

Datum	Vår beteckning
2000-03-10	1999/0266-22
Ert datum	Er beteckning
1999-12-14	Fi1999/2339

Finansdepartementet
Charlotte Hedberg
103 33 STOCKHOLM

Yttrande avseende Upphandlingskommitténs delbetänkande Effektivare offentlig upphandling - för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139)

NOU:s huvudsakliga inställning till betänkandet

NOU konstaterar att många av de förslag som läggs fram i betänkandet överensstämmer med förslag som NOU tidigare fört fram. Detta gäller dock inte den framtida organisationen av tillsynsmyndigheten.

NOU beklagar också att kommittén inte har haft möjlighet att göra en översyn av hela LOU. NOU har i tidigare remissvar framfört önskvärdheten av att LOU i den direktivstyrda delen skall utgöra en direkt översättning av direktivtexten.

Tillsynsmyndighetens mål, organisation och uppgifter

NOU har invändningar mot vissa förslag och slutsatser som kommittén för fram beträffande den nya tillsynsmyndighetens mål, organisation och uppgifter. Målen för tillsynsverksamheten är oklara och diskussionen om metodiken ofullständig och delvis motsägelsefull.

Enligt NOU:s uppfattning bör tillsynsmyndighetens verksamhet handhas av en självständig myndighet. Namnet NOU bör behållas, eftersom det är väl inarbetat såväl inom landet som internationellt. Nämndmyndigheten har visat sig vara värdefull och ändamålsenlig för att skapa legitimitet för NOU:s verksamhet. Nämnden, såsom mötesplats för ledamöter med olika erfarenhetsbakgrund och kompetens, behövs för att ge verksamhet och regelverk erforderlig förankring.

Det framlagda organisationsförslaget är enligt NOU:s uppfattning inte tillräckligt underbyggt. De olika alternativa organisationsförslagen har inte behandlats analogt. En analys saknas av hur de fördelar och nackdelar som framförts beträffande den nuvarande modellen ”slår” i alternativen. En

analys saknas vidare av möjligheterna att eliminera hävdade nackdelar med den nuvarande organisationen och i stället utveckla den. NOU vill i sammanhanget hänvisa till kommitténs skrivning om att de arbetsuppgifter som NOU utför är av god kvalitet. Vissa ansvarsfördelningsproblem inom NOU skulle lösas om beslutanderätten i ärenden gällande den direkta regelefterlevnaden lades på nämndens ordförande, som samtidigt skulle vara myndighetens chef.

Upphandlingskommitténs uppdrag enligt direktiven var att definiera begreppet tillsyn. Enligt NOU:s uppfattning har emellertid en sådan definition inte föreslagits i betänkandet. Tillsynsmyndighetens övergripande mål bör vara att verka för en effektivare offentlig upphandling.

NOU föreslår följande definition av begreppet tillsyn. "Tillsyn utgörs av kontroll av regelefterlevnad". Tillsynsmyndigheten kan sedan ha även andra verksamheter för främjandet av regelefterlevnaden såsom information och utveckling.

Utredningen har inte analyserat svårigheterna för en tillsynsmyndighet att utöva effektiv kontroll av regeringkansliets upphandlingar. Eventuellt bör sådan tillsyn åvila Riksdagens revisorer eller något annat organ som inte sorterar under regeringen.

Utredningen har inte heller berört problemet med att statliga och privata bolags upphandling idag inte omfattas av offentlighetsprincipen respektive sekretesslagen. Dessa kanske därmed bör ägnas mer tillsyn än övriga enheter.

Beträffande den nya tillsynsmyndighetens indelning i verksamhetsområden överensstämmer förslagen med NOU:s nuvarande indelning. NOU instämmer i att de frågor som kan komma att ligga inom en s.k. marknadsfunktion *inte* bör ingå i den nya tillsynsmyndighetens uppgifter.

NOU vill framhålla vikten av att *god information* kan lämnas av tillsynsmyndigheten och anser att denna har anledning att försöka utveckla begreppet god upphandlingssed samt utfärda allmänna råd på upphandlingsområdet. NOU har en god stomme för detta i nyhetsbrevet sedan starten 1993, NOU info.

I betänkandet framförs att NOU är otillräckligt dimensionerad, något som NOU påtalat sedan lång tid. Det föreslås ett kraftigt resurstillskott för den nya tillsynsorganisationen. NOU vill i anslutning till detta endast understryka vikten av att resurstillskottet inte "äts upp" av enbart nytillkommande uppgifter. Avgiftsfinansiering för den typ av uppgifter som skall utföras av tillsynsmyndigheten är enligt NOU:s mening inte möjlig i någon större omfattning.

Möjligheten att väga in samhällspolitiska mål begränsas både av LOU och gemenskapsrätten. *Effektivitet* i offentlig *upphandling* bör enligt NOU:s uppfattning ställas i relation till de traditionella, strikt ekonomiska målen. Sverige bör därför enligt NOU:s mening invänta EG-kommissionens tolkningsdokument innan slutliga beslut tas om lagstiftning. Detsamma gäller de förslag på detta område som rör myndighetens instruktion.

6 kap. LOU

Beträffande lagändringsförslagen som gäller 6 kap. LOU anser NOU, att den överskuggande principen skall vara att de regler i 6 kap. som begreppsmässigt och till sin konstruktion har sin motsvarighet i bestämmelser över tröskelvärdena, så långt möjligt är ordagranna med och i tolkningshänseende i överensstämmelse med dessa bestämmelser.

NOU ser stora fördelar med att förenkla regelsystemet så långt det är möjligt. Detta gäller såväl över tröskelvärdena, där reglerna är mycket detaljerade, omfattande och ofta komplicerade, som i 6 kap. LOU. Bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena kan ibland vara svåra att tolka och dessa skall dessutom iaktas av ett mycket stort antal tjänstemän i ett mycket stort antal upphandlingar. Förslag på mer genomgripande förenklingar av nuvarande regelsystem finner dock inte NOU i betänkandet.

En förenklad upphandlingsprocedur skulle enligt NOU:s uppfattning medföra fördelar både för beställare och för leverantör. NOU instämmer i att tydliga och fullständiga underlag underlättar för leverantörerna att bedöma vad den upphandlande enheten är ute efter och vad som kommer att vägas in i bedömningen av bästa anbud. Bättre förfrågningsunderlag ger enheterna bättre och mer ändamålsenliga anbud och är samtidigt en god utgångspunkt för leverantörsutveckling (bättre anpassade produkter).

NOU instämmer i resonemanget om krav på ökad öppenhet även under tröskelvärdena genom annonsering. NOU bedömer att konkurrensen på marknaden därmed utnyttjas bättre, till fördel särskilt för små och medelstora företag samt för nya företag som ännu inte "hittat" de offentliga beställarna. NOU är dock tveksam till att kravet på annonsering bör gälla ända ner till direktupphandlingsgränserna. Hur annonsering skall gå till och genom vilka kanaler bör enligt NOU:s förmenande utredas ytterligare.

Förslaget om möjlighet för upphandlande enheter att begränsa antalet anbudsgivare vid förenklad upphandling stöds av NOU. En förutsättning för detta bör dock vara att upphandlingen annonserats.

Att något hårdare reglera att riktlinjer för direktupphandling skall finnas och vad de skall innehålla stöds likaledes av NOU. Det kan tyckas som en självklarhet att fastställa sådana riktlinjer, men så sker inte på alla håll. En

inte helt lätthanterlig fråga är om tillsynsmyndigheten skall kunna ha synpunkter på hur dessa riktlinjer ser ut.

Kraven på ökad dokumentation av upphandlingsprocessen gagnar sannolikt både den upphandlande enheten själv och leverantörerna, framför allt med tanke på att ökade sanktionsmöjligheter medför större behov av tillfredsställande underlag för uppföljning och bevisföring. De upphandlande enheternas interna dokumentationskrav siktar normalt in sig på interna uppföljningsbehov vid sidan av de formella kraven.

7 kap. LOU

NOU instämmer i att LOU bör förses med ett förstärkt sanktionssystem och att tillsynsmyndigheten bör ges ökade befogenheter, framför allt talerätt i överprövnings- och marknadsskademål. Härigenom ökar möjligheterna att komma tillrätta med vissa problem på upphandlingsområdet, framför allt otillåtna direktupphandlingar. En tillsynsmyndighet med större befogenheter än NOU:s kan förväntas inverka positivt på den framtida regelefterlevnaden, oavsett om befogenheterna utnyttjas eller ej. Den föreslagna möjligheten för tillsynsmyndigheten att föra talan om förelägganden mot upphandlande enheter att inte upprepa en regelöverträdelse bör, enligt NOU:s mening medföra, att lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende vid offentlig upphandling upphävs.

NOU saknar en analys av hur sanktionsförslagen skulle fungera tillsammans. Ett ställningstagande vad gäller förslagen rörande sanktioner försvåras även av att kommittén avser att återkomma till ett övervägande avseende frågan om ersättning för det negativa kontraktsintresset.

NOU instämmer i att tillsynsmyndigheten ges möjlighet att medverka till att tvister i upphandlingsprocessen över tröskelvärdena löses på lägsta möjliga nivå.

NOU saknar förslag vad avser ett sedan tidigare påkallat behov för tillsynsmyndigheten att kunna väcka en fastställsetalan vad avser organisationer som hävdar att de inte omfattas av LOU:s bestämmelser.

NOU saknar avslutningsvis utredning och förslag avseende en eventuell begränsning av antalet förvaltningsdomstolar som skall handlägga mål enligt LOU.

1. Inledning och förutsättningar för NOU:s remissvar

NOU konstaterar att många av de förslag som NOU tidigare framfört i t.ex. remissyttranden eller skrivelser och underhandskontakter med utredarna nu återfinns som förslag i delbetänkandet.

NOU anser det angeläget att den nya tillsynsmyndigheten i framtiden ges stort utrymme för att ägna sig åt information för såväl upphandlande enheter som leverantörer. Information och andra åtgärder för undvikande av regelöverträdelser bör få spela en stor roll särskilt mot bakgrund av de förstärkta sanktionsmöjligheter som föreslås.

Enligt kommittédirektiven skall inte någon total översyn av LOU göras. NOU vidhåller behovet av en sådan. NOU har i remissyttranden tidigare framfört önskemål om en *allmän och total översyn av såväl bestämmelserna i LOU som tillhörande frågor* och därvid bl.a. tagit upp frågan om att införa EG:s upphandlingsdirektiv mer eller mindre ordagrant till svensk rätt¹. Det hade varit önskvärt att vid översynen av 6 kap. LOU samtidigt utreda innehållet i bestämmelserna för upphandlingar över tröskelvärdena, eftersom vissa kopplingar till reglerna över tröskelvärdena nu saknas trots en ambitiös genomgång av problemställningar på upphandlingsområdet. Vägledning saknas om vilka effekter EG-domstolens dom² avseende tolkning av nationell rätt som anpassats efter gemenskapsrätten får beträffande de bestämmelser i 6 kap. som införts efter mönster av någon bestämmelse i EG:s upphandlingsdirektiv. Även andra organisationer verksamma inom offentlig upphandling i Sverige har förespråkat en sådan ansats. Exempelvis påtalade Riksdagens revisorer behovet av en samlad och övergripande översyn av reglerna för offentlig upphandling³.

NOU kan konstatera att betänkandet vad gäller exempel och avsnitt har blivit tämligen kommuntungt. Frågor med anknytning till den kommunala och landstingskommunala upphandlingen behöver i vissa avseenden fokuseras. Det förefaller dock som om frågor med anknytning till den statliga upphandlingen fått stå tillbaka, t.ex. den statliga inköpssamordningen, köp mellan statliga myndigheter och frågor om upphandling i samband med biståndsgivning. NOU konstaterar även att någon särskild kommentar eller analys av upphandling inom försörjningssektorerna inte heller återfinns i betänkandet.

Kommittén har i flera fall gjort uttalanden utan att redovisa grunderna härför. Detta gäller exempelvis uttalanden om regelefterlevnaden i Sverige i förhållande till övriga medlemsstater i avsnitt 8.6 (s. 196-198).

¹ NOU dnr 295/96-22

² C-28/95, A. Leur-Bloem och Inspecteur der Belastingdienst/Onderneming Amsterdam, REG 1997

³ Förslag till riksdagen, 1997/98:RR10 offentlig upphandling, s. 19.

1.1 Den s.k. problembilden inom offentlig upphandling

I betänkandet har det talats om att en problembild inom området offentlig upphandling successivt har vuxit fram. I de kommittédirektiv som ligger till grund för kommitténs arbete förefaller den problembild som successivt har vuxit fram på upphandlingsområdet till största delen hänga samman med NOU:s organisation och litenhet. Det är inte NOU:s uppfattning.

Den s.k. problembilden hänger snarare samman med frågor som har direkta samband med upphandlingsförfarandet och LOU, nämligen att

- upphandling är en integrerad del av kärnverksamheten
- upphandling genomförs på så många håll att informations- och kompetensfrågor blir svårhanterbara
- sanktionssystemet inte varit tillräckligt väl anpassat till behovet och att det samtidigt rört sig om frågor med partsintressen
- nya koncept uppstått som inte regelverket är anpassat för, t.ex. samarbete genom s.k. private partnership initiative (PPI) .

1.2 NOU - befintlig organisation och uppgifter

Den kritik mot NOU som förekommit från såväl leverantörer som inköpare kan, enligt kommittén, i allt väsentligt förklaras med *resursbrist, rådande myndighetsstruktur och avsaknad av sanktionsbefogenheter*. NOU:s uppfattning är att dessa förhållanden inte analyserats tillräckligt inför tillskapandet av en ny tillsynsorganisation.

I betänkandet s. 42 har NOU:s verksamhet beskrivits enligt följande "Resurserna har enligt regeringen i för stor utsträckning använts för informationsverksamhet på bekostnad av tillsynsverksamheten". Det förtjänar nämnas att NOU följt de direktiv som årligen lämnats i regleringsbrevet. Vid tillskapandet av NOU uppgav föredragande statsråd dessutom följande. "Av remissutfallet att döma kommer nämnden dessutom att ha en mycket viktig stödfunktion genom att sprida information eller ge ut allmänna råd och genom att med exempel och kommentarer visa hur vissa särskilda situationer kan hanteras."⁴

NOU lämnar nedan synpunkter och förslag i anslutning till innehållet i delbetänkandet i den ordning som de där presenteras. Angiven siffra efter rubriker avser motsvarande avsnitt i betänkandet.

⁴ Prop. 1992/93:88, s. 43

2. NOU:s kommentarer vad avser tillsynsmyndighetens uppgifter

2.1 Kommitténs förslag till definition av begreppet tillsyn (9.2.7)

Upphandlingskommitténs uppdrag enligt direktiven var att definiera begreppet tillsyn. Enligt NOU:s uppfattning har emellertid en sådan definition inte föreslagits i betänkandet. Kommittén föreslår en definition vari anges hur tillsynen skall utövas med följande lydelse:

"Tillsynsmyndigheten utövar tillsyn över att denna lag efterlevs. Tillsynen utövas genom kontroll av att upphandlingslagstiftningen efterlevs och genom att främja förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling."

Det förslag som lämnas i delbetänkandet avseende tillsynsmyndighetens verksamhet i lagförslagets 9 § lyder något annorlunda:

"Tillsynen utövas genom kontroll av regelefterlevnad och främjande av förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling".

I huvudbetänkandet skall innebörden av "en effektiv offentlig upphandling" behandlas och presenteras vid årsskiftet 00/01, (s. 218). Kommittén har dock slagit fast vissa mål som den offentliga upphandlingen skall tillgodose. Ett ställningstagande som återstår är huruvida den offentliga upphandlingen skall kunna ta hänsyn till andra mål än ekonomiska mål knutna till den enskilda upphandlingen.

Tillsynsmyndighetens övergripande mål bör vara att verka för en effektivare offentlig upphandling.

NOU föreslår följande definition av begreppet tillsyn. "Tillsyn utgörs av kontroll av regelefterlevnad". Tillsynsmyndigheten kan sedan ha även andra verksamheter för främjandet av regelefterlevnaden såsom information och utveckling.

2.2 Kommitténs förslag till instruktionstext för tillsynsmyndigheten

I betänkandet anges, utan att något författningsförslag presenteras, att "I instruktionen för tillsynsmyndigheten kan lämpligen införas följande: 'I syfte att främja förutsättningarna för en effektiv offentlig upphandling skall tillsynsmyndigheten, med sina särskilda kunskaper om offentlig upphandling, bidra till att ekonomiska, konkurrenspolitiska, sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål främjas enligt de grunder som anges i lag och i gemenskapsrätten".

Om förslaget skulle genomföras vill NOU framhäva att det kan få orimliga konsekvenser i det enskilda fallet. Som exempel kan nämnas att tillsynsmöjligheten av miljöskäl skulle ifrågasätta att ett landsting köper t.ex.

operationshandskar och därvid ställer krav på att dessa, för att erhålla den bästa elasticiteten, skall innehålla PVC.

Det är olämpligt att en tillsynsmyndighet både skall utöva tillsyn över regelefterlevnaden och samtidigt tänja på gränser eller driva frågor på gränsen till vad som är tillåtet (jämför önskemålen att pröva otillåtna miljökrav). Förfarandet kan t.o.m. bidra till att enskilda upphandlingar anmäls till EG-kommissionen.

NOU vill redan nu anföra att sådana överväganden principiellt sett inte bör göras vid avvägningar avseende vilken leverantör som skall väljas. En enhet skall givetvis kunna ställa de krav som åligger den enligt t.ex. arbetsmiljölag eller annan miljölagstiftning och som är knutna till den aktuella upphandlingen. Att utsträcka möjligheten att ställa krav i en upphandling till att avse även mål som i och för sig är angelägna men som inte har anknytning till den aktuella upphandlingen anser NOU inte vara förenligt vare sig med EG-rätten eller den inställning som rått enligt tidigare regelverk Upphandlingsförordningen (UF) och Upphandlingsreglementet (UR) eller som framgår av Upphandlingskommitténs betänkande Offentlig upphandling - Regler och riktlinjer för stat och kommun (SOU 1971:88).

Syftet med upphandling är att anskaffa en vara eller tjänst för att tillgodose ett aktuellt behov. Det huvudsakliga intresset vid en upphandling måste vara att fokusera till ekonomi, teknik och juridik som är direkt knutna till den enskilda varan eller tjänsten.

Man behöver betänka risken att listan över önskvärda mål att ta hänsyn till kan göras mycket lång. Från inköparhåll framförs att viktningen mellan olika angivna omständigheter redan med nuvarande lagstiftning kan vara mycket svår att göra. Genom att införa möjligheten att ställa nya typer av krav som inte hänförs direkt till den produkt eller tjänst som upphandlingen avser, försvåras upphandlingsprocessen avsevärt. Mycket stora kompetenskrav kommer att ställas på inköpare och kraven kommer sannolikt att driva utvecklingen mot att upphandlingar i framtiden i stort sett enbart kan genomföras centralt. Risken är att de samhällspolitiska målen får övervikt och att de tekniska och ekonomiska kraven får stå tillbaka med risk för patientsäkerhet, trafiksäkerhet m.m.

Vidare kan inköpare komma i den situationen att de nödgas värdera olika sociala krav mot varandra. Svårigheter uppstår t.ex. när enheten uppställt ett eller kanske flera sådana samhälleliga krav, t.ex. om leverantören har en jämställdhetsplan och vad denna i så fall innehåller och dessa skall värderas sinsemellan och även jämföras med leverantörens möjlighet att uppfylla leveranstid, kvalitet, estetiska och funktionella m.fl. omständigheter. NOU vill starkt avråda från att tynga upphandlingsprocessen ytterligare. Samhälleliga mål bör genomföras på annat sätt och med regelsystem och myndigheter som är särskilt anpassade för sådana uppgifter.

Utredningen har inte bedömt den tidsutdräkt, de kostnadsfördyringar och eventuella kvalitetsförsämringar som de sociala kraven medför för den offentliga upphandlingen.

Risken för att utvärderingsfasen, i en upphandling där enheten vägt olika krav och omständigheter mot varandra, blir så luddig att en domstol endast i undantagsfall kan klargöra om enheten brutit mot LOU eller gemenskapsrätten är uppenbar, när det subjektiva momentet i utvärderingen utökas. Varken leverantör, branschorganisation eller tillsynsmyndighet är sannolikt beredda att föra talan mot en enhet som ställt sådana krav.

Innebörden av lydelsen "en effektiv offentlig upphandling" i förslaget till myndighetens instruktion bör åsyfta frågor som direkt hänger samman med upphandlingsprocessen, såsom möjligheten till information och tolkning av upphandlingsbestämmelserna, befintliga blanketter med kommentarhäften för annonsering, mallar för olika steg i en upphandling, existensen av ramavtal och tillgänglighet vad gäller annonseringsmedia. De hänsyn som föreslås kunna tas till de samhälleliga målen är av en annan karaktär och har inte samband med effektivitet i upphandling utan med effektivitet i t.ex. jämställdhets-, arbetsmarknads- och socialpolitik.

2.3 Genomförandet av sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål

Möjligheten att väga in samhällspolitiska mål begränsas både av LOU och gemenskapsrätten. Sverige bör därför enligt NOU:s mening invänta EG-kommissionens tolkningsdokument innan slutliga beslut tas om lagstiftning. Detsamma gäller de förslag på detta område som rör myndighetens instruktion.

Beträffande detta avsnitt i övrigt kommer NOU att tillskriva Upphandlingskommittén direkt.

2.4 Dimensionering av tillsynsmyndigheten

Det har länge varit uppenbart att kansliet inte har varit dimensionerat efter myndighetens nuvarande uppgifter. I avsnitt 11.4 uppger kommittén att NOU redovisat uppfattningen att ytterligare ca 4 heltidstjänster skulle behövas för att få bukt med ärendebalanser, telefonköer och administrativt arbete, dvs. så att nuvarande uppgifter skall kunna utföras till fullo. För en myndighet av NOU:s storleksordning innebär den ovan återgivna uppskattningen att det saknas personår motsvarande en tredjedel av myndighetens totala personalinnehav, bara för att utföra nuvarande arbetsuppgifter på ett tillfredsställande sätt och utan att verksamhetens ambitionsnivå i realiteten höjs. Arbetsuppgifterna klaras idag bl.a genom ett stort overtidsuttag främst på ledningsnivå. Det framkommer även i betänkandet att den kritik NOU har fått bottnar i resursbrist hos myndigheten. NOU har också mottagit kritik för att endast handlägga klagomålsärenden som anses vara av allmänt eller principiellt intresse. Kritik har t.ex. förekommit om att det är svårt att komma fram på telefontiden (och även i övrigt), handläggningen av

skriftliga ärenden har varit för lång och önskvärda initiativ avseende t.ex. egeninitierad tillsyn eller angelägna utvecklingsprojekt har fått skjutas på framtiden eller inte kunnat genomföras alls. Informationsverksamheten har på senare år i enlighet med regleringsbrevet begränsats och motsvarar endast med tveksamhet förvaltningslagens krav.

Vid uppskattning av organisationen är det angeläget att denna ges tillräckliga resurser både vad avser befintliga uppgifter men även för uppbyggnaden av de tillkommande uppgifterna samt för det administrativa arbete som en större myndighet innebär. Avgiftsfinansiering för den typ av uppgifter som skall utföras av tillsynsmyndigheten är enligt NOU:s mening inte möjlig i någon större omfattning.

2.5 Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter (10)

Enligt utredningsdirektiven skall föreslås hur tillsynsrollen kan utvecklas och ges större tyngd. Det kapitel i betänkandet som behandlar "Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter" innebär dock i stort sett endast en kodifiering av framför allt de olika uppgifter på området som NOU redan utför men också handläggs av andra aktörer såsom Kammarkollegiet, Konkurrensverket och Kommerskollegium.

Trots formuleringen i kommittédirektiven om en förstärkt tillsyn och att det i betänkandet på ett flertal ställen hänvisas till behovet härav, saknas konkreta förslag, förutom att det föreslås mer resurser på området. I stället nämner kommittén under avsnittet "Central tillsyn respektive egentillsyn" (s. 226) att "Statlig kontroll av att kommuner och landsting följer regelverket in i minsta detalj kan vidare uppfattas som ett grundskott mot den kommunala självstyrelsens kärna - friheten att inom lagens ramar själv få bestämma formerna för sin verksamhet. Huvudansvaret för att åstadkomma en effektivare offentlig upphandling måste därför ligga på de upphandlande enheterna själva eller de juridiska personer till vilka enheterna hör. Över kommuner och landsting utövas främst systemtillsyn, dvs. att den juridiska personen kommuner eller landstinget har fungerade system för egentillsyn. I enstaka fall skall tillsynen efter klagomål kunna utvidgas till kontroll av enskild upphandling."

Som integrerad del av kärnverksamheten (-erna) inom en upphandlande enhet och en "hjälpverksamhet" till denna, är upphandling ett område som inte med lätthet låter sig avgränsas och "tillses". Varje upphandling är unik och möjligheterna att generalisera ytterst begränsade. "Rätt" och "fel" i upphandlingen kan avgöras endast i förhållande till ett begränsat antal regler i LOU. Just dessa regler, t.ex. ett exakt angivet antal dagar för att lämna anbud, är samtidigt av förhållandevis underordnad betydelse, åtminstone för granskning på tillsynsmyndighetsnivå.

Tillsynsverksamhet (frånsett handläggningen av klagomålsärenden?) kan inte, såsom också framhålls i betänkandet, vara inriktad på enskilda

upphandlingsärenden utan bör vara inriktad på systemfrågor (s.202, 215, 226, dock något motsägelsefulla uttalanden), framför allt om det yttersta syftet skall vara en effektivare offentlig upphandling. Bättre regelefterlevnad och en effektivare offentlig upphandling (även i övrigt) kräver normalt förändring av i första hand organisation (såsom grad av centralisering) och ansvar, styrning och ledning, rutiner, kompetens m.m.) Betänkandet lämnar dock inget stöd beträffande vad tillsynsmyndigheten kan och bör granska och ha synpunkter på.

NOU hade förväntat sig en analys av hur granskning bör bedrivas utan att komma i konflikt med t.ex. den kommunala självstyrelsen och varje enhets rätt att bestämma sin egen organisation. Frågan inställer sig genast hur NOU ska bedöma "systemen" inom den kommunal världen. Inte heller ges någon närmare innebörd av begreppen egentillsyn och systemtillsyn i detta sammanhang.

NOU:s uppfattning är att det är ologiskt att acceptera att en granskning av en enskild upphandling *efter ett klagomål* kan genomföras men inte när tillsynsmyndigheten tar ett eget initiativ till granskning, med tanke på att den kommunala självstyrelsen gäller i båda situationerna. Tillsynsmyndigheten torde dessutom behöva granska mer systematiskt än vad klagomål från en enskild leverantör innebär.

NOU:s uppfattning är att egna initiativ av tillsynsmyndigheten bör vara särskilt angelägna på den kommunala sidan mot bakgrund av att upphandlingen är så omfattande som 2/3 av den totala offentliga upphandlingen.

Den framtida tillsynsmyndigheten bör kunna granska enskilda upphandlingsärenden hos alla typer av upphandlande enheter. NOU instämmer dock i uppfattningen att den centrala tillsynskontrollen inte ens med förstärkta resurser kommer att kunna utöva en effektiv kontroll av det stora antalet upphandlande enheter med denna metod. Huvudansvaret för regelefterlevnaden får enligt NOU:s uppfattning även framgent ligga hos de upphandlande enheterna själva men en granskning från den centrala tillsynsmyndighetens sida får med hänsyn till dess preventiva effekt inte vara utesluten. Det är också angeläget att information om resultatet av genomförda granskningar kan spridas till andra enheter såsom goda, alternativt varnande, exempel.

Utredningen har inte analyserat svårigheterna för en tillsynsmyndighet att utöva effektiv kontroll av regeringskansliets upphandlingar. Eventuellt bör sådan tillsyn åvila Riksdagens revisorer eller något annat organ som inte sorterar under regeringen.

Utredningen har inte heller berört problemet med att statliga och privata bolags upphandling idag inte omfattas av offentlighetsprincipen respektive sekretesslagen. Dessa kanske därmed bör ägnas mer tillsyn än övriga enheter.

NOU instämmer i att de frågor som tas upp för en s.k. marknadsfunktion *inte* bör ingå i den nya tillsynsmyndighetens uppgifter.

Betänkandets uppräknning av och förslag till uppgifter för den framtida tillsynsmyndigheten samt indelningen i verksamhetsområden stämmer väl överens med nämndens nuvarande verksamhet.

Även NOU vill framhålla vikten av att *god information* kan lämnas av tillsynsmyndigheten och anser att denna har anledning att försöka utveckla begreppet god upphandlingssed samt utfärda allmänna råd på upphandlingsområdet. NOU har en god stomme för detta i nyhetsbrev sedan starten 1993, NOU info.

2.6 Statistikinsamling (10.4.2)

NOU noterar att betänkandet endast i begränsad utsträckning behandlar frågor som sammanhänger med NOU:s nuvarande uppgift vad avser statistikinsamling. NOU:s kostnad för att utföra uppgiften motsvarade 1999 ca 5% av myndighetens anslag. Uppgiften har huvudsakligen utförts av Statistiska centralbyrån.

3. NOU:s kommentarer vad avser organisationen av tillsynsmyndigheten (11)

3.1 Finansiering (11.5)

Kommitténs uppfattning om ekonomiska mått när det gäller effekterna av kontrollverksamheten

Marknadsskadeavgifter och viten tillfaller statskassan. Dessa kan emellertid, enligt kommittén, användas som ekonomiska mått när det gäller effekterna av den skärpta kontrollverksamheten. NOU vill här framföra uppfattningen att den skärpta kontrollverksamheten kan sägas ha lyckats ännu bättre vid en granskning om det inte blivit någon avgift eller vite utan oklarheter/överträdelser har klarats ut utan domstolsförfaranden. Det bör vara ett incitament för tillsynsorganisationen att ett klagomål klaras upp i ett så tidigt skede som möjligt.

3.2 Vilket är det bästa organisationsalternativet? (11.12.3)

NOU kan inte tillstyrka förslaget om en sammanslagning av Konkurrensverket och NOU på grundval av förhållanden som anges nedan.

I betänkandet uppges att kritiken mot NOU kan i allt väsentligt förklaras med *resursbrist, den rådande myndighetsstrukturen och avsaknaden av sanktionsbefogenheter*. Ett förslag till lösning av hur den nya tillsynsmyndigheten skall organiseras måste sålunda komma tillrätta med samtliga dessa tre förhållanden. Vad gäller förhållandet "den rådande myndighetsstrukturen" uppges bl.a. att NOU tyngs genom sin kollektiva beslutsform av en ineffektiv beslutsstruktur, möjligheten till delegering har varit begränsad, många beslut p.g.a. tidsbrist måste fattas på kansliet. Vidare nämns som en uppenbar risk att NOU:s beslut i enskilda tillsynsärenden utåt sett framstår som ett resultat av lämplighetsöverväganden och kompromisser mellan partsföreträdare i stället för en strikt rättstillämpning.

Enligt NOU:s uppfattning bör tillsynsmyndighetens verksamhet handhas av en självständig myndighet. Namnet NOU bör behållas, eftersom det är väl inarbetat såväl inom landet som internationellt. Nämndmyndigheten har visat sig vara värdefull och ändamålsenlig för att skapa legitimitet för NOU:s verksamhet. Nämnden, såsom mötesplats för ledamöter med olika erfarenhetsbakgrund och kompetens, behövs för att ge verksamhet och regelverk erforderlig förankring.

Det framlagda organisationsförslaget är enligt NOU:s uppfattning inte tillräckligt underbyggt. De olika alternativa organisationsförslagen har inte behandlats analogt. En analys saknas av hur de fördelar och nackdelar som framförts beträffande den nuvarande modellen "slår" i alternativen. En analys saknas vidare av möjligheterna att eliminera hävdade nackdelar med den nuvarande organisationen och i stället utveckla den. NOU vill i sammanhanget hänvisa till kommitténs skrivning om att de arbetsuppgifter som NOU utför är av god kvalitet.

Vissa ansvarsfördelningsproblem inom NOU skulle lösas om beslutanderätten i ärenden gällande den direkta regelefterlevnaden läggs på nämndens ordförande, som samtidigt skulle vara myndighetens chef.

NOU anser att den nuvarande nämndformen med ledamöter från bl.a. Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet och Industriförbundet positivt bidragit till att NOU:s uppfattningar och rekommendationer lättare vunnit gehör hos representanter för kommuner och landsting och att NOU:s budskap till kommunala politiker och inköpare samt leverantörer snabbare och enklare accepterats.

Beträffande frågor avseende storleken på myndigheten se avsnittet ovan om dimensionering av den framtida tillsynsmyndigheten.

NOU:s nämnd har 99-02-01 avgivit ett yttrande (25/99-11) till kommittén med anledning av översynen av NOU m.m.

4. Förslag till ändringar i 6 kap. LOU

NOU konstaterar att flertalet av de förslag som kommittén lämnar vad avser 6 kap. LOU grundar sig på förslag som NOU tidigare framfört till kommittén.

Upphandling enligt 6 kap. LOU är klart mer omfattande, såväl beloppsmässigt som antalsmässigt, än den upphandling som sker enligt övriga kapitel i LOU. NOU anser att rubriken till 6 kap. LOU i enlighet härmed är något missvisande och ger en felaktig uppfattning av det endast är mindre upphandlingar som avses. En utbredd uppfattning är att kapitlet gäller för mindre upphandlingar. I rubrikens "m.m." inryms både B-tjänster oavsett värde och undantagen upphandling t.ex. försvarsupphandlingar oavsett värde. Rubriken till kapitlet bör, enligt NOU:s uppfattning, ses över särskilt med tanke på den pågående utvecklingen mot en ökad konkurrensutsättning av olika B-tjänster.

4.1 Affärsmässighetsbegreppet

NOU vill redan i detta sammanhang framföra att, trots att kommittén ännu inte föreslagit någon ändring, begreppet affärsmässighet har stor betydelse för regleringen av upphandling och inte torde kunna ersättas av de EG-rättsliga principerna. För genomförande av egeninitierad tillsynsverksamhet och i främjande av en effektiv offentlig upphandling är det viktigt att iakttagelser kan ifrågasättas med hänsyn till om förfarandet kan inrymmas i begreppet affärsmässighet. Begreppet härstammar från de inhemska upphandlingsbestämmelserna och inrymmer mycket av det som faller inom de EG-rättsliga principerna för offentlig upphandling. NOU anser att ett förtydligande som innebär att 1 kap. 4 § LOU anses omfatta principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande är önskvärt. Alternativt bör 7 kap. 2 § LOU ändras till "... brutit mot gemenskapsrätten, 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag..." såsom nedan föreslås.

4.2 Bestämmelser i 6 kap. LOU föreslås utgå

Kommittén föreslår att ett antal paragrafer i 6 kap. LOU skall utgå eftersom motsvarande bestämmelse redan finns i 1 kap. LOU och dessa kan gälla efter en hänvisning från 6 kap. 1 § LOU. (omfattar bl.a. nuvarande 6 kap. 8 §, 12 §, 15 §). Att få ner antalet paragrafer i LOU kan i och för sig vara ett eftersträvaransvärt mål men det kan av pedagogiska skäl vara värdefullt att de paragrafer som gäller vid upphandling enligt 6 kap. så långt som möjligt återfinns i detta kapitel. Inköparen som tillämpar 6 kap. LOU har ofta inte den juridiska skolning för att snabbt och enkelt tillgodogöra sig lagtext med hänvisningar till paragrafer i andra kapitel. En jämförelse kan även göras med 4 kap. LOU där lagstiftaren nyligen genomfört en ändring så att de flesta bestämmelser som reglerar upphandling enligt detta kapitel skall återfinnas i kapitlet, även om en likalydande paragraf återfinns i 1 kap. LOU.

4.3 Skall privata företag undantas från sjätte kapitlets tillämpningsområde (12.3.1)

NOU instämmer i kommitténs uppfattning att förhållandena för de privata företag vars upphandling omfattas av bestämmelserna i 4 kap. är sådana att LOU bör omfatta även deras upphandling under tröskelvärdena.

4.4 Upphandling av telefonitjänster (12.3.2)

En ändring föreslås i 6 kap.1 § som innebär att undantagna tjänster i 5 kap. 1 § andra stycket 3 punkten (telefonitjänster) skall omfattas av 6 kap. i de fall de understiger tröskelvärdena. NOU:s uppfattning är att Sverige bör invänta den föreslagna direktivändringen som innebär bl. a. att telekommunikation undantas från direktivet för försörjningssektorerna. Effekten av att tjänsterna skulle vara undantagna bestämmelserna om anskaffningen överstiger tröskelvärdena men omfattas om de understiger är inte lyckad enligt NOU:s förmenande. Att de mindre anskaffningarna är reglerade i LOU medan de mer omfattande investeringarna är undantagna är ologiskt. NOU:s uppfattning generellt är att en strävan bör vara att reglerna är desamma över som under tröskelvärdena och att en avvikelse från detta bör vara välmotiverad. Bestämmelserna i 6 kap. LOU bör åtminstone inte vara strängare än reglerna över tröskelvärdena.

4.5 Direktupphandling (12.4.1)

Att något hårdare reglera att riktlinjer för direktupphandling skall finnas och vad de skall innehålla stöds likaledes av NOU. Det kan tyckas som en självklarhet att fastställa sådana riktlinjer, men så sker inte på alla håll. En inte helt lätthanterlig fråga är om tillsynsmyndigheten skall kunna ha synpunkter på hur dessa riktlinjer ser ut.

NOU har som anges i betänkandet tidigare framfört förslag om att definitionen av begreppet direktupphandling bör ändras eftersom det ofta är både lämpligt och möjligt från affärssynpunkt att infordra anbud eller åtminstone göra prisjämförelser innan valet av leverantör görs. Definitionen av direktupphandling föreslås nu i enlighet härmed ändras till "upphandling utan krav på annonsering och infordrande av skriftliga anbud".

Beträffande möjligheten att tillämpa direktupphandling på den grund att synnerliga skäl föreligger föreslås, dock utan något konkret förslag till lagändring, en ändring i riktning mot det som gäller över tröskelvärdena (förhandlad upphandling utan annonsering). Kommittén föreslår att direktupphandling får göras i fyra situationer utöver den som redan anges i 6 kap. 2 § LOU (synnerlig brådskas), t.ex. att det som upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan tillhandahållas av endast en viss leverantör.

NOU anser att författningskommentaren till 6 kap. 2 § LOU bör ange att riktlinjerna för användningen av direktupphandling bör innehålla information om tröskelvärdesberäkning för användningen av upphandlingsförfarandet. NOU har i

NOU info⁵ i samband med ett ärende behandlat frågan om anskaffningen av en tjänst borde ha genomförts såsom en förenklad upphandling av ett ramavtal eller upprepade direktupphandlingar. NOU har av affärsmässiga skäl hänvisat till tröskelvärdesberäkningen för upphandling enligt de direktivstyrda bestämmelserna och framfört bland annat följande. "För att fastställa tröskelvärdet för upphandling enligt direktivstyrda regler i 2 kap. LOU måste en upphandlande enhet vid upphandling av varor beakta reglerna i 4 § att en upphandling avseende en viss kvantitet varor inte får delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Regler om sammanläggning av upphandlingar finns i 2 kap. 3 § LOU. Samma principer bör tillämpas även vid beräkning av värdet under vilket en direktupphandling får användas."

4.6 Förenklad selektiv upphandling (12.4.2)

Det uppges felaktigt i betänkandet (s. 285) att det av *anbudsinfordran* skall framgå antalet leverantörer som får lämna anbud. I lagförslaget anges att uppgiften skall anges i ansökningsinbjudan, inte i förfrågningsunderlaget.

En leverantör kan med denna information göra bedömningar om det är mödan värt att lämna anbud. Vid en jämförelse med motsvarande bestämmelse över tröskelvärdena 1 kap. 7 a § LOU där den upphandlande enheten *får* ange antalet kan NOU konstatera att det blir en strängare reglering under tröskelvärdena. NOU:s uppfattning är att reglerna för upphandling enligt 6 kap. LOU inte bör vara strängare än bestämmelserna för annan upphandling.

NOU ser fördelar med att definitionen av förenklad selektiv upphandling så långt möjligt uttrycks på samma sätt som motsvarande förfarande över tröskelvärdena. Enligt NOU:s förslag bör lydelsen bli: upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och *där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud*.

Det bör av författningskommentaren framgå att om något antal inte anges måste *alla* kvalificerade tänkbara leverantörer få lämna anbud.

Författningskommentaren till 6 kap. 3 § LOU bör innehålla en hänvisning till proportionalitetsprincipen och ange att endast sådana krav får ställas som behövs med hänsyn till det som upphandlas.

I betänkandet uppges att det enligt gällande lagstiftning räcker med att tillfråga tre stycken leverantörer vid förenklad upphandling. En hänvisning görs till ett länsrättsavgörande avseende en upphandling av begravnings tjänster där dock 5 anbud ansågs tillräckligt⁶. NOU anser det direkt felaktigt att generalisera på sätt som skett och att detta inte står i överensstämmelse med reglerna i LOU. Problem för enheten och fördyringar kan uppstå i det fall enheten tillfrågat för få leverantörer dels därför att konkurrensen sällan utnyttjats fullt ut och dels om en

⁵ NOU info juni -99, s. 9f.

⁶ Länsrätten i Göteborgs och Bohus län, 1994-05-25, (Ö 1615-94)

anbudsgivare inkommer för sent med sitt anbud och en av någon anledning avböjer. Kvar för utvärdering finns i exemplet endast ett anbud och enheten blir hänvisad, om inte upphandlingen skall göras om, dennes pris och villkor i övrigt.

En upphandlande enhet har i exemplet när endast en leverantör inkommer med anbud enligt EG-domstolen visserligen rätt att avbryta upphandlingen pga. bristande konkurrens men ett förnyat upphandlingsförfarande innebär sannolikt en förskjutning i tiden för det som upphandlas och ett fördyrande administrativt förfarande för enheten.

I vissa fall – främst vid mindre upphandlingar – kan ofta tre leverantörer anses vara tillräckligt antal. NOU har tidigare föreslagit att annonsering inte skall behöva göras av anskaffningar som värdemässigt beräknas överstiga gränser för direktupphandling men inte överstiger 300 000 kr. Här skulle det vara tillräckligt att kravet är att minst tre tänkbara leverantörer skall tillfrågas. NOU anser att en sådan lösning är att föredra framför kommitténs förslag.

Urval av anbudsgivare - Lottning

Kommittén uppger i författningskommentaren att lottning är ett exempel på hur den upphandlande enheten på ett objektivt sätt kan begränsa antalet kvalificerade leverantörer vid en förenklad selektiv upphandling

Det hävdas att lottning är det enda förfarande som är helt fritt från godtycke. De krav som har angetts i en ansökningsinbjudan skall vara proportionerliga i förhållande till det som upphandlas. Genom lottningsförfarandet undviker man att successivt "höja ribban" så att dessa krav blir oproportionerliga, d.v.s. kraven ändras i förhållande till vad som angivits.

I den lagakraftvunna länsrättsdom⁷ som kommittén hänvisar till framkommer att den upphandlande enheten uppgivit att den gjort bedömningen att lottningsförfarandet vid kvalificering var "...det mest objektiva och minst diskriminerande tillvägagångssättet...". Begreppet affärsmässighet och objektivitet innefattar enligt länsrättens mening att det "icke är tillräckligt att den upphandlande enheten använder det minst diskriminerande urvalsförfarande vid val av vilka leverantörer som kan komma ifråga vid det slutliga upphandlingsförfarandet. Den upphandlande enheten har i stället att följa ett förfarande som inte är diskriminerande och byggt på enbart affärsmässiga grunder. Enligt länsrättens mening tillgodoser ett lottningsförfarande inte kraven på objektivitet och affärsmässighet vid upphandling".

Följande uppfattning har framförts avseende selekteringsfasen över tröskelvärdena i lagbokscommentaren Offentlig Upphandling⁸. "Det är vår uppfattning att det borde vara möjligt för den upphandlande enheten att bland de kvalificerade anbudssökandena få välja dem som den finner lämpligt med hänsyn till önskemål

⁷ Länsrätten i Skåne län, Mål nr 1373-98

⁸ Margareta Hentze, Hans Sylvén, Offentlig upphandling, s. 127

om att variera anbudsgivarkretsen, blanda stora och små företag, välja också utländska anbudssökandena, eliminera omständigheter som risk för strejk eller blockad (t.ex. när ett företag inte har ett kollektivavtal) o.s.v." NOU:s uppfattning är att detsamma bör kunna gälla även vid förenklad selektiv upphandling. NOU delar således inte kommitténs uppfattning att urvalet av kvalificerade anbudsansökanden vid förenklad selektiv upphandling kan ske medelst lottning.

4.7 Försvarsupphandlingar (12.4.3)

Enligt betänkandet behöver försvarsupphandlingar som ofta innebär teknikupphandling regleras separat. Teknikupphandlingsutredningen meddelade nyligen i ett betänkande⁹ att teknikupphandling går att förena med LOU och föreslog därför ingen ändring. NOU ser inga skäl till att försvarsupphandling skall undantas i högre grad än de möjligheter som redan finns genom lydelsen av 6 kap. 17 § LOU. Såvitt NOU känner till meddelar regeringen generella undantag för viss försvarsupphandling.

4.8 Förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en leverantör (12.4.4)

NOU avstyrker förslaget till 6 kap. 4 § LOU som innebär att enheter vid förenklad upphandling får infordra anbud från endast en leverantör om särskilda skäl föreligger. NOU:s uppfattning är att om förslaget om en marknadsskadeavgift genomförs bör utfallet av denna möjlighet avvaktas innan en lagändring med nu aktuellt innehåll övervägs.

4.9 Formgivningstävlingar (12.4.5)

Det bör övervägas om inte bestämmelser för formgivningstävlingar borde införas även i 6 kap. LOU. NOU delar utredningens uppfattning att behov föreligger att tillåta sådana tävlingar även under tröskelvärdena. Benämningen bör såväl över som under tröskelvärdena emellertid ändras till konstruktions- och formgivningstävling. Nuvarande benämning är missvisande när det gäller konstruktionstävlingar. Namnet har tillkommit genom en mindre lämplig översättning av det engelska ordet "design".

Den föreslagna ändringen i 6 kap. 2 § LOU avseende formgivningstävling bör vara att det i stället hänvisas till "formgivningstävling i förenklad form" eftersom det i nämnda paragraf endast åsyftas denna förenklade form av formgivningstävling och inte den mer detaljreglerade i 5 kap. LOU.

4.10 Förfrågningsunderlaget (12.5)

Bestämmelserna om innehållet i ett förfrågningsunderlag bör av pedagogiska skäl föras samman till en paragraf. NOU stöder de förslag som kommittén har tagit fram. NOU anser att det i författningskommentaren bör erinras om att enheten

⁹ Teknikupphandlingsutredningen, Upphandling för utveckling SOU 1997:88

enligt proportionalitetsprincipen endast får ställa sådana krav och begära sådana upplysningar som behövs med hänsyn till det som upphandlas.

4.11 Implementeringstid (12.5.4)

Det torde underlätta för intresserade leverantörer om den s.k. implementeringstiden alltid framgår av förfrågningsunderlaget. NOU är emellertid tveksam till att detta generellt kan efterlevas av upphandlande enheter. Med implementeringstid avses den tid som beräknas löpa från det avtal om upphandlingen sluts till det att leverans av vara eller tjänst påbörjas.

Med hänsyn till att motsvarande regel inte återfinns i reglerna för upphandlingar över tröskelvärdena torde en regel av den föreslagna innebörden kunna undvaras också i 6 kap. LOU.

4.12 Rangordning av utvärderingskriterierna (12.5.6)

I de direktivändringar som föreslagits av EG-kommissionen ingår en regel om angivande av utvärderingskriteriernas relativa värde tydligare än nuvarande regel om rangordning.

NOU anser att en ändring bör anstå till dess den inom EG-kommissionen pågående översynen av motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena är klar.

NOU konstaterar att om förslaget skulle genomföras, skulle bestämmelserna under tröskelvärdena innehålla strängare krav på de upphandlande enheterna än motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena. En sådan lösning är inte lämplig.

4.13 Obligatorisk publicering i elektronisk databas (12.6)

NOU föreslår ett krav på ökad annonsering vid förenklad upphandling av de skäl som återges i betänkandet. För att undvika alltför mycket byråkrati och risker för administrativa kostnader (både vad avser själva annonseringsförfarandet och utvärderingsprocessen med ökad mängd anbud) som inte står i relation till de förväntade besparingarna i upphandlingsprocessen anser NOU att den obligatoriska annonseringen bör göras när upphandlingen beräknas överstiga förslagsvis 300 000 kr. Mellan direktupphandlingsbeloppet och 300 000 kr. skulle de enda formella kraven utöver vad som gäller för direktupphandling vara, ett skriftligt förfrågningsunderlag, förfrågan till minst tre leverantörer, krav på skriftliga anbud samt samtidigt anbudsöppnande efter anbudstidens utgång.

Elektronisk databas

Kommittén anser att det bör överlämnas åt marknadskrafterna att utveckla system för föreslagen obligatorisk annonsering av förenklade upphandlingar. NOU:s uppfattning är att det bör utredas vidare vilka för- och nackdelar som olika alternativ medför innan ställning tas. Ett alternativ är att tillsynsmyndigheten ansvarar för en databas, i princip godkänner alla som önskar delta eller

uppställer vissa förutsättningar och i förväg bestämmer att endast ett begränsat antal kommer att godkännas med hänsyn till enhetens ambition och skyldighet att uppsöka och utnyttja konkurrensen på en viss marknad samt leverantörens intresse av att hitta pågående upphandlingar utan alltför stora ansträngningar. Alltför många databaser eller all annonsering på enheternas hemsidor kan innebära alltför omfattande sökningar för leverantörerna.

4.14 Prövning av anbud

NOU tillstyrket inte förslaget att en upphandlande enhet skall kunna pröva ett anbud eller en ansökan som inkommit för sent om det är uppenbart att förseningen skett utan leverantörens vållande. NOU anser inte att behov föreligger för den förslagna ändringen och befarar att den skulle orsaka praktiska svårigheter vid avvägningen av om en handling inkommit i rätt tid.

4.15 Uteslutningsgrunder skall även omfatta den juridiska personens företrädare (12.9.5)

NOU instämmer delvis i kommitténs förslag. NOU anser att reglerna som gäller kontroll av anbudsgivare bör kompletteras till att omfatta även kontroll av företrädare för juridiska personer och uteslutning på grund av sådan kontroll. Kontroll och uteslutning bör dock begränsas till den krets av företrädare som utgörs av verkställande direktör och styrelseledamöter.

På sikt bör reglerna härvidlag bringas i överensstämmelse med dem som gäller upphandlingar över tröskelvärdena.

Författningskommentaren till föreslagen 6 kap. 13 § 1 stycket 3 och 4 punkterna LOU bör ange att det brott eller det fel som åberopas förutsätts allmänt känt och har betydelse för den aktuella upphandlingen. De eventuella praktiska olägenheter som kan uppstå vid begäran om utdrag ur t.ex. kriminalregistret bör belysas innan en lagändring görs. Förslagets betydelse för behörigheten att erhålla sådana utdrag bör granskas, liksom betydelsen av hur långt tillbaka i tiden ett brott eller ett begånget fel har ägt rum som tillåts ha avgörande betydelse för kvalificeringen.

4.16 Ange underleverantör (12.9.7)

Om 1 kap. 18 a § LOU skall gälla även för upphandling enligt 6 kap. anser NOU att 6 kap. 1 § LOU bör hänvisa till paragrafen. Kommittén uppger att det inte behövs någon ytterligare reglering eftersom upphandlande enheter redan idag kan ställa krav på att redovisning skall ske av vilka delar av upphandlingskontraktet som avses läggas ut på tredje man. Om någon hänvisning inte görs finns emellertid risk för att detta tolkas på det sätt att det inte är tillåtet vid upphandling enligt 6 kap. LOU.

4.17 Avbruten upphandling (12.11)

NOU välkomnar förslaget att det i LOU skrivs in att sakliga skäl erfordras för att avbryta en upphandling. Att sakliga skäl bara skulle handla om rena s.k. force majeure situationer är alltför begränsat. Att endast starka skäl för ett avbrytande accepteras är dock viktigt för att upprätta en stark trovärdighet till den offentliga upphandlingen.

NOU anser att ett av de exempel på godtagbara skäl som ges i betänkandet, nämligen att avbryta en upphandling om en ny politisk majoritet tar vid, inte utan vidare inryms i vad som kan anses godtagbart. NOU:s uppfattning är i första hand att situationen inte skall accepteras såsom ett sakligt skäl för att avbryta och i andra hand att enheten informerat om situationen i underlaget i enlighet med transparensprincipen. Exempel på godtagbara skäl anser NOU vara att inga inkomna anbud ryms inom tillgänglig budget att, utifrån kommande, oförutsedda omständigheter gör det onödigt att upphandla eller utgör grund för annan upphandling att ett myndighetsbeslut fattas som förhindrar viss verksamhet (ett sådant beslut måste dock bedömas som förutsebart och möjligheten till avbrytande bör anges i underlaget) och att regeringen godkännande erfordras för en upphandling (även detta bör anges i underlaget).

4.18 Jäv (12.12.2)

Kommitténs förslag till lagändring avseende jävsförhållanden har tidigare upphandlingsbestämmelser som förebild. När LOU infördes ansågs att jävsförhållanden kunde angripas utifrån LOU:s krav på objektiv behandling av anbud och anbudsgivare. Någon särskild bestämmelse ansågs inte erforderlig. Av pedagogiska skäl kan det dock ha ett värde att införa regler om jäv, mutor och bestickning samt anbudskarteller i likhet med vad som gällde i UF och UR. NOU föredrar emellertid en lydelse som överensstämmer med den i UF och UR, att det ankommer på enheten att avgöra huruvida anbud skall antas (9 § UF och 18 § UR).

De lagar vid sidan av LOU som reglerar förhållanden som blir aktuella vid en upphandling, är inte automatiskt tillämpliga för alla olika kategorier av upphandlande enheter (myndigheter, kommuner, offentliga och privata bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser). Områden som avses är t.ex. sekretess och offentlighet, jävsförhållanden, arkivfrågor. NOU:s uppfattning är att upphandlande enheter så långt som möjligt vad gäller inköpsverksamheten bör följa samma bestämmelser. Det skulle vara olyckligt om ett förhållande hos vissa enheter är otillåtet, medan det hos andra skulle vara tillåtet.

4.19 Obligatorisk dokumentation (12.13)

Kommittén betonar vikten av att enheter dokumenterar olika händelser i en upphandling. NOU välkomnar förslaget till ändring i 6 kap. 19 § LOU som markerar en vidgning av kravet på dokumentation. Förutom att skälen för beslut

skall dokumenteras skall även det som i övrigt förekommit av betydelse *vid upphandlingsförfarandet* (tidigare anbudsprövningen) finnas dokumenterat.

Kommittén uppger i betänkandet att det skall finnas dokumenterat varför den upphandlande enheten valt direktupphandling. NOU anser att detta bör förtydligas i författningskommentaren så att regleringen endast avser situationerna när direktupphandling genomförs p.g.a. synnerliga skäl. Om riktlinjer fastställs och följs bör det inte krävas dokumentation vid direktupphandlingar p.g.a. lågt värde. Om enheten har tillämpat förenklad upphandling från endast en anbudsgivare bör enligt NOU:s uppfattning skälet härför dokumenteras.

4.20 Särskilda bestämmelser (12.14)

NOU avstyrker Upphandlingskommitténs förslag till 6 kap. 24 § LOU. Förslaget lyder: "En upphandlande enhet får överenskomma med leverantör om ändring i avtalade villkor efter det att avtal tecknats. Därvid skall enheten iaktta 1 kap. 4 §." Om en möjlighet skall införas, bör den begränsas till extrema undantagssituationer som den upphandlande enheten inte har kunnat förutse eller som beror på leverantören och där leveransen eljest äventyras och hävning skulle vara det enda alternativet. Jämför också köplagens påföljder vid dröjsmål med varans avlämnande och påföljder vid fel i varan. Lagtexten bör innehålla restriktionen att en ändring endast kan ske om synnerliga skäl föreligger. Alla väsentliga förändringar skall som regel leda till en ny upphandling, jämför med bestämmelserna över tröskelvärdena avseende övergång till förhandlad upphandling utan annonsering (t.ex. 2 kap. 11 § LOU).

EG-kommissionen riktade kritik avseende Rikspolisstyrelsens (RPS) upphandling av mössmärken i samband med ett uniformsprojekt. Den aktuella upphandlingen var avslutad och RPS skulle enligt avtalet (och förfrågningsunderlaget) köpa mössmärken framställda på ett visst sätt men de märken som levererades var av annat slag än som upphandlats och detta ansågs därför vara i strid med upphandlingsdirektiven.

De förändringar som är förutsebara bör regleras i avtalet, såsom valutaklausuler, prisvariationsklausuler, optioner samt mindre ändringar som är brukliga i en bransch t.ex. vid upphandling av byggentreprenader. Detsamma gäller ändringar, såsom mindre ökning eller minskningar av kvantitet där det skulle vara orimligt att vända sig till annan leverantör, t.ex. viss ökning av antalet vårdplatser.

5. Förslag till ändringar i 7 kap. LOU

Eftersom NOU begärt sanktionsbefogenheter välkomnas de lämnade förslagen. Det nuvarande sanktionssystemet är enligt NOU:s uppfattning inte tillräckligt för en stor andel av de regelöverträdelser som sker. Missnöjda leverantörer avhåller sig helst från att föra talan mot en enhet i en pågående upphandling trots att processen i förvaltningsdomstol är förhållandevis lättåtkomlig¹⁰, ofta av rädsla för "svartlistning". När upphandlingen väl avslutats återstår endast möjligheten att begära skadestånd, vilket sker i en allmän domstol med risk för en tidskrävande process och höga rättegångskostnader, om inte leverantören lyckas visa fel och skada samt kausalitet mellan felet och skadan.

Bland förslagen saknas emellertid en möjlighet för tillsynsmyndigheten att föra talan om fastställelse av huruvida en organisation är en upphandlande enhet, se avsnitt nedan.

De ökade befogenheterna för NOU möjliggör en bättre tillsynsverksamhet och torde föra med sig att färre regelöverträdelser sker. Talerätten kan användas som påtryckning i enskilda fall och den vägen, i likhet med vad som gäller i Danmark, ha stor betydelse. Problemet med att upphandlande enheter mer eller mindre riskfritt har kunnat genomföra otillåtna direktupphandlingar minskar sannolikt drastiskt om de förslag som lämnas i delbetänkandet genomförs.

NOU har i rapporten om fel och brister framfört: "Åtgärder som kommer att övervägas mot de fel och brister som tillgängliga rättsmedel idag inte kommer tillrätta med, måste givetvis balanseras mot intresset av att upphandlingsprocessen inte onödigtvis fördröjs eller får ett alltför stort inslag av byråkrati. Ett väl fungerande och effektivt rättsmedelssystem bör tillskapas som uppfyller de krav som ställs i EG:s rättsmedelsdirektiv samtidigt som risken att leverantörer orättfärdigt utnyttjar systemet bör minimeras."

NOU anser inte att kommittén i tillräcklig utsträckning prövat om förenligheten av de föreslagna åtgärderna är rimlig.

Kommittén uppger att det inför slutbetänkandet kommer att övervägas om skadeståndsansättning för det negativa kontraktshintresset i förenklade upphandlingar skall kunna utdömas. NOU beklagar att frågan inte kunnat lösas inom ramen för detta betänkande, eftersom ett sådant införande har betydelse för de sanktionsförslag som nu ges.

7 kap. 2 och 6 §§ LOU bör hänvisa både till LOU och till *gemenskapsrätten*. Detta har flera gånger påtalats av NOU.

¹⁰ Ingen risk för att åläggas betala motpartens rättegångskostnader, en snabb och oftast skriftlig process.

5.1 Det positiva kontraktsintresset (13.4)

NOU delar kommitténs uppfattning att det positiva kontraktsintresset skall kunna ersättas enligt 7 kap. 6 § LOU. NOU anser det som ovan anförts olyckligt, att frågan om ersättning för det negativa kontraktsintresset inte behandlats i ett sammanhang tillsammans med övriga frågor som rör skadestånd.

Jämkning av skadestånd

Kommittén anser att skadeståndet bör kunna jämkas inom ramen för det positiva kontraktsintresset så att skadeståndet omfattar ett med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp. NOU har inget att erinra mot att en sådan jämningsmöjlighet.

5.2 Preskription (13.5)

NOU tillstyrker förslaget att preskriptionstiden för skadestånd i 7 kap. förlängs till två år.

Det är NOU:s uppfattning att ett år ofta är för kort tid för att en anbudsgivare skall kunna förbereda en skadeståndstalan. Det har uppgivits att en anbudsgivare som upplever sig förfördelad bör påtala detta direkt i anslutning till upphandlingen. Enligt NOU:s uppfattning görs detta ofta men då inte till en domstol direkt, eftersom ett företag ofta anser sig behöva sakkunnig hjälp innan det ger sig in i en process med risk för att behöva ersätta motpartens rättegångskostnader. En leverantör vill kanske att NOU ska uttala sig i ärendet innan en stämning sker. Det har ett flertal gånger förekommit att en leverantör inte har kunnat invänta NOU:s yttrande innan han måste avgöra om en stämning skall ske eller inte. Det kan ta flera månader, i vissa fall över ett år, att få ut alla nödvändiga handlingar från en upphandlande enhet och leverantören får i vissa fall vända sig till domstol - ibland t.o.m. flera gånger - för att få ut dessa.

Ett argument mot en förlängning har varit att det inte anses rimligt att en upphandlande enhet skall behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuellt skadestånd och att enheten inför nästa upphandling av liknande slag skall kunna rätta till eventuella fel. NOU:s uppfattning är att en skadeståndstalan ändå mycket sällan avgörs så snabbt att ett lagakraftvunnet avgörande finns inom ett par år.

Det kan anmärkas att de flesta medlemsstaterna i EU har allmän preskriptionstid för skadestånd vid offentlig upphandling och i Sverige är denna 10 år.

5.3 Marknadsskadeavgift (13.6.1)

NOU välkomnar förslaget om införande av en marknadsskadeavgift. Denna bör rimligen kunna bli ett verksamt instrument för att motverka främst problemet med otillåtna direktupphandlingar. Bland de hänsyn som domstolen skall ta vid fastställande av avgiftens storlek bör också kontraktsvärdet ingå såsom anges i betänkandet. Med hänsyn till regelverkets komplexitet - främst över

tröskelvärdena - bör författningskommentaren innehålla en uppgift om att marknadsskadeavgift inte bör utgå alls eller att beloppet sätts särskilt lågt om tolkningen av en regel är tveksam.

NOU anser att mål rörande marknadsskadeavgift bör, i enlighet med förslaget, handläggas av förvaltningsdomstol. Detta får särskild betydelse om NOU:s förslag nedan att antalet länsrätter som prövas mål enligt LOU begränsas. Däremot behöver mål om marknadsskadeavgift sannolikt inte behandlas med förtur eftersom upphandlingen är avslutad.

Kommittén anger ett antal typsituationer för när marknadsskadeavgift är tänkt att användas. I författningskommentaren till 7 kap. 2 b § LOU anges under punkten 3 att marknadsskadeavgift skall kunna utdömas om den upphandlande enheten uppsåtligt eller av oaktsamhet har utformat godtyckliga och oprecisa utvärderingskriterier utan rangordning *så att endast viss leverantör kunnat komma i fråga*. Godtyckliga och oprecisa kriterier får snarast den motsatta effekten, nämligen att många leverantörer kan komma i fråga. Avsikten torde ha varit att förhindra att den upphandlande enheten genom att uttrycka sig så luddigt, kan välja t.ex. den leverantör de på förhand bestämt sig för eller den leverantör som tidigare har anlitats.

5.4 Talerätt i överprövningsmål m.m. (13.8)

NOU har i många sammanhang påtalat behovet av att inte bara leverantörer har talerätt. NOU tillstyrker förslaget att tillsynsmyndigheten ges talerätt i överprövnings och marknadsskademål samt mål om föreläggande med förbud att upprepa ett visst beteende. Att även branschorganisationer ges talerätt i överprövningsmål kan vara en lämplig åtgärd för att komma till rätta med den stora mängde av upplevda överträdelser som aldrig påtalas av rädsla för t.ex. svartlistning. Vidare kan en fråga ha stor principiell betydelse för en bransch. Vid en jämförelse med Danmark där ca 40 branschorganisationer har talerätt torde antalet överprövningsärenden i länsrätt öka i endast relativt begränsad omfattning.

NOU avstyrker dock förslaget att leverantörer ges talerätt i marknadsskademål. Det finns enligt NOU:s mening ingen rimlig anledning för en enskild att för statens räkning utkräva en marknadsskadeavgift i de fall staten bestämt sig för att avstå från att föra talan om avgiften. Tvärtom kan risken för missbruk inte uteslutas.

5.5 Förebyggande av regelöverträdelser (13.9)

Någon sådan avsiktsförklaring som avspeglas i betänkandet (s.141) avseende Sveriges aktiva deltagande i det s.k. pilotprojektet känner inte NOU till.

Kommittén föreslår att tillsynsmyndigheten ges en mer aktiv roll i det förebyggande arbetet efter danskt mönster. I tillsynsmyndighetens instruktion föreslås följande: "För att förebygga regelöverträdelser i ett enskilt fall får Konkurrens- och upphandlingsverket informera den upphandlande enheten och

berörda leverantörer om gällande bestämmelser, lämna övriga upplysningar samt aktivt verka för en godtagbar lösning". Lydelsen av förslaget till instruktionsinnehåll ger uppfattningen att tillsynsmyndighetens rekommendationer har karaktären av en lösning mellan två parter som är godtagbar och mer liknar en kompromiss än en strikt tolkning av LOU och gemenskapsrätten. NOU vill uppmärksamma problemet med att en överenskommelse (förlikning) som har accepterats av NOU kan av utomstående felaktigt tolkas så att ett förfarande stått i överensstämmelse med upphandlingsbestämmelserna och ge intryck av ett korrekt handlande.

Om förslaget om tillägg till instruktionen vad gäller förebyggande av regelöverträdelser genomförs uppstår frågan om sådana ärenden hos tillsynsmyndigheten bör behandlas med förtur eftersom det avser pågående upphandlingar. Frågan inställer sig då om denna uppgift skall prioriteras framför alla andra uppgifter. Förslaget avser alla upphandlingar oavsett förfarande (och inte bara upphandlingar över tröskelvärdena som i Danmark), vilket kan medföra ett stort antal ärenden hos tillsynsmyndigheten. Kommittén har inte behandlat situationen att ett stort antal brådskande anmälningar kommer in till tillsynsmyndigheten för behandling. Övervägas bör, om en sådan uppgift kommer att läggas på tillsynsmyndigheten, om insatserna endast skall omfatta upphandlingar över tröskelvärdena.

NOU anser att det bör övervägas att i LOU införa en bestämmelse motsvarande den möjlighet som ges i art. 1. 3 rättsmedelsdirektiv II, dvs. att den som anser sig förfördelad skall påtala detta för den upphandlande enheten och även uppge att han avser begära en prövning. Vidare bör det i 7 kap. 6 § LOU övervägas att införas ett tillägg att en skadelidande som har eller har haft en möjlighet att genom att begära överprövning och härigenom kunnat begränsa skadan skall ha vidtagit en sådan åtgärd.

6. Övrigt

6.1 Förslag i syfte att påskynda en enhetlig domstolspraxis i förvaltningsdomstol

NOU kan konstatera att det fortfarande inte utbildats någon enhetlig praxis i överprövningsmål. NOU:s uppfattning är att flera likartade ärenden har lett till helt olika domslut. Det bör därför övervägas, om inte mål enligt LOU av rättssäkerhetsskäl bör koncentreras till ett mindre antal domstolar. En jämförelse bör därvid göras särskilt med Danmark och Finland. NOU har vid ett par tillfällen framfört önskemål om begränsning av antalet domstolar som handlägger mål enligt LOU. NOU föreslår att överprövnings- och marknadsskademålen prövas av endast en länsrätt inom varje kammarrättsområde, alternativt endast av en särskilt utvald länsrätt med tillhörande kammarrätt. Det är angeläget att så snabbt som möjligt åstadkomma en enhetlig praxis inom ett så komplicerat och ibland svårtolkat område. Ett övervägande enligt ovan får inte leda till att handläggningstiden för upphandlingsmål blir längre.

6.2 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

NOU har redan tidigare framfört förslaget att LOU och lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling bör sammanföras till en lag. NOU:s uppfattning avseende lagen om ingripande mot otillbörligt beteende är att den innebär en dubbelreglering i förhållande till LOU, särskilt om förslaget genomförs att tillsynsmyndigheten skall kunna föra talan om ett föreläggande att inte upprepa en viss regelöverträdelse som kan förenas med vite. Lagen har heller inte tillämpats mer än i ett fall. Dubbla sanktionssystem är inte önskvärt och upphandlingsmål skulle genom en sådan sammanslagning begränsas till förvaltnings- och allmän domstol.

6.3 Möjlighet att fastställa att en organisation är en upphandlande enhet

NOU har till regeringen överlämnat en skrivelse från Göteborgs stad som har tillställts NOU som en följd av den pågående utredningen om kommunala bolags tillämpning av LOU. I skrivelsen ifrågasätts att vissa kommunala bolag är upphandlande enheter i LOU:s mening (dnr 1999/0187-29).

I följebrevet till regeringen har NOU anfört följande. "NOU har behov av att kunna identifiera tillsynsobjekt och att kunna utöva effektiv tillsyn över de organisationer som omfattas av LOU. För närvarande saknar NOU befogenhet att vidta några åtgärder för att fastställa eller genom annan få fastställt vilka organisationer som är upphandlande enheter. Även Sveriges internationella åtaganden kräver att de upphandlande enheterna kan identifieras. NOU hänvisar också till vad som härom anges i rapporten från NOU avseende uppdraget från

regeringen att utreda om statliga bolag tillämpar LOU. Rapporten har överlämnats till finansdepartementet den 1 december 1998."

I den framtida tillsynen ingår, enligt betänkandet, att tillsynsmyndigheten i sin kontrollverksamhet skall kunna fastställa (få fastställt) om en organisation är en upphandlande enhet eller inte. Oklart är vilken väg som anvisas härför. Om tillsynsmyndigheten för talan mot en organisation avseende en genomförd, till synes otillåten direktupphandling genom ett marknadsskademål (7 kap. 2 a § LOU) förutsätts att uppsåt eller oaktsamhet kan visas, vilket kan vara svårt t.ex. om organisationen gjort en tveksam tolkning av 1 kap. 6 § LOU eller om överträdelsen inte var väsentlig.

Kommittén anger vissa typsituationer då marknadsskadeavgift skall kunna dömas ut. En av dem är otillåtna direktupphandlingar. Enligt förslaget förutsätts att det står klart att den organisation som genomfört upphandlingen är en upphandlande enhet, alternativt att domstolen kommer fram till detta (författningskommentaren till 7 kap. 2 a § LOU. Detta förefaller enligt NOU vara en otymplig väg att komma till rätta med organisationer som felaktigt beslutat att de inte omfattas av bestämmelserna.

Att tillsynsmyndigheten för talan i ett överprövningsmål möter samma svårigheter som leverantörer har idag eftersom en direktupphandling oftast avslutas i princip samtidigt som den påbörjas.

Kommittén anger i samband med att nämnda problem uppmärksammas att det finns behov av åtgärder för att underlätta tillsynsmyndighetens arbete med att skapa regelefterlevnad, dock utan att föreslå några konkreta åtgärder. NOU anser att det i LOU bör inskrivas en rätt för tillsynsmyndigheten att föra en sådan fastställsetalan.

I sammanhanget bör nämnas att olika revisionsorgan på den offentliga sidan, med hänvisning till Göteborgsärendet, har anmält problem med att motivera uppfattningen att kommunala bolag skall omfattas av regelverket.

6.4 Synpunkter på sådant som bör rättas till

1) I avsnittet om de svenska reglerna som styr den offentlig upphandlingen anges i 4.3 avseende överprövning, att länsrätten får avslå en framställan även om ett fel har begåtts, om den skada som föranletts av felet är mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i ett pågående upphandlingsförfarande. Den åsyftade skadeavvägningen kan endast göras vid övervägande av ett interimistiskt beslut och inte som det uttryckts, vid det slutgiltiga avgörandet.

2) Beskrivningen av att det i underlaget skall anges att anbud kan komma att antas utan förhandling vid förenklad upphandling bör uttryckas så att det inte ger intryck av att enheten måste förhandla om den inte särskilt markerat att den inte skall förhandla.

3) Författningskommentaren till 6 kap. 24 § LOU (s. 342) nämner ramavtal som exempel på avtal som sträcker sig över en längre tid. En annan exemplifiering bör ske, eftersom ramavtal inte alltid sträcker sig över en längre tid.

4) Inledningen av 6:6, 2 st. (Därutöver skall det av förfrågningsunderlager framgå" Bör ersättas med "Ett förfrågningsunderlag skall innehålla".

5) Författningskommentaren till 6:6 anger "*I de allra flesta upphandlingar kan den upphandlande enheten på förhand klargöra vilka krav och villkor som skall gälla.*" Kommentaren måste ändras och i stället ange att enhetens förberedelsearbete inför en upphandling måste resultera i att enheten har gjort klart för sig vilka krav och villkor som skall gälla för upphandlingen.

6) Ordet "om" bör ersättas med "att" , dvs. det skall framgå av underlaget att ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Beslut i detta ärende har fattats vid nämnsammanträde den 10 mars 2000, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, civilekonomen Jonas Berggren, upphandlingsexperten Lisbeth Johnsson, juristen Eva Sveman och marknadsdirektören Peter Thore. Föredragande var kanslichefen Margareta Hentze (vad avser avsnitten 1-3) och jur.kand. Camilla Graf Morin (vad avser avsnitten 4-6). Beslutet fattades i närvaro av chefsjuristen Hans Sylvén. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandenas förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället. Avvikande meningar (bifogas) har lämnats av ledamöterna Eva Sveman, Lisbeth Johnson avseende obligatorisk annonsering (4.13), avbruten upphandling (4.17) och preskriptionstiden (5.2) i bilaga 1 samt föredragande och närvarande från kansliet Margareta Hentze, Camilla Graf Morin och Hans Sylvén, beträffande organisation bilaga 2. Förslaget till remissvar har MBL-förhandlats enligt §12 MBL. Protokollet biläggs detta beslut bilaga 3.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Margareta Hentze

Camilla Graf Morin

Bilagor

- 1 – 2 Reservation och avvikande mening
- 3 Protokoll från MBL-förhandling

För kännedom

Upphandlingskommittén
Konkurrensverket

1. INLEDNING OCH FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR NOU:S REMISSVAR	5
1.1 Den s.k. problembilden inom offentlig upphandling	6
1.2 NOU - befintlig organisation och uppgifter	6
2. NOU:S KOMMENTARER VAD AVSER TILLSYNSMYNDIGHETENS UPPGIFTER	7
2.1 Kommitténs förslag till definition av begreppet tillsyn (9.2.7).....	7
2.2 Kommitténs förslag till instruktionstext för tillsynsmyndigheten	7
2.3 Genomförandet av sociala, arbetsmarknadspolitiska och miljöpolitiska mål	9
2.4 Dimensionering av tillsynsmyndigheten.....	9
2.5 Överväganden och förslag beträffande den statliga tillsynens uppgifter (10).....	10
2.6 Statistikinsamling (10.4.2)	12
3. NOU:S KOMMENTARER VAD AVSER ORGANISATIONEN AV TILLSYNSMYNDIGHETEN (11)	13
3.1 Finansiering (11.5)	13
3.2 Vilket är det bästa organisationsalternativet? (11.12.3).....	13
4. FÖRSLAG TILL ÄNDRINGAR I 6 KAP. LOU	15
4.1 Affärsmässighetsbegreppet	15
4.2 Bestämmelser i 6 kap. LOU föreslås utgå.....	15
4.3 Skall privata företag undantas från sjätte kapitlets tillämpningsområde (12.3.1).....	16
4.4 Upphandling av telefonitjänster (12.3.2).....	16
4.5 Direktupphandling (12.4.1).....	16
4.6 Förenklad selektiv upphandling (12.4.2)	17
4.7 Försvarsupphandlingar (12.4.3).....	19
4.8 Förenklad upphandling med anbudsinfordran från endast en leverantör (12.4.4).....	19
4.9 Formgivningstävlingar (12.4.5).....	19
4.10 Förfrågningsunderlaget (12.5)	19
4.11 Implementeringstid (12.5.4).....	20
4.12 Rangordning av utvärderingskriterierna (12.5.6).....	20
4.13 Obligatorisk publicering i elektronisk databas (12.6)	20
4.14 Prövning av anbud	21
4.15 Uteslutningsgrunder skall även omfatta den juridiska personens företrädare (12.9.5) 21	21
4.16 Ange underleverantör (12.9.7).....	21
4.17 Avbruten upphandling (12.11)	22
4.18 Jäv (12.12.2)	22
4.19 Obligatorisk dokumentation (12.13)	22
4.20 Särskilda bestämmelser (12.14).....	23
5. FÖRSLAG TILL ÄNDRINGAR I 7 KAP. LOU	24
5.1 Det positiva kontraktsintresset (13.4)	25
5.2 Preskription (13.5).....	25
5.3 Marknadsskadeavgift (13.6.1).....	25
5.4 Talerätt i överprövningsmål m.m. (13.8).....	26
5.5 Förebyggande av regelöverträdelser (13.9)	26
6. ÖVRIGT.....	28
6.1 Förslag i syfte att påskynda en enhetlig domstolspraxis i förvaltningsdomstol.....	28
6.2 Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling	28
6.3 Möjlighet att fastställa att en organisation är en upphandlande enhet	28
6.4 Synpunkter på sådant som bör rättas till.....	29