

Till Socialdepartementet

2014-10-23

S2014/5301/RU

S2014/5303/RU

**REMISSYTTRANDE ÖVER GENOMFÖRANDEUTREDNINGENS  
DELBETÄNKANDE NYA REGLER OM UPPHANDLING (SOU 2014:51) OCH  
DEPARTEMENTSPROMEMORIAN NYA REGLER OM UPPHANDLING  
(DS 2014:25)**

**LINDAHLS FÖRSLAG**

Advokatfirman Lindahls remissyttrande är utformat mot bakgrund av advokatfirmans helhetsperspektiv för upphandlingslagstiftningen. Det innebär att vi inte lämnar några synpunkter på systematiken i lagstiftningen, detaljer eller sådana frågor som ytterst utgör ett politiskt beslut.

Lindahl delar utredningens förslag att direktiven ska genomföras i svensk lag som är direktivnära utformad. Yttrandet är inriktat mot de delar av upphandlingsregelverket som Lindahl bedömer att det är mest angeläget att förbättra och effektivisera och som därför utgör sådant som den svenska lagstiftaren behöver prioritera. Lindahl tillstyrker eller har inte något att erinra mot utredningens förslag om inte något annat anges.

Lindahl använder för enkelhetens skull endast begreppet "upphandlande myndighet" och det omfattar då även upphandlande enheter inom försörjningssektorn i detta yttrande.

Lindahl får, utöver det som Lindahl föreslår i detta remissyttrande, hänvisa till de fyra principiellt viktiga förbättringsförslag som Lindahl har lämnat i det inledande kapitlet till Norstedts Juridiks kommentar till lagen om offentlig upphandling, till vilken Lindahls advokater är författare, och till de förslag till förbättringar och behov av översyn som Lindahl har tagit in i kommentarerna till enskilda paragrafer i kommentaren. I den elektroniska uppdateringen av lagkommentaren (Zeteo) finns ytterligare förbättringsförslag och Lindahl föreslår att lagstiftaren tar del även av dem. Lindahl kommer även att publicera en kommentar till lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF).

Lindahls kontaktperson för remissyttrandet är advokaten Helena Rosén Andersson: [helena.rosen-andersson@lindahl.se](mailto:helena.rosen-andersson@lindahl.se) eller 0708-964463.

## UNDANTAG FRÅN UPPHANDLINGSDIREKTIVEN – AVTAL MELLAN VISSA PARTER (AVSNITT 2)

### In house-avtal och andra avtal mellan upphandlande myndigheter

**Lindahls förslag:** Lagstiftaren bör klargöra hur verksamhetskriteriet ska beräknas i in house-reglerna. Lagstiftaren bör klargöra att in house-undantaget även kan tillämpas för t.ex. kommunala stiftelser. Lagstiftaren bör besluta om tilläggsdirektiv till utredningen om en kommunallag för framtiden att se över kommunallagens regler i syfte att säkerställa att kommunallagen överensstämmer med upphandlingsdirektivens bestämmelser om avtalad samverkan mellan offentliga aktörer. Lagstiftaren bör i samband härmed även se över reglerna om förbud mot offentlig säljverksamhet i konkurrenslagen. Lagstiftaren bör meddela särskilda övergångsregler vad gäller de bestämmelser som rör avtal mellan vissa parter så att den nya lagstiftningen blir tillämplig även för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet av de nya reglerna.

#### Skälen för Lindahls förslag

I skälen p. 32 i LOU-direktivet finns en skrivning som innebär att verksamhetskriteriet innebär att den kontrollerade juridiska personen ska genomföra mer än 80 % av sin verksamhet ”i och med fullgörandet av de uppgifter som den anförtrots”. Skrivningen i skälen ger utrymme för en vid tolkning och väcker frågan om verksamhetskriteriet kan vara uppfyllt redan genom att en upphandlande myndighet överlämnar en viss angelägenhet till en annan juridisk person förutsatt att den överlämnade verksamheten uppgår till minst 80 % av den kontrollerade enhetens verksamhet. I ett sådant fall skulle verksamhetskriteriet alltid vara uppfyllt när en kommun lämnar över uppdraget att handha en viss angelägenhet åt t.ex. ett aktiebolag, trots att aktiebolaget är verksamt på en öppen och konkurrensutsatt marknad. Lagstiftaren bör klargöra hur verksamhetskriteriet ska bedömas i det här avseendet.

Av artikel 12.5 i LOU-direktivet och artikel 28.5 i LUF-direktivet framgår att verksamhetskriteriet ska beräknas utifrån den berörda juridiska personen. Av EU-kommissionens klagobeslut mot Sverige (Public procurement – Sweden – Waste Management – EU Pilot 6385/14/MARK) framgår emellertid att det kan finnas situationer där koncernbolag ska anses utgöra samma ekonomiska enhet och att verksamhetskriteriet därmed ska beräknas utifrån koncernens samlade verksamhet. En sådan situation skulle exempelvis kunna föreligga när koncernbolagen delar på kapitalkrävande anläggningstillgångar eller när det sker resultatutjämnning mellan koncernbolagen genom koncernbidrag. Om en koncern bedöms utgöra samma ekonomiska enhet omöjliggörs förmodligen en uppdelning av koncernverksamheten som har skett i flera svenska koncerner idag, dels i bolag som bedriver verksamhet mot ägaren med stöd av in-house, dels i bolag som bedriver verksamhet ut mot marknaden. Mot den bakgrunden bör lagstiftaren klargöra hur verksamhetskriteriet ska beräknas. Lagstiftaren bör även i förekommande fall klargöra vad som krävs för att en uppdelning av en koncerns verksamhet i olika bolag ska anses tillräcklig för att bolagen inte ska anses utgöra samma ekonomiska enhet.

## *Stiftelser*

Den svenska lagstiftaren uttalade i samband med införandet av in house-undantaget i LOU att kontrollkriteriet med största sannolikhet inte kan vara uppfyllt i förhållande till en stiftelse, se prop. 2011/12:106. Skälet för det skulle vara att stiftarens möjligheter att utöva ett bestämmande inflytande över en stiftelses strategiska mål och viktiga beslut är små. Lindahl menar att den slutsatsen kan ifrågasättas, särskilt vad gäller stiftelser stiftade av kommuner. Kommunala stiftelser står ofta under en hög grad av kontroll av kommunen genom kommunens styrelserepresentation i stiftelsen. Ändamålet för den verksamhet som bedrivs i stiftelsen kan som regel inte heller ändras sedan stiftelsen bildats. Vidare finns det inte några uttryckliga EU-rättsliga hinder mot att tillämpa in house-undantaget i förhållande till stiftelser. Exempelvis har den danska konkurrensmyndigheten för s.k. selvejende institutioner, vilka i huvudsak motsvarar svenska stiftelser, kommit fram till att kontrollkriteriet kan vara uppfyllt, se SOU 2011:43, s. 336 f. Lagstiftaren bör därför på nytt se över om in house-undantaget kan vara tillämpligt vid t.ex. en kommuns anskaffningar från en stiftelse som kommunen utser styrelsen i och som har till uppgift att huvudsakligen bedriva verksamhet mot kommunen.

### *Offentlig samverkan för utförande av offentliga tjänster av allmännyttig karaktär*

Eftersom avtalad offentlig samverkan för utförande av offentliga tjänster av allmännyttig karaktär blir möjlig enligt artikel 12.4 i LOU-direktivet och artikel 28.4 i LUF-direktivet och det medför ett behov att se över bl.a. lokaliseringsprincipen i kommunallagen bör regeringen utfärda ett tilläggsdirektiv till utredningen om en kommunallag för framtiden att utreda den bestämmelsens tillämpningsområde i förhållande till den kommande nya kommunallagsregleringen. I samband med en sådan översyn bör även reglerna om förbud mot offentlig säljverksamhet ses över. Om offentliga organ ska ha möjlighet att ensamma eller tillsammans i en offentlig samverkan utföra offentliga tjänster av allmännyttig karaktär i en omfattning som motsvarar 20 % av verksamheten bör samma procentsats godtas vid tillämpning av konkurrenslagens regler om förbud mot offentlig säljverksamhet.

### *Särskilda övergångsregler*

Lagstiftaren bör meddela särskilda övergångsregler för tillämpningen av de bestämmelser som genomför artikel 12 i LOU-direktivet och artikel 28 i LUF-direktivet. Dessa bestämmelser bör – i likhet med den tidigare övergångsregleringen av in house-regler – omfatta även upphandling av avtal där upphandlingen har påbörjats före den nya lagens ikraftträdande.

## ALLMÄNNA BESTÄMMELSER (AVSNITT 3)

### Principer för upphandling (avsnitt 3.2)

**Lindahls förslag:** Överensstämmer med utredningens.

#### Skälen för Lindahls förslag

##### *Allmänna principer (avsnitt 3.2.4)*

Lindahl delar utredningens förslag att bestämmelserna om principer för upphandling ska införas i sin helhet.

Lindahl anmärker att det inte är självklart att sådant konkurrensbegränsande beteende som avses i artikel 18.1 andra stycket LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket LUF-direktivet täcks av dagens principer.

Det fanns redan i 2004 års direktiv en konkurrensskyldighet avseende ramavtal, som inte genomfördes i svensk lagstiftning. Konkurrensverket fann i ett yttrande, dnr 285/2012, rörande SKL Kommentus Inköpscentral upphandling av kopieringsmaskiner, att den bestämmelsen hade direkt effekt då den inte hade genomförts i svensk rätt, och inte täcktes av övriga principbestämmelser. Konkurrensverket har där uttalat att konkurrensprincipen i 2004 års LOU-direktiv artikel 32.2 femte stycket ställde andra och mer långtgående krav än vad som följer av de nuvarande svenska upphandlingsrättsliga principerna. Det synsättet delades av Kammarrätten i Göteborg i mål nr 6411-08. Det finns därför anledning att i svensk rätt införa även principen om konkurrensskyldighet i 18.1 andra stycket LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket LUF-direktivet så att den principen har tydligt genomförts i svensk rätt.

##### *Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (avsnitt 3.2.4)*

Förslagen bygger på ett politiskt ställningstagande som Lindahl inte har anledning att ha synpunkter på utöver vad som framgår nedan, se nedan under rubriken "Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt".

### Sekretess (avsnitt 3.4)

**Lindahls förslag:** Bestämmelserna om sekretess i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag. Lagstiftaren ska förtydliga vad som gäller när en upphandling avslutas för att enligt 4 kap. 2 eller 5 § LOU respektive 4 kap. 2 LUF § övergå till förhandlat förfarande.

#### Skälen för Lindahls förslag

Lindahl föreslår ett genomförande av direktivens sekretessbestämmelser i svensk lagstiftning, då de inte i sin helhet omfattas av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och därmed riskerar att få direkt effekt om de inte genomförs.

##### *Informationssäkerhet*

De nya bestämmelserna om informationssäkerhet i artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet täcks inte av offentlighets- och sekretesslagen. Bestämmelserna om sekretess i offentlighets- och sekretesslagen tar sikte dels på leverantörens intresse av att sekretessbelägga uppgifter och dels myndighetens ekonomiska intresse. De nya direktivbestämmelserna om informations-

säkerhet tar sikte på all typ av information som myndigheten har ett intresse av att sekretessbelägga. Denna information behöver inte alltid vara av ekonomisk eller affärsmässig karaktär, och omfattas då inte av 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen.

Bestämmelserna reglerar också vilka krav upphandlande myndigheter kan ställa på leverantörer för att skydda sekretessbelagd information, inte endast vilken information som får lämnas ut.

Det är sammanfattningsvis inte ändamålsenligt att genomföra aktuella artiklar endast genom offentlighets- och sekretesslagen.

Regler om vilka krav en upphandlande myndighet kan ställa på anbudsgivare angående informationssäkerhet finns redan genomförda i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Motsvarande regler bör införas även i LOU och LUF, för att genomföra artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet.

#### *Övergång till förhandlat förfarande*

Lindahl uppmärksammar lagstiftaren att den behöver förtydliga vad som gäller i situationen när en upphandling avslutas för att enligt 4 kap. 2 eller 5 § LOU respektive 4 kap. 2 § LUF övergå till förhandlat förfarande. Att den tidigare upphandlingen avslutas innebär enligt vår mening att den absoluta anbudssekretessen enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen upphör att gälla. Det följer av att den absoluta anbudssekretessen upphör om ärendet har slutförts innan ett tilldelningsbeslut eller ett beslut att avbryta upphandlingen har fattats. När den absoluta anbudssekretessen upphör att gälla kan sekretess alltså föreligga till skydd för det allmännas ekonomiska intresse, enligt 19 kap. 3 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen, eller till skydd för enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, enligt 31 kap. 16–17 §§ offentlighets- och sekretesslagen. För dessa två bestämmelser tillämpas som huvudregel ett s.k. rakt skaderekvisit, med vilket förstås att handlingarna som huvudregel är offentliga.

Med hänsyn till att den senare upphandlingen rör samma kontrakt föremål som den tidigare upphandlingen finns emellertid skäl för lagstiftaren att överväga om inte ett omvänt skaderekvisit bör tillämpas i just denna situation. Enligt vår mening bör en stark presumtion råda för att sekretess ska gälla för uppgifter om leverantörens ekonomiska förhållande i anbudsansökningar och anbud i den tidigare upphandlingen, och att denna presumtion för sekretess bör gälla fram till dess att myndigheten har meddelat tilldelningsbeslut i den senare upphandlingen. Om inte någon lagändring sker i förtydligande syfte i offentlighets- och sekretesslagen bör lagstiftaren i förarbeten klargöra att sekretess presumeras i den situation då den upphandlande myndigheten övergår till ett förhandlat förfarande med tillämpning av den här aktuella bestämmelsen.

## Intressekonflikter (avsnitt 3.6)

**Lindahls förslag:** Bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet bör genomföras genom föreskrifter i lag.

### Skälen för Lindahls förslag

Lindahl anser att bestämmelserna om intressekonflikter i upphandlingsdirektiven bör införas i svensk rätt, då jävsbestämmelserna i förvaltningslagen (1986:223) inte är tillräckliga. Förvaltningslagen är tillämplig på myndigheter, men inte på t.ex. statliga och kommunala aktiebolag. Trots att artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet enligt sin ordalydelse endast tar sikte på upphandlande myndigheter täcks alltså inte detta begrepp i sin helhet av förvaltningslagens jävsbestämmelser. De allmänna principerna kan inte heller omfatta alla de intressekonflikter som avses i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet.

Effekterna av jäv kan bli stora för både leverantörer och upphandlande myndigheter, exempelvis om upphandlingen tvingas rättas eller göras om. Därför bör lagstiftaren tydligt reglera jävssituationen i upphandlingslagstiftningen.

## UPPHANDLINGSFÖRFARANDETS GÅNG (AVSNITT 6)

### Uppdelning av kontrakt i delar (avsnitt 6.2)

**Lindahls förslag:** Lindahl föreslår att bestämmelserna om tilldelning av kombinerade delar av ett uppdelat kontrakt genomförs i svensk rätt.

### Skälen för Lindahls förslag

Lindahl anser att den upphandlande myndigheten bör kunna ges möjlighet att tillämpa metoden tilldelning av kombinerade delar av ett uppdelat kontrakt när det visar sig att en tilldelning del för del skulle ge avsevärt mindre fördelaktiga lösningar än om en och samma leverantör tilldelas en kombination av kontraktet. Att i svensk upphandlingslagstiftning genomföra ytterligare en tilldelningsmetod skulle medföra en mer flexibel upphandlingslagstiftning. Enligt vår uppfattning skulle den samlade tilldelningsmetoden utöka den upphandlande myndighetens handlingsutrymme att dra nytta av de konkurrensfördelar och stor-driftsfördelar som en leverantör kan ha i förhållande till en annan leverantör.

## KVALITATIVA URVALSKRITERIER ENLIGT LOU-DIREKTIVET (AVSNITT 7)

### Utnyttjande av andra enheters kapacitet (avsnitt 7.8)

**Lindahls förslag:** Bestämmelserna om grupper av leverantörer i artikel 63.1 fjärde stycket och 63.2 i LOU-direktivet bör genomföras genom särskilda föreskrifter i lag om utnyttjande av andra enheters kapacitet.

### Skälen för Lindahls förslag

Lindahl har inget att erinra mot utredningens förslag om utnyttjande av andra enheters kapacitet. Lindahl anser dessutom att reglerna om grupper av leverantörer också ska införas i lag. Lindahl anser således inte att bestämmelser om grupper av leverantörer när det gäller utnyttjande av andra företags kapacitet är överflödiga utan tvärtom att den har betydelse ur ett transparensperspektiv. Där-

till blir det allt vanligare att leverantörer lämnar anbud i grupp och kunskapen om vad som gäller när leverantörer lämnar anbud i grupp är inte alltid omfattande. Övriga bestämmelser om utnyttjande av andra enheters kapacitet i artikel 63 i LOU-direktivet ska genomföras genom föreskrifter i lag. Detsamma gäller för utnyttjande av andra enheters kapacitet enligt LUF-direktivet (avsnitt 8.4 i SOU 2014:51).

### **Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ (avsnitt 7.9)**

**Lindahls förslag:** Lindahl tillstyrker utredningens förslag om officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ.

#### **Skälen för Lindahls förslag**

Lindahl har inget att erinra mot utredningens förslag avseende att bestämmelserna om officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ i artikel 64.1–3 och 64.5–8 i LOU-direktivet inte bör genomföras i svensk rätt. Detta då det inte finns något behov att införa nationella system. En förteckning över certifiering genom offentligrättsliga organ skulle kunna vara av nytta i vissa kvalificerade branscher som t.ex. Medtek-branschen.

### **KONTRAKTSTILLDELNING (AVSNITT 9)**

#### **Tilldelningskriterier (avsnitt 9.2)**

**Lindahls förslag:** Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör utgöra den enda tilldelningsgrunden i svensk lag.

#### **Skälen för Lindahls förslag**

Lindahl föreslår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet begreppsmässigt utgör den enda tilldelningsgrunden i svensk lag. De av utredningen föreslagna tilldelningsgrunderna pris respektive kostnad leder tankarna till uteslutande finansiella aspekter och är därför inte lämpliga som uttryck för det ökade fokus på kvalitet samt miljö- och sociala hänsyn som är avsett i direktiven. Av lagen bör framgå att en bedömning av vad som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska ske utifrån utvärderingskriterier som t.ex. pris, kvalitet och kostnader och att kriterierna ska vara kopplade till det som upphandlas.

## FULLGÖRANDE AV KONTRAKT (AVSNITT 10)

### Anlitande av underleverantör (avsnitt 10.2)

**Lindahls förslag:** Artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 88.4 i LUF-direktivet om huvudentreprenörs ansvar bör genomföras i svensk lag. Lagstiftaren bör i förarbetena klargöra att upphandlande myndigheter kan ha anledning att i förfrågningsunderlaget tydligt ange att det inte uppstår någon avtalssituation mellan upphandlande myndighet och underleverantören, i de fall betalning sker direkt till underleverantör.

#### Skälen för Lindahls förslag

Det finns enligt Lindahl anledning att införa även artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 88.4 i LUF-direktivet eftersom det ur upplysningssynpunkt finns skäl att erinra om huvudentreprenörens ansvar. Detta är särskilt viktigt mot bakgrund av förslaget om att genomföra bestämmelserna om att en underleverantör ska kunna begära att en upphandlande myndighet ska betala för ett kontrakts fullgörande direkt till underleverantören.

Lagstiftaren bör i förarbetena klargöra att upphandlande myndigheter kan ha anledning att i förfrågningsunderlaget tydligt ange att det inte uppstår någon avtalssituation mellan upphandlande myndighet och underleverantören, i de fall betalning sker direkt till underleverantör.

### Ändring av kontrakt under löptiden (avsnitt 10.3)

**Lindahls förslag:** Lagstiftaren bör klargöra hur kompletterande leveranser av byggentreprenader enligt upphandlingslagstiftningen förhåller sig till ändrings- och tilläggsarbeten enligt de definitioner som framgår av standardavtal såsom AB 04 och ABT 96.

#### Skälen för Lindahls förslag

Artikel 72.1 i LOU-direktivet respektive artikel 89.1 i LUF-direktivet motsvarar till stor del nuvarande 4 kap. 8 § LOU respektive 4 kap. 2 § LUF, vilket utredningen har uppmärksammat. Lindahl vill emellertid göra lagstiftaren uppmärksam på de problem som finns vad gäller förhållandet mellan att göra kompletterande leveranser av byggentreprenader enligt LOU respektive LUF och de bestämmelser om ändringsarbete, tilläggsarbete och avgående arbete (ÄTA-arbeten) som exempelvis återfinns i standardavtalen AB 04 och ABT 06, vilka är mycket vanligt förekommande inom bygg- och anläggningsbranschen.

I de aktuella standardavtalen definieras ÄTA-arbete som (i) Ändringsarbete, (ii) Tilläggsarbete som står i omedelbart samband med kontraktsarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa samt (iii) Avgående arbete. Definitionen av tilläggsarbete innebär således en naturlig begränsning av vilka arbeten som kan aktualiseras i denna del eftersom det måste vara fråga om arbeten som är så nära förknippade med det ursprungliga kontraktsarbetet, eller del därav, att de tillsammans utgör en teknisk helhet. Vid denna bedömning ska enligt standardavtalen också hänsyn tas till den olägenhet som det från ansvarssynpunkt eller i övrigt medför om en annan leverantör alternativt beställaren själv utför arbetet.

En grundläggande princip i de standardavtal som ovan har refererats till är att entreprenören både har en ovillkorlig rättighet och en skyldighet att få utföra



ÄTA-arbeten (se AB 04 och ABT 06 kap. 2 § 3). En konsekvens av detta är att en entreprenör har rätt till kompensation för utebliven vinst och uppkomna kostnader om beställaren istället handlar upp ÄTA-arbeten av en annan entreprenör (se AB 04 och ABT 06 kap. 6 § 2).

Av 4 kap. 8 § 1 LOU och 4 kap. 2 § 6 LUF framgår att kompletterande byggtreprenader kan direktupphandlas när komplettering p.g.a. oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, den redan etablerade leverantören står för utförandet, samt när arbetena inte kan skiljas från de ursprungliga kontraksarbetena utan att den upphandlande myndigheten åsamkas stora tekniska eller ekonomiska olägenheter alternativt att de kan avskiljas men att arbetet är absolut nödvändigt för kontraktets fullgörande.

Av ovanstående följer att det inte går att jämställa ÄTA-arbeten i entreprenadrättslig mening med kompletterande byggtreprenader i upphandlingsrättslig mening.

Upphandlingslagstiftningen medför därmed att entreprenörens ovillkorliga rätt att få utföra ÄTA-arbeten enligt AB 04 eller ABT 06 kan strida mot upphandlande myndigheters skyldighet att handla upp en kompletterande byggtreprenad enligt LOU eller LUF. I praktiken kan detta komma att medföra att en upphandlande myndighet riskerar att hamna i ett dilemma där myndigheten antingen måste begå avtalsbrott eller bryta mot upphandlingslagstiftningen.

Mot bakgrund av att standardavtalen är så vanligt förekommande i byggtreprenadkontrakt grundade på LOU eller LUF bör lagstiftaren klargöra hur dessa skillnader ska hanteras, exempelvis att LOU och LUF harmoniseras med standardavtalen på det sätt att arbeten som faller inom ramen för definitionen av ÄTA-arbeten i AB 04 och ABT 06 undantas från upphandlingskyldighet och istället får anses ingå i det ursprungligen upphandlade kontraktet. En sådan harmonisering skulle kunna kombineras med någon form av övre beloppsbegränsning kopplat till det avtalade eller uppskattade ursprungliga kontraktsvärdet.

## **SOCIALA TJÄNSTER OCH ANDRA SÄRSKILDA TJÄNSTER (AVSNITT 11)**

**Lindahls förslag:** Upphandlingsreglerna avseende sociala tjänster enligt bilaga 2 till LOU-direktivet kan förenklas eftersom EU-direktiven ger utrymme för det. En kompletterande utredning bör därför göras av hur en sådan förenkling kan ske.

### **Skälen för Lindahls förslag**

De sociala tjänsterna i bilaga 2 utgörs av hälso- och sjukvårdstjänster. Upphandlingsregelverket passar inte för upphandling av dessa kvalificerade tjänster, eftersom de ger ett för litet utrymme för den enskildes inflytande över hur tjänsterna ska utformas. Det finns möjligheter enligt 2014 års direktiv att lätta upp upphandlingsreglerna kring de sociala tjänsterna och Lindahl anser att den svenska lagstiftaren ska utnyttja de möjligheterna.

## DEFINITIONER (AVSNITT 7)

### Kravet på kontraktets undertecknande eller elektronisk signatur

**Lindahls förslag:** Lindahl tillstyrker förslaget att definitionen av begreppet kontrakt, i enlighet med 2014 års direktiv, inte ska innehålla något krav på undertecknande eller elektronisk signatur. Lindahl föreslår att begreppen kontrakt och avtal ses över. Lindahl föreslår också att lagstiftaren inför och klargör begreppen "separat operativ enhet", "tjänster av allmänt intresse" och "upphandling".

### Skälen för Lindahls förslag

#### *Begreppet kontrakt och avtal bör klargöras*

Lindahl tillstyrker förslaget att definitionen av begreppet kontrakt, i enlighet med 2014 års direktiv, inte ska innehålla något krav på undertecknande eller elektronisk signatur. Det främsta skälet till det är att de svenska reglerna bör vara direktivnära utformade och att kontraktetsbegreppet i upphandlingslagarna bör i så hög utsträckning som möjligt vara utformade så att ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening ingås samtidigt som det ingås i avtalsrättslig mening.

Det finns anledning att även anmärka följande. I 2 kap. 10 § LOU och LUF definieras begreppet kontrakt. Bland annat framgår av bestämmelsen att med kontrakt avses ett "skriftligt avtal". Ett avtal behöver emellertid inte vara ett kontrakt enligt de formkrav som anges i definitionen av bestämmelsen för att sanktioner ska kunna riktas mot det. I kap. 16 och 17 LOU och LUF används begreppet "avtal" och inte begreppet "kontrakt". Syftet är att varje avtal som en upphandlande myndighet ingår ska kunna träffas av sanktioner, även om det inte uppfyller formkraven för upphandlingskontrakt enligt bestämmelsen i 2 kap. 10 § LOU och LUF. Eftersom det i bestämmelsen anges "skriftligt avtal" och det inte klart framgår att den också inbegriper situationer där inget formellt avtal har träffats mellan parterna men där dessa agerar som ett avtal existerar – så kallat konkludent handlande – är det nödvändigt att lagstiftaren tydliggör att sanktionerna i kap. 16 och 17 LOU och LUF träffar varje avtal, oavsett om det kan betraktas som ett kontrakt i den mening som avses i 2 kap. 10 § i lagarna eller inte. Det har vi också uppfattat är lagstiftarens mening.

#### *En förklarande definitionen av begreppet separat operativ enhet*

I artikel 5.2 i 2014 års LOU-direktiv och artikel 16.2 i 2014 års LUF-direktiv anges att det vid uppskattningen av kontraktetsvärde vid en upphandling är tillåtet att grunda uppskattningen för en separat operativ enhet som självständigt ansvarar för sin upphandling. Bestämmelserna om vilka organ som är upphandlande myndigheter avgör hur tröskelvärdesberäkningen ska göras, det vill säga om den ska göras för t.ex. hela kommunen som sådan, eller för en separat operativ enhet inom kommunen. Eftersom bedömningen av begreppet "separat operativ enhet" är central för beräkningen av tröskelvärdet bör lagstiftaren klargöra att en "separat operativ enhet" bör betraktas som en upphandlande myndighet i nu nämnda mening, och att det innebär att t.ex. funktionellt skilda enheter inom staten eller en kommun kan tillämpa bestämmelser om tröskelvärdet och kontraktetsvärdesberäkning utifrån den egna separat enhetens budget.

Definitionen av en sådan separat operativ enhet bör införas i den svenska upphandlingslagstiftningen.

#### *En förklarande definition av begreppet tjänster av allmänt intresse*

Begreppet tjänst av allmänt intresse används i och är central för tillämpningen av artikel 12.4 i 2014 års LOU-direktiv och artikel 28.4 i 2014 års LUF-direktiv, vilken bestämmelse reglerar att en myndighet i samarbete med andra myndigheter kan tillhandahålla en tjänst av allmänt intresse (in house-undantaget för gemensam/horisontell samverkan). Någon definition av begreppet "tjänster av allmänt intresse" finns vare sig i de nya upphandlingsdirektiven eller i svensk lag.

Bedömningen av om en tjänst är av allmänt intresse är av avgörande betydelse när den upphandlande myndigheten väljer att den tjänst som är i fråga ska konkurrensutsättas genom upphandling eller, i förekommande fall, för att avgöra om tjänsten kan tillhandahållas internt eller genom samarbete med annan eller andra myndigheter och därför anser vi att lagstiftaren bör definiera begreppet tjänster av allmänt intresse. Det kan bl.a. handla om att definiera begreppets räckvidd och villkoren för vilka tjänster som ska anses vara tjänster av allmänt intresse.

#### *En beskrivande definition av begreppet upphandling*

Lindahl har inget att erinra mot förslaget att en förklarande definition av begreppet offentlig upphandling respektive upphandling tas in i de nya lagarna LOU

och LUF samt att definitionen innefattar åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i syfte att ingå ett ramavtal. Det måste av en sådan definition emellertid framgå att det ska vara fråga om en anskaffning mot någon form av motprestation av ekonomisk karaktär. Vidare måste det framgå att lagen omfattar alla typer av anskaffningar, som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster, förutsatt att anskaffningen inte uttryckligen är undantagen från lagen.

## **UNDANTAG FRÅN LAGARNAS TILLÄMPNINGSOMRÅDEN (AVSNITT 9)**

### **Sekretess (avsnitt 9.2)**

**Lindahls förslag:** Överensstämmer med utredningens. Bestämmelsen om när en upphandling kan undantas från upphandlingsskyldighet på grund av sekretess bör dock tydliggöras.

### **Skälen för Lindahls förslag**

Lindahl instämmer i utredningens förslag om att direktivbestämmelsen i artikel 15.3 i LOU-direktivet och 24.3 i LUF-direktivet om undantag på grund av sekretess ska införas genom föreskrifter i lag.

Lindahl ser behov av ett förtydligande över tillämpningsområdet av undantaget. Syftet är, enligt vår tolkning, att undanta upphandlingar som har ett så omfattande behov av sekretess att det inte ens kan göras känt att en upphandling ska äga rum. Det framgår dock inte tydligt av propositionen till nuvarande bestämmelse i 1 kap. 5 a § LOU respektive 1 kap. 13 a § LUF, se prop. 2010:11/150 s. 323 ff. Där nämns bl.a. ombyggnation av museum, vars övervakningssystem måste hållas hemligt, som exempel. Det är en orimlig slutsats

att upphandlingar med relativt låg sekretess, exempelvis ombyggnation av museum, undantas från upphandlingslagarna helt medan upphandlingar som rör centrala delar av rikets säkerhet, exempelvis militär utrustning, däremot ska upphandlas enligt reglerna i LUF. Det gäller särskilt mot bakgrund av att upphandlingar som kan undantas på grund av sekretess före lagändringen den 1 november 2011 reglerades av upphandlingsskyldighet enligt 15 kap. i lagarna. När försvars- och säkerhetsupphandlingar överfördes till LUF detta datum blev andra upphandlingar som omfattas av sekretess helt undantagna från LOU och LUF.

Lindahl föreslår att lagstiftaren förtydligar det aktuella undantagets omfattning.

### **Tjänstekontrakt som tilldelas på grundval av ensamrätt (avsnitt 9.6)**

**Lindahls förslag:** Lagstiftaren bör klargöra och exemplifiera omfattningen av undantaget för ensamrätt i svensk rätt som genomför artikel 11 i LOU-direktivet och artikel 22 i LUF-direktivet.

#### **Skälen för Lindahls förslag**

Den svenska översättningen av artikel 11 i LOU-direktivet och artikel 22 i LUF-direktivet anger att ensamrätten enligt bestämmelsen ska ha överförts genom lag eller annan författning. I den engelska versionen av bestämmelsen anges att överföringen ska ha skett genom "law, regulation or published administrative provision". Den engelska versionen öppnar för en vidare tolkning än den svenska och det är oklart om den kan innebära att även beslut i enskilda fall, såsom t.ex. en kommuns beslut att överlämna en viss angelägenhet till ett kommunalt bolag, kan omfattas. Konkurrensverket har i rapporten 2008:4 "Upphandling av avfallstjänster" s. 128 ff. konstaterat att bestämmelsen avser delegering av normgivning och eftersom sådan delegering som huvudregel inte kan ske direkt från riksdag genom lag krävs istället att regeringen bemyndigar t.ex. en kommun att meddela föreskrifter inom ett visst område vilket sker genom förordning. Mot bakgrund av att det är oklart om "administrative provisions" även kan omfatta beslut som inte avser normgivning bör lagstiftaren klargöra och exemplifiera omfattningen av undantaget för ensamrätt i svensk rätt.

### **Förvärv av fastighet (avsnitt 9.7.1)**

**Lindahls förslag:** Lindahl tillstyrker förslaget att de nya lagarna liksom nuvarande lagar inte ska gälla för kontrakt som avser förvärv av fastighet och nyttjanderätt med flera rättigheter till fastighet samt att undantaget också ska gälla för finansiella tjänster. Lagstiftaren bör klargöra gränserna mellan upphandlingspliktiga byggtreprenadkontrakt och inte upphandlingspliktiga lokalhyresavtal.

#### **Skälen för Lindahls förslag**

Lagstiftaren behöver klargöra gränserna mellan upphandlingspliktiga byggtreprenadkontrakt och icke upphandlingspliktiga lokalhyresavtal.

Det är enligt vår uppfattning rimligt att en ny byggnad som uppförs enligt en myndighets instruktioner i vissa situationer kan anses så särskilt anpassade efter myndighetens långsiktiga behov att avtalet kan anses innefatta en upphandlingspliktig beställning av en byggtreprenad från lokalhyresgästen. Är det emellertid fråga om en om- eller tillbyggnad av en befintlig byggnad är det enligt

vår mening rimligt att hyresgäst Anpassningen ska betraktas som en normal del av lokalhyresavtalet, och inte som en byggentreprenad uppförd på beställning av lokalhyresgästen och därmed undantas från upphandlingsskyldighet.

Konkurrensverket är emellertid av uppfattningen att en myndighet, som avser att fortsätta hyra ombyggda lokaler och som uppdrar åt fastighetsägaren att utföra en ombyggnation efter myndighetens anvisningar, ska upphandla de byggentreprenadarbeten som fastighetsägaren ska utföra för att genomföra ombyggnationen. Det saknar betydelse att överenskommelsen mellan myndigheten och fastighetsägaren betecknas som ett hyresavtal. Enligt Konkurrensverket är hyresundantaget i dessa fall inte tillämpligt (Konkurrensverkets skrivelse till Finansdepartementet den 13 december 2010, dnr 571/2010). Med Konkurrensverkets synsätt kan ändringar i ett befintligt upphandlingskontrakt medföra att en ny upphandling måste genomföras och ett nytt kontrakt tilldelas.

Enligt vår uppfattning följer det av hyresrättsliga principer att de kostnader som hyresvärden har haft för att uppföra en nyproducerad lokal ska finansieras över tiden genom hyresintäkter. Vanligtvis regleras kostnaderna för om- eller tillbyggnad som ett tillägg till hyresavtalet alternativt träffas ett nytt hyresavtal med längre löptid.

Det är oklart när en nyproducerad lokal kan anses vara så anpassad för hyresgästens behov att uthyrningen av den innebär att hyresgästen har anskaffat en byggentreprenad och när i stället uthyrningen av lokalen ska betraktas som ett traditionellt lokalhyresavtal. Det finns därför anledning för lagstiftaren att klargöra när ett hyresavtal ska betraktas som en upphandlingspliktig byggentreprenad. En annan viktig fråga att klargöra är vilka om- eller tillbyggnader av en fastighet som upphandlingsrättsligt kan likställas med nybyggnation.

Enligt vår uppfattning är det inte rimligt att varje om- eller tillbyggnad av en befintlig fastighet ska likställas med nybyggnation som utförs efter myndighetens anvisningar. Vi vill särskilt framhålla för lagstiftaren att det inte kan anses vara en lämplig och kostnadseffektiv ordning att offentliga hyresgäster ska behöva avflytta till nya lokaler till följd av att en upphandlingsplikt ska gälla när det uppstår ett behov av förändrade lokaler. Detta kan nämligen bli följden vid en mycket restriktiv tolkning av hyreslokalsundantaget, det vill säga att den offentliga hyresgästen måste upphandla det bakomliggande entreprenadavtalet i stället för att förändringar av lokalerna ses som ett led i hyresavtalet. Om den nya hyresvärden och inte den befintliga lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tvingas myndigheten att flytta. En sådan ordning där upphandlande myndigheter förutsätts göra regelmässiga byten av lokaler för att uppfylla LOU:s krav på upphandlingsskyldighet motverkar möjligheten för hyresvärdar att ingå långsiktiga hyresförhållanden med offentlig sektor. Det kan knappast ha varit avsikten i det lagstiftningsarbete som föreslår att statens ägande av fastigheter även framdeles ska ske i bolagsform (se SOU 2010:92).

Mot bakgrund av det ovan beskrivna finns det enligt vår uppfattning ett särskilt behov av att lagstiftaren ser över var gränsen ska dras mellan å ena sidan upphandlingspliktiga entreprenadavtal och å andra sidan lokalhyresavtal som inte behöver upphandlas enligt LOU. Om en hyresgäst ska upphandla en viss ny-, om- eller tillbyggnad måste lagstiftaren klargöra hur det ska gå till. Lösningen är förmodligen att införa en skyldighet för hyresgästen att upphandla hyresvärd. En sådan skyldighet får förmodas finnas endast vid sådana ny-, om- eller till-

byggnader som är så specialanpassade för hyresgästens särskilda och långsiktiga behov att de förutsätter en skyldighet för hyresgästen att flytta till nya lokaler, om en ny hyresvärd kan offerera ett mer ekonomiskt fördelaktigt erbjudande avseende lokaler än den befintliga hyresvärden kan. Om det inte är fråga om sådana specialanpassade lokallösningar bör en upphandlingskyldighet inte föreligga för hyresgästen. Då måste det rimligen i stället vara fråga om normala lokalanpassningar som är undantagna från upphandlingskyldighet enligt lokalhyresundantaget.

## **INFORMATION TILL LEVERANTÖRER (AVSNITT 18.2)**

### **Underrättelse om beslut (avsnitt 18.2.1)**

**Lindahls förslag:** Undantaget från avtalsspärren och underrättelseskyldigheten när det endast finns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande behöver regleras genom föreskrifter i lag. Lagstiftaren behöver då även överväga vilka överprövningsalternativ som en leverantör har som vill begära överprövning när ingen information om tilldelningsbeslutet skickas ut före avtalets ingående.

### **Skälen för Lindahls förslag**

I de situationer då en upphandlande myndighet genomför en ordinär upphandling och där endast en anbudsgivare deltar och inga anbudssökande finns, gäller inget undantag från avtalsspärren i den föreslagna bestämmelsen 20 kap. 2 § i de nya lagarna. Det borde innebära att en avtalsspärr ska tillämpas och att följaktligen en underrättelse om tilldelningsbeslut ska skickas till den ende anbudsgivaren. I den föreslagna bestämmelsen 12 kap. 13 § i de nya lagarna finns inte något undantag från skyldigheten att lämna underrättelse om tilldelningsbeslut i den nämnda situationen.

Vid genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr per den 15 juli 2010 angav lagstiftaren att det i de fall det endast finns en anbudsgivare och inga berörda anbudssökande är rimligt att inte ställa krav på någon avtalsspärr. Lagstiftaren angav också att det i den situationen inte finns någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut, se prop. 2009/10:180, del 1, s. 117. Lagstiftaren hänvisade till de uttalanden regeringen gjort i förarbetena till införandet av tiodagarsfristen i ÄLOU, prop. 2001/02:142 s. 81. Vid genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr fann lagstiftaren därför att det inte fanns något behov av att särskilt reglera ett undantag från avtalsspärren. Lagstiftaren drog den slutsatsen utan att göra några överväganden om under vilka förutsättningar en leverantör skulle kunna garanteras en möjlighet att överpröva en sådan upphandling eller ett avtal ingånget efter en sådan ordinär upphandling. Av den föreslagna bestämmelsen i 20 kap. 7 § i lagarna framgår att överprövning av en upphandling inte får ske sedan avtal slutits. Det innebär att överprövningen av själva upphandlingen inte kan ske om avtal slutits utan tillämpning av avtalsspärr. Av den föreslagna bestämmelsen i 20 kap. 14 § i de nya lagarna, som reglerar när överprövning av ett avtals giltighet får ske, räknas inte den situationen upp att ett avtal slutits i en upphandling där det endast fanns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande. Det innebär att en leverantör inte heller har möjlighet att begära överprövning av avtalets giltighet när avtal väl har slutits i en sådan ordinär upphandling där endast en anbudsgivare deltar.

Det är inte rimligt att ett undantag från avtalsspärren och från underrättelseskyldigheten ska anges endast i förarbetsuttalanden vad beträffar den situationen att det endast finns en anbudsgivare, utan någon närmare reglering om en leverantörs rätt att begära överprövning av en sådan upphandling eller i vart fall av avtalets giltighet.

Lindahl har uppfattningen att den svenska lagstiftaren bör lagreglera undantaget från dels avtalsspärren, dels underrättelseskyldigheten när det endast finns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande. Lagstiftaren behöver då även överväga vilka överprövningsalternativ som ska stå till buds för en leverantör som vill begära överprövning när ingen information om tilldelningsbeslut skickas ut före avtalets ingående.

### **BESTÄMMELSERNA OM RÄTTSMEDEL TAS IN I DE NYA LAGARNA (AVSNITT 23)**

**Lindahls förslag:** 16 kap. LOU och LUF om överprövning av offentlig upphandling och av giltigheten av ett upphandlingskontrakt behöver ses över. Överprövningsförfarandet behöver effektiviseras i vissa delar.

#### **Skälen för Lindahls förslag**

Rättsutvecklingen under de senaste åren har medfört ett stort behov av att förenkla och effektivisera reglerna i 16 kap. LOU och LUF om överprövning av offentlig upphandling och av giltigheten av ett upphandlingskontrakt. För en utförligare redogörelse hänvisas till Lindahls skrivelse till Överprövningsutredningen Dir. 2013:105, se **bilaga 1**.

### **SÄRSKILDA VILLKOR FÖR FULLGÖRANDE AV KONTRAKT (AVSNITT 19)**

**Lindahls förslag:** Lagstiftaren bör genom delegation till tillsynsmyndigheten definiera vilka typer av sociala krav och miljökrav som kan och bör ställas i offentliga upphandlingar. Det bör därför införas informationsbestämmelser i anslutning till bestämmelserna om sociala hänsyn om att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om bestämmelsernas tillämpning.

#### **Skälen för Lindahls förslag**

Lindahl tillstyrker utredningens förslag om att det ska framgå av lagtexten att de särskilda kontraktsvillkoren måste vara kopplade till föremålet för kontraktet.

Sociala kriterier är ett oklart begrepp som riskerar att strida mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Begreppet sociala hänsyn riskerar även att uppfattas olika av olika upphandlande myndigheter. Det är inte lämpligt att – som lagstiftningen nu utgår från – övervältra ansvaret på upphandlande myndigheter att ta fram en definition över vad som är proportionellt lämpliga sociala krav. En felbedömning av den upphandlande myndigheten innebär som regel att upphandlingen behöver göras om. Vidare kommer olika myndigheters tolkningar av begreppet att leda till att en leverantör som lagt ner resurser och riktat in sin verksamhet på att uppfylla en viss myndighets sociala krav riskerar att inte uppfylla en annan myndighets sådana krav. Det finns därför en risk att de många och olika sociala kraven leder till högre priser eftersom leverantören måste ta ut kostnaden för att uppfylla ett visst socialt krav i en viss upphandling

som en kostnad för utförandet av det aktuella kontraktet. För att upphandlingar ska kunna genomföras under socialt ansvarstagande krävs det därför att lagstiftaren klargör vad sådant socialt ansvarstagande för den offentliga sektorn innebär. Det bör klargöras av den myndighet som har upphandlingsstödet som ansvar, numera Konkurrensverket. Det bör därför införas informationsbestämmelser i anslutning till bestämmelserna om sociala hänsyn om att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om bestämmelsernas tillämpning.

## **IKRAFTTRÄDANDE- OCH ÖVERGÅNGSBESTÄMMELSER (AVSNITT 26)**

**Lindahls förslag:** Överensstämmer med utredningens. Lagstiftaren bör dessutom införa en särskild övergångsregel för in house-anskaffningar och andra anskaffningar mellan upphandlande myndigheter och klargöra om reglerna om ändring ska tillämpas på avtal som ingåtts efter ikraftträdande eller på ändringar som sker efter ikraftträdande.

### **Skälen för Lindahls förslag**

Lindahl har inget att erinra mot utredningens föreslagna ikraftträdande- och övergångsbestämmelser. Lindahl föreslår också att en särskild övergångsregel införs för in house-anskaffningar och andra anskaffningar mellan upphandlande myndigheter, se om avsnitt 2 ovan. Lindahl föreslår också ett förtydligande i övergångsbestämmelserna om ändring av kontrakt. Lagstiftaren bör klargöra om reglerna om ändring ska tillämpas på avtal som ingåtts efter ikraftträdande, eller på ändringar som sker efter ikraftträdande.

---

Advokatfirman Lindahl KB

Helena Rosén Andersson

Eva-Maj Mühlenbock

Catharina Piper



Överprövningsutredningen (S 2013:15)

Göteborg den 23 april 2014

### LINDAHLS FÖRSLAG

Advokatfirman Lindahl arbetar för att föra rättsutvecklingen inom upphandlingsområdet framåt och redovisar i det syftet löpande förbättringsförslag i vår kommentar till lagen om offentlig upphandling (Norstedts Juridik). Vi lämnar även remissvar i olika lagstiftningsarbeten inom upphandlingsområdet och vi ser anledning att översända följande förslag till utredningen.

Om utredningen inte har möjlighet att beakta samtliga de problem relaterade till överprövningsförfarandet som vi och andra uppmärksammat utredningen på bör regeringen överväga att tillsätta en kompletterande utredning för att lösa även återstående problem i samband med de lagändringar som ska ske 2016 till följd av att de nya EU-direktiverna ska genomföras i svensk rätt.

#### Utgångspunkter

Om reglerna om överprövning av offentlig upphandling i 16 kap. LOU och LUF ändras enligt våra förslag kan överprövningsprocessen och därmed också upphandlingsprocessen väsentligen effektiviseras.

Våra förslag utgår från att en leverantör ska ha rätt till effektiva rättsmedel över beslut i en offentlig upphandling och att överprövningsprocessen ska vara effektiv samtidigt som domstolens prövning ska leda till ett juridiskt korrekt avgörande. En strävan efter ökad effektivitet får aldrig gå ut över kvaliteten i dömmandet.

Förvaltningsdomstolarna har generellt sett en omfattande erfarenhet av att döma i överprövningsmål särskilt sedan den s.k. tiodagarsfristen infördes den 1 juli 2002 i den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU). Mot den bakgrunden och med hänsyn till att det är möjligt att väsentligen effektivisera domstolsprocessen inom ramen för förvaltningsdomstolarnas prövning saknas det anledning att byta domstolstyp för överprövningsmål. Våra förslag utgår därför från att förvaltningsdomstolarna även fortsättningsvis ska pröva mål om överprövning av offentlig upphandling.

Våra förslag utgår från att reglerna kan göras identiska i LOU och LUF. För enkelhetens skull använder vi begreppet "upphandlande myndighet" och "offentlig upphandling" som är de begrepp som används i LOU även om motsvarande begrepp är "upphandlande enhet" och "upphandling" i LUF.

## **Processen vid överprövning av offentlig upphandling**

### Särskilda processregler behövs för mål om överprövning av en offentlig upphandling

Den processordning som har utmejslats genom rättspraxis för mål om överprövning av offentlig upphandling passar inte för sådana mål. Denna praxis bygger på förvaltningsprocesslagen bestämmelser och tillgodoser varken upphandlande myndigheters eller leverantörens intresse, och inte heller det rent statsfinansiella intresset, av en effektiv process. Tvärtom har rättspraxis lett till en processordning som är långsam och omständlig. Den ger exempelvis utrymme för flera leverantörer att inleda ansökningar om överprövningar i skilda rättegångar om samma sak och för en part att åberopa nya omständigheter och ny bevisning i högre rätt. Det sistnämnda kan medföra att processen i högre rätt växer på ett sätt som innebär att målet, med hänsyn till instansordningens princip, måste återförvisas och prövas på nytt av lägre rätt.

Av framför allt ovan nämnda skäl är det nödvändigt att införa särskilda regler i upphandlingslagarna om processen vid överprövning av offentlig upphandling.

### En sak ska prövas i en enda rättegång

En sak ska prövas endast i en enda rättegång. När saken har prövats och avgörandet har vunnit laga kraft kan den inte prövas igen. Med sak avses varje upphandlingsrättsligt fel som är föremål för en rättegång. Bestämmelsen i 17 kap. 11 § rättegångsbalken kan utgöra vägledning. I den enda rättegången bör, förutom upphandlande myndighet och klagande leverantör, varje berörd leverantör få tillfälle att yttra sig. Berörd leverantör är en anbudssökande eller anbudsgivare som kan beröras av utgången i rättegången. Det är en förutsättning för att rättskraften av avgörandet ska omfatta samtliga berörda parter och att processen också kan effektiviseras.

### Dispositionsprincipen ska gälla

Dispositionsprincipen ska gälla och domstolen ska som utgångspunkt endast pröva de omständigheter och den bevisning som parterna har åberopat. Bestämmelsen i 17 kap. 3 § rättegångsbalken kan utgöra vägledning.

Av RÅ 2009 ref. 69 följer att parterna som utgångspunkt har en åberopsbörda och att domstolen endast prövar de omständigheter som parterna har åberopat. Det bör framgå av lag att dispositionsprincipen gäller i överprövningsmål.

Utredningen bör se över möjligheten att genom lag reglera att domstolen är bunden till de yrkanden som har framställts. Nuvarande rättspraxis om att domstolen är fri att förordna efter vad den själv finner lämpligt av omgörelse eller rättelse orsakar ett antal onödiga processer. En leverantör som endast yrkar att upphandlingen ska rättas på visst sätt, t.ex. genom att anbudsutvärderingen ska göras om, kan nämligen många gånger antas ha gjort bedömningen att det endast finns anledning att inleda en överprövningsprocess för att få upphandlingen rättad så att leverantören kan tilldelas kontraktet i den pågående upphandlingen. Leverantören kan ha gjort bedömningen att denne inte har något att vinna på att genom ett överprövningsförfarande försöka få upphandlingen omgjord. Om en leverantör ansöker om överprövning och endast yrkar rättelse av upphandlingen och domstolen trots det förordnar att upphandlingen ska göras om har leverantören därför många gånger lagt ned onödiga processkostnader. Trots det har rättspraxis utformats så att en klagande i den situationen anses ha fått en dom till sin fördel. Leverantören anses därför sakna rätt att överklaga domen till högre rätt. Inte heller har den upphandlande myndigheten som regel något intresse av att upphandlingen görs om, om frågan i målet endast gäller fel som ska eller inte ska rättas

i upphandlingen. Om myndigheten har sakligt godtagbara skäl för att göra om upphandlingen kan den när som helst avbryta upphandlingen. Det kan därför hända att en domstol förordnar om att en upphandling ska göras om utan att någon av parterna i överprövningsmålet önskat det. I de nu redovisade situationerna, som inte är helt ovanliga, har domstolsförordnandet utan att parterna har önskat det medfört både en onödig överprövningsprocess och en ny upphandling. Motsvarande problematik finns i vissa situationer när en leverantör yrkar att upphandlingen ska göras om och domstolen i stället förordnar att upphandlingen ska rättas.

Om domstolen i stället – som Lindahl föreslår – skulle vara bunden av leverantörens yrkanden skulle domstolen ha att pröva om en upphandling kan rättas eller göras om på grund av de fel leverantören åberopar. Potentiella anbudsgivares intressen av att upphandlingen inte rättas på ett sätt som innebär en väsentlig avvikelse från villkoren i förfrågningsunderlaget kan regleras inom ramen för domstolens prövning. Om leverantören exempelvis yrkar att upphandlingen ska rättas och till stöd för det yrkandet endast åberopar ett fel som avser det konkurrensuppsökande skedet ska yrkandet om rättelse som regel avslås. Skälet är att fel som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet som regel endast kan åtgärdas genom att upphandlingen görs om. Domstolen kan då anses sakna laglig grund att förordna om att upphandlingen ska rättas. På motsvarande sätt saknar domstolen laglig grund att förordna om att upphandlingen ska göras om, om leverantören endast åberopar fel som kan rättas i den pågående upphandlingen. I en sådan situation ska domstolen avslå yrkandet om att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsdomstolarna ska även med den av oss föreslagna regleringen ha en materiell processledningsskyldighet motsvarande den nyligen införda bestämmelsen i 8 § andra stycket förvaltningsprocesslagen och den sedan länge gällande bestämmelsen i 42 kap. 8 § andra stycket rättegångsbalken.

Den klagande leverantören och den upphandlande myndigheten kan inte ges full frihet att i en överprövningsprocess enas om innehållet i ett domstolsförordnade. Skälet är att processen då kan utmytna i ett domstolsförordnande som innebär att en tredje part lider eller riskerar att lida skada. Tredje part som har intresse av saken ska därför alltid ges möjlighet att få ett eget yrkande prövat. Den rättspraxis som följer av t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-100/12 och Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 3427-13 bör framgå av lag. Det bör av lag även framgå att s.k. motyrkanden av berörd leverantör inte ska behöva begränsas till invändningar mot den som ansökt om överprövning utan att de kan avse samtliga frågor som kan bli föremål för en överprövningsprocess. Därmed vinner även de fel som avses med motyrkandena negativ rättskraft enligt vår beskrivning ovan.

#### Skaderekvisitet

En strängare praxis av skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU och LUF kan också få till följd att domstolen i mindre utsträckning behöver ingripa i upphandlingar genom att förordna om att de ska rättas eller göras om. Domstolens ingripande bör även i övrigt ha som utgångspunkt att pröva påstådda fel endast ur den klagande leverantörens perspektiv. Om den klagande leverantören har lämnat ett anbud i en upphandling har denne som regel inte lidit skada eller riskerat att lida skada av att upphandlingen har genomförts enligt ett visst upphandlingsförfarande. Det saknas då anledning för domstolen att ingripa i upphandlingen även om ett visst annat upphandlingsförfarande förmodligen hade varit mer korrekt. Det saknas också anledning att – som domstolspraxis i viss mån fortfarande bygger på – utgå från att domstolen ska pröva även potentiella leverantörers intresse av att upphandlingen genomförs korrekt.

### Domstolsprocessen ska koncentreras till underrätt

Processen ska av effektivitetsskäl och med utgångspunkt i vad som sedan länge gäller för tvistemål i allmän domstol koncentreras till underrätt, dvs. förvaltningsrätt. Det innebär att nya omständigheter och ny bevisning inte ska få åberopas i kammarrätt eller Högsta förvaltningsdomstolen om det inte finns giltig ursäkt för det. Bestämmelserna i 50 kap. 25 § tredje stycket och 55 kap. 13 § rättegångsbalken kan utgöra vägledning.

### En bevispresumtion istället för en preklusionsregel

Leverantörerna kan behöva ha en tydligare skyldighet att vara aktiva under upphandlingens genomförande. Om en leverantör inte ställer en fråga om ett visst förhållande under frågetiden ska det kunna få betydelse som bevispresumtion för att leverantören inte har haft anledning att ifrågasätta förhållandet. Då ska leverantören i överprövningsprocessen ha en skyldighet att bevisa att det trots allt och först efter t.ex. tilldelningsbeslutets meddelande fanns anledning för denne att ifrågasätta förhållandet. Med en sådan ordning saknas det anledning att lagreglera en preklusionsfrist. En preklusionsfrist måste med nödvändighet, och för att undvika obilliga resultat i det enskilda fallet, förenas med en ventil där leverantören kan bevisa att det saknas grund för att tillämpa preklusionsfristen. En preklusionsfrist innebär därför som utgångspunkt inte mindre tillämpningsproblem än den bevispresumtion som vi förespråkar. I detta sammanhang kan anmärkas att den nya EU-direktivregeln (artikel 47.3 b) om att tidsfristen kan förlängas även om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten ger ett ökat utrymme för att ändra kraven i en upphandling som en följd t.ex. av att leverantörerna lämnat synpunkter eller ställt frågor. De utökade möjligheterna att ändra kraven under upphandlingen bör kunna förenas med ett krav på att leverantörerna ska vara aktiva och genom frågor och synpunkter bidra till att förfrågningsunderlaget är så klart att det går att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Om en leverantör underlåter att uppfylla det kravet kan underlåtelserna sanktioneras genom just den bevispresumtion vi här redovisat.

### Nuvarande ordning för rättegångskostnadsansvar måste ändras

Den ordning för rättegångskostnadsansvar som införts genom rättspraxis, se Högsta domstolens mål i NJA 2013 s. 762, är inte ändamålsenlig. Den domen utgår nämligen från att endast en leverantör, och inte en upphandlande myndighet, har rätt att få ersatt sin rättegångskostnad genom skadestånd och det i efterhand, när leverantören vet att denne har vunnit. För att undvika rättegångskostnadsansvar kan upphandlande myndigheter tvingas avbryta en överprövad upphandling istället för att avvakta domstolens prövning av målet. Denna ordning är också särskilt bekymmersam eftersom domstolen i överprövningsmål kan av eget initiativ förordna om upphandlingens omgörande eller rättande även om leverantören inte har yrkat just det förordnandet. En leverantör kan därför anses vinna ett överprövningsmål även om domstolen förordnar t.ex. om att upphandlingen ska göras om, trots att leverantören endast har yrkat att upphandlingen ska rättas och vice versa. Den upphandlande myndigheten har ingen motsvarande rätt att få ersatt sin rättegångskostnad om domstolen avslår eller avvisar leverantörens ansökan om överprövning. Utredningen måste därför ändra den rättegångskostnadsordning som införts genom nämnda avgörande.

### **Angränsande frågor som har en påverkan på överprövningssystemet**

Även frågor i gränslandet mellan materiella och processuella upphandlingsregler har en direkt påverkan på hur överprövningssystemet fungerar. Vi ser därför även anledning att uppmärksamma utredningen på följande.

#### Avtal ska kunna ingås genom direktupphandling i avvaktan på att ett ordinarie upphandlingsförfarande avslutas

Lindahl har redan i sitt remissvar över Upphandlingsutredningen 2010:s slutbetänkande redovisat att Lindahl har uppfattningen att en upphandlande myndighet ska ha möjlighet att direktupphandla ett avtal i avvaktan på att ett ordinarie upphandlingsförfarande som har påbörjats kan avslutas. Det är inte rimligt att ett direktupphandlat avtal i den situationen ska bli ogiltigförklarat av domstol. Däremot saknas det anledning att acceptera direktupphandlade avtal som avser en längre tid än den som krävs för att avsluta ett påbörjat ordinarie upphandlingsförfarande.

#### Den upphandlande myndigheten ska ha en kontrollskyldighet

I syfte att så långt det är möjligt säkerställa att den offentliga sektorn ingår kontrakt med en leverantör som har lämnat en anbudsansökan eller ett anbud som är förenligt med förfrågningsunderlaget bör det framgå av LOU och LUF att en upphandlande myndighet har en skyldighet att kontrollera riktigheten i ingivna anbudsansökningar eller anbud. För närvarande framgår denna kontrollskyldighet inte helt klart i rättspraxis. Det finns därför domstolar som har utgångspunkten att en leverantör ska tilldelas kontrakt även om det efter tilldelningsbeslutet eller i en överprövningsprocess framkommer att leverantören har lämnat oriktiga uppgifter och att leverantören, om de korrekta uppgifterna hade varit kända, inte kan anses ha lämnat en anbudsansökan eller ett anbud som överensstämmer med villkoren i förfrågningsunderlaget.

Utredningen bör beakta även nu nämnda oklara rättsläge.

#### En part ska inte tillåtas utnyttja att giltighetstiden av anbud har löpt ut

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2011 not. 64 följer att en *leverantör* som vägrar att förlänga giltighetstiden av anbudet enligt den upphandlande myndighetens begäran saknar rätt att få överprövat beslut i upphandlingen. En sådan leverantör ska anses ha utträtt ur upphandlingen. Denna rättsföljd av en vägran att förlänga anbudet bör framgå tydligt av lag.

Ofta har en upphandlande myndighet skäl att begränsa anbudens giltighetstid till ett visst antal månader. Om giltigheten görs beroende av att upphandlingen slutförs och alla eventuella överprövningsmål vinner laga kraft kan det driva upp priserna på ett sätt som inte är rimligt. Eftersom giltighetstiden av anbud därför ofta är begränsad till t.ex. tre eller sex månader från anbudstidens utgång kan det få till följd att ett anbuds giltighetstid riskerar att löpa ut innan upphandlingen kan avslutas. Det är inte sällan fallet om upphandlingen fördröjs på grund av en överprövningsprocess.

Det förekommer att *upphandlande myndigheter* använder en utgången tid för anbudens giltighetstid som ett skäl för att avbryta en upphandling, i vissa fall trots att en domstol efter överprövning har förordnat att upphandlingen ska rättas på ett visst sätt. Lagstiftaren bör inte acceptera ett sådant agerande. Det bör därför i lag klargöras att en upphandlande myndighet, som inte har begärt att anbudsgivarna förlänger giltighetstiden för sina anbud inte har sakliga skäl för att avbryta upphandlingen enbart med hänvisning till att anbudens giltighetstid har löpt ut. Det bör också framgå att myndigheten kan "återuppväcka" en giltighetstid som har löpt ut genom att tillfråga

anbudsgivarna om anbudet fortsatt gäller. Endast om den upphandlande myndigheten har begärt att anbudsgivarna förlänger giltighetstiden för sina anbud och ingen anbudsgivare gör det eller så få anbudsgivare gör det att det råder bristande konkurrens om kontraktet bör myndigheten ha sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Avbrytanderätten följer i den situationen av att det, trots myndighetens ansträngningar av att fullfölja upphandlingen, inte längre finns någon konkurrens om kontraktet.

Det är en annan sak att myndigheten efter att ha begärt att anbudsgivarna förlänger giltighetstiden för sina anbud inte behöver avbryta upphandlingen på grund av att en eller några av anbudsgivarna vägrar att förlänga giltighetstiden för sitt eller sina anbud. Effekten blir endast, som nyss beskrivits, att den eller de anbudsgivare som inte förlängt giltighetstiden för sitt/sina anbud ska anses ha utträtt ur upphandlingen utan rätt att överpröva den.

#### Ytterligare förbättringsåtgärder

Det finns ett antal ytterligare förbättringsåtgärder att vidta utöver de ovan redovisade som rör processreglerna för överprövningsmål.

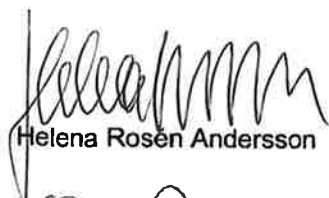
Rättspraxis varierar inom upphandlingsområdet och en enhetligare rättspraxis bör kunna nås genom en ökad prejudikatbildning och ökad specialisering inom domarkåren.

Högsta förvaltningsdomstolen har hittills huvudsakligen meddelat prövningstillstånd i frågor av processuell karaktär. För att nå en enhetlig rättspraxis är det emellertid önskvärt att Högsta förvaltningsdomstolen i ökad utsträckning beviljar prövningstillstånd och prövar de materiella bestämmelserna i upphandlingslagarna. Det är också viktigt att förvaltningsdomstolarna och ytterst Högsta förvaltningsdomstolen begär ett förhandsavgörande från EU-domstolen i komplicerade upphandlingsrättsliga frågor.

Vidare är det viktigt att de domare som dömer i mål om överprövning av offentlig upphandling är specialiserade i upphandlingsrätt på en nivå som motsvarar parternas och ombudens. Då skapas bättre förutsättningar för en enhetlig och stabil rättspraxis. Med en hög specialisering bör man även kunna undvika det som förekommer i dag, även på kammarrättsnivå, att domstolar dömer i strid mot både lag och förarbetsuttalanden. Sådana avgöranden försvårar för både upphandlande myndigheter och leverantörer att skapa sig en bild av upphandlingsregelverket.

---

Som ovan

  
Helena Rosén Andersson

  
Eva-Maj Mühlenbock

  
Catharina Piper