

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-03-12

Närvarande: f.d. regeringsrådet Karl-Ingvar Rundqvist, regeringsrådet Marianne Eliason, justitierådet Severin Blomstrand.

Enligt en lagrådsremiss den 21 februari 2002 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i sekretesslagen (1980:100),
2. lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av ämnesrådet Charlotte Hedberg och rättssakkunniga Helena Rosén Andersson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslaget till lag om ändring i sekretesslagen

I 6 kap. 2 § sekretesslagen regleras den s.k. upphandlingssekretessen. Remissens förslag innebär att det nuvarande första stycket delas upp på tre olika stycken. Det nya *första stycket* består av de två första meningarna i det nuvarande första stycket med oförändrad lydelse.

I första styckets tredje mening regleras för närvarande dels ärenden om upphandling, dels ärenden om försäljning av lös egendom för det allmännas räkning. Dessa bestämmelser delas upp på två stycken.

I det nya *andra stycket* regleras försäljning av lös egendom för det allmännas räkning. Denna reglering fick sin nuvarande lydelse genom SFS 1994:694 (prop. 1993/94:188, bet.1993/94:KU 40). Då utvidgades bestämmelsen från att ha omfattat försäljning av lös egendom för det allmännas räkning genom anbud till att också gälla "motsvarande erbjudande inom en kommun eller ett landsting". I propositionen uttalades följande (s. 91):

Sekretessen i upphandlingsärenden gäller /alltså/ uppgifter om anbud. Med anbud avses enligt vedertaget juridiskt språkbruk erbjudande om att sluta avtal. Ett erbjudande från en myndighet till en annan myndighet i samma kommun eller landsting att utföra en tjänst utgör inte ett anbud i avtalsrättslig mening. En kommunal myndighet är inte ett självständigt rättssubjekt utan den är ett organ för kommunen som i sin tur är ett sådant rättssubjekt. En myndighet inom en kommun eller ett landsting kan således inte träffa ett civilrättsligt bindande avtal med en annan kommunal myndighet inom samma kommun. En strikt tolkning efter ordalydelsen när det gäller regeln om absolut sekretess i upphandlingsärenden innebär att erbjudanden från en myndighet till en annan myndighet inom samma kommun inte omfattas av den absoluta handlingssekretessen. Enligt vår mening saknas det anledning att behandla sådana "interna" anbud i ett upphandlingsförfarande på något annat sätt än externa anbud. Frågan huruvida sådana uppgifter kan lämnas ut bör lika lite som när det gäller uppgifter om externa anbud vara beroende av en skadeprovning. Vi föreslår att ett tillägg görs till 6 kap. 2 § första stycket av innebörd att absolut sekretess skall gälla för erbjudanden som lämnas inom en kommun eller ett landsting.

I lagrådsremissen har införts en komplettering så att till bestämmelsen fogats också "myndighet". Ändringen har motiverats med

att samma synsätt måste gälla för interna anbud inom en myndighet (s. 46). Som förslaget utformats omfattar det såväl statliga som kommunala myndigheter. Enligt Lagrådets mening torde såvitt gäller statliga myndigheter kanske en vanligare situation vara att "anbud" ges mellan olika myndigheter, dvs. "inom staten" i parallellitet med den situation som reglerats såvitt avser kommuner och landsting. Enligt Lagrådets mening bör bestämmelsen kompletteras så att även denna situation omfattas.

I författningskommentaren (s. 78) har påpekats att med myndighet avses även sådana organ som vid tillämpning av reglerna i 2 kap. tryckfrihetsförordningen och sekretesslagen jämställs med myndighet (jfr 1 kap. 8 och 9 §§ sekretesslagen). Med uttalandet torde åsyftas att även dessa organ kommer att omfattas av den föreslagna regleringen. Det förhållandet att de enligt sekretesslagen är att betrakta som myndigheter torde dock inte påverka t.ex. ett kommunalt bolags möjlighet att sluta ett sedvanligt civilrättsligt avtal med den kommun som har det bestämmande inflytandet i bolaget. Ett sådant avtal lär därför komma att omfattas av absolut sekretess redan av den reglering som gäller för anbud.

I sammanhanget finner också Lagrådet anledning att påpeka att orden "inom en kommun eller ett landsting" i den gällande lydelsen avses hänföra sig enbart till "motsvarande erbjudande" och inte till "anbud" (se prop. 1993/94:188 s. 90 f.). Detta kan förtydligas genom att orden "som rör" läggs till framför ordet "motsvarande".

Lagrådet föreslår att det nya andra stycket inleds enligt följande :

"Angår ärendet försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har"

I det nya *tredje stycket* regleras upphandling. I lagrådsremissen föreslås en vidgad upplysningsskyldighet i förhållande till anbudssökande och anbudsgivare i en upphandling, vilket har samband med den möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslut som föreslås i remissen (1 kap. 28 § LOU). Samtidigt med denna utvidgning förs de nuvarande bestämmelserna om skyldigheten att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats samman i en ny bestämmelse, 1 kap. 27 §, och utvidgas till att också gälla utanför det direktivstyrda området.

För att möjliggöra denna upplysningsskyldighet ändras reglerna såvitt gäller absolut sekretess, så att denna sekretess i ärenden om upphandling upphör redan när beslut om leverantör och anbud fattats istället för som idag när avtal har slutits. Även efter dessa tidpunkter gäller dock sekretess för uppgifterna enligt ett rakt skaderekvisit.

Enligt 8 kap. 10 § sekretesslagen gäller sekretess i bl.a. upphandlingsärenden av hänsyn till den enskildes ekonomiska förhållanden; även här med ett rakt skaderekvisit. Dessutom krävs det att det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada. Presumtionen är således för offentlighet både enligt huvudregeln i 6 kap. 2 § och enligt 8 kap. 10 §.

Upphandliskommittén föreslog att den eventuella konflikten mellan sekretessreglerna och upplysningsskyldigheten skulle

regleras på det sätt som är vanligt i detta sammanhang; nämligen att sekretessbestämmelserna skulle kompletteras med bestämmelser om att, utan hinder av sekretessen, uppgifter kunde lämnas till enskild enligt vad som föreskrevs i LOU (jfr 1 kap. 2 § sekretesslagen).

Dessa förslag – som inte mötte några erinringar bland remissinstanserna – har dock inte förts fram i lagrådsremissen. Regeringen har motiverat detta (s. 52 f.) med att uppgifter om vilka omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet i regel torde kunna lämnas ut utan att det allmänna eller någon enskild lider skada. En lämplig avvägning mellan förlorande leverantörers rätt att få information om tilldelningsbesluten och den vinnande leverantörens och den upphandlande enhetens intresse av att känsliga uppgifter inte lämnas ut till andra förutsätter enligt regeringens bedömning, att enheten gör en sekretessprövning när den bestämmer innehållet i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Endast med en sådan reglering är, enligt regeringen, offentliggörandet av uppgifter som rör anbud eller erbjudanden innan avtal sluts förenligt med Sveriges åtaganden gentemot EU eftersom det i direktiven föreskrivs exempelvis att ett meddelande om avslutad upphandling inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse och motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Regeringen hänvisar till t.ex. artikel 9.3 i Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (varudirektivet).

Lagrådet ifrågasätter om den i remissen föreslagna ordningen ändå inte kan leda till att en konflikt mellan upplysningsskyldigheten i LOU och sekretessreglerna uppstår. Det kan inte uteslutas att en motivering till ett beslut kräver att uppgifter om andra anbud redovisas och att dessa uppgifter skulle kunna anses omfattade av sek-

retess eftersom de kan tänkas komma att påverka kommande anbudsförfaranden.

Den föreslagna ordningen kommer också att medföra att anbudsgivare där kommunen har det rättsligt bestämmande inflytandet och anbudsgivare av rent privaträttslig karaktär kan komma att behandlas olika. Som Lagrådet omnämnt ovan skall bolag, stiftelser m.fl. där kommuner och landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande vid tillämpningen av sekretesslagen jämföras med myndigheter (1 kap. 9 § första stycket sekretesslagen). Detta innebär att i de fall den upphandlande enheten är en kommun och den anbudsgivare som har rätt till upplysningar ett kommunalt bolag är det i den nu aktuella situationen inte reglerna i 6 respektive 8 kap. sekretesslagen som skall tillämpas utan de i 14 kap. 1 § andra meningen. Enligt denna bestämmelse hindrar sekretess inte att uppgift lämnas till en annan myndighet om uppgiftsskyldigheten följer av lag eller förordning. Gentemot det kommunala bolaget skall således inte någon sekretess komma att gälla.

Regeringen har påpekat att en mindre omfattande sekretessreglering än den föreslagna kan vara svårförenlig med EG-direktiven. Samtidigt bör framhållas att ett gynnande i detta hänseende av anbudsgivare där det allmänna utövar ett bestämmande inflytande knappast låter sig förena med den EG-rättsliga regleringen på upphandlingsområdet.

Lagrådet är därför närmast av uppfattningen att Upphandlingskommitténs förslag i denna del bör följas.

Under alla förhållanden bör den ändring som Lagrådet föreslagit i andra stycket göras också i detta stycke.

Förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

1 kap. 12 §

I paragrafen, som nu innehåller bestämmelser om hur tekniska beskrivningar skall göras i förfrågningsunderlaget, föreslås ett nytt andra stycke av innebörd att den upphandlande enheten får hänvisa till kriterier för miljömärken, om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Enligt författningskommentaren innebär bestämmelsen att det är möjligt att ställa krav på att de produkter m.m. som upphandlas skall uppfylla kriterier för miljömärkning som har utarbetats på grundval av vetenskaplig information. Bestämmelsen fastställer enligt kommentaren EG-kommissionens tolkningsmeddelande angående miljökrav vid offentlig upphandling. I allmänmotiveringen sägs att förslaget inte innebär någon ändring av gällande rätt, utan är ett förtydligande.

Paragrafen reglerar inte i sin nuvarande lydelse vilka tekniska krav som en upphandlande enhet får ställa. Vad som föreskrivs är hur tekniska krav – bestämda med stöd av andra regler – får uttryckas i förfrågningsunderlaget genom hänvisning till tekniska standarder o.d.

På motsvarande sätt föreskriver inte heller det föreslagna nya stycket enligt sin lydelse vilka miljökrav som får ställas. Vad som gäller i det hänseendet får utläsas av andra bestämmelser. Under föredragningen har hänvisats till 1 kap. 4 och 22 §§, samtidigt som det har påpekats att kraven kan variera mellan olika faser av upphandlingsförfarandet. Det föreslagna andra stycket föreskriver endast hur uppställda miljökrav skall få uttryckas genom hänvisning till kriterier för miljömärken. Därvid skall endast vissa kriterier få komma i fråga. Vilka dessa är blir inte lätt att avgöra, eftersom begränsningen grundar sig på det oklara begreppet vetenskaplig information.

Genom förslaget uppnås således inte det angivna syftet, nämligen att reglera möjligheten att ställa upp miljökrav i ett upphandlingsförfarande. Eftersom ingen saklig ändring av gällande rätt avses, torde den föreslagna bestämmelsen kunna undvaras. Bestämmelsen grundar sig för övrigt inte på något remissbehandlat lagförslag. Lagrådet anser sig inte kunna tillstyrka förslaget.

Om bestämmelsen trots Lagrådets synpunkter införs, bör en hänvisning till den tas in i 6 kap. 1 § andra stycket.

1 kap. 18 b §

I denna nya paragraf under nya rubriken "Särskilda kontraktsvillkor" föreslås en regel som anger att upphandlande enhet får ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. I anslutning härtill föreskrivs att sådana villkor skall anges i annonsen om upphandling vid upphandling enligt 2 – 5 kap. och i förfrågningsunderlaget vid upphandling enligt 6 kap. för fall då villkoren inte angetts i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan.

Enligt författningskommentaren innebär den föreslagna regleringen bl.a. följande. Den medför inte någon ändring av gällande rätt utan utgör i stället ett förtydligande av att det är möjligt att ställa särskilda villkor för hur det uppdrag som upphandlingskontraktet avser skall utföras. Benämningen särskilda kontraktsvillkor beror på att det är fråga om villkor som inte ligger till grund för utvärderingen av anbud. Sådana villkor tillkommer utöver utvärderingskriterierna för val av leverantör och utgör en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera. Anbud där ett på vederbörligt sätt angivet villkor inte accepteras av anbudsgivaren skall på den grunden inte antas.

Vad gäller bakgrunden till förslaget framgår av lagrådsremissen i huvudsak följande. Frågan om vilka möjligheter det finns att uppställa särskilda kontraktsvillkor har på senare tid aktualiserats i anslutning till ett tolkningsmeddelande i oktober 2001 av EG-kommissionen om sociala hänsyn i offentlig upphandling. Av meddelandet kan utläsas bl.a. att sociala mål kan främjas genom användning av kontraktsvillkor avseende utförandet av upphandlingskontrakt, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Frågan har vidare berörts i ett förslag till nya upphandlingsdirektiv som kommissionen har lagt fram. Möjligheten att vid offentlig upphandling beakta antidiskrimineringshänsyn har behandlats i några svenska utredningsbetänkanden, senast i det betänkande av Upphandlingskommittén som i delar ligger till grund för lagrådsremissens förslag.

Det som sålunda framhållits i remissen om bakgrundsförhållandena ger vid handen att det i vart fall tidigare har förelegat oklarhet huruvida och i vad mån sociala och andra likartade hänsyn kan beaktas vid offentlig upphandling. Genom tolkningsmeddelandet från kommissionen men också genom resultatet av Upphandlingskommitténs arbete synes ökad klarhet ha vunnits så att problemställningen numera väsentligen är koncentrerad till vilka krav som måste ställas på anknytning mellan å ena sidan särskilda kontraktsvillkor om t.ex. sociala hänsyn och å andra sidan det som själva upphandlingen gäller.

Vad som följaktligen kan invändas mot förslaget är att en ny lagreglering införs utan att man därmed åsyftar att förändra rådande rättsläge. Regleringen är också mycket allmänt hållen och den preciserar inte i vilka hänseenden som särskilda villkor får ställas upp. En bestämning görs dock såtillvida att de särskilda kontraktsvillkoren skall gälla hur upphandlingsuppdraget skall genomföras, vilket torde innefatta ett krav på viss anknytning mellan villkoren och det som upphandlingen avser. Vad detta anknytningskrav innebär utvecklas i

författningskommentaren främst genom hänvisning till att kontraktsvillkoren måste vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna och EG-fördragets regler om den inre marknaden. Det betyder enligt kommentaren att ett särskilt villkor skall vara proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt, varför villkoret sannolikt endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas.

Lagrådet vill för sin del sätta i fråga om en lagreglering av föreslagen utformning, grundad på tämligen vaga motivuttalanden, bidrar till att för upphandlande enheter och leverantörer klargöra var gränserna går för vad som kan tillåtas som särskilda kontraktsvillkor. Problemet med bristande tydlighet i detta avseende kan inte heller anses få en från lagstiftningssynpunkt tillfredsställande lösning som följd av det uppdrag som enligt remissen nyligen har lämnats till Nämnden för offentlig upphandling om att ta fram vägledande exempel på sådana antidiskrimineringsklausuler som kan användas såsom särskilda villkor i upphandlingskontrakt. För Lagrådets tveksamhet inför den föreslagna regleringen är det också av betydelse att det inte har funnits något utarbetat lagförslag från Upphandlingskommitténs sida på vilket remissinstanserna har kunnat ge synpunkter. Lagrådet vill tillägga att det ter sig motiverat att iaktta försiktighet inför att i nuvarande skede söka gripa in med lagstiftning på nationell nivå när det gäller sådana EG-rättsliga frågeställningar som här är fallet. Med hänsyn till det anförda kan Lagrådet inte tillstyrka att regleringen införs.

I systematiskt hänseende vill Lagrådet anmärka att den föreslagna regleringen i paragrafen delvis tar sikte på upphandling som avses i 6 kap. För sådan upphandling gäller enligt 1 kap. 2 § andra stycket endast 6 kap. och de bestämmelser i 1 och 5 kap. till vilka hänvisas i 6 kap. samt 7 kap. 1 – 10 §§. Med hänsyn härtill bör en eventuell

reglering i fråga om särskilda villkor vid detta slag av upphandling ha sin plats i 6 kap. i stället för i 1 kap.