



Sveriges
Kommuner
och Landsting

Cirkulärnr: 08:2
Diariernr: 08/0010
Handläggare: Ulf Palm
Avdelning: Avdelningen för juridik
Datum: 2008-01-04
Mottagare: Kommuner
Landsting/regioner
Kommunala företag
Kommundirektörer
Landstingsdirektörer
Inköp
Rubrik: Nya lagar om offentlig upphandling
Bilagor: 1 SFS 2007:1091
2 SFS 2007:1092



CIRKULÄR 08:2

Kommuner
Landsting/regioner
Kommunala företag
Kommundirektörer
Landstingsdirektörer
Inköp

Nya lagar om offentlig upphandling

Den 21 november 2007 antog regeringen två nya lagar om offentlig upphandling, nämligen lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Lagarna ersätter lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. De nya lagarna är en följd av att EU antagit nya upphandlingsdirektiv, direktiv 2004/17/EG inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster (försörjningsdirektivet) och direktiv 2004/18/EG vid upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska direktivet). Lagarna trädde i kraft den 1 januari 2008. För upphandling som påbörjats före ikraftträdandet (före annonsering eller annat sätt för att begära in anbud) gäller gamla regler.

Sammanfattningsvis innebär de nya lagarna följande.

- Lagarna överensstämmer i stor utsträckning med tidigare regelverk, men har ny struktur.
- Två nya lagar i stället för som tidigare en lag.
- Huvudregeln om affärsmässighet ersätts med de grundläggande EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.
- Förkortade tidsfrister om annonsen skickas med elektroniska medel och om det ges fri tillgång till förfrågningsunderlaget med elektroniska medel.
- Skyldighet att utesluta en leverantör som har gjort sig skyldig till viss brottslighet (deltagande i kriminell organisation, bestickning, penningtvätt m.m.).
- Införande av regler om miljöhänsyn och sociala hänsyn i upphandlingsprocessen.
- Nya bestämmelser om ramavtal.

- Krav på viktning av utvärderingskriterierna vid upphandling över EU:s tröskelvärden.

Nedan kommenteras de viktigaste ändringarna.

Principer (huvudregler) för offentlig upphandling (1 kap. 9 §)

Den nuvarande huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU uttrycks i de nya lagarna i stället med en hänvisning till de grundläggande principer som anges i direktiven, dvs., principerna om *likvärdighet, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande* (se 1 kap. 9 §).

Av förarbetena (här prop. 2006/07:128) framgår att den nya utformningen inte är avsedd att innebära någon ändring av rättsläget vad gäller vilka rättsprinciper som skall iakttas vid en upphandling.

Nya begrepp

Upphandlande myndighet

Begreppet upphandlande enhet byts ut mot *upphandlande myndighet* i klassiska lagen men behålls i försörjningslagen.

Med myndighet jämföras

1. Beslutande församlingar i kommuner och landsting
2. Offentligt styrda organ som avses i 2 kap. 12 § (kommunala bolag m.fl.)
3. Sammanslutningar av en eller flera myndigheter

Tjänstekoncession

Med *tjänstekoncession* avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja tjänsten (2 kap. 17 §). Tjänstekoncessioner omfattas inte av upphandlingslagarna och kan enligt gällande rättspraxis inte bli föremål för överprövning.

Som exempel på tjänstekoncessioner som har godtagits efter prövning i domstol kan nämnas upphandling av parkeringsövervakning där ersättningen utgjordes av rätten för den som tog över verksamheten att uppbära avgifterna. Andra exempel har gällt skötseln av en småbåtshamn mot uppbärandet av avgifterna och övertagande av inkassoverksamhet mot rätten att uppbära inkassoavgiften. En förutsättning för att tjänsten skall betraktas som en tjänstekoncession är att den som tar över tjänsten tar verksamhetsrisken för tjänsten.

Upphandlarprofil

Med *upphandlarprofil* avses en sammanställning av uppgifter som är tillgängliga på Internet och som innehåller information om den upphandlande myndigheten och dess upphandlingar (2 kap. 20 §). Tidsfristerna för att komma in med anbud vid öppet och selektivt förfarande får förkortas med fem (5) dagar om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska gemenskapernas kommission för publicering (8 kap. 6 §).

Tröskelvärden

EU:s tröskelvärden har höjts enligt följande.

Klassiska sektorn

- Varor: 211 000 euro
- Tjänster: 211 000 euro
- Byggentreprenader: 5 278 000 euro

Försörjningssektorn

- Varor: 422 000 euro
- Tjänster 422 000 euro
- Byggentreprenader: 5 278 000 euro

Regeringen kommer att tillkännage tröskelvärdena i euro och svenska kronor i en särskild förordning.

Ramavtalen (5 kap.)

Bestämmelse om ramavtal har hittills endast funnits i försörjningsdirektivet. Bestämmelsen innebar bl.a. att en upphandlande enhet kunde betrakta ett ramavtal som ett ”upphandlingskontrakt” och tilldela det enligt direktivets förfaranderegler. Anskaffningar (avrop) på ramavtalet var således inte att betrakta som någon ny upphandling enligt LOU. Reglerna i den nya försörjningslagen är i sak oförändrade (5 kap. 1 § försörjningslagen).

Begreppet ramavtal definieras som ”ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod” (2 kap. 15 § i klassiska lagen och 2 kap. 16 § i försörjningslagen). Definitionen i den svenska versionen skiljer sig något från direktivtexten där det framhålls att den omständig-

heten att villkoren skall vara fastställda gäller ”särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad volym”. Vad detta kan få för betydelse är svårt att säga.

Ramavtal får inte löpa under längre tid än fyra (4) år om det inte finns särskilda skäl. Som särskilda skäl nämns i propositionen upphandlingar där det krävs stora investeringar. Vi utgår ifrån att även eventuell förlängningsperiod skall ingå i löptiden och då framstår fyra år som en alltför kort period. Det återstår således att se vilken bedömning domstolarna kommer att göra när det gäller löptiden. Under alla förhållanden gäller det för den upphandlande myndigheten att kunna motivera en längre löptid än fyra år.

Mot bakgrund av definitionen av ramavtal kan det tyckas märkligt att vid upphandling enligt den klassiska lagen kan ramavtalen var av två slag, dels där villkoren är fastställda i ramavtalet, dels där alla villkoren inte är fastställda i ramavtalet (förutsätter ramavtal med flera leverantörer).

Ramavtal med en leverantör (klassiska lagen)

Om ramavtal ingås med en enda leverantör skall villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämja med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten får dock skriftligen samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud (5 kap. 4 §).

En komplettering får enligt propositionen inte innebära att anbudet avviker från villkoren i ramavtalet, utan fråga skall vara om en precisering av villkoren. Det kan enligt propositionen t.ex. röra sig om uppgift om aktuellt pris, om detta enligt ramavtalet är kopplat till någon form av prisjusteringsklausul. Det kan också vara fråga om att närmare ange vad en konsulttjänst skall avse eller hur en sådan tjänst skall utföras. Det handlar således inte om att ersätta tidigare lämnade uppgifter.

Ramavtal med flera leverantörer (klassiska lagen)

Om ramavtal ingås med flera leverantörer (parallella ramavtal) skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud (5 kap. 5 §). Enligt propositionen är det endast när det inte finns tillräckligt många kvalificerade anbudssökande eller godtagbara anbud som ramavtal kan ingås med två leverantörer. Om avtal bara kan tecknas med en leverantör blir bestämmelserna om avtal med en leverantör tillämpliga.

Om ramavtal ingås med flera leverantörer får tilldelning av kontrakt ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet (5 kap. 6 §) eller, om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter förnyad inbjudan att lämna anbud s.k. förnyad konkurrensutsättning (5 kap. 7 §).

Om alla villkor är fastställda i ramavtalet skall kontraktet tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet på grund av de villkor som angetts i ramavtalet (5 kap. 6 § andra stycket). Denna bestämmelse, som inte har någon motsvarighet i det klassiska direktivet, innebär enligt propositionen att den upphandlande myndigheten skall välja den leverantör som har lämnat det bästa anbudet (s.k. rangordning). Kravet på rangordning följer enligt propositionen av att de leverantörer som ingått ramavtal får anses ha ett berättigat intresse av att tilldelningen av kontrakt görs med iakttagande av de principer som styr den offentliga upphandlingen.

Ett problem som vi ser det vid rangordning av leverantörerna (gäller bara vid ramavtal med flera leverantörer och där villkoren är fastställda) är att det inte alltid låter sig göras att i förväg, innan behovet av tjänsten eller varan har uppstått, bestämma vilket anbud som är bäst. Det går inte heller alltid att bestämma att en viss leverantör alltid är ”etta”. Det kan t.ex. gälla konsulttjänster eller medicintekniska produkter, handikaphjälpmedel m.m. Om priset är fastställt i ramavtalet och upphandlingsförfarandet är lägsta pris är det givetvis inga problem att ha en fastställd rangordning i förväg. Av propositionen framgår dock att i det fall en rangordning inte är möjlig eller är förenad med påtagliga nackdelar bör det eftersträvas en annan ordning som tillgodoser kraven på öppenhet och likabehandling.

Om det inte är möjligt att ha en fastställd rangordning (avropsordning) mellan leverantörerna skall det således ändå framgå av förfrågningsunderlaget vad som är avgörande för vilken leverantör som kommer att få leverera varan eller tjänsten. Det kan t.ex. handla om leverantörernas erfarenhet eller lämplighet utifrån tjänstens art i det enskilda fallet eller den enskildes möjlighet att påverka valet vid hälso- och sjukvårdstjänster eller sociala tjänster. Även vid upphandling av varor kan det ibland vara svårt att ha en i förväg fastställd rangordning, t.ex. vid upphandling av handikaphjälpmedel.

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och inte alla villkor är fastställda i ramavtalet skall leverantörerna inbjudas på nytt att lämna anbud enligt de villkor som anges i förfrågningsunderlaget (förnyad konkurrensutsättning). Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget (5 kap. 7 §).

Det är enligt propositionen inte nödvändigt att bjuda in en leverantör till den förnyade konkurrensutsättningen om det framstår som klart att denne inte klarar av att fullgöra beställningen. Villkoren i ramavtalet kan inte omförhandlas och inte heller kan krav som ställs i avtalet ändras eller byta ut. Materiella ändringar av villkoren är således inte tillåtna. En förnyad konkurrensutsättning kan t.ex. handla om nya priser.

För övrigt gäller vid den förnyade konkurrensutsättningen att

- samråd skall ske med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,
- en tidsfrist för att lämna anbud skall fastställas,
- anbuden skall lämnas skriftligen och
- varje enskilt kontrakt skall tilldelas den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget.

Ramavtal vid upphandling som inte omfattas av direktiven

Bestämmelserna om ramavtal i den klassiska lagen gäller också vid upphandling som inte omfattas av EU:s upphandlingsregler, dvs. upphandling under EU:s tröskelvärden och upphandling av s.k. B-tjänster oavsett kontraktsvärdet. Som exempel på B-tjänster kan nämnas hälso- och sjukvårdstjänster och sociala tjänster. Det finns ingen skyldighet för Sverige att ha samma bestämmelser för ramavtalen i den klassiska lagen under EU:s tröskelvärden och för B-tjänster som över EU:s tröskelvärden. Regeringen har, trots SKL:s invändningar, ändå valt att ha samma bestämmelser. I försörjningslagen, där det inte finns några detaljerade bestämmelser om ramavtal, är bestämmelserna desamma för ramavtal oavsett om upphandlingen är över eller under EU:s tröskelvärden.

Överprövning av ramavtal och av avrop på ramavtal

Särskilda bestämmelser om vad som gäller för överprövning vid avrop på ramavtal saknas, vilket får anses vara en brist då osäkerheten tycks vara stor på den punkten.

Vid tilldelning av enskilda kontrakt (avrop) som bygger på ett ramavtal där villkoren är fastställda bör enligt propositionen sådana anskaffningar inte kunna bli föremål för överprövning eftersom de i praktiken endast utgör utnyttjande av ett bindande ramavtal (upphandlingskontrakt). Hittills har domstolarna också avvisat överprövningar som avser avrop på ramavtal. Om villkoren i ramavtalet ändå inte följs är det en otillåten direktupphandling som kan bli föremål för både överprövning och skadeståndstalan.

Vid ramavtal med förnyad konkurrensutsättning föreligger enligt propositionen inte något upphandlingskontrakt som kan avskära möjligheten till överprövning eller bilda utgångspunkt för den ettåriga fristen för att väcka skadeståndstalan. Enligt propositionen är en sådan ordning inte rationell men bör kunna accepteras under en övergångsperiod till dess att mer ändamålsenliga regler på området införts. Frågan är hur länge skall vi behöva leva med denna obegränsade tid för överprövning.

Vad gäller avropen vid förnyad konkurrensutsättning kan dessa enligt propositionen utgöra ett upphandlingskontrakt som, förutsatt att tiodagarsfristen löpt ut, avskär möjligheten till överprövning och utgör startpunkt för talefristen avseende skadeståndsanspråk. Det innebär som vi ser det att tilldelningsbeslut skall lämnas även vid avropen vid förnyad konkurrensutsättning.

Detta innebär således att det är en obegränsad överprövningsfrist när det gäller ramavtalet som sådant vid förnyad konkurrensutsättning, men den kan begränsas när det gäller avropen på ramavtalet vid förnyad konkurrensutsättning.

Vi kan nämna att enligt det nya rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn som medlemsländerna är skyldiga att införa senast under år 2010 finns ingen skyldighet att ha en tiodagarsfrist vid avrop på ramavtal vid förnyad konkurrensutsättning. Det återstår således att se vad Sverige kan komma att besluta i den delen.

Problemet när det gäller avrop på ramavtal med förnyad konkurrensutsättning är att dessa förmodligen inte alltid kommer att formaliseras som ett upphandlingskontrakt i lagens mening, och då blir det som vi ser det en obegränsad överprövningsfrist även i dessa fall eftersom överprövning kan ske så länge formföreskrifterna för upphandlingskontrakt inte är uppfyllda. Tiodagarsfristen passar inte heller alltid med tanke på att det kan handla om ett omedelbart behov av varan eller tjänsten. Den personal som avropar på ramavtalen saknar också många gånger närmare kunskaper om lagstiftningen på upphandlingsområdet. Vi får se om det kan bli ändringar när det gäller ramavtalen framöver. Det pågår också för närvarande en översyn av regelverket under tröskelvärdena och för B-tjänsterna och SKL har bl.a. föreslagit förenklingar som rör ramavtalen. Vidare skall Sverige som ovan nämnts införliva ändringarna i rättsmedelsdirektiven där ramavtalen också behandlas.

Tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlaget (6 kap.)

Tekniska specifikationer skall ingå i annonsen om upphandlingen, i förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna. En motsvarande bestämmelse har funnits i 1 kap. 12 § LOU men innehåller färre alternativ.

När det är möjligt bör specifikationerna bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionshinder (6 kap. 1 § andra stycket).

I de tekniska specifikationerna som avser prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå (6 kap. 3 §). Om en upphandlande myndighet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken (6 kap. 7 §). Den upphandlande myndigheten får ange att varor eller tjänster som

är försedda med miljömärke som har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön skall anses motsvara de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget, men myndigheten skall godta även annat lämpligt bevis för att så är fallet.

Särskilda kontraktsvillkor

En upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt skall fullgöras. Dessa villkor skall anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget (6 kap. 13 §). Det handlar således om krav som skall gälla under kontraktstiden och inte om kvalificeringskrav eller tilldelningskriterier i upphandlingen. Kraven som ställs skall ha en koppling till föremålet för kontraktet och avse villkor hur ett kontrakt skall fullgöras.

Enligt uttalande i upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn (beaktandesats 33) kan villkoren t.ex. syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen, att anställa personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden och att bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Det kan också gälla krav på att följa bestämmelserna i de grundläggande ILO-konventionerna.

Som exempel på miljömässiga villkor för fullgörande av kontrakt har Europeiska kommissionen i sin handbok, ”Att köpa grönt”, angett som godtagbara villkor att leverantören hämtar och återanvänder eller återvinner förpackningsemballage. En förutsättning för att kunna ställa särskilda kontraktsvillkor är att villkoren går att kontrollera och att de också kontrolleras, vilket kanske inte alltid görs.

När det gäller frågan om krav kan ställas på att leverantörerna skall ha tecknat svenskt kollektivavtal eller uppfylla motsvarande villkor finns inte någon enhetlig rättspraxis ännu. Frågan aktualiseras dock i EG-domstolens dom 2007-12-18, mål C-341/05 (”Vaxholmsmålet”). Det lettiska bolaget Laval blev försatt i blockad av Svenska Byggnadsarbetarförbundet efter att det vägrat att ansluta sig till Byggnadsavtalet vid byggandet av en skola i Vaxholm. Tvisten hamnade i Arbetsdomstolen som begärde in ett förhandsavgörande av EG-domstolen.

Enligt EG-domstolen hade Byggnads inte rätt att kräva att utländska företag tillämpar hela byggnadsavtalet. EG-domstolen anmärker bl.a. på att Byggnads inte tillämpar minimilöner utan lönerna fastställs från fall till fall på arbetsplatsen och med beaktande av de anställdas kvalifikationer och arbetsuppgifter. Arbetsgivaren skall inte heller behöva teckna försäkringar eller annat som de anställda inte har någon nytta av. Vad gäller arbetstid och semester anmärker EG-domstolen på att Byggnadsavtalet skiljer sig från de svenska lagreglerna om arbets- och anställningsvillkor för utstationerade arbetstagare och innehåller villkor som är förmånligare för arbetstagarna. Målet fortsätter nu i Arbetsdomstolen och vi återkommer senare med ytterligare information kring kollektivavtalen.

Förkortade tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud vid användning av elektroniska medel

Bestämmelserna är nya och innebär att om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel får tidsfristen att komma in med anbud vid öppet upphandlingsförfarande (52 dagar) och tidsfristen att komma in med anbudsansökningar vid selektivt upphandlingsförfarande (37 dagar) förkortas med sju (7) dagar (8 kap. 5 §).

Vidare får tidsfristerna ovan utöver de sju dagarna förkortas med ytterligare fem (5) dagar om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickas till Europeiska gemenskapernas kommission för publicering. Den Internetadress där förfrågningsunderlaget finns tillgängligt skall anges i annonsen (8 kap. 6 §).

Ytterligare förkortning av tidsfristen för att komma in med anbud vid öppet eller selektivt förfarande får ske om upphandlande myndigheter har informerat om planerade upphandlingar som myndigheten avser att tilldela/ingå under de närmaste tolv (12) månaderna, s.k. förannonsering (se 8 kap. 4 §).

Former för lämnande av anbud och anbudsansökningar

Anbudsansökningar och anbud skall lämnas skriftligen. Den upphandlande myndigheten får också bestämma att anbud skall lämnas med något elektroniskt medel (9 kap. 1 §). Med elektroniska medel avses enligt propositionen även fax.

Vid kommunikation med elektroniska medel skall dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används (9 kap. 2 §). Enligt uttalande i propositionen är det i de flesta branscher möjligt att ställa ett ovillkorligt krav på att anbud skall lämnas elektroniskt utan att det kan anses vara diskriminerande gentemot vissa leverantörer. I ett sådant fall skall ett anbud som ges in skriftligt inte beaktas vid upphandlingen.

Underrättelse om beslut (tilldelningsbeslut)

En upphandlande myndighet skall snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattas om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för beslutet. En sådan underrättelse skall lämna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut en inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen (9 kap. 9 §). Bestämmelsen är inte ny och motsvara 1 kap. 28 § första stycket och 29 § LOU. Skälen för besluten skall således alltid anges,

även när en upphandling avbryts. Även vid avrop i samband med förnyad konkurrensutsättning skall som vi ser det tilldelningsbeslut lämnas.

Uteslutning av leverantörer (10 kap)

Omständigheter som skall medföra uteslutning (10 kap. 1 §)

En upphandlande myndighet *skall* utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt lagakraftvunnen dom är dömd för brott som omfattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott,
2. bestickning enligt viss närmare angiven definition i lagparagrafen,
3. bedrägeri enligt viss närmare definition i lagparagrafen eller
4. penningtvätt också enligt viss närmare definition i lagparagrafen.

Eftersom de svenska straffbestämmelserna inte har utformats på samma sätt som följer av direktivtexten finns ingen hänvisning till motsvarande straffbestämmelser i svensk rätt. Det handlar dock om grov brottslighet (grov stöld, grovt bedrägeri m.m.). Om leverantören är en juridisk person skall leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet. Den upphandlande myndigheten är inte skyldig att genomföra en kontroll av leverantören. Endast när det finns grundad anledning anta att grund för uteslutning föreligger får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning. Om det finns särskilda skäl får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för aktuell brottslighet.

Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer (10 kap. 2 §)

Bestämmelsen motsvarar 1 kap. 17 § LOU och innebär att en upphandlande myndighet har möjlighet att utesluta en leverantör som är i konkurs, är dömd för brott avseende yrkesutövningen, har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, inte har fullgjort sina skyldigheter avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i något annat väsentligt hänseende låtit bli att lämna begärda upplysningar som begärts med stöd av bestämmelsen.

En nyhet är att om leverantören är en juridisk person får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott genom lagakraftvunnen dom avseende yrkesutövningen eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Företrädare är de personer som vid tiden för anbudsgivningen företräder leverantören.

Kontroll av leverantörens lämplighet

En nyhet är att förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling upphör att gälla vid utgången av år 2007 och tas i stället in i 11 kap. 7-11 §§ i den klassiska lagen. Det handlar således om vilka bevis den upphandlande myndigheten vill att leverantörerna skall lämna in för att styrka den *ekonomiska ställningen* respektive den *tekniska kapaciteten*. Uppräkningen i 11 kap. 11 § av bevis som avser den tekniska kapaciteten är uttömmande. Den upphandlande myndigheten kan således inte begära in andra handlingar än de som anges i paragrafen. Uppräkningen av bevis när det gäller ekonomisk ställning i 11 kap. 7 § är inte uttömmande och andra bevis kan således begäras in. Om inte begärda intyg eller bevis ges in utgör det skäl för att inte pröva leverantörens anbudsansökan eller anbud. I övrigt hänvisas till lagtexten.

I försörjningslagen finns ingen motsvarande uppräkningslista av bevis på ekonomisk ställning och teknisk kapacitet. Enligt 11 kap. 1 § försörjningslagen skall den upphandlande enheten innan kontrakt tilldelas kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits på grund av de uteslutningsgrunder som bygger på sådan grov brottslighet som utgör obligatorisk uteslutningsgrund enligt 10 kap. 1 § och sådan uteslutningsgrund (skatteskulder m.m.) som enligt 10 kap. 3 § ger rätt till uteslutning av en leverantör. Enligt 11 kap. 2 § försörjningslagen får en upphandlande myndighet ha ett särskilt kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer som får delta i selektivt förfarande eller förhandlat förfarande (prekvalificeringssystem).

Viktning av utvärderingskriterierna (12 kap. 2 §)

Om kontrakt skall tilldelas efter grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den upphandlande myndigheten/enheten i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange hur de olika kriterierna (pris, kvalitet m.m.) kommer att viktas inbördes. Kriterieviktningen får anges som ett intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten/enheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna skall dessa anges i fallande prioritetsordning. I praktiken innebär nog detta ändå att viktning blir i princip obligatorisk. Redan hittillsvarande rättspraxis tyder på detta.

Den omständigheten att kriterieviktningen får anges i form av intervall med en största tillåtna spridning får enligt propositionen inte medföra att en så stor spridning används att det i realiteten innebär att informationen förlorar sin betydelse.

Vid upphandling som inte omfattas av direktiven (6 kap LOU) ges ett fritt val mellan viktning och fallande prioritetsordning (se 15 kap. 16 § i klassiska lagen och 15 kap. 16 § i försörjningslagen).

Upphandling som inte omfattas av direktiven (15 kap. i båda lagarna)

Här avses upphandlingar under EU:s tröskelvärden och upphandling av s.k. B-tjänster (se bilaga 3 till de båda lagarna) oavsett kontraktsvärdet.

Kapitel 15 innehåller inte några väsentliga förändringar i förhållande till vad som hittills har gällt enligt 6 kap. LOU. Bestämmelserna är för närvarande föremål för översyn och har behandlats i Upphandlingsutredningens slutbetänkande (SOU 2006:28). Någon ny lagstiftning är inte att vänta inom det närmaste året/åren. SKL har tillsammans med Verva och Ekonomistyrningsverket tillskrivit finansdepartementet med förslag till förenklingar vid upphandling som inte omfattas av direktiven.

Som ovan nämnts har bestämmelserna om ramavtal i de båda lagarna gjorts tillämpliga även vid upphandling som inte omfattas av direktiven. Det innebär bl.a. att ramavtalsbestämmelserna i 15 kap. är olika beroende på om det är upphandling enligt den klassiska lagen eller försörjningslagen. Vidare har bestämmelsen i 10 kap. 1 § om uteslutning av leverantörer vid viss grov brottslighet förts in också i kapitel 15 i de båda lagarna.

Överprövning och skadestånd (16 kap. i de båda lagarna)

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd är i princip oförändrade i de nya lagarna. Bestämmelserna har varit föremål för översyn av Upphandlingsutredningen och behandlas i utredningens slutbetänkande (SOU 2006:28). Betänkandet bereds för närvarande i finansdepartementet och det är osäkert när eventuella ändringar kan träda i kraft. Vidare har Europeiska gemenskapernas kommission utarbetat ett förslag till nya rättsmedelsdirektiv (sanktionsregler) som medlemsländerna är tvungna att införa. Det handlar bl.a. om sanktioner mot s.k. otillåtna direktupphandlingar. De nya rättsmedelsdirektiven kommer att träda i kraft kring årsskiftet varefter medlemsländerna får 24 månader på sig att införa de nya bestämmelserna i nationell lag.

Pågående lagstiftningsarbete

Pågående lagstiftningsarbete inom upphandlingsområdet rör bl.a. följande frågor.

- Konkurrenspräglad dialog (nytt upphandlingsförfarande)
- Dynamiskt inköpssystem
- Elektroniska auktioner
- Inköpscentraler
- Nya hårdare miljökrav och sociala krav
- Upphandling som inte omfattas av direktiven (15 kap. i de nya lagarna)

- ILO-konventionen 94 (behandlar bl.a. lönevillkor och andra arbetsvillkor vid offentlig upphandling)
- Införandet av ändringarna i rättsmedelsdirektiven i nationell lag

Frågor med anledning av detta cirkulär besvaras av förbundsjuristerna

Ulf Palm, tfn: 08-452 79 81

Eva Sveman, tfn: 08-452 76 54

Mathias Sylwan tfn: 08-452 79 84.

Seminarier med anledning av de nya upphandlingslagarna har hållits under hösten 2007. Ytterligare ett seminarium hålls i Stockholm den 31 januari och vi planerar ytterligare något seminarium senare i vinter beroende på efterfrågan.

Sveriges Kommuner och Landsting
Avdelningen för juridik

Hans Ekman

Ulf Palm

Bilagor:

1 SFS 2007:1091

2 SFS 2007:1092