

Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28)

Sammanfattning av NOU: s inställning till förslagen

Enligt NOU:s uppfattning är det mycket angeläget att få fram *ett regelsystem med en gemensam tidpunkt för ikraftträdande* med anledning av båda betänkandena från Upphandlingsutredningen 2004. Detta synes kunna vara möjligt om lagstiftningsarbetet nu kraftigt prioriteras och ges ordentliga resurser.

NOU tillstyrker att de nyheter som introduceras genom direktiven också införs i svensk lagstiftning. Här avses konkurrenspräglad dialog - eller som NOU vill benämna det "dialogupphandling" - vid upphandlingar över tröskelvärdena för den klassiska sektorn samt inköpscentraler, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner för bägge upphandlingslagarna. NOU vidhåller uppfattningen att den svenska lagstiftningen i så stor utsträckning som möjligt bör överensstämma i struktur och ordval med EG: s upphandlingsdirektiv.

För upphandling under tröskelvärdena anser NOU att behovet av att kunna genomföra en konkurrenspräglad dialog inte alls är lika stort som över tröskelvärdena.

NOU kan konstatera att nämnda nyheter som mycket kortfattat presenteras i EG-direktiven tyvärr inte har blivit mycket mer begripliga efter utredningens arbete. Utredningens resonemang om dynamiska inköpssystem förefaller bygga på en missuppfattning om hur systemet är tänkt att fungera.

NOU tillstyrker förslaget avseende inköpscentraler, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner men med viss tveksamhet, eftersom tänkta för- och nackdelar fortfarande är svåra att utläsa. Det är därför angeläget att användningen av dessa nyheter följs noggrant så att eventuella negativa effekter tidigt kan uppmärksammas.

NOU anser att ansvarsfrågan beträffande inköpscentraler inte kan lösas på det sätt som utredningen föreslår. Skulle den upphandlande myndigheten/enheten som gör en anskaffning genom en inköpscentral bära hela ansvaret för att upphandlingen gått rätt till försvinner den huvudsakliga fördelen med användningen av inköpscentraler.

NOU har inget att invända mot en lagändring som uppmuntrar inköpare att ställa miljökrav och sociala krav. NOU:s uppfattning är dock att kraven inte borde sammanföras i ett och samma lagrum, eftersom kraven är av helt olika karaktär. Det bör också tydliggöras vilka krav som avses och hur de bör ställas.

NOU vidhåller sin uppfattning att nuvarande reglering med "lågt värde" som grund för direktupphandling fungerar bra. Syftet att uppnå större enighet om vad som avses med lågt värde kan uppnås även genom ett vägledande uttalande i förarbeten eller genom bemyndigande till tillsynsmyndigheten att utge allmänna råd i frågan. Om utredningens förslag att lågt värde skall ersättas med ett fast belopp genomförs, förespråkar NOU en tydligare och enklare lösning är den föreslagna. En gemensam gräns borde t.ex. kunna genomföras för alla enheter inom den klassiska sektorn och för alla situationer vid upphandling av varor och tjänster.

NOU kan inte tillstyrka utredningens förslag beträffande bägge lagarna om att kravet på annonsering av upphandlingar under tröskelvärdena är uppfyllt om myndigheten/enheten annonserar på en särskilt upprättad upphandlarprofil som finns tillgänglig på den egna hemsidan, eftersom det för närvarande inte finns garantier för att leverantörernas sökmöjligheter inte försämras och att det inte medför kostnadsökningar för dem. Tillsviare förordar NOU att hittillsvarande system med annonsering i allmänt tillgänglig databas bibehålls i kombination med föreslagen annonsering på hemsidan.

NOU anser att en preklusionsfrist för närvarande inte bör införas. Frågan bör utredas ytterligare, lämpligen i samband med införandet av de nya rättsmedelsdirektiven. NOU kan se ett antal situationer där en sådan frist skulle vara av värde. NOU anser emellertid att den ökning som skett av antalet överprövningar sedan utökade möjligheter infördes per den 1 juli 2002 var väntad. Om en preklusionsfrist skulle införas nu, anser NOU att det är angeläget att den utformas så att den hindrar eventuellt missbruk av överprövningsrätten och motverkar uppenbar försumlighet hos leverantören att tillvarata sina rättigheter i tid samtidigt som den inte förhindrar leverantörer att tillvarata sina rättigheter.

NOU delar utredningens slutsats att det i dagsläget får anses osäkert om en tillämpning av de krav som ILO-konvention nr 94 ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och andra gemenskapsrättsliga regler. NOU tar i likhet med utredningen inte ställning till om en svensk ratifikation av andra än juridiska skäl ändå är lämplig.

Sammanfattning av NOU: s förslag

- NOU föreslår att bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena förs över till en separat lagstiftning. Vissa grundläggande skillnader mellan upphandling inom den klassiska sektorn och försörjningssektorn kan tala för två separata lagar.

Flertalet av dem som kommer i kontakt med offentlig upphandling såväl på köpar- som säljarsidan arbetar enbart med upphandling enligt nuvarande 6 kap. LOU och skulle med denna lösning ha *ett* regelverk att hålla sig till innehållande samtliga bestämmelser. Detta innebär att det stora antalet hänvisningar till likalydande bestämmelser för upphandlingar över tröskelvärdena skulle ersättas av en komplett text, vilket torde underlätta tillämpningen avsevärt. En separat lagstiftning torde även underlätta att utnyttja den frihet som medlemsstaterna har på områden där procedurdirektiven inte gäller.

- Det finns ett stort behov av vägledning på området. NOU föreslår därför att kommande upphandlingslagar kompletteras med allmänna råd och kommentarer som kan vara av mer exemplifierande karaktär. Dessa råd eller kommentarer skulle kunna avse bland annat de nyheter som introduceras i svensk lag, gränser för direktupphandling, var information om en myndighets/enhets upphandlarprofil skall finnas och vad den skall innehålla samt förtydliganden av miljökrav och sociala krav vid offentlig upphandling. Även begrepp som omnämns endast i direktivens beaktandesatser, t.ex. teknisk dialog och elektroniska kataloger skulle kunna förklaras genom allmänna råd och kommentarer. Se vidare nedan under avsnittet 1.3.

- NOU föreslår att upphandling av tjänster inom området hälso- och sjukvård samt socialtjänster utreds för sig. Endast mycket speciella förhållanden kan dock tala för en separat lagstiftning.

- NOU föreslår att en skyldighet införs för en leverantör som anser sig vara förfördelad att meddela den upphandlande myndigheten/enheten sin avsikt att begära överprövning innan en överprövning vid domstol sker. Många rättelser torde därmed självmant kunna göras av den upphandlande myndigheten/enheten.

Del 1 Ny lagstiftning

1.1 Gemensam tidpunkt för ikraftträdande m.m.

Enligt NOU:s uppfattning är det angeläget och rimligt att av nedan angivna skäl få fram *ett regelsystem med en gemensam tidpunkt för ikraftträdande* med anledning av båda betänkandena från Upphandlingsutredningen 2004 (utredningen).

Detta borde fortfarande vara möjligt under förutsättning

- att den i lagrådsremissen angivna tidpunkten för ikraftträdandet av nya regler med anledning av delbetänkandet, dvs. den 1 maj 2007, ändå anses vara den tidigast tänkbara tidpunkten för detta - obekräftade uppgifter om en senare tidpunkt har t.o.m. förekommit - samt
- att lagstiftningsarbetet nu kraftigt prioriteras och ges ordentliga resurser.

Eftersom tidsfristen för genomförande av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG till nationell rätt har löpt ut innan någon ny lagstiftning trätt ikraft har Sverige naturligtvis skyldighet att skyndsamt se till att dröjsmålet blir så kort som möjligt. NOU anser att ytterligare försening av den obligatoriska lagstiftningen inte är acceptabel. Samtidigt är det otillfredsställande för upphandlande enheter, leverantörer, domstolar m.fl. att tillfälligt behöva tillämpa en ny lagstiftning som efter kort tid kommer att ändras i väsentliga delar om förslagen i slutbetänkandet om nya direktivstyrda upphandlingsverktyg antas.

Det är likaså otillfredsställande att de upphandlande enheterna och leverantörerna skall behöva vänta ytterligare på förbättringar/nyheter som övriga medlemsstater redan har infört. Flera myndigheter och upphandlande enheter har för övrigt under (oftast felaktigt) åberopande av EG-rättens direkta effekt redan börjat tillämpa dessa regler i EG-direktiven. Detta sker framför allt angående ramavtal och elektroniska auktioner och riskerar att skapa inarbetade praktiska rutiner som kan visa sig strida mot kommande lagstiftning. Dessa direktivanknutna regler bör därför snabbbehandlas, så att riksdagen kan ta ställning till eventuella förslag samtidigt med förslagen i anslutning till delbetänkandet. Härigenom skulle man dessutom kunna få en bättre struktur på de nya lagarna och bl.a. undvika att vissa kapitel i kommande upphandlingslagstiftning benämns såsom de föreslagna 6 a kap. och 14 a kap. nya LOU¹ respektive 9 a kap. och 17 a kap. LUFSS².

Slutligen vore det rimligt att upphandlingsområdets intressenter efter många år av ändringar och kompletteringar av upphandlingslagstiftningen får en ny, samlad lagstiftning exklusive rättsmedel vid en och samma tidpunkt.

Konsekvenserna av utredningens förslag är ibland svåra att utläsa, eftersom delbetänkandet ännu inte lett till lagstiftning. De lagförslag och den kapitelindelning i delbetänkandet som utredningen i sitt slutbetänkande hänvisar till, har under remissförfarandet lett fram till ett nytt lagförslag (lagrådsremiss) som behöver beaktas och som gör det svårt att överblicka lagstiftningen och ta ställning till lagförslagen.

¹ Med nya LOU avses i yttrandet kommande lag om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster som föreslagits av utredningen.

² Med LUFSS avses i yttrandet föreslagen lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster som föreslagits av utredningen.

NOU anser att utredningens analys av de kostnader och andra konsekvenser som förslagen förväntas medföra, är alltför summarisk. Detta gäller såväl beträffande nyheterna i direktiven som beträffande förslagets konsekvenser för upphandling som genomförs enligt nuvarande 6 kap. LOU. NOU saknar exempelvis en utförligare redogörelse för förslagets samhällsekonomiska konsekvenser bland annat i form av kostnadsökningar (exempelvis för kompetensutveckling) respektive besparingar för upphandlande myndigheter/enheter samt förslagets betydelse för små och medelstora företags arbetsförutsättningar och konkurrensförmåga.

De stora förändringar av upphandlingslagstiftningen som kan förväntas, inte minst strukturella sådana, medför en kraftigt ökad belastning på NOU i många olika avseenden. Förutom trycket på ny information återstår behovet av ytterligare rättsutredningar i frågor som utredningen inte hunnit utreda eller överlämnat till rättsutvecklingen. Som känt begär domstolarna ofta yttrande av NOU i frågor som inte blivit lösta i lagstiftningen och i förarbeten. Ju mer den nya lagstiftningen serveras i portioner, desto större blir de samhälls-ekonomiska kostnaderna, inklusive andelen av NOU: s resurser för sådan information.

1.2 Nationellt regelverk i särskild lag (6 kap. LOU)

NOU föreslår att bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena förs över till en separat lagstiftning och beklagar att utredningen inte tagit upp något resonemang runt detta i betänkandet. Två olika regelsystem med kompletta regler skulle öka tydligheten. Systemen bygger på delvis olika grund och skall tjäna delvis olika syften. Enligt NOU: s erfarenhet har inte ens domstolarna varit tydliga med att ange vilka av dessa regler som legat till grund för bedömningen. Hänvisning har ofta skett till den gemensamma regeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU.

NOU kan inte utläsa mycket av förenkling av regelverket i betänkandets förslag. En sådan har länge förespeglats aktörerna på upphandlingsområdet. I delbetänkandet behandlades de obligatoriska, direktivstyrda delarna vilket gjorde att förslagen i denna del var ganska hårt styrda. De frågor som nu är aktuella i slutbetänkandet är dock av annan karaktär. Dessa gäller den upphandling som styrs av nuvarande 6 kap. LOU. Reglerna har ingen direkt motsvarighet i övriga medlemsstater även om flertalet stater har en lagstiftning även under tröskelvärdena m.m.

Beträffande förslag om och genomförande av förenklingar i LOU kan NOU konstatera att sådana inte är lätta att komma överens om. Redan uppfattningen om vad som verkligen är en förenkling varierar kraftigt beroende på om det är en upphandlande enhet eller en leverantör som tillfrågas. Bland upphandlande enheter möter NOU emellanåt uppfattningen att det bästa vore om bestämmelserna motsvarande 6 kap. LOU helt togs bort. Från leverantörshåll framförs däremot uppfattningen att det vore en förenkling att ha direktivens regler även under tröskelvärdena.

Det finns ofta helt olika uppfattningar avseende samma fråga. Till exempel framför ofta upphandlande enheter att en ganska hög gräns för direktupphandling vore en förenkling. Leverantörer framför ofta att de vill ha ett betydligt lägre värde. Av de särskilda yttranden som bifogas slutbetänkandet framkommer exempelvis att experterna från Svenskt Näringsliv och Företagarna förespråkar att en generell gräns för direktupphandling av varor och tjänster inte bör överstiga 100 000 kr. I det gemensamma yttrandet från experterna från SKL och Verva anges att regleringen med ett lågt värde bör bibehållas men att om det skall vara ett fast värde i Sverige bör gränsen ligga i paritet med det norska som uppges vara 500 000 NKR.

Ett annat exempel på frågor där beställar- och leverantörssidan har olika uppfattningar om vad som är en förenkling av regelsystemet är hur utvärderingen skall gå till vid det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlande enheter framför ofta att det är en förenkling att endast ange utvärderingskriterierna i prioritetsordning medan leverantörerna vill ha viktning av utvärderingskriterierna så att de mer tydligt kan utläsa hur utvärderingen kommer att gå till. Det förslag som nu framförs beträffande utvärdering av pris och andra kriterier i 17 kap. nya LOU kan av de upphandlande enheterna uppfattas som förenkling så till vida att de inte behöver ange den relativa inbördes betydelsen av de olika kriterierna. För leverantörerna innebär detta att det inte blir lika tydligt vad som är viktigt i den aktuella upphandlingen. För dem som arbetar med upphandlingar både över tröskelvärdena där kravet på viktning kommer att införas och under tröskelvärdena där denna precisering inte behöver ske får sannolikt det stängare kravet på precisering genomslag även för upphandlingar under tröskelvärdena.

Upphandlingen enligt nuvarande 6 kap. LOU överstiger både värdemässigt och antalsmässigt den upphandling som genomförs enligt EG-reglerna. Den genomförs dessutom ofta av anställda vid upphandlande myndigheter och enheter som varken har någon större upphandlingsvana eller -utbildning. Det är därför särskilt angeläget att dessa regler förenklas så mycket som möjligt inom ramen för de grundläggande principerna, men också att de utformas på sådant sätt att de blir någorlunda lättillgängliga för den vida krets som skall tillämpa dem.

Sverige bör så långt möjligt dra nytta av den frihet som råder beträffande utformningen av lagstiftningen beträffande den upphandling som inte styrs av EG:s procedurdirektiv. Med en separat lagstiftning under tröskelvärdena ökar möjligheterna att anpassa reglerna till nationella förutsättningar och önskemål. Sannolikt hämmas dessa möjligheter i onödig omfattning av närheten till de direktivstyrda reglerna. Exempel på detta återfinns nedan i del 2.1 (Reglerna under tröskelvärdena har inte anpassats utan hänvisning sker till bestämmelserna över tröskelvärdena).

All upphandling/anskaffning som EG-rättsligt enbart styrs av de grundläggande principerna, dvs. upphandling under tröskelvärdena, B-tjänster, upphandling som omfattas av sekretess, försvarsupphandling och tjänstekoncessioner bör så långt det är möjligt och lämpligt regleras på ett enhetligt sätt. Särlösningar bör förekomma endast då det är särskilt motiverat.

Det finns ett pågående europeiskt arbete om reglering av försvarsupphandlingar, vilket kan resultera i en separat reglering framöver. EG-kommissionen har nyligen publicerat ett tolkningsmeddelande beträffande upphandling under tröskelvärdena³. Dessa pågående arbetsinsatser om hur den upphandling som inte omfattas av procedurdirektiven skall genomföras, kommer givetvis att påverka den framtida svenska utformningen av bestämmelserna.

Vissa grundläggande skillnader mellan upphandling inom den klassiska sektorn och försörjningssektorn kan tala för två separata lagar, dvs. en för upphandling under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn (inklusive rättsmedel) och en för upphandling under tröskelvärdena m.m. inom försörjningssektorerna (inklusive rättsmedel). Om det visar sig lagtekniskt möjligt trots dessa skillnader bör dock en samlad lag för all upphandling under tröskelvärdena (inklusive rättsmedel) utarbetas.

En sådan skillnad är t.ex. bestämmelserna för försörjningssektorerna om ett särskilt kvalificeringssystem och undantag för tilldelning av kontrakt till anknutet företag. Förslaget om gränsvärde för direktupphandling av varor och tjänster skiljer sig också åt mellan sektorerna. I bestämmelserna för försörjningssektorerna används inte uttrycket ”offentlig upphandling” utan endast ”upphandling”.

Om förslaget att dela upp upphandlingen under tröskelvärdena i en separat lagstiftning *inte* skulle genomföras, anser NOU att hänvisningar i de kapitel som reglerar upphandlingen under tröskelvärdena m.m. så långt möjligt bör undvikas. Texten i avsnitt till vilka hänvisning sker bör i stället ”dubbleras”. De hänvisningar som kvarstår bör göras lättlästa på så sätt att det vid hänvisningen anges kapitlets rubrik inom parentes, om det inte är uppenbart vad kapitlet handlar om. Exempelvis bör hänvisningen i förslagets 17 kap. 9 § nya LOU anges på följande sätt: ”... om sådana omständigheter föreligger som enligt 5 kap. (upphandlingsförfaranden) 7 § 1 eller 8-10 §§ ger en upphandlande myndighet ...”.

³ Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives (24.07.2006). Dokumentet finns publicerat på kommissionens webbplats om offentlig upphandling.

1.3 Uppdrag till NOU

En modell som Sverige har erfarenhet av på upphandlingsområdet och som nu kan prövas igen är att NOU utarbetar allmänna råd samt kommentarer av mer exemplifierande karaktär. Ett exempel på innehållet beträffande de senare kategorierna kan vara vägledning om hur en selektering kan gå till vid urvalsupphandling. Utredningen uppger att den bestämmelse som finns i 6 kap. 15 § LOU om att enheter skall bevara handlingar på ett betryggande sätt närmast är av ordningskaraktär och detta är ett annat exempel på sådant som kan tas in i allmänna råd. Även rutiner runt öppningsförfarandet skulle kunna föras dit.

Behovet av sådan vägledning finns inte bara för den upphandling som motsvaras av dagens 6 kap. LOU, utan även för tolkning och tillämpning av de bestämmelser som grundar sig på EG-direktiven till exempel användningen av elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem.

NOU har på uppdrag av regeringen tagit fram allmänna råd med kommentarer för tillämpningen av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt (NOU: s allmänna råd 2006:1). NOU ser en möjlighet att förenkla tillämpningen av det tämligen komplexa och omfattande regelverket för upphandling genom en lagstiftning där endast det obligatoriska finns med och som kompletteras av allmänna råd som kan vara mer lättlästa och innehålla exempel. I den nya lagstiftningen finns naturligtvis möjligheter att ge NOU föreskriftsrätt i större eller mindre omfattning. En sådan utökad verksamhet förutsätter dock att ett särskilt regeringsuppdrag lämnas och att särskild finansiering sker. NOU har redan ett omfattande material med kommentarer som samlats under verksamhetstiden men har inte hittills haft förutsättningar att strukturera detta.

Del 2 Synpunkter på förslaget till lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och i förekommande fall på förslaget om lag om upphandling inom försörjningssektorerna

2.1 Gemensamma synpunkter på förslagen

NOU tillstyrker att förslagen om inköpscentraler, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner införs i kommande lagstiftning, även för upphandling under tröskelvärdena. Beträffande förslaget om konkurrenspräglad dialog inom den klassiska sektorn tillstyrker NOU att det införs över tröskelvärdena. För upphandling under tröskelvärdena anser NOU att behovet inte alls är lika stort, eftersom det vid dessa upphandlingsförfaranden finns möjlighet att förhandla med tänkbara leverantörer.

NOU vidhåller den uppfattning som har framförts i tidigare remissvar, nämligen att den svenska lagstiftningen i så stor utsträckning som möjligt i

struktur och ordval bör överensstämma med EG:s upphandlingsdirektiv, bland annat av den anledningen att EG-domstolens tolkningar utan språkliga justeringar kan överföras till svensk rätt. Detta bör vara utgångspunkten även för dessa frivilliga delar av direktiven vid införlivning till svensk lagstiftning.

NOU kan konstatera att nämnda nyheter som mycket kortfattat presenteras i EG-direktiven inte har blivit mycket mer begripliga efter utredningens arbete, trots den internationella utblicken som utredningen redogör för i anslutning till vissa av dessa nyheter. NOU skulle därför se det som mycket värdefullt med ett resonemang i kommande propositionstext om hur förslagen bäst används sett utifrån svenska förhållanden, vid vilka situationer de är tänkta att användas, främst inom vilka branscher osv.

Bestämmelserna i 17 kap. nya LOU och 19 kap. LUFSS i förslaget hänvisar till de lagrum som innehåller bestämmelser om det nya förfarandet konkurrenspräglad dialog (endast nya LOU) över tröskelvärdena samt om inköpscentraler, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner över tröskelvärdena. Någon anpassning av de regler som utformats för upphandlingen över tröskelvärdena har tyvärr inte skett i kapitlen om upphandling under tröskelvärdena, trots uppenbara behov. Som exempel kan nämnas att de olika upphandlingsförfaranden, med åtföljande annonseringskrav, som hänvisas till inte förekommer under tröskelvärdena. NOU ser här en risk med en onödigt komplicerad lagstiftning om en dubbling av bestämmelserna inte sker i syfte att få en något mer sammanhållen och lättillgänglig lagstiftning för upphandling under tröskelvärdena.

NOU tillstyrker förslaget avseende inköpscentraler, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner men med viss tveksamhet, eftersom tänkta för- och nackdelar fortfarande är svåra att utläsa. Det är därför angeläget att användningen av dessa nyheter följs noggrant så att eventuella negativa effekter tidigt kan uppmärksammas. NOU kan se risker för sämre konkurrens på sikt och svårigheter för små och medelstora företag att delta som anbudsgivare i upphandlingar. Hur bevakningen av tillämpningen skall ske och av vem behöver klargöras och sannolikt formaliseras i ett särskilt uppdrag.

2.2 Konkurrenspräglad dialog över och under tröskelvärdena

NOU tillstyrker utredningens förslag avseende upphandlingar över tröskelvärdena om att införa bestämmelser i LOU om konkurrenspräglad dialog i syfte att öka flexibiliteten vid komplexa upphandlingar. Möjligheterna att använda sig av förhandlat förfarande inom den klassiska sektorn är idag tämligen små. Bestämmelserna bör innehållsmässigt ligga så nära de bestämmelser i EG-direktivet som de bygger på som möjligt.

NOU anser emellertid att ett genomförande av förfarandet inte förefaller vara helt utrett utifrån gällande sekretessregler, bland annat beträffande hur företagshemligheter skall bibehållas.

NOU anser vidare att förfarandet har ett alltför komplicerat namn, som dessutom leder tankarna fel. Förfarandet är ett nytt upphandlingsförfarande (till skillnad från övriga nyheter i direktiven såsom elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem), men uppfattas ofta som en del av något annat upphandlingsförfarande. Det är viktigt att det tydligt framgår att det är ett självständigt upphandlingsförfarande och att det inte kan kombineras med andra förfaranden till exempel förhandlad upphandling med en dialog före anbudsgivningen och förhandlingar efter densamma.

NOU ser också en fördel med att förfarandet som i förslaget benämns konkurrenspräglad dialog namnges på ett lite mer kortfattat och lättillgängligt sätt än nuvarande benämning. NOU förslår därför det kortare och mera stringenta uttrycket *dialogupphandling*. Alla övriga upphandlingsförfaranden föreslås för övrigt ha ordet ”–upphandling” som en del av sin benämning. Så bör vara fallet även avseende dialogupphandling. NOU utvecklar detta något under avsnitt 2.7.4.

Benämningen av den sista paragrafen i 5 kap. (2 1) nya LOU är lätt att missuppfatta som 21 (tjugoett). En rak numrering bör istället ske utan bokstäver.

I samband med införandet av bestämmelser avseende konkurrenspräglad dialog införs begreppet ”beskrivande dokument”. Exempelvis anges i hänvisningen i 5 kap. 6 § nya LOU annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget och det beskrivande dokumentet. Det bör tydligare framgå av lagstiftningen vad som menas med ett beskrivande dokument, t.ex. genom att begreppet definieras.

5 kap. 2 g §, konkurrenspräglad dialog

Hänvisningen som finns i direktivet (artikel 29.4) ”...på grundval av tilldelningskriterierna...” saknas.

Utredningen föreslår att förfarandet skall göras tillgängligt även för de upphandlingar som genomförs av bestämmelserna i nuvarande 6 kap. LOU. NOU anser att utrymmet för att hålla teknisk dialog och efter anbudsgivningen uppta förhandlingar enligt de förfaranden som kan tillämpas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU redan nu tillgodoser de behov av förhandlingar i de situationer som är aktuella. Så anses uppenbarligen vara fallet inom försörjningssektorerna, eftersom någon direktivändring inte gjorts där. NOU tillstyrker därför inte förslaget att förfarandet konkurrenspräglad dialog skall göras tillgängligt för upphandlingar enligt nuvarande 6 kap. LOU. Om det skulle anses angeläget att införa förfarandet för de upphandlingar som sker enligt 6 kap. LOU men som värdemässigt ligger över tröskelvärdet, har NOU inget att invända mot detta.

Om regeringen inte delar NOU: s uppfattning att införandet av möjligheten till konkurrenspräglad dialog vid upphandling enligt nuvarande 6 kap. LOU är onödig, bör en bättre anpassning av bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog göras. Som exempel kan nämnas att när en upphandlande myndighet vill genomföra en konkurrenspräglad dialog och enligt förslaget blir hänvisad till 5 kap. 2 a § nya LOU anger detta lagrum att förfarandet kan tillämpas vid särskilt komplicerade kontrakt när myndigheten anser att ett *öppet eller selektivt förfarande* inte kan medföra tilldelning av kontrakt. Dessa förfaranden är som bekant inte tillämpliga vid upphandling enligt 6 kap. LOU, varför en sådan hänvisning inte är lämplig.

2.3 Dynamiska inköpssystem över och under tröskelvärdena

2.3.1 Generella synpunkter

Som ovan anförts tillstyrker NOU att bestämmelserna från direktiven om dynamiska inköpssystem införs i bägge upphandlingslagarna. NOU delar utredningens uppfattning att dynamiska inköpssystem skall införas även för den upphandling som nu omfattas av 6 kap. LOU.

Utredningen uppger att ett dynamiskt inköpssystem är ett nytt upphandlingsförfarande, så sker t.ex. i sammanfattningen på sid. 18. Det är dock inte fråga om ett nytt upphandlingsförfarande utan en helt elektronisk process för återkommande köp av framför allt varor av mer standardiserad karaktär.

Reglerna kring dynamiska inköpssystem synes något bristfälligt utredda. Såsom utredningen anger består en upphandling som görs med hjälp av ett dynamiskt inköpssystem av flera delar. Slutbetänkandet saknar dock en analys och ett klagörande med avseende på vad dessa delar består av och deras förhållande till varandra. Ett klagörande av detta är enligt NOU: s uppfattning nödvändigt för att man ska kunna bedöma vilka anpassningar som behöver göras till svenska förhållanden och svensk lagstiftning.

Någon anpassning av bestämmelserna om dynamiska inköpssystem för upphandling enligt nuvarande 6 kap. LOU har inte föreslagits. Behov av om en sådan föreligger bör utredas. Som exempel kan nämnas 6 a kap. 2 § nya LOU (9 a kap. 2 § LUFSS) som anger att myndigheten skall följa reglerna för *öppet förfarande* i alla faser fram till tilldelning av kontrakt. Lagrummet nämner inget om de förfaranden som är aktuella vid upphandling utanför det direktivstyrda området. Det klargörs inte heller vilken typ av annonsering som skall ske. Lagförslaget innehåller endast annonseringsregler som är anpassade till direktivstyrda upphandlingar. Det innebär bl.a. annonsering i EUT under minst 40 dagar. Bilaga VII till direktivet innehåller särskilda regler för annonsering vid användande av dynamiska inköpssystem. Vilka av dessa som skall tillämpas vid upphandlingar enligt 17 kap. nya LOU och 19 kap. LUFSS och på vilket sätt anges inte. Vid upphandling enligt 17 kap. nya LOU och 19

kap. LUFSS bör enligt NOU: s mening övervägas om annonsering skall ske på annat ställe och under kortare tid. Att endast använda myndighetens webbplats vid annonsering av såväl systemet som den förenklade annonsen är enligt NOU:s mening inte tillräckligt. Eftersom systemet skall vara helt elektroniskt är det uteslutet med t.ex. annons i dagstidning.

Enligt NOU:s uppfattning skulle det kunna övervägas att införa en förenklad form av dynamiska inköpssystem för upphandlingar utanför det direktivstyrda området.

Leverantörskvalificering

Enligt artikel 33.2 i direktiv 2004/18/EG (artikel 15.2 i direktiv 2004/17/EG) skall den upphandlande myndigheten vid införandet av dynamiska inköpssystem följa det öppna förfarandet i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt. Samtliga leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget skall få delta i systemet. Det får därmed anses klarlagt att den upphandlande enheten skall genomföra en fullständig utvärdering av de preliminära anbuden. I författningskommentaren⁴ resonerar utredningen om möjligheten att vänta med leverantörskvalificeringen till dess att de slutliga anbuden lämnas. Utifrån vad ovan anförts anser NOU inte att det är möjligt.

Som ovan anförts skall de preliminära anbuden genomgå en fullständig utvärdering inklusive leverantörskvalificering. Utredningen tar inte ställning till om leverantörskvalificering krävs även vid den slutliga anbudsutvärderingen. NOU:s uppfattning är att krav på leverantörskvalificering inte finns vid den slutliga anbudsutvärderingen. NOU grundar sin uppfattning på lydelsen av beaktandesats 13⁵ som anger att dynamiska inköpssystem "...gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att – genom upprättandet av en förteckning över redan godkända anbudsgivare och genom möjligheten för nya anbudsgivare att ansluta sig – tack vare de elektroniska medlen förfoga över ett särskilt stort urval av anbud,...". Enligt artikel 33.6 andra stycket⁶ skall den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angivits i det meddelande om upphandling som använts för att inrätta det dynamiska inköpssystemet. Dessa kriterier får vid behov preciseras i den inbjudan som avses i första stycket. I övrigt innehåller direktivet inga bestämmelser beträffande de slutliga anbudens innehåll eller utvärderingen av dessa. Det skulle enligt NOU därför vara möjligt att tillåta de upphandlande enheterna att vid den slutliga anbudsutvärderingen avstå från leverantörskvalificeringen. En parallell kan dras till ramavtal med en förnyad inbjudan att lämna anbud. Kommissionen⁷

⁴ Författningskommentaren till 6 a kap. 6 § nya LOU.

⁵ Beaktandesats 21 i direktiv 2004/17/EG.

⁶ Artikel 15.6 andra stycket i direktiv 2004/17/EG.

⁷ Explanatory note – Framework agreements – Classic directive. Dokumentet finns publicerat på kommissionens webbplats om offentlig upphandling.

har uttalat att den förnyade inbjudan i dessa fall kan inskränka sig till ett fåtal aspekter. Eftersom dynamiska inköpssystem är avsedda för upphandling av främst enkla standardvaror är det rimligt att leverantörskvalificeringen i dessa fall inte behöver göras oftare än vid annan upphandling inklusive ramavtal.

Som ovan återges resonerar utredningen kring möjligheten att vänta med leverantörskvalificeringen till dess att ett kontrakt skall tilldelas. Den anger som främsta syfte att vänta med kvalificeringen att den upphandlande enheten inte skall behöva genomföra leverantörskvalificeringar av preliminära anbud där det är osäkert om leverantören kommer att lämna något slutligt anbud. NOU:s uppfattning är att systemet bör användas på motsatt vis. Med tanke på att de dynamiska inköpssystemen är avsedda att användas för täta återkommande kontraktstilldelningar torde det i många fall tvärt emot utredningens uppfattning underlätta att göra leverantörskvalificeringen redan av det preliminära anbudet. Detta under förutsättning att kvalificeringen sedan inte behöver göras vid varje kontraktstilldelning.

Preliminära anbud

När det blir aktuellt att tilldela ett kontrakt från systemet skall den upphandlande enheten publicera en förenklad annons och inbjuda samtliga leverantörer att lämna ett preliminärt anbud för att upptas i systemet. I det skedet bereds därigenom leverantörer som inte redan tidigare lämnat ett preliminärt anbud möjlighet att tas med i systemet. De leverantörer som redan är med i systemet får, men behöver inte, lämna ett nytt preliminärt anbud. Det bör påpekas att de preliminära anbud som lämnas i detta skede inte har annan status än preliminära anbud som lämnats tidigare. Utredningen anger på flera ställen⁸ att preliminära anbud kan lämnas med avseende på ett visst kontrakt. Det är enligt NOU alltså inte ett korrekt synsätt. Preliminära anbud lämnas alltid utan avseende på ett visst kontrakt. Utredningen synsätt leder till felaktiga slutsatser. Exempelvis menar utredningen att skyldigheten att informera om tilldelningsbeslutet sannolikt gäller beträffande varje enskilt kontrakt som tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem (vilket i sig är en riktig slutsats). Utredningen anför därefter att de leverantörer som skall informeras bör vara de som lämnat anbud på ett visst kontrakt och de som lämnat preliminära anbud med avseende på ett visst kontrakt. Eftersom preliminära anbud inte lämnas med avseende på ett visst kontrakt bör de preliminära anbud som lämnas efter den förenklade annonsen inte ges en särställning genom att t.ex. den leverantör som lämnat ett preliminärt anbud vid den tidpunkten erhåller tilldelningsbeslutet för ett visst kontrakt. Skall leverantörer som lämnat preliminära anbud erhålla tilldelningsbeslut bör det gälla samtliga, oavsett vid vilken tidpunkt det preliminära anbudet lämnats. Det är dock NOU:s uppfattning att tilldelningsbeslut sannolikt endast behöver lämnas till de leverantörer som lämnat ett slutligt anbud på ett visst kontrakt. Övriga leverantörer bör ha rätt att på begäran erhålla tilldelningsbeslutet. Denna ordning förutsätter dock att anbudsgivarna har möjlighet att få

⁸ Se t.ex. sid. 137 beträffande sekretess och sid. 139 beträffande överprövning.

överprövat ett beslut om att de inte tas med i inköpssystemet redan när detta beslut fattas.

2.3.2 Synpunkter på specifika förslag till bestämmelser beträffande dynamiska inköpssystem

2 kap. 17 a § nya LOU och 2 kap. 14 a § LUFSS

I definitionen i 2 kap. 17a § nya LOU och 2 kap. 14 a § LUFSS av begreppet dynamiskt inköpssystem anges att man med det avser "...en helt elektronisk process för sedvanliga *inköp*..." (i den svenska språkversionen av direktivet anges *köp*). I den engelska språkversionen anges "...electronic process for making commonly used purchases...". Utredningen gör ingen bedömning huruvida dynamiska inköpssystem får användas även vid exempelvis hyra. NOU anser det önskvärt att detta klargörs.

I direktivet används genomgående termen *varaktighet*. Utredningen föreslår att det byts mot *giltighetstid*. NOU finner ingen anledning till att byta ut direktivets begrepp.

6 a kap. 1 § nya LOU och 9 a kap. 1 § LUFSS

Paragrafen fyller ingen funktion. Artikel 33.1 i det klassiska direktivet som förslaget grundar sig på riktar sig till medlemsstaterna och ger dessa en valfrihet att införa dynamiska inköpssystem i den nationella lagstiftningen.

6 a kap. 2 § andra stycket nya LOU och 9 a kap. 2 § andra stycket LUFSS

Enligt direktivet skall "Samtliga anbudsgivare, som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget..." få delta i systemet. Utredningen föreslår att "Alla anbudsgivare som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med kriterierna i förfrågningsunderlaget har rätt att delta i systemet." Det bör förtydligas att samtliga krav i förfrågningsunderlaget, inte endast (utvärderings)kriterierna skall vara uppfyllda för att deltagande skall bli aktuellt.

6 a kap. 7 § andra stycket nya LOU och 9 a kap. 7 § andra stycket LUFSS

I betänkandet anges följande. "Den upphandlande myndigheten får inte offentliggöra inbjudan att lämna anbud på ett särskilt kontrakt förrän samtliga preliminära anbud som lämnats in under den tid som anges i första stycket har utvärderats." Enligt direktiven finns inget krav på att offentliggöra denna inbjudan. Där anges i stället "...inte gå ut med denna inbjudan..."⁹. Eftersom inbjudan endast skall riktas till de leverantörer som är upptagna i systemet bör det förtydligas att det inte är frågan om en annonsering eller ett allmänt offentliggörande utan endast en riktad inbjudan.

⁹ Engelska språkversionen "... may not proceed with tendering..." (artikel 33.5 i direktiv 2004/18/EG).

Utredningen refererar Statskontorets rapport¹⁰ i vilken antyds att utvärderingen skall göras automatisk. NOU vill för tydlighetens skull påtala att något sådant krav, till skillnad från i bestämmelserna om elektroniska auktioner, inte finns i direktiven. Att upphandlingsprocessen vid användningen av dynamiska inköpssystem skall var helt elektronisk, innebär inte att utvärderingen behöver ske automatiskt.

9 kap. 7 § andra stycket nya LOU och 12 kap. 11 § andra stycket LUFSS

I nämnda lagrum anges att en *annons* skall skickas i de fall ett kontrakt har tilldelats på grundval av ett dynamiskt inköpssystem samtidigt som motsvarigheten i direktiven benämns meddelande. NOU konstaterar att detta återkommer på flera ställen. En annan översättningsskillnad är att det i lagtexten anges att myndigheter/enheter skall lämna uppgifter - i direktiv översända ett meddelande. Utgångspunkten bör här vara att det skall överensstämma mer precist om inte det finns en uttalad anledning till ordvalet.

2.4 Elektroniska auktioner över och under tröskelvärdena

Anpassning av bestämmelserna till upphandling enligt nuvarande 6 kap. LOU saknas. T.ex. hänvisas en upphandlande myndighet/enhet som vill använda sig av en elektronisk auktion under tröskelvärdena till 14 a kap. 1 § nya LOU (17 a kap. 1 § LUFSS) som endast anger att en upphandlande myndighet kan genomföra en elektronisk auktion vid öppet och selektivt förfarande, förhandlat förfarande, vid förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal eller inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem, d.v.s. endast direktivstyrda förfaranden.

Innan en elektronisk auktion inleds krävs vidare enligt 14 a kap. 5 § nya LOU, (17 a kap. 5 § LUFSS) att en upphandlande myndighet gör en första fullständig utvärdering av anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda relativa inbördes betydelsen för dessa. Vid tilldelning av kontrakt enligt bestämmelserna som gäller under tröskelvärdena m.m. får dock kriterierna anges i fallande prioritetsordning/rangordning (17 kap. 21 § nya LOU, 19 kap. 22 § LUFSS). Även här behövs således en anpassning.

NOU hade hoppats på en mer utförlig analys utifrån svenska förhållanden av sådana auktioner. NOU saknar en beskrivning av de för- och nackdelar som kan finnas med användningen av elektroniska auktioner och en analys av vilka typer av varor, tjänster och byggtreprenader som lämpar sig för sådana auktioner, vilka upphandlingsförfaranden som kan innehålla en auktion och konsekvenser för kraven på sekretess och kravet på undertecknande av anbud under auktionen. Även frågan hur bindande de elektroniska anbudet under auktionen är och huruvida dessa tar över det ursprungliga skriftliga anbudet förtjänar en utförligare analys.

¹⁰ Sid. 132 i betänkandet.

Vidare är det oklart vad som händer t.ex. om en anbudsgivare under pågående budgivning klagar i domstol m.m.

14 a kap. 1 § tredje punkten nya LOU och 17 a kap. 1 § tredje punkten LUFSS

Enligt ovannämnda bestämmelser får elektronisk auktion användas vid förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal. NOU delar denna syn.

2.5 Inköpscentraler

Som ovan anförts tillstyrker NOU att bestämmelserna från direktiven om inköpscentraler införs. NOU anser det dock viktigt att vid lagstiftningsarbetet uppmärksamma den utredning som Riksrevisionen gjorde beträffande den statliga inköpssamordningen¹¹. Riksrevisionen konstaterade bland annat brister i hur verksamheten har bedrivits samt att tveksamheter förelåg beträffande vilken nytta avtalen förde med sig. Rapporten kan innehålla värdefulla sakupplysningar för införandet av inköpscentraler, som på många håll betraktas som ett närliggande alternativ inom staten till den statliga inköpssamordningen.

Vid såväl systemet med ramavtal som ett kommande system med inköpscentraler är det angeläget att anlitate företag inte åläggs att garantera volymer eller att binda upp resurser m.m. för framtida åtaganden utan att dessa garanteras någon viss försäljning.

NOU anser att ansvarsfrågan beträffande inköpscentraler inte kan lösas på det sätt som utredningen föreslår. Skulle den upphandlande myndigheten/enheten som gör en anskaffning genom en inköpscentral bära hela ansvaret för att upphandlingen gått rätt till försvinner den huvudsakliga fördelen med användningen av inköpscentraler. Inköpscentralen kommer då att fungera som vilken konsult som helst (om man bortser från eventuellt bedriven lagringsverksamhet).

Genom att lägga ansvaret på varje enskild deltagande upphandlande myndighet eller enhet och inte på inköpscentralen uppstår dessutom en lång rad frågor/problem avseende ansvarets omfattning som framför allt aktualiseras i samband med överprövning och skadestånd och som inte behandlas av utredningen.

2 kap. 13 § nya LOU, 2 kap. 10 § LUFSS, - definitionen av inköpscentral I 2 kap. 13 § punkt 1 nya LOU använder utredningen ordet förvärvar, när direktivet (artikel 1.10 respektive artikel 1.8) använder ordet anskaffar. Ordet förvärvar bör ersättas med anskaffar, eftersom utredningen i samtliga övriga föreslagna lagrum rörande inköpscentraler använder ordet anskaffar, när det används i direktivet.

¹¹ Samordnade inköp, RiR 2005:10

2.6 Miljökrav och sociala krav

1 kap. 5 a § nya LOU (1 kap. 4 a § LUFSS) föreslås få en lydelse där det anges att upphandlande myndigheter/enheter bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art. I andra stycket sägs att även andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras får ställas. I tredje stycket sägs vidare att kraven som ställs skall vara förenliga med gemenskapsrätten.

En samordning bör göras mellan förordning (2006:260) om anti-diskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt och 1 kap. 5 a § nya LOU (1 kap. 4 a § LUFSS) så att det klart framgår vilka krav som bör ställas, vilka som skall ställas av de i förordningen listade myndigheterna och vilka sociala krav utöver antidiskrimineringsklausuler som är lämpliga.

NOU har inget att invända mot en lagändring som uppmuntrar inköpare att ställa miljökrav och sociala krav. NOU:s uppfattning är dock att kraven inte bör sammanföras i ett och samma lagrum, eftersom kraven är av helt olika karaktär. Det bör också tydliggöras vilka krav som avses och hur de bör ställas. Resurser bör enligt NOU: s mening avsättas för att ta fram vägledningar och verktyg på området.

Förslaget innehåller en bestämmelse att upphandlande myndigheter/enheter bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling, samtidigt som det uppges att dessa krav skall vara förenliga med gemenskapsrätten. Med denna konstruktion finns risk för att de som skall tillämpa lagstiftningen hamnar i mycket svåra avvägningar. NOU ser å ena sidan en risk i att myndigheter/enheter undviker att ställa sådana krav å andra sidan ställer alltför långtgående krav, eftersom det är svårt att veta var gränsen går och en överträdelse kan vålla såväl problem som kostnader t.ex. i form av domstolsprocesser.

Den uttryckliga hänvisningen till att krav skall vara förenliga med gemenskapsrätten hänför sig, enligt EG-direktiven (artikel 26 i direktiv 2004/18/EG och artikel 38 i direktiv 2004/17/EG), till möjligheten att ställa särskilda krav. Rubriken närmast före nu aktuell paragraf är "Särskilda krav". NOU anser att de krav som utredningen syftar på i lagrummet hänför sig både till krav i allmänhet i en upphandling (krav i tilldelningsprocessen och som bör ställas) och till krav som avser utförarvillkor (avtalsvillkor och som får ställas). NOU anser det olämpligt att dessa krav förs samman i ett lagrum på det sätt som utredningen föreslagit. Rubriken "särskilda krav" avser krav på hur ett kontrakt skall fullgöras. Miljökrav kan dock ställas under varje fas av upphandlingen och anses normalt inte som ett "särskilt" krav.

2.7 Upphandling under tröskelvärdena m.m. inom den klassiska sektorn och i förekommande fall inom försörjningssektorerna

2.7.1 Direktupphandling på grund av lågt värde

NOU delar inte utredningens uppfattning att det i kommande lagstiftning bör fastställas fasta maximigränser för när direktupphandling får användas. NOU vidhåller sin uppfattning att nuvarande reglering med ”lågt värde” som grund för direktupphandling fungerar bra. NOU håller således fast vid den uppfattning som framfördes i yttrandet över Upphandlingskommitténs slutbetänkande (dnr 2001/0094-22).

Begreppet som utredningen föreslår för direktupphandling är ”direktupphandlingsförfarande”. Benämningen kommer knappast att inarbetas som begrepp eftersom det är så långt. NOU förespråkar en kortare beteckning såsom det inarbetade ”direktupphandling” (såsom i lagrådsremissen¹²). Se vidare under avsnitt 2.7.4.

Begreppet lågt värde gör det flexibelt för upphandlande enheter att fastställa en gräns utifrån den egna verksamhetens behov och förutsättningar. Olika gränser för olika typer av upphandling kan tillämpas. Lagstiftaren bör däremot kräva att varje upphandlande myndighet/enhet fastställer och informerar om sin(a) direktupphandlingsgräns(er).

Om en mer enhetlig tillämpning än dagens olika förekommande värden är önskvärd, kan detta åstadkommas genom uttalanden i förarbeten eller möjligheten för tillsynsmyndigheten att utfärda allmänna råd (se NOU: s förslag ovan under avsnitt 1.3) eller andra vägledande uttalanden.

NOU hänvisar i övrigt till ovan nämnda yttrande (dnr 2001/0094-22) där bland annat förslagens konsekvenser för små och medelstora företag berörs samt nackdelar med avsaknaden av ett konkurrensutnyttjande vid direktupphandlingar som inte är av riktigt låga värden.

Den upphandlande myndigheten/enheten bedömer bäst själv vad som är en ”rimlig relation mellan värdet av det som skall upphandlas och kostnaden för upphandlingsförfarandet” och anpassar den egna gränsen därefter.

Det kan vidare uppkomma svåra avvägningar mellan lagens krav på fastställt maximivärde för direktupphandling och myndighetens krav på eventuellt lägre värden vid tillämpningen i den egna organisationen. Myndigheten skall fastställa interna värden och överskridandet av dessa kan innebära överträdelse av reglerna för direktupphandling, även om lagen tillåter ett högre värde.

¹² Benämningen på övriga förfaranden sker genom att ordet förfarande finns med, t.ex. selektivt förfarande.

Om utredningens förslag att lågt värde skall ersättas med ett fast belopp genomförs, förespråkar NOU en tydligare och enklare lösning är den föreslagna. En gemensam gräns borde kunna genomföras för alla enheter inom den klassiska sektorn och för alla situationer vid upphandling av varor och tjänster. Detta skulle innebära större tydlighet för leverantörer. I betänkandet föreslås olika gränser för statliga myndigheter och för övriga enheter inom den klassiska sektorn. Dessutom föreslås olika gränser för upphandling av varor och tjänster för det fall det finns särskilda skäl eller inte.

NOU anser vidare bland annat att, för att inte skapa förvirring för berörda, att en gemensam värdegräns bör gälla för upphandling av varor och tjänster i LOU och LUFSS, i synnerhet om en gemensam lag under tröskelvärdena blir aktuell och - såsom föreslås - en gemensam gräns för upphandling av byggtreprenader i LOU och LUFSS.

Skulle en gräns fastställas i lag bör upphandlande enheter vid tillämpning av gränsen, förvissa sig om att behovet av kontroll är tillgodosett så att gränsen för en direktivstyrd upphandling inte överskrids. NOU framförde i sitt remissvar till Upphandlingskommitténs slutbetänkande (2001/0094-22) följande. ”Förslaget¹³, om det genomförs, ställer mycket höga krav på överblick och samordning inom en upphandlande enhet, eftersom tröskelvärdet för att i stället genomföra en upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap. LOU snabbt kan komma att överskridas, för statliga myndigheter redan efter fem sådana direktupphandlingar.”

I författningskommentaren till användning av direktupphandlingsförfarandet bör det framgå att förfarandet inte innebär att myndigheter/enheter automatiskt kan köpa direkt av en leverantör utan att jämföra priser eller begära in flera muntliga anbud, men att detta kan ske formlöst så långt den interna kontrollen och revisionen medger detta. Kommentaren bör även hänvisa till affärsmässighetsbegreppet eller den föreslagna paragrafen om ”Principer vid tilldelning av kontakt”.

NOU tillstyrker förslaget att direktupphandling skall kunna genomföras, förutom vid upphandlingar där värdet är lågt, när det föreligger synnerliga skäl såsom enligt nuvarande lagstiftning. Beträffande upphandling av tjänster inom hälso- och sjukvård samt socialtjänster se nedan avsnitt 2.7.5.

2.7.2 Annonsering

NOU kan inte tillstyrka utredningens förslag beträffande bägge lagarna om att kravet på annonsering av upphandlingar under tröskelvärdena är uppfyllt om myndigheten/enheten annonserar på en särskilt upprättad upphandlarprofil som finns tillgänglig på den egna hemsidan, eftersom det för närvarande inte finns garantier för att leverantörernas sökmöjligheter inte försämras och att det

¹³ Förslaget löd: En upphandlings värde skall anses vara lågt om den understiger sju prisbasbelopp enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring. Mera värde för pengarna, Slutbetänkande av Upphandlingskommittén, SOU 2001:31. *NOU:s förtydligande.*

inte medför kostnadsökningar för dem. Tillsvidare förordar NOU att hittillsvarande system med annonsering i allmänt tillgänglig databas bibehålls i kombination med föreslagen annonsering på hemsidan.

NOU: s uppfattning är att de problem som inledningsvis fanns med dagens system för leverantörer att hitta annonser om pågående upphandlingar har minskat.

Konsekvenserna för utländska leverantörer av den förändring som föreslås bör analyseras. Det bör påpekas att andra medlemsstater har centraliserad annonsering, vilken sker i statliga eller lokala annonseringstidningar "gazetter", varav vissa är elektroniska, t.ex. Norges. En fördel med nuvarande system med allmänt tillgänglig databas är att de företag som driver databaserna normalt går igenom annonserna och kontrollerar upplägget, påminner om eventuell avsaknad av vissa nödvändiga uppgifter och gör en enhetlig uppställning och teknisk lösning som underlättar orienteringen.

Om förslaget skulle genomföras är det angeläget att föreskrifter utfärdas för upphandlande myndigheter/enheter beträffande var uppgifter om upphandlarprofilen skall finnas. Enligt NOU: s mening bör kravet vara att det finns uppgifter om upphandlarprofilen på respektive organisations första webbsida, för att undvika att placeringen blir sådan att den blir svår att hitta.

Utredningen anser att det bör finnas en tillsyn över att annonseringen sker på ett sätt som är enkelt för leverantörerna att ta del av. En sådan tillsyn skulle enligt utredningens förslag kunna handhas av NOU eller Kommerskollegium. NOU saknar i nuläget tekniska och ekonomiska resurser för att kunna utöva en sådan tillsyn över annonseringen.

NOU vidhåller sitt tidigare framförda förslag till Upphandlingskommittén (2001/0094-22) om att sätta en värdemässig gräns för den obligatoriska annonseringen under förutsättning att reglerna om lågt värde för direktupphandling bibehålls. Med det förslaget skulle ett värdemässigt intervall kunna finnas mellan upphandlingar som överstiger gränser för när en direktupphandling kan ske och när en annonserad förenklad upphandling eller urvalsupphandling sker. Kritiken mot "lågt värde" bottnar ofta i att den obligatoriska annonseringen då träder in alltför tidigt och "pressar upp" det låga värdet. En sådan gräns bör lämpligen harmonisera med det värde som gäller som minsta värde för sådana kontrakt som omfattas av förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt, det vill säga 750 000 kr.

2.7.3 Kommunal samverkan

NOU har inget att invända mot den analys som utredningen gjort i avsnittet beträffande kommunal samverkan.

2.7.4 Övriga synpunkter på förslag till 17 kap. nya LOU och 19 kap. LUFSS

NOU: s uppfattning beträffande definitioner av upphandlingsformerna i LOU är att de skall benämnas öppen upphandling, selektiv upphandling, förhandlad upphandling över tröskelvärdena och förenklad upphandling, urvalsupphandling och direktupphandling. Det nya förfarandet konkurrenspräglad dialog bör ändras till dialogupphandling. Ordet förfarande bör för tydlighetens skull inte användas för att beteckna en hel upphandlingsprocess, eftersom det ofta används för delar av en process t.ex. avseende tillvägagångssättet vid urval av anbudssökande vid en urvalsupphandling.

Den framtida lagstiftningen bör också tydligt åskådliggöra att de system för anskaffning som finns (ramavtal, dynamiska inköpssystem och inköpscentraler) inte är upphandlingsförfaranden.

2 kap. nya LOU och 2 kap. LUFSS, definitioner

För det fall bestämmelserna under tröskelvärdena inte förs över till en separat lagstiftning anser NOU att de definitioner som gäller upphandling under tröskelvärdena (t.ex. 17 kap. 6 § nya LOU) skall återfinnas i 2 kap. nya LOU respektive 2 kap. LUFSS som innehåller just definitioner¹⁴. Ett annat exempel är att förfarandet urvalsupphandling skall läggas till i 2 kap. 10 § nya LOU.¹⁵

NOU anser den föreslagna definitionen av förfarandet direktupphandling (ett förfarande utan särskilda formella krav) är mycket bättre än den nuvarande (upphandling utan krav på anbud). NOU noterar dock att lagrådsremissen tyvärr innehåller en definition som i huvudsak överensstämmer med den nuvarande.

17 kap. 1 § nya LOU och 19 kap. 1 § LUFSS, tillämpningsområde

NOU föreslår att lagrummens inledning anger att det är fråga om en offentlig upphandling respektive upphandling, t.ex. ”Detta kapitel gäller i fråga om offentlig upphandling som avser...”.

I 17 kap. 1 § nya LOU första punkten och i 19 kap. 1 § första punkten kan orden *oavsett värde* tas bort. Punkten anger det som omfattas av lagens tillämpningsområde.

17 kap. 8 § tredje stycket nya LOU och 19 kap. 8 § tredje stycket LUFSS

Stycket anger att upphandlande enhet vid annonsering av en urvalsupphandling får ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Motsvarande bestämmelse i direktivet avseende selektiv och förhandlad upphandling anger att enheten skall ange det lägsta antalet anbudssökande och i förekommande fall, det högsta antalet. NOU anser att även en upphandlande myndighet som begränsar antalet deltagande anbudsgivare skall upplysa om detta. Myndigheten borde dock även vid

¹⁴ NOU noterar att detta har skett i lagrådsremissen.

¹⁵ NOU noterar att även detta har skett i lagrådsremissen.

urvalsupphandling kunna ange det ungefärliga antalet leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud eller ett intervall (det lägsta och i förekommande fall det högsta antalet) utan att behöva uppge ett exakt antal.

17 kap. 9 § nya LOU och 19 kap. 9 § LUFSS, begäran om anbud utan föregående annonsering

I sista stycket anges att en upphandlande myndighet får begära anbud skriftligen av endast en leverantör när det objektivt sett endast finns en leverantör som kan uppfylla de krav som ställs i upphandlingen. I författningskommentaren nämns att en situation som åsyftas är t.ex. att en vårdtagare har önskemål om vårdgivare, behandling eller liknande.

NOU konstaterar att det här öppnas möjligheter att, utan en mer tydlig precisering i författningskommentaren, direkt tillskriva endast en leverantör. NOU ser en risk att lagrummet kan komma att utnyttjas utanför det avsedda området. För det fall möjligheten skall införas i nya LOU och LUFSS anser NOU att författningskommentaren bör trycka på kravet att det ”objektivt sett” endast skall finnas en leverantör.

17 kap. 10 § tredje stycket nya LOU och 19 kap. 10 § tredje stycket LUFSS, rätt att ta del av förfrågningsunderlaget

Placering av bestämmelsen bör bättre passa i 17 kap. 9 § nya LOU och 19 kap. 9 § LUFSS.

17 kap. 11 § första stycket nya LOU, former och tidsfrister för att lämna anbud och anbudsansökningar

NOU konstaterar att lydelsen av 9 kap. 1 § i lagrådsremissen som 17 kap. nya LOU kommer att hänvisa till är betydligt tydligare än utredningens förslag.

2.7.5 Upphandling av hälso- och sjukvård samt socialtjänster

Beträffande upphandling av tjänster inom området hälso- och sjukvård, inklusive kundvalsmodeller samt socialtjänster föreslår NOU att detta utreds för sig. Behovet av att reglera denna upphandling separat utifrån de förutsättningar som råder bör analyseras närmare. NOU:s förhoppning är att utredningen om idéburna organisationer m.m. (Kommittédirektiv Delegation om villkor för idéburna organisationer inom den offentliga hälso- och sjukvården och äldreomsorgen, 2006:42) kommer att beröra dessa frågeställningar.

NOU:s uppfattning är dock att endast mycket speciella förhållanden kan tala för en separat lagstiftning, annars finns risk för att önskemål om separat lagstiftning framförs från upphandlande myndigheter/enheter även för annan upphandling som uppges vara speciell. Det kan också påpekas att regeringen hittills motsatt sig förslag till särreglering av andra upphandlingsområden, såsom försvarsupphandlingar och trafikupphandlingar.

2.8 Vissa bestämmelser om överprövning

2.8.1 Preklusionsfrist

NOU anser att en preklusionsfrist för närvarande inte bör införas. Frågan bör utredas ytterligare, lämpligen i samband med införandet av de nya rättsmedelsdirektiven. NOU kan se ett antal situationer där en sådan frist skulle vara av värde.

Anledningen till att utredningen fått i uppdrag att analysera behovet av en preklusionsfrist är att antalet överprövningar uppges ha ökat markant sedan den ändring i LOU beträffande upplysningar till anbudssökande och anbudsgivare (1 kap. 28 §) som trädde ikraft den 1 juli 2002. NOU har också tidigare, i en skrivelse till regeringen, föreslagit att departementet överväger att införa en preklusionsbestämmelse syftande till att rättelse av fel i upphandlingen sker i ett så tidigt skede av upphandlingsprocessen som möjligt (dnr 2004/0058-29).

Det får beaktas att avsikten med ändringen i LOU var att leverantörer skulle ges ökade möjligheter att begära överprövning. NOU anser att den ökning som nu skett av antalet överprövningar var väntad. Eftersom det är en så stor mängd upphandlingar som genomförs dagligen, menar NOU att antalet överprövningar inte är omotiverat stort. Den ökning som har iakttagits beträffande antalet överprövningsmål synes börja avta och NOU menar att utvecklingen av antalet mål bör följas framöver innan någon begränsning sker, annat än det som NOU föreslår nedan, av möjligheterna till överprövning. Det finns inte säkra uppgifter beträffande hur stor del av överprövningsmålen som kan bedömas vara så kallade okynnesklagomål.

NOU vill återigen hänvisa till sitt framförda önskemål om att koncentrera upphandlingsmål till ett fåtal överprövningsorgan, t.ex. en länsrätt under varje kammarrätt, marknadsdomstolen eller en överprövningsnämnd i likhet med sådana som inrättats i Danmark, Norge och Island. (Se NOU: s yttrande till Upphandlingskommittén dnr 1999/0266-22 avsnitt 6.1)

Enligt NOU:s mening är det en delikat uppgift för lagstiftaren att hitta rätt balans vad avser rättsmedel i LOU. En leverantör som upplever sig vara förfördelad i en offentlig upphandling skall ha möjlighet att få sin sak prövad samtidigt som nackdelarna inte får bli alltför stora för en upphandlande myndighet/enhet som involveras i en överprövningsprocess.

Om en preklusionsfrist skulle införas nu, anser NOU att det är angeläget att den utformas så att den hindrar eventuellt missbruk av överprövningsrätten och motverkar uppenbar försumlighet hos leverantören att tillvarata sina rättigheter i tid samtidigt som den inte hindrar leverantörer att tillvarata sina rättigheter. Det är nämligen inte ovanligt att en anbudsgivare först vid tilldelningsbeslutet får klart för sig vad förfrågningsunderlaget betytt för

utvärderingen och först då har tillräcklig information för att avgöra om det finns anledning att begära överprövning eller inte.

NOU kan konstatera när det gäller rättsmedel att frågorna hänger samman och är beroende av varandra, vilket medför att det är svårt att ta ställning till enskilda förslag utan att ha en mer fullständig bild av hur bestämmelserna med rättsmedel är tänkta att fungera. NOU har i en skrivelse till Finansdepartementet (2005/0259-21) framfört följande. ”Sverige bör få snabba och effektiva rättsmedel, bl.a. genom en mer ändamålsenlig organisation för överprövning samt en förbättring av förutsättningarna för att granskningsorganens beslut verkligen åtlöds. Även frågan om tillsynsmyndighetens möjlighet att föra talan i domstol bör snarast tas upp till bedömning. Det bedöms nu som uteslutet att den översyn av rättsmedelsdirektiven som görs inom EU kommer att omfatta några regler för hur medlemsstaterna skall organisera sin överprövning eller reglera myndigheternas tillsyn över offentlig upphandling.”

Dessa frågor bör utredas eftersom bristerna minskar tilltron till regelverket för offentlig upphandling och överprövningssystemet undergrävs successivt. En ordentlig genomlysning av bestämmelserna om rättsmedel i förhållande till annan svensk lagstiftning bör göras. De frågor som ingår i den pågående översynen av rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG är ganska begränsade. Enligt NOU: s uppfattning bör Sverige dra nytta av tillfället och göra en mer allmän översyn av frågorna om rättsmedel. Utredningen pekar i betänkandet på några frågor kring överprövningsförfarandet som bör föranleda förslag men uppger att de varken har mandat eller tid att ge förslag i dessa delar.

Utredningen uppger att det är olämpligt att ett beslut att avbryta en upphandling inte omfattas av tiodagarsfristen, vilket leder till att möjligheten att begära överprövning i princip är obegränsad i tiden. NOU anser¹⁶ att det är angeläget att det införs en uttrycklig tidsfrist för ansökan om överprövning sedan en upphandling har avbrutits. NOU ser ingen anledning att i detta avseende invänta den översyn av rättsmedelsdirektiven som har inletts av EG-kommissionen. Frågan om den nuvarande tiodagarsfristen skulle kunna förkortas när det är fråga om en överprövning av ett kontrakt som tilldelas på grund av ramavtal efter en förnyad konkurrensutsättning bör också utredas. Likaså bör utredas vad en sådan prövning skall omfatta.

En annan fråga för den kommande översynen av rättsmedel kan vara att överväga om rätten till överprövning skall begränsas till kontrakt som överstiger 20 % av tröskelvärdet, om inte särskilda skäl föreligger. Sådana särskilda skäl skulle vara att enheten överskrider sina interna beslut om tröskelvärden eller att man upprepade gånger tilldelar mindre kontrakt, dvs. delar upp i syfte att underskrida lagens krav på annonsering.

¹⁶ Eftersom ett beslut om avbrytande av upphandling kan prövas av förvaltningsdomstol (Se NOU info mars -06 sid. 11 f.)

2.8.2 NOU:s förslag

En rättelse av ett fel i upphandlingen bör ske i ett så tidigt skede av upphandlingen som möjligt. Antalet överprövningar av tilldelningsbeslut skulle därmed minska samtidigt som kvaliteten på domstolsprövningar kan höjas.

NOU föreslår därför att en lagstadgad skyldighet införs för en leverantör som anser sig vara förfördelad att meddela den upphandlande myndigheten/enheten sin avsikt att begära överprövning innan en överprövning vid domstol sker. Många rättelser torde därmed självmant kunna göras av den upphandlande myndigheten/enheten utan att en domstolsprocess behöver inledas. I de fall myndigheten/enheten inte anser att det finns anledning att ändra beslutet kan leverantören få ett motiverat och klart definierat beslut som han kan acceptera eller överklaga. Det bör analyseras hur ett sådant förslag kan genomföras bland annat med tanke på tiodagarsfristen.

2.9 ILO:s konvention nr 94

Utredningens uppgift är enligt tilläggsdirektiven att utreda om ILO-konvention nr 94 är förenlig med de nya upphandlingsdirektiven. I utredningen berörs även frågan om det finns några rättsliga hinder mot att Sverige ratificerar och tillämpar konventionen.

NOU delar utredningens slutsats att det i dagsläget får anses osäkert om en tillämpning av de krav som konventionen ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och andra gemenskapsrättsliga regler. NOU tar i likhet med utredningen inte ställning till om en svensk ratifikation ändå är lämplig.

Del 3 Synpunkter på förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna (vatten, energi, transporter och posttjänster)

Prekvalificeringssystem över tröskelvärdena och under tröskelvärdena

12 kap. 2 § 2 punkten hänvisar till "ett urvalssystem som avses i 10 §". NOU har tidigare föreslagit en annan benämning på det system för "urval på förhand av leverantörer" som upphandlande enheter inom försörjningssektorerna har möjlighet att inrätta. NOU föredrar begreppet prekvalificeringssystem och inte kvalificeringssystem som utredningen föreslår. NOU föreslår därför att hänvisningen skall göras till ett prekvalificeringssystem i 10 §.

NOU tillstyrker förslaget att lagstiftningen tydliggör att ett prekvalificeringssystem får användas även vid upphandlingar under tröskelvärdena m.m. Enligt 19 kap. 2 § andra stycket LUFSS får ett särskilt

kvalificeringssystem enligt 15 kap. 1 § tillämpas vid användning av urvalsförfarande. Hänvisningen till hur det skall gå till för upphandlingar under tröskelvärdena bör göras mer utförlig. Bestämmelserna i 15 kap. LUFSS avser upphandlingar över tröskelvärdena där t.ex. andra förfaranden används än vid upphandlingar under tröskelvärdena.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 augusti 2006 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU: s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar i enlighet med direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin