligt första stycket. Begäran får framställas när som helst, dvs. även efter det att upphandlingen har avslutats. Den upphandlande enheten skall dock genast eller så snart det är möjligt, sedan en sådan begäran framställts, lämna upplýsningar om tilldelningsbeslutet till leverantören. Det innebär att enheten i princip skall lämna upplýsningarna omgående, förutsatt att det är möjligt med hänsyn till arbetets behöriga gång. Det förhållandet att en upphandlande enhet inte genast eller så snart det är möjligt lämnar ut upplýsningar om tilldelningsbeslutet när det begärts av en leverantör kan givetvis få betydelse vid allmän förvaltningsdomstols prövning av om ett



interimistiskt beslut skall meddelas. Ett interimistiskt beslut innebär att upphandlingen tillsvidare inte får avslutas (7 kap. 2 §).

Uppgifter om tilldelningsbeslut får lämnas ut om det kan ske utan skada för det allmänna eller enskild. En sekretessprövning skall således göras i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. 2 § första stycket första meningen och 8 kap. 10 § första stycket första meningen sekretesslagen eller enligt vad som föreskrivs i en annan tillämplig sekretessbestämmelse.

Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet. Det är således inte tillräckligt att enheten i upplysningarna som skäl anger att den vinnande leverantörens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga (1 kap. 22 § första stycket punkt 1 och 6 kap. 12 § första stycket punkt 1). Om anbudet antagits på den grunden bör i upplysningarna även redovisas vilka omständigheter som enheten tagit hänsyn till för att enheten skall anses ha lämnat skäl för tilldelningsbeslutet. Om anbudet antagits på den grunden att det haft lägst anbudspris (punkt 2 i sistnämnda bestämmelser) är det dock tillräckligt att enheten i upplysningarna om tilldelningsbeslutet redovisar detta. Det är inte nödvändigt att dessutom ange anbudspriset.

Om enheten redovisat skäl för beslutet men leverantören anser att det behövs ytterligare information kan leverantören med stöd av andra regler få del av ytterligare uppgifter om leverantören väljer att begära överprövning av upphandlingen eller väcker talan om skadestånd. I överprövningsmålet eller skadeståndsmålet kan en leverantör exempelvis ha rätt att få del av uppgifter med stöd av reglerna om partsinsyn, i förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller rättegångsbalken i kombination med bestämmelsen i 14 kap. 5 § sekretesslagen, trots att uppgifterna kanske omfattas av sekretess enligt en annan bestämmelse i sekretesslagen. I överprövningsmålet eller skadeståndsmålet kan leverantören även ha rätt att ta del av handlingar enligt reglerna om editionsföreläggande i 20 § förvaltningsprocesslagen jämförd med 38 kap. 1–5 och 7–9 §§ rättegångsbalken. Det förhållandet att skälen för beslutet inte är tillräckligt utförliga kan vidare komma att utgöra en av flera omständigheter som innebär att ett interimistiskt beslut fattas i ett överprövningsmål.

Upplysningarna kan lämnas på det sätt enheten finner lämpligt och något formkrav är inte föreskrivet. Utgångspunkten är att den upphandlande enheten har bevisbördan för att enheten lämnat de föreskrivna upplysningarna. Av detta skäl är det givetvis lämpligt att upplysningarna lämnas i någon läsbar och varaktig form.

Det förhållandet att en leverantör genom upplysningarna om tilldelningsbeslutet får kännedom om att någon annan tilldelats upphandlingskontraktet har inte någon inverkan på en leverantörs bundenhet av sitt anbud, se vidare kommentarerna till 1 kap. 19 a § och 6 kap. 5 b §.

### **1 kap. 29 §**

Paragrafen är ny. Bestämmelsen har tidigare reglerats i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 §. Ändringarna är en följd av att övriga

bestämmelser i nämnda paragrafer har överförts till 1 kap, se vidare kommentarerna till 1 kap. 27 och 28 §§. Någon ändring i sak av här aktuella bestämmelser är dock inte avsedd.

#### **4 kap. 15 §**

*I tredje stycket* har sista ledet utgått. Bestämmelsen om att upphandlande enheter är skyldiga att lämna upplysningar om vem som fick upphandlingen och skälen för det har överförts till 1 kap. 28 §. Bakgrunden till och syftet med ändringarna behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.10). När ett tilldelningsbeslut fattats skall upplysningar om detta, enligt andra stycket i nämnda bestämmelse, lämnas genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som begär det. Upplysningar enligt den här aktuella bestämmelsen om varför en ansökan eller ett anbud förkastats skall lämnas så snart som möjligt. Det innebär att dessa upplysningar skall lämnas inom en tidsram som motsvarar den som gäller för upplysningar om tilldelningsbeslut enligt 1 kap. 28 § andra stycket.

#### **6 kap. 1 §**

*I andra stycket* har införts en hänvisning även till 1 kap. 12 § andra stycket och 27 och 28 §§.

Hänvisningen till 1 kap. 12 § andra stycket gäller all upphandling enligt 6 kap. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.3).

Hänvisningen till 1 kap. 27 och 28 §§ gäller endast vid förenklad upphandling och urvalsupphandling. Bakgrunden till och syftet med dessa bestämmelser behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.10 och 5.11). Direktupphandling har undantagits från kravet på upplysningar i 1 kap. 27 och 28 §§. Bestämmelserna är inte heller tillämpliga vid upphandling enligt 1 kap. 3 § andra stycket, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 (tidigare artikel 223) i Romfördraget, om regeringen eller den upphandlande enhet regeringen bestämmer med stöd av 6 kap. 17 § beslutat om undantag från hänvisningen i den här aktuella bestämmelsen till 1 kap. 27 § eller till 1 kap. 28 § (se avsnitt 5.14).

Om bestämmelsen i 1 kap. 28 § inte är tillämplig är enheten skyldig att lämna upplysningar enligt 6 kap. 14 § andra stycket, se kommentaren till den bestämmelsen. För upphandlande enheter som har att tillämpa reglerna om handlingsoffentlighet och sekretess finns dessutom en skyldighet att lämna ut uppgifter i allmänna handlingar enligt reglerna i 2 kap. tryckfrihetsförordningen. Eftersom den absoluta anbudssekretessen i 6 kap. 2 § sekretesslagen skall hävas redan vid tilldelningsbeslutet har en utomstående rätt att, på begäran, få del av upplysningar om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen för det, se vidare kommentaren till den bestämmelsen. Skyldigheten att lämna ut allmän handling gäller även vid direktupphandling och upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket. Ett utlämnande förutsätter dock att uppgifterna kan lämnas ut utan hinder av sekretess.

**6 kap. 2 §**

Bakgrunden till och syftet med ändringarna behandlas i den allmänna motiveringen (avsnitt 5.5).

*Andra stycket* i paragrafen är ändrat så, att bestämmelsen medger direktupphandling om upphandlingens värde understiger fem prisbasbelopp. Prisbasbeloppet är för år 2002 fastställt till 37 900 kronor, vilket innebär att den övre gränsen för nämnda år uppgår till 189 500 kronor.

I enlighet med vad som gäller för beräkning av tröskelvärden för upphandling enligt 2–5 kap. anges i den nya bestämmelsen att en upphandling inte får delas upp i syfte att underskrida det däri angivna värdet. För beräkning av direktupphandlingsgränsen gäller även principen enligt reglerna om tröskelvärdesberäkning, att upprepade upphandlingar av samma slag som en upphandlande enhet gör under en tolv månadersperiod bör läggas samman vid beräkningen av värdet. För större upphandlande enheter krävs därför samordning av direktupphandlingar så att värdet beräknas på ett korrekt sätt.

Vidare har orden ”såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten” utgått. Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t. ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendeanternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling grunda rätt till direktupphandling.

I ett nytt *tredje stycke* har den nuvarande bestämmelsen i andra stycket sista meningen införts. Till skillnad från tidigare är enheten skyldig att fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling. Riktlinjerna bör innefatta värdegränser för olika typer av varor och tjänster vid vilka den upphandlande enheten skall infordra anbud från fler anbudsgivare i konkurrens.

**6 kap. 5 b §**

Paragrafen är ny. Den närmare innebörden av bestämmelsen framgår av kommentaren till 1 kap. 19 a §.

**6 kap 7 §**

*Andra stycket* har ändrats till följd av ändringen av definitionen av urvalsupphandling i 1 kap. 5 §, se kommentaren till den bestämmelsen.

Bestämmelsen gör undantag i vissa fall från kravet att anbudet skall öppnas vid en förrättning. Prop. 2001/02:142

#### **6 kap. 10 a §**

Paragrafen är ny. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.4). Bestämmelsen motsvarar den nya regeln i 1 kap. 18 b § för upphandlingar över tröskelvärdena, se kommentaren till den bestämmelsen. Vid upphandling enligt 6 kap. kan villkoret anges i förfrågningsunderlaget om det inte angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan.

#### **6 kap. 14 §**

Paragrafen har gjorts tillämplig endast i de situationer då upplysningsskyldigheten i 1 kap. 28 § inte är tillämplig. Den här aktuella paragrafen gäller därför endast vid direktupphandling och om regeringen eller den upphandlande enhet regeringen bestämmer, vid upphandling enligt 1 kap. 3 § andra stycket, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 (tidigare artikel 223) i Romfördraget, beslutat om undantag från bestämmelsen i 1 kap. 28 § med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 17 §, se kommentaren till 6 kap. 1 §. En förutsättning för att den här aktuella bestämmelsen skall gälla vid sistnämnda slag av upphandlingar är dock att regeringen eller den upphandlande enhet som regeringen bestämmer inte beslutat om undantag även från den.

Bestämmelserna i första och andra stycket har tagits in i ett enda stycke. Kravet på att underrättelsen skall ske senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren har tagits bort eftersom detta krav får anses sakna praktisk betydelse. Dessutom har bestämmelsen omformulerats i syfte att ha en enhetlig beskrivning i lagen av den upphandlande enhetens beslut att anta ett visst eller vissa anbud, se 1 kap. 28 §.

#### **7 kap. 1 §**

I *första stycket* har ordet länsrätten bytts ut mot allmän förvaltningsdomstol. Det följer av 14 § första stycket lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar att en ansökan om överprövning skall ske hos länsrätten.

*Andra stycket* har gjorts tillämpligt endast när direktupphandling sker enligt bestämmelsen i 6 kap. 2 § andra stycket. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.14). Vid direktupphandling gäller inte något krav på upphandlingskontrakt och ett avtal kan därför vara slutet i den mening som avses i den här aktuella bestämmelsen även om det inte finns något skriftligt, undertecknat avtal. Det finns dock inte något som hindrar att parterna även vid direktupphandling sluter ett avtal som uppfyller kraven för ett upphandlingskontrakt.

I paragrafen har införts ett nytt *tredje stycke*. Bestämmelsen innebär att två krav skall vara uppfyllda för att upphandlingen skall vara avslutad i den meningen att överprövning inte längre får ske. Ett

upphandlingskontrakt skall föreligga och en tiodagarsfrist skall ha löpt ut. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.13). I första meningen har förtydligats att en ansökan om överprövning vid annan upphandling än direktupphandling får prövas fram till den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Det gäller även i den situationen att det föreligger synnerlig brådskas. Definitionen av upphandlingskontrakt finns i 1 kap. 5 §, se vidare kommentaren till den bestämmelsen. Enligt andra meningen får en ansökan om överprövning dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket (1) eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det interimistiska beslutet (2). Den föreskrivna tidsfristen hindrar inte en upphandlande enhet från att ingå ett s.k. villkorat avtal som gäller exempelvis fram till dess att upphandlingen får avslutas. Tidsfristen på tio dagar löper från det att upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket lämnats eller det interimistiska beslutet upphävdes. Det innebär att det är den påföljande dagen som är den första dag som skall räknas in i tiodagarsfristen. Rådets förordning 1182/71/EEG av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister<sup>19</sup> är tillämplig vid beräkning av tidsfristen. Den förordningen innehåller dock inte några regler som i sak avviker från lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid (jfr prop. 1992/93:88 s. 51).

Om upplysningarna i 1 kap. 28 § första stycket lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna vid olika tidpunkter börjar tidsfristen i punkten 1 att löpa från den dag då upplysningarna till den sista mottagaren lämnades. Utgångspunkten är att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att upplysningar om tilldelningsbeslutet lämnats och således för att den här föreskrivna tidsfristen börjat löpa.

Tidsfristen i punkten 2 börjar löpa från den dag då den allmänna förvaltningsdomstolen upphävt ett tidigare interimistiskt beslut som innebär att upphandlingen inte får avslutas. Om domstolen interimistiskt förordnar att ett tidigare interimistiskt beslut skall upphävas börjar således tiodagarsfristen att löpa från det datum då det interimistiska beslutet om upphävande meddelades. Om domstolen inte i avgörandet av överprövningsmålet interimistiskt förordnar att ett tidigare interimistiskt beslut skall upphävas gäller det interimistiska beslutet att upphandlingen inte får avslutas till dess avgörandet vunnit laga kraft eller högre rätt upphävt det interimistiska beslutet. När avgörandet vunnit laga kraft gäller inte längre någon tidsfrist.

Om en upphandlande enhet tillämpat bestämmelsen i 1 kap. 28 § och därefter avvaktat tio dagar kan enheten, utan hinder av att en ansökan om överprövning gjorts, avsluta upphandlingen. Detta förutsatt att ett upphandlingskontrakt också föreligger. När tiodagarsfristen löpt ut är det inte längre möjligt att begära överprövning. För att en leverantör skall kunna förhindra att upphandlingen avslutas i den mening som avses i den här aktuella bestämmelsen måste denne, i likhet med vad som gäller i dag, utverka ett interimistiskt beslut som innebär att upphandlingen inte

<sup>19</sup> EGT nr L124, 08/06/1971 s. 1-2.

får avslutas. Ett upphävande av ett interimistiskt beslut får till följd att en ny tidsfrist börjar löpa.

Kravet på upphandlingskontrakt enligt första meningen innebär att överprövning får ske även efter den tidpunkt då den i andra meningen föreskrivna tidsfristen löpt ut, om ett upphandlingskontrakt inte föreligger.

Om enheten inte är skyldig att lämna upplysningar enligt 1 kap. 28 § blir den här aktuella bestämmelsen i punkten 1 inte tillämplig. Den föreskrivna tidsfristen gäller således endast om det finns anbudssökande och andra anbudsgivare än den som tilldelats upphandlingskontraktet, se vidare kommentaren till 1 kap. 28 §. Även i en sådan situation gäller dock den i punkten 2 angivna tidsfristen om rätten upphäver ett interimistiskt beslut.

Om den upphandlande enheten underlåter att lämna upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket börjar den i punkten 1 föreskrivna tidsfristen inte att löpa. Om upplysningarna om tilldelningsbeslutet innehåller skäl för beslutet börjar dock tidsfristen att löpa även om en leverantör anser att ytterligare information är nödvändig för att bedöma riktigheten i beslutet. En förutsättning är emellertid att det är fråga om egentliga skäl för beslutet, se kommentaren till 1 kap. 28 §.

Den i tredje stycket föreskrivna tidsfristen gäller inte vid direktupphandling. Om förutsättningar för direktupphandling inte föreligger gäller såväl bestämmelsen i 1 kap. 28 § som tredje stycket i den här aktuella bestämmelsen. Vid otillåten direktupphandling kan en leverantör således begära överprövning av upphandlingen även om avtal slutits med en annan leverantör så länge kraven på upphandlingskontrakt och tidsfrist i tredje stycket inte är uppfyllda.

I ett nytt *fjärde stycke* görs undantag från den i tredje stycket föreskrivna tidsfristen. Undantag gäller enligt första meningen i fråga om upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, dvs. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget (tidigare artikel 223), om regeringen eller den upphandlande enhet regeringen bestämmer beslutat om det. Undantag från tidsfristen gäller även, enligt andra meningen, om det föreligger synnerlig brådska. Bakgrunden och syftet med dessa undantag behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.14). Även vid upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket och vid synnerlig brådska gäller det i tredje stycket första meningen angivna kravet på att upphandlingen skall avslutas med ett upphandlingskontrakt. Bestämmelsen om synnerlig brådska är avsedd att tillämpas restriktivt. Om det inte föreligger synnerlig brådska är upphandlingen inte avslutad i den mening som avses i den här aktuella paragrafen om det inte hunnit gå tio dagar från det att upplysningarna om tilldelningsbeslutet lämnades till anbudssökande och anbudsgivare.

## **7 kap. 2 §**

I paragrafen har ordet länsrätten ersatts med ordet rätten för att förtydliga att prövningen är densamma i samtliga instanser. Eftersom andra stycket innehåller en särreglering när det gäller interimistiska beslut är bestämmelsen i 28 § förvaltningsprocesslagen inte tillämplig.

**7 kap. 4 §**

Ett nytt andra stycke har införts. Bakgrunden till och syftet med bestämmelsen behandlas i den allmänna motiveringen (se avsnitt 5.15). Bestämmelsen innebär att det krävs prövningstillstånd enligt de förutsättningar som anges i 34 a § förvaltningsprocesslagen för att kammarrätten skall pröva ett överklagande av ett beslut som länsrätten meddelat i överprövningsmålet.

**7 kap. 8 §**

Genom hänvisningen till den tidpunkt som anges i 7 kap. 1 § andra-fjärde styckena har den tidpunkt fram till vilken överprövning kan ske blivit avgörande för beräkning av fristen för väckande av skadeståndstalan. Fristen för väckande av skadeståndstalan skall således räknas från den tidpunkt då det föreligger ett upphandlingskontrakt och det gått tio dagar från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet enligt 1 kap. 28 § första stycket. Andra regler gäller i vissa särskilda upphandlingar, se kommentaren till 7 kap. 1 §.

# Sammanfattning av Upphandlingskommitténs slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31)

Prop. 2001/02:142  
Bilaga 1

## **Kvalitetsfrågor i samband med offentlig upphandling**

Kommittén anser att det finns en stor potential för att förbättra kvaliteten i den offentliga upphandlingen. En förbättrad kvalitet i upphandlingsverksamheten leder till att skattebetalarna får mera värde för pengarna. Den förbättrade kvaliteten åstadkoms främst genom förbättrade kunskaper och metodutveckling. Härigenom förbättras regelefterlevnaden och affärsmässigheten på lång och kort sikt, Kommittén anser att det bör bildas ett permanent kvalitets- och utvecklingsråd för offentlig upphandling. Rådet kan bl.a. ta fram mallar för förfrågningsunderlag, kravspecifikationer och kontraktsvillkor för olika områden. Rådet kan sprida goda exempel och systematisera sådana exempel i handböcker för offentlig upphandling. Rådet är inte tänkt att vara en myndighet utan ett privaträttsligt organ med företrädare för upphandlande enheter och leverantörer.

## **Affärsmässighet**

Kommittén anser att den offentliga upphandlingen skall präglas av affärsmässighet. Detta innebär att en upphandlande enhet förfogar över en professionell och kompetent upphandlingsorganisation som följer regelverket och därutöver har förmåga att utnyttja marknaden för att uppnå de mål och förväntningar som beställare och medborgare kan ställa på offentlig upphandling. Kommittén gör bedömningen att lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) medger upphandlande enheter att ta vissa samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling. I vad mån detta är möjligt bestäms av EG-rätten.

## **Köp mellan kommun och kommunalt företag**

Kommittén föreslår att det under vissa förutsättningar skall öppnas möjlighet för en eller flera kommuner eller landsting att köpa och sälja till eller från helägda eller samägda (interkommunala) företag utan upphandlingsförfarande. Förutsättningarna är att företaget endast får ägas av kommuner eller landsting, att företaget är en upphandlande enhet och att kommunen eller landstinget kan visa att en anskaffning utan upphandlingsförfarande är motiverad av att det finns uppenbara samordningsfördelar mellan kommunen eller landstinget och det kommunala eller interkommunala företaget.



### *Offentlig upphandling - ett verktyg för att motverka diskriminering*

Enligt kommittén bör offentlig upphandling kunna användas för att motverka diskriminering. Så sker i många andra länder, däribland USA och Storbritannien. En förutsättning är självfallet att grundläggande EG-rättsliga principer iakttas, exempelvis principerna om fri rörlighet av varor och tjänster, om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och öppenhet.

### *Antidiskrimineringshänsyn kan tas i olika delar av upphandlingsprocessen*

Antidiskrimineringshänsyn utgör ett av flera sociala hänsyn. Sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn kan ha olika syften och kan enligt nuvarande reglering göras gällande i olika delar av upphandlingsprocessen.

Antidiskrimineringshänsyn kan tas genom att ställa krav på det som upphandlas. En förutsättning är att kraven är relevanta krav på utförandet av en vara eller en tjänst.

Antidiskrimineringshänsyn kan även tas i viss utsträckning i uteslutningsfasen genom att ställa upp uteslutningskriterier eller kvalifikationskriterier. Möjligheten att ta sådana hänsyn är dock begränsade när det gäller upphandling inom den klassiska sektorn, dvs. vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster. Vid upphandling inom försörjningssektorerna och vid sådan upphandling som ligger utanför det direktivstyrda området, dvs. upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster finns dock ett större utrymme till att ta sådana hänsyn.

EG-domstolens praxis ger stöd för slutsatsen att det är möjligt att i utvärderingsfasen ta sociala hänsyn som inte har en direkt koppling till det som upphandlas. Kommittén anser det dock vara förenat med vissa svårigheter att ta in icke-ekonomiska hänsyn som ett utvärderingskriterier. Skälet är att uppställda utvärderingskriterier skall ligga till grund för en bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Helt klart är att sociala villkor, exempelvis villkor rörande antidiskriminering, kan tas in i form av tillkommande kontraktvillkor. En förutsättning är att villkoren tas in i förfrågningsunderlaget och att de inte är diskriminerande. Begränsningen ligger dock i att sådana villkor inte får "exporteras", dvs. de får inte avse verksamhet som ligger utanför det land där den upphandlande enheten hör hemma.

Enligt kommissionens nuvarande tidsplan skall ett tolkningsmeddelande rörande möjligheten att ta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn presenteras i slutet av maj 2001. I tolkningsmeddelandet skall kommissionen klargöra i vilken utsträckning sådana hänsyn kan tas vid offentlig upphandling.

## Miljöhänsyn

Miljöhänsyn kan på motsvarande sätt som andra sociala hänsyn tas i skilda delar av upphandlingsprocessen. Enligt nuvarande tidsplan kommer kommissionen att presentera ett tolkningsmeddelande rörande miljöhänsyn vid offentlig upphandling under det första kvartalet 2001.

Enligt kommittén är det viktigt att upphandlande enheter utnyttjar den möjlighet som finns idag att ta miljöhänsyn som är kopplat till kontraktsföremålet. Detta kan ske genom utformningen av kravspecifikationen för det som upphandlas. Det kan även ske genom att vid upphandling av tjänster ställa krav på leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller genom att ta in bestämmelser i kontraktet, i form av tillkommande kontraktsvillkor rörande miljöhänsyn.

EG-domstolens praxis ger visserligen stöd för slutsatsen att det är möjligt att, på motsvarande sätt som gäller för sociala hänsyn i allmänhet, ta miljöhänsyn i utvärderingsfasen som inte är direkt kopplade till kontraktsföremålet. Enligt kommittén är det dock lämpligare om miljökrav i större utsträckning än vad som är möjligt i dag kan ställas upp som uteslutnings- eller kvalifikationskriterier och därmed kan föranleda till uteslutning av de leverantörer som inte lever upp till ställda krav.

## Överprövning av tilldelningsbeslut

*Tilldelningsbeslut skall kunna överprövas*

EG-domstolen har i Alcatel-målet slagit fast att det s.k. första rättsmedelsdirektivet innebär att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka ett undanröjande av beslutet om tilldelning av kontrakt, det s.k. tilldelningsbeslutet.

Den nuvarande regleringen i LOU och sekretesslagen (1980:100) innebär att det i praktiken inte är möjligt för en leverantör att få ett tilldelningsbeslut överprövat. I regel får en utomstående kännedom om tilldelningsbeslutet först sedan avtal slutits. När avtal slutits kan överprövning inte längre ske. Av detta skäl är det nödvändigt att den svenska lagstiftningen anpassas till de krav som rättsmedelsdirektiven ställer på den nationella lagstiftningen. I EG- domen erinras också om att den berörde kan ha rätt till skadestånd på grund av att direktivet införlivats felaktigt.

*Information till leverantörer*

Vi föreslår att upphandlande enheter skall vara skyldiga att på eget initiativ informera anbudssökande och anbudsgivare om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Upplysningar skall samtidigt lämnas om den dag då giltigt upphandlingskontrakt tidigast kan slutas och om möjligheten att ansöka om överprövning eller att väcka talan om skadestånd.

Information om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det skall även lämnas på begäran av varje leverantör som så begär. På

begäran skall sådana uppgifter därför lämnas till en potentiell leverantör som har rätt att ansöka om överprövning eller att begära skadestånd.

Prop. 2001/02:142  
Bilaga 1

#### *Formkrav för upphandlingsavtal*

Vi föreslår att formkravet för upphandlingsavtal tydliggörs i LOU. Det skall i definitionen av upphandlingskontrakt anges att det är skriftliga och egenhändigt undertecknade avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt lagen. Vi föreslår även ett tillägg som innebär att upphandlingskontrakt kan ingås i elektronisk form och att undertecknandet kan ske med en elektronisk signatur.

Vi föreslår vidare att det förs in ett krav på att upphandlingskontrakt får slutas först sedan en skälig tidsfrist gått, dock minst tio dagar från det att den upphandlande enheten lämnat sådan information, som vi föreslår att enheten på eget initiativ skall sända till anbudssökande och anbudsgivare om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen till det. Om formkraven för upphandlingskontrakt inte iakttagits är avtalet ogiltigt.

#### *Undantag från formkravet för upphandlingsavtal*

Vid vissa upphandlingar skall giltigt upphandlingsavtal kunna slutas utan krav på att det sker genom upphandlingskontrakt och utan krav på att det först gått en skälig tid sedan nämnda information lämnats. Undantagen gäller i de fall upphandling får ske utan annonsering. Undantaget gäller även vid direktupphandling och sådan upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskild begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget.

#### *Sekretess*

I dag får uppgifter som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts. Absolut anbudssekretess gäller således under denna tid och uppgifter som rör anbud eller motsvarande erbjudande får inte lämnas ut.

För att möjliggöra en överprövning av tilldelningsbeslut föreslår vi att den absoluta anbudssekretessen hävs redan när beslut om leverantör fattats. I likhet med vad som gäller nu bör den absoluta anbudssekretessen även kunna hävas om anbuden eller erbjudandena offentliggörs eller ärendet slutförs innan tilldelningsbeslutet fattas.

När den absoluta anbudssekretessen upphört får uppgifter som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom kommun eller landsting och uppgifter som gäller enskilda affärs- eller driftförhållanden i dag lämnas ut först sedan en sekretessprövning gjorts. Ett rakt skaderekvisit gäller såväl till skydd för det allmänna som till skydd för enskilda. Detta innebär att uppgifterna som huvudregel är offentliga men att ett

utlämnande inte får ske om det skulle innebära skada för det allmänna eller enskild.

Prop. 2001/02:142  
Bilaga 1

Vi föreslår att det införs en bestämmelse som innebär att uppgifter utan hinder av sådan sekretess får lämnas ut enligt vad som föreskrivs i LOU. Bestämmelsen tar sikte på sådan information som enheten enligt våra förslag skall vara skyldig att lämna såväl på eget initiativ till anbudssökande och anbudsgivare som den information enheten är skyldig att på begäran lämna till varje leverantör som så begär.

### **Lokal upphandling**

Kommittén har utrett i vad mån det är möjligt för en upphandlande enhet att ställa upp villkor för deltagande i en upphandling eller tillämpa utvärderingskriterier som innebär att den tar lokala hänsyn i den enskilda upphandlingen. Kommittén anser inte att det är möjligt enligt gemenskapsrätten och LOU och inte heller önskvärt att öppna möjligheter för ett direkt gynnade av lokala leverantörer. Det är emellertid redan idag möjligt att arbeta med långsiktiga konkurrensstrategier och att planera upphandlingar på sådant sätt att även mindre och medelstora leverantörer har möjligheter att delta i offentlig upphandling. Detta kan bland annat ske genom att, när detta kan ske, upphandla i "tårtbitar" och att separera upphandling av varor från upphandling av lagerhållning och distribution.

### **Ökad konkurrens genom positiv särbehandling**

Kommittén anser att det finns behov av att stimulera framväxten av nya leverantörer för att stärka konkurrenstrycket vid offentlig upphandling.

#### *Avknopningsstöd*

Kommittén förslår att det skall vara möjligt för en upphandlande enhet att inom ramen för 6 kap. LOU sluta avtal med en personalgrupp om att överlämna driften av en verksamhet till personalen utan föregående upphandlingsförfarande (avknoppning). Ett sådant avtal får inte slutas på längre tid än fem år. Därefter skall upphandling ske.

#### *Särskilda krav på leverantörer inom hälso- och sjukvård och socialtjänst*

Kommittén föreslår att upphandlande enheter skall ha möjlighet att föreskriva att leverantörer av tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänst inte får driva verksamhet i syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent. Motivet är att i de kommuner och landsting, som är tveksamma till vinstintressen inom vården och omsorgen, skall det vara möjligt att öka konkurrensutsättningen och andelen alternativa driftformer.

Kundvalssystem med check är i regel utformade på sådant sätt att privata utförare bedriver en kommunal verksamhet på uppdrag av kommunen. Uppdragsförhållandet medför att det föreligger upphandlingsskyldighet. Kommittén har övervägt att föreslå reglering av kundvalssystem i LOU eller i särskild lagstiftning. Kommittén har emellertid kommit fram till att kundvalssystem hänger intimt samman med vilka krav på styrning och kontroll som bör ställas på samhällsfinansierade välfärdstjänster och att kundvalssystem inte passar in i upphandlingslagstiftningens normsystem. Kommittén anser därför att kundvalssystem inom äldreomsorg, sjukvård, barnomsorg m.m. bör utredas i särskild ordning.

### **Direktupphandling**

Kommittén föreslår att utrymmet för direktupphandling skall öka genom att det i lagen införs en bestämmelse som slår fast att sju prisbasbelopp är ett lågt värde. Under detta värde skall varje upphandlande slå fast riktlinjer för vilka procedurregler som skall tillämpas. En upphandling får inte delas upp för att komma ned till detta belopp. Direktupphandling får även tillämpas om kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen eller om en upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänst inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ.

### **Riktlinjer för regeringens arbete inom EU**

I betänkandet ger kommittén förslag till kompletterande och nya riktlinjer för regeringens arbete med upphandlingsfrågor inom EU.

## 1 Förslag till lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

*dels* att 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § skall upphöra att gälla, *dels* att 1 kap. 5 §, 4 kap. 15 § och 6 kap. 1, 2 och 14 §§ skall ha följande lydelse,

*dels* att det i lagen skall införas sju nya bestämmelser, 1 kap. 6 a § och 27–30 §§ och 6 kap. 19 och 20 §§,

*dels* närmast före 1 kap. 27 och 30 §§ och 6 kap. 19 och 20 §§ rubriker av följande lydelse.

### *Nuvarande lydelse*

### *Föreslagen lydelse*

#### **1 kap.**

#### **5 §**

I denna lag används följande termer med den betydelse som här anges:

Upphandling: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

Upphandlande enhet: statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

Upphandlingskontrakt: skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag.

Upphandlingskontrakt: skriftliga *och egenhändigt undertecknade* avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag. *Undertecknande kan ske med en elektronisk signatur.*

Byggentreprenad: utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

Koncession: ett upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

Leverantör: den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

Ramavtal: avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

Formgivningstävling: sådan tävling som avses i 5 kap. 28 § och 6 kap. 18 §.

Förfrågningsunderlag: underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör.

Påskyndat förfarande: sådant förfarande som avses i 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 22 §.

Anbudsgivare: den som lämnar anbud.

Anbudssökande: den som ansöker om att få lämna anbud vid selektiv eller förhandlad upphandling eller urvalsupphandling.

Ansökningsinbjudan: underlag varigenom den upphandlande enheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud vid urvals-upphandling.

Öppen upphandling: upphandling där alla leverantörer får lämna anbud.

Selektiv upphandling: upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

Förhandlad upphandling: upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.

Förenklad upphandling: upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Urvalsupphandling: upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

Direktupphandling: upphandling utan krav på anbud.<sup>20</sup>

#### *Undantag från upphandlingsskyldighet i vissa*

##### *6 a §*

*Avtal mellan en eller flera kommuner eller landsting och sådana företag som avses i 3 kap. 17 § kommunallagen (1991:900) eller företag som ägs gemensamt av kommuner eller landsting (interkommunala företag) behöver inte föregås av ett upphandlingsförfarande om*

*1. leverantören är en upphandlande enhet enligt denna lag och*

*2. det finns uppenbara och dokumenterade samordningsför-*

<sup>20</sup> Senaste lydelse 2000:877.

*Information*

*27 §*

*En upphandlande enhet skall lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som så begär om varför hans ansökan eller anbud förkastats. Enheten skall lämna upplysningarna så snart som möjligt och senast inom 15 dagar från det att begäran kommit in.*

*28 §*

*När beslut om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om vem som tilldelats kontraktet och skälet till det. Enheten skall samtidigt lämna upplysning om den dag då giltigt upphandlingskontrakt med tillämpning av 30 § tidigast kan slutas och om möjligheten att enligt 7 kap. ansöka om överprövning eller väcka talan om skadestånd.*

*Enheten skall genast till den leverantör som så begär lämna upplysningar om vem som tilldelats upphandlingskontraktet och skälet till det.*

*29 §*

*Om en upphandlande enhet beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen skall enheten på begäran lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut.*

*Enheten skall vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om sitt beslut.*



## Upphandlingskontrakt

### 30 §

*Avtal om upphandling är ogiltigt om det inte slutits genom upphandlingskontrakt och först sedan en skälig tid, dock minst tio dagar, gått från det att den upphandlande enheten avsänt information som avses i 28 § första stycket.*

*Första stycket gäller inte vid upphandling i de situationer som avses i 2 kap. 11 §, 3 kap. 15 §, 4 kap. 16 § andra stycket eller 5 kap. 17 §.*

## 4 kap.

### 15 §

En upphandlande enhet skall annonsera sin upphandling om inte annat följer av 16 § andra stycket.

En enhet som avslutat en upphandling skall inom 60 dagar därefter meddela Europeiska gemenskapernas kommission hur upphandlingen har avslutats. Därvid skall enheten ange om den har förkastat ett anbud med stöd av 1 kap. 23 § första stycket eller av 26 § i detta kapitel eller tillämpat bestämmelserna i 15 a §. Enheten skall även ange de uppgifter, vars offentliggörande skulle motverka befogade affärs- och konkurrensintressen.

*En upphandlande enhet som bedriver en sådan verksamhet som anges i 8 a § första stycket 1–3 skall, om en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen begär det, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälen till att ansökan eller anbudet förkastats och om vem som fick upphandlingen och skälet till det.*

## 6 kap.

### 1 §

Bestämmelserna i detta kapitel tillämpas på

1. upphandling som avses i 2, 3 och 4 kap. och understiger de tröskelvärden som anges där,
2. upphandling av tjänster som avses i avdelning A i bilagan och understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap.,
3. upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan, oavsett värde,
4. upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, oavsett värde, och

5. upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster som avses i 5 kap. 1 § andra stycket 3, oavsett värde.

*Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§.*

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§ och, med undantag för upphandling i situationer som avses i 2 b § och upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, även 1 kap. 28 och 30 §§ vid förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Vid upphandling för verksamhet som anges i 4 kap. innefattar termen ”upphandlande enhet” de företag som framgår av 4 kap. 1 § andra stycket.

Vid upphandling av tjänster enligt detta kapitel för verksamhet som avses i 4 kap. gäller 4 kap. 4 a §.

## 2 §

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, såsom synnerlig brådskas orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten.

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Direktupphandling får användas om

1. upphandlingens värde är lågt,
2. *kostnaderna för en upphandling överstiger värdet av upphandlingen,*
3. upphandling av tjänster som innefattar hälso- och sjukvårdstjänster eller socialtjänster inte är ändamålsenlig eller riskerar att försämra kvaliteten i vården eller omsorgen för en enskild individ,
4. synnerlig brådskas föreligger som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten, eller om
5. det finns synnerliga skäl.

En upphandlings värde skall anses vara lågt om den understiger sju prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. *En upphandling får inte delas upp i syfte att komma ned till detta belopp.*

*Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användningen av direktupphandling.*

*Den upphandlande enheten skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.*

14 §

När ett anbud har antagits skall den upphandlande enheten underätta anbudsgivaren om detta snarast möjligt, *dock senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren.*

När ett anbud har antagits skall den upphandlande enheten underätta anbudsgivaren om detta snarast möjligt.

Anbudsgivare vars anbud inte har antagits skall snarast möjligt underrättas om detta.

*Överlämnande av verksamhet utan föregående upphandling*

19 §

*En upphandlande enhet får sluta avtal om överlämnande av verksamhet utan föregående upphandlingsförfarande med anställda eller av anställda bildad juridisk person i fråga om uppgift som de anställda fullgjort.*

*Ett avtal om överlåtelse av verksamhet gäller under högst fem år.*

*Särskilda bestämmelser vid upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänst*

20 §

*Vid upphandling av tjänster avseende hälso- och sjukvård eller socialtjänst får den upphandlande enheten uppställa som krav att utförandet av tjänsten endast får överlämnas till ett bolag, en förening, en stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent.*

*Avtal får inte slutas enligt första stycket med företag som bildats med stöd av kommunallagen (1991:900)*

---

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002. De nya bestämmelserna i 1 kap. 27 - 30 §§ och ändringarna i 4 kap. 15 § och 6 kap. 1 och 14 §§ gäller inte för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002.

Bestämmelserna i 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § gäller Prop. 2001/02:142  
fortfarande för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002. Bilaga 2

Härigenom föreskrivs att 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen (1980:100) skall ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **6 kap.**

#### **2 §**

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Angår ärendet *upphandling* eller *angår* det försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra. *Utan hinder av sekretess får uppgift lämnas till enskild enligt vad som föreskrivs i lagen (1992: 1528) om offentlig upphandling.*

Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts. *Angår ärendet upphandling får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.*

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har förflutit från det avtalet slöts.

## **8 kap.**

### **10 §**

Sekretess gäller hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild, som i annat fall än som avses i 8 och 9 §§ har trätt i affärsförbindelse med myndigheten, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sekretess gäller också hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild som har trätt i affärsförbindelse med bolag, förening, samfällighet eller stiftelse som driver affärsverksamhet och vari det allmänna genom myndigheten utövar ett bestämmande inflytande eller bedriver revision, om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sekretessen hos en myndighet som bedriver sådan revision gäller dock inte, om uppgiften ingår i beslut av myndigheten.

*Utan hinder av sekretess får uppgift lämnas till enskild enligt vad som föreskrivs i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.*

Har uppgift, för vilken sekretess gäller enligt första stycket, lämnats till annan myndighet. Gäller sekretessen också där. Sekretessen gäller dock inte, om uppgiften ingår i beslut av den mottagande myndigheten.

Regeringen kan för särskilt fall förordna om undantag från sekretessen, om det finner det vara av vikt att uppgiften lämnas.

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt kommunal affärsverksamhet fem år, har förflutit från det avtalet slöts.

---

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002. Lagen gäller inte för upphandlingar som påbörjats före den 1 juli 2002.

Yttrande över Upphandlingskommitténs slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31) har efter remiss lämnats av: Svea hovrätt, Linköpings tingsrätt, Kammarrätten i Göteborg, Länsrätten i Stockholms län, Statskontoret, Kommerskollegium, Försvarets materielverk, Handikappombudsmannen, Ekonomistyrningsverket, Riksrevisionsverket, Riksskatteverket, Nämnden för offentlig upphandling, Konsumentverket, Verket för högskoleservice, Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Diskrimineringsombudsmannen, Banverket, Vägverket, Rikstrafiken, Luftfartsverket, Arbetsmarknadsstyrelsen, Arbetslivsinstitutet, ILO-kommittén, Jämställdhetsombudsmannen, Närings- och teknikutvecklingsverket, Konkurrensverket, Rådet (N 1997:08) för konkurrens på lika villkor, Glesbygdsverket, Borlänge kommun, Botkyrka kommun, Gislaveds kommun, Gävle kommun, Göteborgs kommun, Kalmar kommun, Kiruna kommun, Linköpings kommun, Ronneby kommun, Stockholms kommun, Sollentuna kommun, Örebro kommun, Östersunds kommun, Landstinget Gävleborg, Landstinget Kronobergs län, Stockholms läns landsting, Västra Götalandsregionen, Landstinget Västernorrlands län, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet, Byggentreprenörerna, Föreningen Kooperativ Utveckling i Sverige, Företagarnas riksorganisation, Landsorganisationen i Sverige, Organisationen för inköp och logistik, Svensk Handel, Föreningen Svenskt Näringsliv, Svensk Teknik och Design, Sjukvårdsleverantörernas förening, Sveriges offentliga inköpare, Sveriges Akademikers Centralorganisation, Svenska kommunalarbetareförbundet, Tjänstemännens Centralorganisation och Vårdförbundet.

Yttranden har vidare inkommit från: Tjänsteforum vid Högskolan i Gävle, Folkrorelserådet hela Sverige ska leva, Sveriges läkarförbund, Näringslivets Nämnd för Regelgranskning, Konkurrenskommissionen, Norrlandsförbundet, Göteborgs universitet, Praktikertjänst AB, Omega, Kooperativa institutet, Handikappförbundens samarbetsorgan, Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag, Förbundet Djurens rätt, Privatvårdens Arbetsgivarförbund, Sociala Kooperativ-projektet, Arbetsgivaralliansen och KFUK-KFUM:s riksförbund.

Regeringen har följande förslag till lagtext.

## Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

Härigenom föreskrivs att 6 kap. 2 § sekretesslagen (1980:100) skall ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **6 kap.**

#### **2 §<sup>21</sup>**

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra. Angår ärendet *upphandling eller angår det försäljning av lös egendom för det allmännas räkning*, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Vad som nu har sagts om tjänst avser dock inte arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en *myndighet*, en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet

<sup>21</sup> Senaste lydelse 1994:694.



förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

Prop. 2001/02:142  
Bilaga 4

*Angår ärendet upphandling får uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en myndighet, en kommun eller ett landsting inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbuden eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.*

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har förflutit från det avtalet slöts.

---

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002. Äldre föreskrifter gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1992:1528) om offentlig upphandling<sup>22</sup>

*dels* att 2 kap. 7 a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 § skall upphöra att gälla,  
*dels* att 1 kap. 3, 5 och 12 §§, 4 kap. 15 §, 6 kap. 1, 2, 6, 7 och 14 §§ och 7 kap. 1, 2, 4 och 8 §§ skall ha följande lydelse,

*dels* att det i lagen skall införas fem nya paragrafer, 1 kap. 18 b §, 19 a § och 27–29 §§, samt närmast före 1 kap. 18 b § och 27 § en ny rubrik av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **1 kap.**

#### **3 §**

Denna lag gäller inte

1. upphandlingsförfaranden som överenskommits i ett internationellt avtal mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande staterna,

2. upphandlingsförfaranden som överenskommits i ett avtal beträffande stationering av militär personal, eller

3. upphandlingsförfaranden som överenskommits i en internationell organisation.

För följande upphandlingar gäller endast bestämmelserna i 6 kap., nämligen

1. upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och

2. upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 223 i Romfördraget.

#### **5 §<sup>23</sup>**

I denna lag används följande termer med den betydelse som här anges:

*Upphandling*: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, bygg-entreprenader eller tjänster.

*Upphandlande enhet*: statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144).

<sup>22</sup> Lagen omtryckt 1997:1068.

<sup>23</sup> Senaste lydelse 2000:877.

*Upphandlingskontrakt:*  
skriftliga avtal som en  
upphandlande enhet ingår  
avseende upphandling enligt  
denna lag.

*Upphandlingskontrakt:*  
skriftliga avtal som en  
upphandlande enhet ingår  
avseende upphandling enligt  
denna lag. *Avtalet skall  
undertecknas av parterna eller  
signeras av dem med en  
elektronisk signatur.*

*Byggentreprenad:* utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

*Koncession:* ett upphandlingskontrakt avseende byggentreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

*Leverantör:* den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

*Ramavtal:* avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

*Formgivningstävling:* sådan tävling som avses i 5 kap. 28 § och 6 kap. 18 §.

*Förfrågningsunderlag:* underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör.

*Påskyndat förfarande:* sådant förfarande som avses i 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 22 §.

*Anbudsgivare:* den som lämnar anbud.

*Anbudssökande:* den som ansöker om att få lämna anbud vid selektiv eller förhandlad upphandling eller urvalsupphandling.

*Ansökningsinbjudan:* underlag varigenom den upphandlande enheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud vid urvals-upphandling.

*Öppen upphandling:* upphandling där alla leverantörer får lämna anbud.

*Selektiv upphandling:* upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

*Förhandlad upphandling:* upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.

*Förenklad upphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

*Urvalsupphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

*Urvalsupphandling:* upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud. *Den upphandlande enheten får förhandla med en eller*

12 §

Om förfrågningsunderlaget innehåller en teknisk beskrivning av föremålet för upphandlingen skall beskrivningen göras med hänvisning till

1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. ett sådant europeiskt tekniskt godkännande av en produkts lämplighet som gjorts av ett organ som godtagits av EES-länderna, eller
  1. en teknisk specifikation som utformats enligt ett förfarande som godtagits av EES-länderna och som publicerats i Europeiska gemenskapernas officiella tidning.

*Den upphandlande enheten får hänvisa till kriterier för miljömärken om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information*

Första stycket gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser och dessa överensstämmer med gemenskapsrätten.

*Särskilda kontraktsvillkor*

18 b §

*En upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Vid upphandling enligt 2-5 kap. skall sådana villkor anges i annonsen om upphandling. Vid upphandling enligt 6 kap. skall villkoren anges i förfrågningsunderlaget om de inte har angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan.*

19 a §

*En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått upplysningar som avses i 28 §.*

*Upplysningar*

27 §

*Vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. eller vid förenklad upphandling eller urvalsupphandling enligt 6 kap. skall en upphandlande enhet till den anbudssökande eller*

*anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om varför hans ansökan eller anbud förkastats.*

*Upplysningar enligt första stycket skall lämnas inom 15 dagar från det att begäran kom in. Om beslut om leverantör och anbud fattats skall upplysningarna dock lämnas genast eller så snart det är möjligt från det att begäran kom in.*

#### 28 §

*När beslut om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det.*

*Sådana upplysningar skall lämnas genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som begär det.*

#### 29 §

*Om en upphandlande enhet vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. har beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen skall enheten på begäran lämna upplysningar till anbudsgivare eller anbudssökande om skälen för sitt beslut. Enheten skall underrätta Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om sitt beslut.*

### **4 kap.**

#### 15 §<sup>24</sup>

En upphandlande enhet skall annonsera sin upphandling om inte annat följer av 16 § andra stycket.

En enhet som avslutat en upphandling skall inom 60 dagar därefter meddela Europeiska gemenskapernas kommission hur upphandlingen har avslutats. Därvid skall enheten ange om den har förkastat ett anbud med stöd av 1 kap. 23 § första stycket eller av 26 § i detta kapitel eller tillämpat bestämmelserna i 15 a §. Enheten skall även ange de uppgifter,

<sup>24</sup> Senaste lydelse 1998:1432.

vars offentliggörande skulle motverka befogade affärs- och konkurrensintressen.

En upphandlande enhet som bedriver en sådan verksamhet som anges i 8 a § första stycket 1–3 skall, om en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen begär det, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen, skälen till att ansökan eller anbudet förkastats *och om vem som fick upphandlingen och skälet till det.*

Prop. 2001/02:142  
Bilaga 4

En upphandlande enhet som bedriver en sådan verksamhet som anges i 8 a § första stycket 1–3 skall, om en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen begär det, så snart som möjligt lämna upplysningar om resultatet av upphandlingen *och* skälen till att ansökan eller anbudet förkastats.

## 6 kap.

### 1 §<sup>25</sup>

Bestämmelserna i detta kapitel tillämpas på

1. upphandling som avses i 2, 3 och 4 kap. och understiger de tröskelvärden som anges där,

2. upphandling av tjänster som avses i avdelning A i bilagan och understiger det tröskelvärde som anges i 5 kap.,

3. upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan, oavsett värde,

4. upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, oavsett värde, och

5. upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller satellittjänster som avses i 5 kap. 1 § andra stycket 3, oavsett värde.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§.

Vid upphandling som avses i detta kapitel gäller 1 kap. 1–6 §§ *och 18 b §. Vid förenklad upphandling och urvalsupphandling gäller även 1 kap. 27 och 28 §§.*

Vid upphandling för verksamhet som anges i 4 kap. innefattar termen ”upphandlande enhet” de företag som framgår av 4 kap. 1 § andra stycket.

Vid upphandling av tjänster enligt detta kapitel för verksamhet som avses i 4 kap. gäller 4 kap. 4 a §.

### 2 §<sup>26</sup>

Upphandling skall göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, *såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller*

Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

<sup>25</sup> Senaste lydelse 2000:877.

<sup>26</sup> Senaste lydelse 2000:877.

beror på den upphandlande enheten. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

Prop. 2001/02:142  
Bilaga 4

*En upphandlings värde skall anses vara lågt om det understiger fem prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. En upphandling får inte delas upp i syfte att detta värde skall underskridas.*

*Den upphandlande enheten skall fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.*

#### 6 §<sup>27</sup>

I annonsen enligt 2 a §, skrivelsen enligt 2 b § eller förfrågningsunderlaget enligt 3 § skall anges

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast skall ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbudet skall vara bindande.

*En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått upplysningar som avses i 1 kap. 28 §.*

#### 7 §

Försändelser med anbud skall, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Anbudet skall föras upp i en förteckning, som skall bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta skall betalas av den som framställt begäran.

Vid förenklad upphandling som angetts innefatta förhandling får försändelserna öppnas och anbudet förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbudet skall öppnas samtidigt eller, om det finns synnerliga skäl, allteftersom de kommer in.

Vid förenklad upphandling och *urvalsupphandling* som angetts innefatta förhandling får försändelserna öppnas och anbudet förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbudet skall öppnas samtidigt eller, om det finns synnerliga skäl, allteftersom de kommer in.

<sup>27</sup> Senaste lydelse 2000:877.

14 §

*När ett anbud har antagits skall den upphandlande enheten underätta anbudsgivaren om detta snarast möjligt, dock senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren.*

*Anbudsgivare vars anbud inte har antagits skall snarast möjligt underrättas om detta.*

*I de fall 1 kap. 28 § inte är tillämplig skall den upphandlande enheten, när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.*

**7 kap.**

1 §

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

*En ansökan enligt första stycket får inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.*

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

*Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.*

*Vid annan upphandling än direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas*

*1. till dess att tio dagar gått från det att*

- a) den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller*
- b) rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävde det beslutet, och*

*2. under förutsättning att det inte är fråga om*

- a) upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket om regeringen föreskrivit om eller i det enskilda fallet beslutat på sådant sätt som sägs i 6 kap. 17 § att denna*



*tidsfrist inte skall gälla,  
eller*

*upphandling som är absolut  
nödvändig att genomföra med  
synnerlig brådska, orsakad av  
omständigheter som inte kunnat  
förutses och inte heller kan  
hänföras till den upphandlande  
enheten.*

## 2 §

Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall *länsrätten* besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får *länsrätten* vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

*Länsrätten* får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. *Länsrätten* får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall *rätten* besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Om det är fråga om en upphandling som avses i 4 kap., får *rätten* vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

*Rätten* får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. *Rätten* får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

## 4§

En ansökan enligt 1 § skall göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist.

*Prövningstillstånd krävs vid  
överklagande till kammarrätten.*

## 8 §

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den *dag då avtal om upphandlingen slöts*. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den *tidpunkt som anges i 1 § andra och tredje styckena*. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2002.

Prop. 2001/02:142

2. Äldre föreskrifter gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Bilaga 4

Prövningstillstånd enligt 7 kap. 4 § andra stycket krävs inte vid överklagande av beslut som fattats före ikraftträdandet.

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-03-01—04

**Närvarande:** f.d. regeringsrådet Karl-Ingvar Rundqvist, regeringsrådet Marianne Eliason, justitierådet Severin Blomstrand.

Enligt en lagrådsremiss den 21 februari 2002 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100), lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av ämnesrådet Charlotte Hedberg och rättssakkunniga Helena Rosén Andersson.

Förslagen föranleder följande yttrande av *Lagrådet*:

## Förslaget till lag om ändring i sekretesslagen

I 6 kap. 2 § sekretesslagen regleras den s.k. upphandlingssekretessen. Remissens förslag innebär att det nuvarande första stycket delas upp på tre olika stycken. Det nya *första stycket* består av de två första meningarna i det nuvarande första stycket med oförändrad lydelse.

I första styckets tredje mening regleras för närvarande dels ärenden om upphandling, dels ärenden om försäljning av lös egendom för det allmännas räkning. Dessa bestämmelser delas upp på två stycken.

I det nya *andra stycket* regleras försäljning av lös egendom för det allmännas räkning. Denna reglering fick sin nuvarande lydelse genom SFS 1994:694 (prop. 1993/94:188, bet.1993/94:KU 40). Då utvidgades bestämmelsen från att ha omfattat försäljning av lös egendom för det allmännas räkning genom anbud till att också gälla "motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting". I propositionen uttalades följande (s. 91):

Sekretessen i upphandlingsärenden gäller /alltså/ uppgifter om anbud. Med anbud avses enligt vedertaget juridiskt språkbruk erbjudande om att sluta avtal. Ett erbjudande från en myndighet till en annan myndighet i samma kommun eller landsting att utföra en tjänst utgör inte ett anbud i avtalsrättslig mening. En kommunal myndighet är inte ett självständigt rättssubjekt utan den är ett organ för kommunen som i sin tur är ett sådant rättssubjekt. En myndighet inom en kommun eller ett landsting kan således inte träffa ett civilrättsligt bindande avtal med en annan kommunal myndighet inom samma kommun. En strikt tolkning efter ordalydelsen när det gäller regeln om absolut sekretess i upphandlingsärenden innebär att erbjudanden från en myndighet till en annan myndighet inom samma kommun inte omfattas av den absoluta handlingssekretessen. Enligt vår mening saknas det anledning att behandla sådana "interna" anbud i ett upphandlingsförfarande på något annat sätt än externa anbud. Frågan huruvida sådana uppgifter kan lämnas ut bör lika lite som när det gäller uppgifter om externa anbud vara beroende av en skadeprövning. Vi föreslår att ett tillägg görs till 6 kap.

2 § första stycket av innebörd att absolut sekretess skall gälla för erbjudanden som lämnas inom en kommun eller ett landsting.

I lagrådsremissen har införts en komplettering så att till bestämmelsen fogats också "myndighet". Ändringen har motiverats med att samma synsätt måste gälla för interna anbud inom en myndighet (s. 46). Som förslaget utformats omfattar det såväl statliga som kommunala myndigheter. Enligt Lagrådets mening torde såvitt gäller statliga myndigheter kanske en vanligare situation vara att "anbud" ges mellan olika myndigheter, dvs. "inom staten" i parallellitet med den situation som reglerats såvitt avser kommuner och landsting. Enligt Lagrådets mening bör bestämmelsen kompletteras så att även denna situation omfattas.

I författningskommentaren (s. 78) har påpekats att med myndighet avses även sådana organ som vid tillämpning av reglerna i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen jämställs med myndighet (jfr 1 kap. 8 och 9 §§ sekretesslagen). Med uttalandet torde åsyftas att även dessa organ kommer att omfattas av den föreslagna regleringen. Det förhållandet att de enligt sekretesslagen är att betrakta som myndigheter torde dock inte påverka t.ex. ett kommunalt bolags möjlighet att sluta ett sedvanligt civilrättsligt avtal med den kommun som har det bestämmande inflytandet i bolaget. Ett sådant avtal lär därför komma att omfattas av absolut sekretess redan av den reglering som gäller för anbud.

I sammanhanget finner också Lagrådet anledning att påpeka att orden "inom en kommun eller ett landsting" i den gällande lydelsen avses hänföra sig enbart till "motsvarande erbjudande" och inte till "anbud" (se prop. 1993/94:188 s. 90 f.). Detta kan förtydligas genom att orden "som rör" läggs till framför ordet "motsvarande".

Lagrådet föreslår att det nya andra stycket inleds enligt följande: "Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har ....."

I det nya *tredje stycket* regleras upphandling. I lagrådsremissen föreslås en vidgad upplysningsskyldighet i förhållande till anbudssökande och anbudsgivare i en upphandling, vilket har samband med den möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslut som föreslås i remissen (1 kap. 28 § LOU). Samtidigt med denna utvidgning förs de nuvarande bestämmelserna om skyldigheten att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats samman i en ny bestämmelse, 1 kap. 27 §, och utvidgas till att också gälla utanför det direktivstyrda området.

För att möjliggöra denna upplysningsskyldighet ändras reglerna såvitt gäller absolut sekretess, så att denna sekretess i ärenden om upphandling upphör redan när beslut om leverantör och anbud fattats istället för som idag när avtal har slutits. Även efter dessa tidpunkter gäller dock sekretess för uppgifterna enligt ett rakt skaderekvisit.

Enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen gäller sekretess i bl.a. upphandlingsärenden av hänsyn till den enskildes ekonomiska förhållanden; även här med ett rakt skaderekvisit. Dessutom krävs det att det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada.

Presumtionen är således för offentlighet både enligt huvudregeln i 6 kap. 2 § och enligt 8 kap.10 §.

Upphandliskommittén föreslog att den eventuella konflikten mellan sekretessreglerna och upplysningsskyldigheten skulle regleras på det sätt som är vanligt i detta sammanhang; nämligen att sekretessbestämmelserna skulle kompletteras med bestämmelser om att, utan hinder av sekretessen, uppgifter kunde lämnas till enskild enligt vad som föreskrevs i LOU (jfr 1 kap. 2 § sekretesslagen).

Dessa förslag – som inte mötte några erinringar bland remissinstanserna – har dock inte förts fram i lagrådsremissen. Regeringen har motiverat detta (s. 52 f.) med att uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet i regel torde kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. En lämplig avvägning mellan förlorande leverantörens rätt att få information om tilldelningsbesluten och den vinnande leverantörens och den upphandlande enhetens intresse av att känsliga uppgifter inte lämnas ut till andra förutsätter enligt regeringens bedömning, att enheten gör en sekretessprövning när den bestämmer innehållet i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Endast med en sådan reglering är, enligt regeringen, offentliggörandet av uppgifter som rör anbud eller erbjudanden innan avtal sluts förenligt med Sveriges åtaganden gentemot EU eftersom det i direktiven föreskrivs exempelvis att ett meddelande om avslutad upphandling inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Regeringen hänvisar till t.ex. artikel 9.3 i Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (varudirektivet).

Lagrådet ifrågasätter om den i remissen föreslagna ordningen ändå inte kan leda till att en konflikt mellan upplysningsskyldigheten i LOU och sekretessreglerna uppstår. Det kan inte uteslutas att en motivering till ett beslut kräver att uppgifter om andra anbud redovisas och att dessa uppgifter skulle kunna anses omfattade av sekretess eftersom de kan tänkas komma att påverka kommande anbuds-förfaranden.

Den föreslagna ordningen kommer också att medföra att anbudsgivare där kommunen har det rättsligt bestämmande inflytandet och anbudsgivare av rent privaträttslig karaktär kan komma att behandlas olika. Som Lagrådet omnämnt ovan skall bolag, stiftelser m.fl. där kommuner och landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande vid tillämpningen av sekretesslagen jämföras med myndigheter (1 kap. 9 § första stycket sekretesslagen). Detta innebär att i de fall den upphandlande enheten är en kommun och den anbudsgivare som har rätt till upplysningar ett kommunalt bolag är det i den nu aktuella situationen inte reglerna i 6 respektive 8 kap. sekretesslagen som skall tillämpas utan de i 14 kap. 1 § andra meningen. Enligt denna bestämmelse hindrar sekretess inte att uppgift lämnas till en annan myndighet om uppgiftsskyldigheten följer av lag eller förordning. Gentemot det kommunala bolaget skall således inte någon sekretess komma att gälla.

Regeringen har påpekat att en mindre omfattande sekretessreglering än den föreslagna kan vara svårförenlig med EG-direktiven. Samtidigt bör framhållas att ett gynnande i detta hänseende av anbudsgivare där det

allmänna utövar ett bestämmande inflytande knappast låter sig förena med den EG-rättsliga regleringen på upphandlingsområdet.

Lagrådet är därför närmast av uppfattningen att Upphandlingskommitténs förslag i denna del bör följas.

Under alla förhållanden bör den ändring som Lagrådet föreslagit i andra stycket göras också i detta stycke.

### Förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

#### 1 kap. 12 §

I paragrafen, som nu innehåller bestämmelser om hur tekniska beskrivningar skall göras i förfrågningsunderlaget, föreslås ett nytt andra stycke av innebörd att den upphandlande enheten får hänvisa till kriterier för miljömärken, om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Enligt författningskommentaren innebär bestämmelsen att det är möjligt att ställa krav på att de produkter m.m. som upphandlas skall uppfylla kriterier för miljömärkning som har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Bestämmelsen fastställer enligt kommentaren EG-kommissionens tolkningsmeddelande angående miljökrav vid offentlig upphandling. I allmänmotiveringen sägs att förslaget inte innebär någon ändring av gällande rätt, utan är ett förtydligande.

Paragrafen reglerar inte i sin nuvarande lydelse vilka tekniska krav som en upphandlande enhet får ställa. Vad som föreskrivs är hur tekniska krav – bestämda med stöd av andra regler – får uttryckas i förfrågningsunderlaget genom hänvisning till tekniska standarder o.d.

På motsvarande sätt föreskriver inte heller det föreslagna nya stycket enligt sin lydelse vilka miljökrav som får ställas. Vad som gäller i det hänseendet får utläsas av andra bestämmelser. Under föredragningen har hänvisats till 1 kap. 4 och 22 §§, samtidigt som det har påpekats att kraven kan variera mellan olika faser av upphandlingsförfarandet. Det föreslagna andra stycket föreskriver endast hur uppställda miljökrav skall få uttryckas genom hänvisning till kriterier för miljömärken. Därvid skall endast vissa kriterier få komma i fråga. Vilka dessa är blir inte lätt att avgöra, eftersom begränsningen grundar sig på det oklara begreppet vetenskaplig information.

Genom förslaget uppnås således inte det angivna syftet, nämligen att reglera möjligheten att ställa upp miljökrav i ett upphandlingsförfarande. Eftersom ingen saklig ändring av gällande rätt avses, torde den föreslagna bestämmelsen kunna undvaras. Bestämmelsen grundar sig för övrigt inte på något remissbehandlat lagförslag. Lagrådet anser sig inte kunna tillstyrka förslaget.

Om bestämmelsen trots Lagrådets synpunkter införs, bör en hänvisning till den tas in i 6 kap. 1 § andra stycket.

#### 1 kap. 18 b §

I denna nya paragraf under nya rubriken "Särskilda kontraktsvillkor" föreslås en regel som anger att upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. I anslutning härtill föreskrivs

att sådana villkor skall anges i annonsen om upphandling vid upphandling enligt 2 – 5 kap. och i förfrågningsunderlaget vid upphandling enligt 6 kap. för fall då villkoren inte angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan.

Enligt författningskommentaren innebär den föreslagna regleringen bl.a. följande. Den medför inte någon ändring av gällande rätt utan utgör i stället ett förtydligande av att det är möjligt att ställa särskilda villkor för hur det uppdrag som upphandlingskontraktet avser skall utföras. Benämningen särskilda kontraktsvillkor beror på att det är fråga om villkor som inte ligger till grund för utvärderingen av anbud. Sådana villkor tillkommer utöver utvärderingskriterierna för val av leverantör och utgör en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera. Anbud där ett på vederbörligt sätt angivet villkor inte accepteras av anbudsgivaren skall på den grunden inte antas.

Vad gäller bakgrunden till förslaget framgår av lagrådsremissen i huvudsak följande. Frågan om vilka möjligheter det finns att uppställa särskilda kontraktsvillkor har på senare tid aktualiserats i anslutning till ett tolkningsmeddelande i oktober 2001 av EG-kommissionen om sociala hänsyn i offentlig upphandling. Av meddelandet kan utläsas bl.a. att sociala mål kan främjas genom användning av kontraktsvillkor avseende utförandet av upphandlingskontrakt, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Frågan har vidare berörts i ett förslag till nya upphandlingsdirektiv som kommissionen har lagt fram. Möjligheten att vid offentlig upphandling beakta antidiskrimineringshänsyn har behandlats i några svenska utredningsbetänkanden, senast i det betänkande av Upphandlingskommittén som i delar ligger till grund för lagrådsremissens förslag.

Det som sålunda framhållits i remissen om bakgrundsförhållandena ger vid handen att det i vart fall tidigare har förelegat oklarhet huruvida och i vad mån sociala och andra likartade hänsyn kan beaktas vid offentlig upphandling. Genom tolkningsmeddelandet från kommissionen men också genom resultatet av Upphandlingskommitténs arbete synes ökad klarhet ha vunnits så att problemställningen numera väsentligen är koncentrerad till vilka krav som måste ställas på anknytning mellan å ena sidan särskilda kontraktsvillkor om t.ex. sociala hänsyn och å andra sidan det som själva upphandlingen gäller.

Vad som följaktligen kan invändas mot förslaget är att en ny lagreglering införs utan att man därmed åsyftar att förändra rådande rättsläge. Regleringen är också mycket allmänt hållen och den preciserar inte i vilka hänseenden som särskilda villkor får ställas upp. En bestämning görs dock såtillvida att de särskilda kontraktsvillkoren skall gälla hur upphandlingsuppdraget skall genomföras, vilket torde innefatta ett krav på viss anknytning mellan villkoren och det som upphandlingen avser. Vad detta anknytningskrav innebär utvecklas i författningskommentaren främst genom hänvisning till att kontraktsvillkoren måste vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och EG-fördragets regler om den inre marknaden. Det betyder enligt kommentaren att ett särskilt villkor skall vara proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt, varför villkoret sannolikt endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas.

Lagrådet vill för sin del sätta i fråga om en lagreglering av föreslagen utformning, grundad på tämligen vaga motivuttalanden, bidrar till att för upphandlande enheter och leverantörer klargöra var gränserna går för vad som kan tillåtas som särskilda kontraktsvillkor. Problemet med bristande tydlighet i detta avseende kan inte heller anses få en från lagstiftningssynpunkt tillfredsställande lösning som följd av det uppdrag som enligt remissen nyligen har lämnats till Nämnden för offentlig upphandling om att ta fram vägledande exempel på sådana antidiskrimineringsklausuler som kan användas såsom särskilda villkor i upphandlingskontrakt. För Lagrådets tveksamhet inför den föreslagna regleringen är det också av betydelse att det inte har funnits något utarbetat lagförslag från Upphandlingskommitténs sida på vilket remissinstanserna har kunnat ge synpunkter. Lagrådet vill tillägga att det ter sig motiverat att iaktta försiktighet inför att i nuvarande skede söka gripa in med lagstiftning på nationell nivå när det gäller sådana EG-rättsliga frågeställningar som här är fallet. Med hänsyn till det anförda kan Lagrådet inte tillstyrka att regleringen införs.

I systematiskt hänseende vill Lagrådet anmärka att den föreslagna regleringen i paragrafen delvis tar sikte på upphandling som avses i 6 kap. För sådan upphandling gäller enligt 1 kap. 2 § andra stycket endast 6 kap. och de bestämmelser i 1 och 5 kap. till vilka hänvisas i 6 kap. samt 7 kap. 1 – 10 §§. Med hänsyn härtill bör en eventuell reglering i fråga om särskilda villkor vid detta slag av upphandling ha sin plats i 6 kap. i stället för i 1 kap.



Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 27 mars 2002

Närvarande: statsministern Persson, ordförande, och statsråden Hjelm-Wallén, Thalén, Ulvskog, Lindh, Sahlin, von Sydow, Pagrotsky, Östros, Messing, Engqvist, Rosengren, Lejon, Lövdén, Ringholm, Bodström, Sommestad

Föredragande: Bosse Ringholm

---

Regeringen beslutar proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

Författningsrubrik	Bestämmelser som inför, ändrar, upphäver eller upprepar ett normgivningsbemyndigande	Celexnummer för bakomliggande EG-regler
Lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling	1 kap. 3 §	392L0050 393L0036 393L0037 och 393L0038
	1 kap. 5 §	392L0050 393L0036 393L0037 och 393L0038
	1 kap. 27 §	392L0050 393L0036 och 393L0037
	1 kap. 28 §	392L0050 393L0036 393L0037 och 393L0038
	1 kap. 29 §	392L0050 393L0036 och 393L0037
	2 kap. 7a §	393L0036
	3 kap. 11 §	393L0037
	4 kap. 15 §	393L0038 och 398L0004
	5 kap. 13 §	392L0050
	7 kap. 1 §	389L0665 och 392L0013
	7 kap. 2 §	389L0665 och 392L0013
	7 kap. 8 §	389L0665 och 392L0013