

Cirkulärnr: 10:51
Diariernr: 10/3700
Handläggare: Eva Sveman
Avdelning: Avdelningen för juridik
Datum: 2010-08-02
Mottagare: Kommuner och Landsting
Upphandlingsansvariga i kommuner
Upphandlingsansvariga i landsting
Bolag i kommuner och landsting
Kommunjurister
Landstingsjurister
Rubrik: Ändringar i upphandlingslagstiftningen

Bilagor:
SFS 2010:569
SFS 2010:570
SFS 2010:571
SFS 2010:572
SFS 2010:573

CIRKULÄR 10:51

Kommuner och landsting
Upphandlingsansvariga i kommuner
Upphandlingsansvariga i landsting
Kommunjurister
Landstingsjurister
Bolag i kommuner och landsting

Ändringar i upphandlingslagstiftningen

I april 2010 överlämnade regeringen två propositioner (prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet och prop. 2009/10:134 Upphandling från statliga och kommunala företag) till riksdagen med förslag till ändringar i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Riksdagen har nu behandlat förslagen och lagändringarna trädde i kraft den 15 juli 2010. Lagändringarna återfinns i SFS 2010:569, SFS 2010:570, SFS 2010:571 samt i SFS 2010:572, som bifogas. LOU och LUF med ändringarna införda finns på Konkurrensverkets hemsida, www.kkv.se (gå in under fliken Konkurrens och upphandling, därefter Upphandling och sedan finns de under rubriken Regelverk). Med anledning av reglerna om elektronisk auktion har även 19 kap. 3 § i offentlighets- och sekretesslagen ändrats och dessa ändringar finns i SFS 2010:573, som också bifogas.

Bakgrund

En del av lagändringarna har sin bakgrund i ändringar i EU:s rättsmedelsdirektiv (dir. 2007/66/EG), ändringsdirektivet, som bl.a. syftar till att underlätta för leverantörer att överpröva upphandlingsbeslut. Andra ändringar avser frivilliga delar i de upphandlingsdirektiv som infördes i Sverige 1 januari 2008. De nationella reglerna om upphandling som finns i 15 kap. i respektive lag ändras också och slutligen införs undantag från upphandling från egna företag i LOU, det så kallade Teckal-undantaget.

Avtalsspärr

I syfte att möjliggöra för leverantörer att överpröva en upphandling införs en s.k. avtalsspärr i 16 kap 6 § LOU resp. LUF. Spärren inträder när myndigheten/enheten har meddelat tilldelningsbeslut och innebär förbud mot att ingå avtal under viss tid. Meddelas tilldelningsbeslutet elektroniskt ska avtalsspärren vara minst tio dagar räknat från och med dagen efter det att tilldelningsbeslutet skickats och minst 15 dagar om

det skickats på annat sätt eller både elektroniskt och på annat sätt. Avtalsspärrens längd måste anges i tilldelningsbeslutet.

Om en leverantör begär överprövning i förvaltningsrätt innan avtalsspärren har löpt ut, börjar en förlängd avtalsspärr att gälla automatiskt, 16 kap. 9 § LOU/LUF. Den förlängda avtalsspärren gäller under målets handläggning i förvaltningsrätten och upphör att gälla tio dagar efter det att domstolen har avgjort målet, 16 kap. 10 § LOU/LUF. Den förlängda avtalsspärren gäller inte i kammarrätt och i Regeringsrätten, utan där krävs ett formellt interimistiskt beslut från domstolen för att avtal inte ska kunna ingås innan överprövningen avslutas.

De nya bestämmelserna om avtalsspärr innebär en stor skillnad mot tidigare ordning, eftersom alla leverantörer som vill ansöka om överprövning måste göra detta under avtalsspärren. Frågan om upphandlingskontrakt har tecknats eller ej efter tio-dagarsfristens utgång spelar inte längre någon roll för bedömningen av frågan om det går att ansöka om överprövning. I det fall då en leverantör har begärt överprövning av en upphandling innan tiden för avtalsspärren har löpt ut och en förlängd avtalsspärr därmed börjat gälla, kan inte en annan leverantör ansöka om överprövning av samma upphandling efter det att den ordinarie avtalsspärren har löpt ut. Varje överprövning måste komma in till förvaltningsrätten innan den ordinarie avtalsspärren har löpt ut.

Reglerna om avtalsspärr gäller inte vid direktupphandling enligt 15 kap., vid förhandlat förfarande utan annonsering och vid avrop på ramavtal, 16 kap. 7 § LOU/LUF. Det finns dock möjlighet att frivilligt iaktta reglerna om avtalsspärr för att undvika att ett ingånget avtal ska förklaras ogiltigt, 16 kap. 17 § LOU/LUF.

Den så kallade söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska tillämpas vid beräkning av tidsfristerna. Regeln innebär att tidsfrister som löper ut på en lördag, söndag eller annan helgdag förlängs till nästkommande vardag.

Ogiltighet av ingångna avtal

Avtal som ingåtts genom otillåtna direktupphandlingar, tecknats i strid med reglerna om avtalsspärr eller ett interimistiskt beslut ska kunna ogiltigförklaras, liksom kontrakt inom ett ramavtal som tillkommit efter en förnyad konkurrensutsättning som har genomförts på ett felaktigt sätt, 16 kap. 15 § LOU/LUF.

Talan om ogiltighet förs i allmän förvaltningsdomstol. Om ett avtal förklaras ogiltigt ska alla prestationer som hunnit utbytas återgå. Är detta inte möjligt, ska förmögenhetsläget återställas.

Genom frivillig förhandsinsyn kan en upphandlande myndighet/enhet annonsera sin avsikt att direktupphandla, 7 kap. 4 § LOU, 7 kap. 7 § LUF, 15 kap. 5 a § LOU/LUF. En avtalsspärr på tio eller 15 dagar löper efter publiceringen. Om ingen ansökan om överprövning kommer in till förvaltningsrätten inom tiden för avtalsspärren, kan av-

talet inte ogiltigförklaras. Förhandsinsynen utesluter däremot inte skadestånd eller upphandlingsskadeavgift.

Gäller det avrop från ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning kan den upphandlande enheten/myndigheten skicka tilldelningsbeslut till leverantörerna i ramavtalet och därefter iakttä en avtalsspärr. Inkommer ingen ansökan om överprövning inom tiden för avtalsspärren, kan avtalet därefter inte ogiltigförklaras, 16 kap. 17 § LOU.

Om det föreligger tvingande hänsyn till allmänintresse kan domstol besluta att avtal får bestå även om det har ingåtts genom en otillåten direktupphandling, 16 kap. 16 § LOU/LUF. I propositionen (sid 138) nämns bl.a. som exempel på sådant allmänintresse skydd för människors liv och hälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet och skydd av miljö och stadsmiljö. Av ändringsdirektivets artikel 2d.3 framgår att ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls endast får betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder. Det klargörs också i artikeln att ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga, såsom kostnader i samband med byte av leverantör, inte ska utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

I de fall då domstol har fastställt att avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska Konkurrensverket hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift, 17 kap. 2 § LOU/LUF.

Överprövning av ett avtals giltighet ska som huvudregel komma in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts, 16 kap. 18 § LOU/LUF. Dock gäller att om myndigheten/enheten har skickat en efterannons till EU-kommissionen ska en ansökan om överprövning av avtalets giltighet ha kommit in till domstolen inom 30 dagar från annonsens publicerats. 30 dagar gäller också i det fall då myndigheten/enheten har underrättat samtliga anbudssökande/anbudsgivare om att avtalet har slutits och angett skälen för detta.

Tidsfrist för ansökan om överprövning av avbrytande av upphandling

Tidigare har det inte funnits någon tidsfrist för överprövning av beslut att avbryta en upphandling. Nu införs en bestämmelse med innebörd att en ansökan om överprövning av beslut om avbrytande ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten/enheten med elektroniska medel har skickat en underrättelse om beslutet att avbryta upphandlingen, 16 kap. 12 § LOU/LUF. Skickas underrättelsen på annat sätt gäller i stället 15 dagar.

Skadestånd

Liksom tidigare finns det möjlighet för en leverantör att begära skadestånd p.g.a. brott mot upphandlingslagstiftningen. Reglerna om skadestånd i LOU har kompletterats med en bestämmelse som anger att anbudsgivare och anbudssökande som deltagit i en upphandling är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om den upphandlande myndigheten har åsidosatt bestämmelserna i LOU och detta har menligt påverkat hans möjligheter att tilldelas kontraktet, 16 kap. 20 § LOU. Bestämmelsen ger alltså rätt till ersättning för det negativa kontraktsintresset. Motsvarande bestämmelse fanns redan tidigare i LUF.

Bestämmelserna i LOU och LUF om inom vilken tid en talan om skadestånd ska väckas, har också kompletterats på så sätt att en skadeståndstalan med anledning av att ett avtal har ogiltigförklarats ska väckas inom ett år från den tidpunkt då avtalet har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har vunnit laga kraft.

Upphandlingsskadeavgift

Nya bestämmelser har införts i kapitel 17 i LOU respektive LUF som ger Konkursverket befogenhet att för talan i allmän förvaltningsdomstol att en upphandlande myndighet/enhet ska åläggas betala en upphandlingsskadeavgift vid vissa överträdelser mot LOU/LUF.

Konkurrensverket *kan* ansöka om utdömmande av upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling, 17 kap. 2 § 2 st. LOU/LUF. Konkurrensverket *måste* ansöka om upphandlingsskadeavgift om en domstol vid överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att avtalet får bestå trots att det har tecknats i strid mot reglerna om avtals-spärr eller om en domstol vid en överprövning av ett avtals giltighet har fastställt att avtalet borde ogiltigförklarats, men att det trots detta får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett samhällsintresse, 17 kap. 2 § 1 st. LOU/LUF.

Det maximala beloppet för upphandlingsskadeavgiften är tio miljoner kronor, dock får det inte överstiga tio procent av det aktuella upphandlingskontraktets värde, 17 kap. 4 §. Vid beräkning av avgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och i ringa fall ska ingen avgift utgå, 17 kap. 5 § LOU/LUF.

Upphandlingsskadeavgift kan dömas ut vid otillåtna direktupphandlingar även om den upphandlande myndigheten/enheten har genomfört en frivillig förhandsinsyn, se propositionen sid 143.

Om ingen leverantör har ansökt om ogiltighet, ska ansökan om upphandlingsskadeavgift göras senast inom ett år från det att upphandlingskontraktet slöts, 17 kap. 7 § LOU/LUF. Om en leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet ska Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift göras inom sex månader från det att avgörandet i ogiltighetsmålet vunnit laga kraft.

Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten, 17 kap. 8 § LOU/LUF.

Nya upphandlingsförfaranden

Konkurrenspräglad dialog är ett nytt upphandlingsförfarande i LOU som får användas både över och under tröskelvärdena vid särskilt komplicerade kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader, 4 kap. 10 § LOU. I 4 kap. 11 § LOU sägs att ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet att den ska kunna 1) definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller 2) ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

Eftersom upphandlande enheter i försörjningssektorn alltid kan använda sig av det förhandlade förfarandet, anses det inte finnas något behov av konkurrenspräglad dialog i LUF.

Förfarandet inleds med en annons om upphandlingen, 4 kap. 12 § LOU. Anbudssökandena ansöker därefter om att få delta i en dialog med den upphandlande myndigheten. Kriterierna för att bli inbjuden i dialogen ska framgå av annonsen eller i ett beskrivande dokument. Under dialogen får alla aspekter av kontraktet diskuteras. När dialogen är avslutad får anbudssökandena lämna in sina slutliga anbud och någon förhandling får inte ske efter det att anbuden lämnats in. Tilldelning av kontrakt sker enligt principen ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

Regeringen har gett Kammarkollegiet i uppdrag att utarbeta en vägledning om konkurrenspräglad dialog.

Regler om *elektronisk auktion* har införts i nya kapitel 5 a i både LOU och LUF. Elektronisk auktion definieras som en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya priser eller nya värden för vissa delar av anbuden och som möjliggör en rangordning p.g.a. automatiska utvärderingsmetoder, 2 kap. 6a § LOU/LUF.

Elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande utan kan ingå som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Det får användas i alla förfaranden som tillåter förhandlingar, men också i öppet och selektivt förfarande samt vid förnyad konkurrensutsättning av ramavtal, 5 a kap. 1 § LOU/LUF. Att man ska använda elektronisk auktion ska framgå av annonsen om upphandlingen. Innan auktionen inleds ska en första utvärdering av anbuden ske i enlighet med utvärderingskriterierna.

Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) har ändrats så att de enskilda anbudsgivarna får veta sin plats i rangordningen under auktionen. Myndigheten/enheten får också lämna andra upplysningar om priser och värden samt antalet deltagare i auktionen, OSL 19 kap. 3 §.

Även på detta område ska Kammarkollegiet utarbeta en vägledning.

Sveriges Kommuner och Landsting kommer att anordna en konferens om elektroniska auktioner 2010-11-30 i Stockholm.

Inköpscentraler

Det har också införts regler om inköpscentraler i både LOU och LUF. Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter/enheter eller som medverkar vid en upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter/enheter, 2 kap. 9 a § LOU/LUF. Det klargörs också i lagtexten att en upphandlande myndighet/enhet får anskaffa varor, tjänster och byggtreprenader med hjälp av en inköpscentral, 4 kap. 22 § LOU, 4 kap. 4 § LUF..

Ansvaret för att upphandlingarna görs i enlighet med LOU/LUF ligger på inköpscentralen. I de fall då inköpscentralen agerar ombud är det dock de upphandlande myndigheter/enheter som anlitat inköpscentralen som är ansvariga för att reglerna följs, se propositionen sid. 264.

Det bör observeras att regeringen inte i propositionen föreslår någon ändring i kommunallagen (1991:900) angående kommuners och landsting möjlighet att delegera rätten att fatta tilldelningsbeslut till någon annan.

Miljöhänsyn och sociala hänsyn

En ny bestämmelse har införts med innebörd att upphandlande myndigheter/enheter *bör* beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta, 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF

Bestämmelsen är enbart ett målsättningsstadgande . Det finns därför ingen möjlighet att med stöd av regeln kräva av upphandlande myndigheter/enheter att de ska ställa miljökrav eller sociala krav eller att framgångsrikt klandra en upphandling för att sådana krav inte har ställts.

Uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten samt begränsning av kontroll av intyg m.m.

I både LOU och LUF har införts skyldighet för den upphandlande myndigheten/enheten att själv ansvara för att ta in uppgifter från Skattemyndigheten och kronofogdemyndigheten om att en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter, 10 kap. 4 § LOU/LUF, 15 kap. 13 a § LOU/LUF. Det är alltså inte leverantören som ska lämna in dessa uppgifter.

Bestämmelserna gäller såväl över som under tröskelvärdena.

Upphandlande myndighet/enhet får också möjlighet att begränsa kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar som rör anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet och redlighet. Kontrollen behöver endast omfatta den leverantör som myndigheten/enheten har för avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ramavtal med, eller,

vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog eller urvals-upphandling, de leverantörer som erbjuds att delta i anbudsgivningen eller förhandlingen 15 kap. 13 b § LOU/LUF. Bevisen ska tillhandahållas innan den upphandlande myndigheten/enheten underrättar anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet respektive påbörjar anbudsgivning eller förhandling.

Även dessa bestämmelser gäller såväl över som under tröskelvärdena.

Ändrade regler för direktupphandling

Tidigare gällde att direktupphandling fick ske bl.a. om upphandlingen uppgick till ett "lågt värde". Detta begrepp har ersatts med en fast beloppsgräns och den är högst 15 procent av tröskelvärdet för varor och tjänster i respektive lag, 15 kap. 3 § LOU/LUF. Detta innebär att direktupphandlingsgränsen är ca 287 000 kronor i LOU för direktupphandling av varor, tjänster och byggtreprenader och ca 577 000 kronor för direktupphandling av varor, tjänster och byggtreprenader i LUF.

Direktupphandling får liksom tidigare också göras om det finns synnerliga skäl. Dessutom har det införts möjlighet att direktupphandla i de situationer då man får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5-9 §§ i LOU resp. 4 kap. 2-3 §§ i LUF.

Övriga ändringar i 15 kap. LOU och LUF

En bestämmelse motsvarande de som finns över tröskelvärdena som ger leverantörer rätt att åberopa annans kapacitet införs i 15 kap. 15 a § LOU/LUF och LUF.

I 15 kap. LOU har också införts en bestämmelse med innebörd att ramavtal får ingå med ett valfritt antal leverantörer, 15 kap. 2 § LOU. Observera att denna regel bara gäller 15 kap.

Köp från egna företag m.m.

En ny 10 a § har införts i 2 kap. LOU med innebörd att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar inte behöver tillämpa LOU när den ingår kontrakt med en juridisk person som den upphandlande myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen.

För att undantaget från upphandlingsskyldigheten ska gälla måste följande förutsättningar vara uppfyllda samtidigt:

Den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över den juridiska personen eller den gemensamma nämnden som motsvarar den kontroll som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet). Den verksamhet som den juridiska personen eller den gemensamma nämnden utför tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten får endast vara av marginell karaktär (verksamhetskriteriet).

Det bör observeras att undantaget är begränsat på så sätt att offentligt styrda organ som utgör upphandlande myndigheter, t.ex. kommunala bolag, inte omfattas. Detta innebär att LOU ska tillämpas i de fall då det kommunala bolaget köper tjänster av kommunen. LOU gäller också då bolagen köper av varandra.

Undantaget är tidsbegränsat och upphävs den 1 januari 2013. En statlig utredning har fått i uppdrag att innan dess lämna förslag på en eventuell permanent lösning.

Lagen ska tillämpas även på avtal som slutits före ikraftträdandet den 15 juli i år och när paragrafen upphävs den 1 januari 2013 gäller den fortfarande på avtal som har slutits före detta datum.

Undantaget införs inte i LUF, eftersom det redan finns bestämmelser i LUF om anknutna företag. Regeringen anser att dessa regler i stort täcker den undantagssituation som Teckal-kriterierna tar sikte på.

Frågor

Frågor med anledning av lagändringarna besvaras av förbundsjuristerna Ulf Palm (08-452 7981), Eva Sveman (08-452 7654), Magnus Ljung (08-452 7658), och Mathias Sylwan (08-452 7984). När det gäller frågor rörande köp från egna företag kan ni också vända er till förbundsjurist Lena Dalman (08-452 7973).

Sveriges Kommuner och Landsting
Avdelningen för juridik

Germund Persson

Eva Sveman

Bilagor:
SFS 2010:569
SFS 2010:570
SFS 2010:571
SFS 2010:572
SFS 2010:573