

Förslag om nya regler i upphandlingslagstiftningen

Här följer en sammanfattning av regeringens förslag till nya rättsmedel och förenklingar som rör offentlig upphandling:

I regeringens proposition *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* föreslås att en rad nya regler införs i upphandlingslagstiftningen. De föreslagna lagändringarna rör främst överprövningsprocessen i upphandlingsmål. Bland annat föreslås en så kallad avtalsspärr, som är ett förbud för upphandlande myndighet och enhet att ingå avtal direkt efter ett tilldelningsbeslut. Det ska, enligt förslaget, även bli möjligt att ogiltigförklara upphandlingskontrakt som ingåtts i strid med lagen. En helt ny sanktion, upphandlingsskadeavgift, som kan dömas ut av förvaltningsdomstol efter ansökan av Konkurrensverket, föreslås också.

De nya reglerna föreslås träda i kraft den 15 juli 2010. I det följande redogörs för några av de mer centrala nyheterna i regeringens lagförslag.

Avtalsspärr

När en upphandlande myndighet eller enhet har meddelat tilldelningsbeslut inträder en avtalsspärr, som är ett förbud mot att ingå avtal under viss tid. Om tilldelningsbeslutet meddelas till leverantörerna elektroniskt (t ex via e-post) gäller avtalsspärren i minst tio dagar. Om tilldelningsbeslutet meddelas på annat sätt (t ex via traditionellt brev), eller både elektroniskt och på annat sätt, gäller avtalsspärren i minst 15 dagar.

Avtalsspärren räknas från och med dagen efter att meddelandet om tilldelningsbeslut har skickats.

Avtalsspärrens längd måste alltid anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan ålägga sig själv en längre avtalsspärr än tio respektive 15 dagar, men inte en kortare. I det fall myndigheten eller enheten i underrättelsen om tilldelningsbeslutet anger en längre avtalsspärr gäller denna, både som ett förbud mot att ingå avtal och som en bortre tidsgräns för när leverantör senast kan ansöka om överprövning av upphandlingen.

Om en leverantör begär överprövning av en upphandling i förvaltningsrätten innan en gällande avtalsspärr har löpt ut, börjar en förlängd avtalsspärr att gälla automatiskt. Den förlängda avtalsspärren syftar till att möjliggöra en domstolsprövning av upphandlingar och innebär – på motsvarande sätt som avtalsspärren – ett förbud mot att ingå avtal. Det krävs inget särskilt yrkande från leverantören för att den förlängda avtalsspärren ska börja gälla i förvaltningsrätten. Den förlängda avtalsspärren gäller under målets handläggning i förvaltningsrätten och upphör att gälla tio dagar efter att domstolen har avgjort målet.

I vissa situationer börjar ingen avtalsspärr att gälla, bl.a. vid direktupphandlingar och vid avrop från ramavtal. Upphandlande myndigheter och enheter kan emellertid i vissa situationer frivilligt iaktta en avtalsspärr för att undvika att ett ingånget avtal ska kunna ogiltigförklaras.

Den förlängda avtalsspärren gäller bara i första instans, dvs. i förvaltningsrätten. I kammarrätt och i Regeringsrätten krävs ett formellt interimistiskt beslut från domstolen för att avtal inte ska kunna ingås innan överprövningen avslutats.

Förvaltningsrätten kan i undantagsfall besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Om en upphandlande myndighet eller enhet tecknar kontrakt i strid med en avtalsspärr kan det leda till att kontraktet ogiltigförklaras och att myndigheten eller enheten åläggs att betala en upphandlingsskadeavgift.

Möjlighet begära ogiltighet av ingångna avtal

Avtal mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska kunna ogiltigförklaras av domstol efter ansökan av leverantör. En talan om ogiltighet förs i allmän förvaltningsdomstol – förvaltningsrätt, kammarrätt och Regeringsrätten.

Avtal kan ogiltigförklaras vid otillåtna direktupphandlingar, dvs. när ett avtal har ingåtts med en leverantör utan att det skett någon annonsering, trots att avtalet rätteligen skulle ha föregåtts av ett annonserat förfarande enligt LOU eller LUF.

Avtal kan även ogiltigförklaras om det har tecknats i strid med en avtalsspärr, förlängd avtalsspärr eller ett interimistiskt beslut. Om en ansökan om överprövning av en upphandling redan har hunnit göras innan avtalet ingås kan

leverantören justera sin talan i målet till att avse ogiltighet av avtalet. Likaså kan kontrakt inom ett ramavtal, som tillkommit efter en förnyad konkurrensutsättning som har genomförts på ett felaktigt sätt, ogiltigförklaras om leverantören som begär överprövning har lidit eller kan komma att lida skada.

Reglerna om ogiltighet omfattar alla former av ingångna avtal som normalt skulle ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande. Avtal som inte omfattas av LOU eller LUF berörs inte av bestämmelserna om ogiltighet.

Följden av att ett avtal ogiltigförklaras blir att alla prestationer som hunnit utbytas mellan avtalsparterna ska återgå. Om detta inte är möjligt ska förmögenhetsläget återställas. En leverantör som har ingått avtal med en upphandlande myndighet eller enhet som senare ogiltigförklaras kan ha rätt till skadestånd av myndigheten eller enheten.

Undantag från ogiltighet

En upphandlande myndighet eller enhet kan genom en så kallad *frivillig förhandsinsyn* annonsera om sin avsikt att direktupphandla. Annonserna ska publiceras på motsvarande sätt som sedvanliga upphandlingsannonser. En avtalsspärr om tio eller 15 dagar löper efter publiceringen. Under denna period kan leverantörer begära överprövning av upphandlingen och avtal får inte tecknas mellan myndigheten eller enheten och leverantören.

Om ingen ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten innan avtalsspärren har löpt ut, kan det direktupphandlade avtalet därefter inte ogiltigförklaras.

Genom att i förväg öppet tillkännage sin avsikt att direktupphandla och iaktta en avtalsspärr kan upphandlande myndigheter och enheter således undvika att riskera ogiltigförklaring av direktupphandlade kontrakt.

Vid avrop från *ramavtal med förnyad konkurrensutsättning* kan den upphandlande myndigheten eller enheten skicka en motiverad underrättelse om tilldelningsbeslutet till leverantörerna i ramavtalet och därefter iaktta en avtalsspärr. Om ingen ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten innan avtalsspärren har löpt ut, kan avtalet därefter inte ogiltigförklaras.

Om det finns *tvångande hänsyn till ett allmänintresse* kan domstol besluta att avtalet får bestå även om avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling eller har tecknats i strid med en avtalsspärr, förlängd avtalsspärr eller ett interimistiskt beslut. Undantaget ska tillämpas restriktivt och det är den som åberopar undantag från ogiltighet som har bevisbördan för att det föreligger tvångande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga, såsom kostnader för förseningar, nytt upphandlingsförfarande, byte av leverantör och rättsliga skyldigheter i samband

med ogiltighet, ska normalt sett inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett samhällsintresse.

Olika slags överprövningar – olika tidsfrister för ansökan

I och med de nya reglerna kommer tre olika slags överprövningar att regleras i upphandlingslagstiftningen. Det gäller delvis olika tidsfrister för leverantörer att lämna in ansökan till domstol vid dessa olika överprövningar. Den så kallade söndagsregeln i lagen om lagstadgad tid ska tillämpas vid beräkningen av avtalsspärrens och tiodagarsfristens längd samt tidsfristerna för ansökan om överprövning. Söndagsregeln innebär att tidsfrister som skulle löpa ut på en lördag, söndag eller annan helgdag förlängs till nästkommande vardag.

Överprövning av upphandling

Överprövning av upphandling motsvarar traditionella överprövningar enligt LOU och LUF. Vid tidpunkten för ansökan om överprövning har upphandlingen inte avslutats. I mål om överprövning av upphandling kan domstolen vid bifall av en ansökan antingen förordna att upphandlingen ska göras om eller att någon form av rättelse ska göras i upphandlingen.

I de situationer då en avtalsspärr inträder ska en ansökan om överprövning av en upphandling ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren. När avtalsspärren har löpt ut får ingen överprövning av upphandlingen ske, oavsett om avtal mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör har ingåtts eller inte. Att en leverantör har begärt överprövning av en upphandling innan avtalsspärren har löpt ut och en förlängd avtalsspärr därmed börjat gälla, medför inte att en annan leverantör kan ansöka om överprövning av samma upphandling efter att den ordinarie avtalsspärren har löpt ut. Varje ansökan om överprövning av en upphandling måste alltså komma in till förvaltningsrätten innan den ordinarie avtalsspärren har löpt ut.

Om ingen avtalsspärr börjar gälla (t.ex. vid direktupphandlingar och avrop från ramavtal) får överprövning av upphandling inte ske efter att avtal har ingåtts. I sådana situationer är alltså möjligheten att begära överprövning av upphandlingen direkt beroende av när avtalet ingås.

Begäran om ogiltighet av avtal

När ett ingånget avtal mellan en upphandlande myndighet eller enhet och leverantör överprövas innebär det vid bifall att avtalet förklaras civilrättsligt ogiltigt. En överprövning av avtals giltighet ska som huvudregel komma in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Det finns emellertid två undantag från denna sexmånadersfrist. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har skickat en efterannons till EU-kommissionen ska en ansökan om överprövning av avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten inom 30 dagar från det att annonsen har publicerats av kommissionen. Om den

upphandlande myndigheten har underrättat samtliga anbudssökande och anbudsgivare om att avtalet har slutits och angett skälen för detta, t.ex. vid en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal, ska en ansökan om överprövning av avtalets giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten inom 30 dagar från det att underrättelsen skickats ut.

Överprövning av beslut att avbryta upphandling

Överprövning av beslut att avbryta en upphandling innebär att domstolen prövar om den upphandlande myndigheten eller enheten haft sakliga skäl att avbryta en pågående upphandling. En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten med ett elektroniskt medel (t.ex. e-post) har skickat ut underrättelse om beslutet att avbryta upphandlingen och angett skälen för beslutet. Om underrättelsen har skickats på ett annat sätt (t.ex. med traditionellt brev) ska ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från utskickandet. Till skillnad från vad som gäller vid överprövning av upphandling kan den upphandlande myndigheten eller enheten inte själv förlänga fristen att begära överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling.

Upphandlingsskadeavgift på talan av Konkurrensverket

Ett nytt 17 kapitel införs i LOU och LUF som ger Konkurrensverket befogenhet att föra talan i allmän förvaltningsdomstol att en upphandlande myndighet eller enhet ska åläggas att betala en så kallad upphandlingsskadeavgift, som är en sanktionsavgift som tillfaller staten.

Upphandlingsskadeavgift kan dömas ut om det har skett en otillåten direktupphandling, dvs. när ett avtal har ingåtts med en leverantör utan att det skett någon annonsering trots att avtalet rätteligen skulle ha föregåtts av ett annonserat förfarande enligt LOU eller LUF. Vid otillåten direktupphandling får Konkurrensverket själv avgöra om en ansökan om utdömande av upphandlingsskadeavgift ska ske, en så kallad *fakultativ* ansökan.

Konkurrensverket måste ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift, en så kallad *obligatorisk* ansökan, om en domstol vid en överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att avtalet får bestå trots att det har tecknats i strid med en avtalsspärr eller förlängd avtalsspärr, eller om en domstol vid en överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att avtalet rätteligen bör ogiltigförklarats, men att det får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett samhällsintresse.

Upphandlingsskadeavgiften får inte överstiga tio procent av det aktuella upphandlingskontraktets värde och den maximala avgiften som kan dömas ut är tio miljoner kronor. Vid beräkningen av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte påföras. Avgiften får efterges om det föreligger synnerliga skäl.

Upphandlingsskadeavgift kan, till skillnad från talan om ogiltighet, dömas ut vid otillåtna direktupphandlingar även om den upphandlande myndigheten eller enheten har genomfört en frivillig förhandsinsyn.

Konkurrensverket får inte gå till domstol omedelbart efter att en otillåten direktupphandling har genomförts. De föreslagna reglerna är utformade så att det för ett och samma upphandlingskontrakt inte samtidigt ska kunna pågå mål om ogiltighet och mål om upphandlingsskadeavgift.

Enligt huvudregeln har leverantörer sex månader på sig att ansöka om överprövning av direktupphandlade avtals giltighet, men i vissa situationer är leverantörers tidsfrist 30 dagar. Om ingen ansökan om ogiltighet görs av leverantör kan Konkurrensverket ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift först när sexmånadersfristen respektive 30-dagarsfristerna har löpt ut.

Om en ansökan om ogiltighet av avtal görs av leverantör måste Konkurrensverket istället invänta att detta mål har avgjorts och vunnit laga kraft innan en ansökan om upphandlingsskadeavgift får göras.

Ansökan om upphandlingsskadeavgift ska – om ingen leverantör ansökt om ogiltighet – göras senast inom ett år från det att upphandlingskontraktet slöts. Om en leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet ska Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift göras inom sex månader från det att avgörandet i ogiltighetsmålet vunnit laga kraft.

Den upphandlande myndighet eller enhet som ingått avtalet blir motpart till Konkurrensverket i mål om upphandlingsskadeavgift. Om domstolen bestämmer att en upphandlingsskadeavgift ska dömas ut ska den upphandlande myndigheten eller enheten med egna medel betala avgiften.

Nya upphandlingsförfaranden

Konkurrenspräglad dialog

Upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog är ett komplement till redan befintliga former av upphandling. Förfarandet präglas av att det innefattar möjlighet för den upphandlande myndigheten att föra en dialog med utvalda leverantörer i syfte att identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst ska kunna tillgodoses.

Avsikten är att konkurrenspräglad dialog ska vara en flexibel procedur för tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt när ett öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt. Konkurrenspräglad dialog får användas när det är omöjligt att utforma någon mer exakt specifikation, samt i de fall när det inte går att utforma specifikationer som gör det möjligt att värdera alla lösningar som marknaden kan erbjuda. Förfarandet är möjligt att använda när

den upphandlande myndigheten i stort känner till vilket slutresultat som ska uppnås, men där myndigheten inte i förväg kan fastställa hur resultatet ska uppnås på bästa sätt i form av t.ex. finansiering, rättsfrågor eller tekniska lösningar.

Konkurrenspräglad dialog får användas oavsett om upphandlingen avser byggtreprenader, varor eller tjänster.

Elektronisk auktion

Det införs regler om elektronisk auktion. Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.

En elektronisk auktion får genomföras efter att en utvärdering av anbudet har gjorts. En elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande utan kan ingå som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Ett av de krav som ska vara uppfyllda för att elektroniska auktioner ska få användas är att kontrakt kan tilldelas direkt med ledning av resultatet av auktionen. Förfrågningsunderlaget och tilldelningskriterierna behöver därför fastställas med stor noggrannhet.

Fasta beloppsgränser för direktupphandling

Begreppet "lågt värde" ersätts med fasta beloppsgränser som anges i lagtexten. I LOU ska direktupphandling få användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster. I LUF ska direktupphandling få användas om kontraktets värde uppgår till 15 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster.

I LOU går direktupphandlingsgränsen därmed vid kontrakt med ett värde om cirka 287 000 kronor och samma belopp gäller för alla upphandlande myndigheter, d v s både stat, kommun, landsting och offentligt ägda bolag. Direktupphandlingsgränsen i LUF går vid ett kontraktsvärde om cirka 577 000 kronor.

De nya fasta beloppsgränserna innebär att kravet på upphandlande myndigheter och enheter att vid behov anta riktlinjer för när direktupphandling på grund av lågt värde får användas tas bort. Direktupphandlingsgränserna i LOU och LUF gäller vid upphandling av såväl byggtreprenader som varor och tjänster.

Andra förändringar

Det införs regler om *inköpscentraler*. Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller för upphandlande enheter,

eller medverkar vid en upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter. En upphandlande myndighet eller enhet ska få anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral.

Det införs en målsättningsbestämmelse i LOU och LUF om att *miljöhänsyn* och *sociala hänsyn* bör beaktas där upphandlingens art motiverar detta. Bestämmelsen syftar till att uppmuntra upphandlande myndigheter och enheter att utnyttja de möjligheter att ta sådana hänsyn som finns i både LOU och LUF.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ansvara för att hämta in *uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten* om att en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter, istället för att leverantören själv ska lämna in dessa uppgifter.

En upphandlande myndighet eller enhet ska vid öppet förfarande *få begränsa kontrollen* av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar som rör anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet och redlighet. Kontrollen behöver endast omfatta den leverantör som myndigheten eller enheten har för avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ramavtal med, eller, vid selektivt eller förhandlat förfarande, de leverantörer som erbjuds att delta i anbudsgivning eller förhandling. Anbudsgivaren ska tillhandahålla bevisen innan den upphandlande myndigheten eller enheten underrättar anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet respektive påbörjar anbudsgivning eller förhandling.

En bestämmelse om att leverantörer har rätt att *åberopa annans kapacitet* införs i 15 kapitlet LOU och LUF.

Ramavtal med alla villkor fastställda som upphandlas enligt 15 kapitlet LOU ska få ingås med ett *valfritt antal leverantörer*. För upphandlingar inom det direktivstyrda området gäller dock fortfarande kravet på att antalet antagna leverantörer i ett ramavtal med alla villkor fastställda enligt huvudregeln ska vara minst tre till antalet.