

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2021-06-30

Närvarande: F.d. justitierådet Eskil Nord samt justitieråden Inga-Lill Askersjö och Petter Asp

Ett förenklat upphandlingsregelverk

Enligt en lagrådsremiss den 3 juni 2021 har regeringen (Finansdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna,
3. lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
4. lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
5. lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet,
6. lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Simon Isaksson och Frida Niklasson.

Förslagen föranleder följande yttrande.

Förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

1 kap. 8 §

Paragrafen i dess gällande lydelse innehåller en uppräknning av de förfaranden i upphandlingslagen, LOU, som innebär att upphandlingen sker i flera steg (urval, förhandling, dialog m.m.) där ett inledande skede består av att en leverantör ansöker om att få lämna anbud. Om lagrådsremissens förslag genomförs kommer det inte längre att anges några specifika förfaranden i 19 kap., varför definitionen föreslås ändrad. Enligt Lagrådets mening vore det värdefullt om det anges i författningskommentaren om ändringen är avsedd att ha någon saklig betydelse och vilken betydelse den i så fall ska ha.

5 kap. 7 a §

Paragrafen innehåller ett förbud mot att dela upp en upphandling i avsikt (syfte) att kringgå bestämmelserna i 19 kap. Bestämmelsen motsvarar 19 kap. 8 § första stycket andra meningen LOU. När bestämmelsen nu förs in i 5 kap. blir det tydligt att reglerna angående uppdelning skiljer sig åt i 7 och 7 a §§. I 7 § anges att en uppdelning som leder till att upphandlingen hamnar under tröskelvärdena får ske endast om den är *berättigad av objektiva skäl*. Enligt 7 a § gäller att en uppdelning inte får ske *i avsikt att kringgå* bestämmelserna i 19 kap.

Mot bakgrund av att tillämpningen av de båda kursiverade lokutionerna kan leda till olika resultat bör det i den fortsatta beredningen övervägas om – och i så fall varför – reglerna ska skilja sig åt.

19 kap. 4 §

19 kap. gäller bl.a. annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena.

I 4 § anges att en upphandlande myndighet är fri att utforma förfarandet vid en upphandling. Som Lagrådet förstår beskrivningen i lagrådsremissen och vad som uppgetts under föredragningen är avsikten med 4 § att göra tydligt att myndigheten är fri att välja det förfarande som passar bäst för just den upphandling som ska göras. Detta val kan utfalla så att man väljer en upphandling som består av så få steg som möjligt. Men myndigheten kan i stället låta sig inspireras av de detaljerade regler som finns för förfaranden över tröskelvärdena, utan att de reglerna därmed blir tillämpliga.

Bestämmelsen ger emellertid närmast intryck av att det inte finns några krav på den upphandlande myndigheten när den genomför en upphandling som omfattas av regleringen i kapitlet. Så är dock inte fallet. Det finns en hel del regler i 19 kap. som myndigheten har att iaktta när den genomför en sådan upphandling. En grundläggande regel som myndigheten har att iaktta är exempelvis den som anges i 2 § och som gäller principerna för upphandling. Andra exempel är reglerna om anbud i grupp (5 §), tillgång till ett företags kapacitet (6 §) och annonsering (7 §).

Enligt Lagrådets mening skulle regleringen bli tydligare och tillämpningen av 19 kap. underlättas om 4 § utgår och det som

Lagrådet anfört i första stycket utvecklas i författningskommentaren, dvs. att det är fråga om en frihet inom lagens ramar.

19 kap. 10 §

Paragrafen anger i punktform vad upphandlingsdokumenten ska innehålla. Men punktformen fungerar inte när man kommer till punkt 6, eftersom paragrafen då säger att dokumenten ska innehålla uppgifter om de uppgifter i övrigt som är aktuella. Denna språkliga otymplighet kan undvikas och paragrafen ges en bättre struktur om den formuleras enligt följande.

Upphandlingsdokumenten ska innehålla uppgifter om

1. hur förfarandet ska genomföras,
2. vilka krav som en anbudssökande eller anbudsgivare ska uppfylla för att få delta i upphandlingen,
3. vilka minimikrav ett anbud ska uppfylla,
4. vilka tilldelningskriterier som ska användas och deras viktning eller prioritetsordning, och
5. vilka kommersiella villkor och andra särskilda villkor som ska gälla vid fullgörande av kontraktet.

Upphandlingsdokumenten ska även innehålla de uppgifter i övrigt som är relevanta.

19 kap. 16 §

Paragrafen föregås av rubriken "Dialog i en upphandling". Detta begrepp definieras i paragrafens första stycke som "ett informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet och en leverantör." Men i andra stycket anges att en dialog också får omfatta "förhandling" om olika aspekter av anbudet.

Enligt Lagrådets mening är paragrafen ologisk i den meningen att dialogen är definierad som ett informationsutbyte, trots att dialogen också får omfatta förhandling. Informationsutbyte är ett tämligen neutralt begrepp, medan förhandling avser det meningsutbyte som

ska mynna ut i att en eller flera parter kommer överens om något. Det är alltså något annat och något mera än ett rent informationsutbyte.

Det tredje stycket, som avser förhandling, bör därför brytas ut och bilda en egen paragraf som då bör föregås av en ny rubrik som anger att det är fråga om förhandling.

Vad gäller dialogen anges i andra stycket att den får omfatta rättelser av fel samt förtydliganden och kompletteringar av anbudet. I den allmänna motiveringen (s. 198) anges, med hänvisning till ett tidigare förarbetsuttalande, att om myndigheten tillåter en leverantör att rätta m.m. så följer det av likabehandlingsprincipen att andra leverantörer ska ges motsvarande möjlighet. Visserligen följer detta av de allmänna principerna som anges i 2 §, men rättelser och förtydliganden m.m. torde vara så vanligt förekommande och av sådan betydelse för en korrekt upphandling att normen bör komma till uttryck i lagtext.

Mot nu angiven bakgrund föreslår Lagrådet att paragrafen delas upp i två paragrafer med följande lydelse.

16 § En upphandlande myndighet får ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med dialog avses ett informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

En dialog får omfatta rättelser av fel samt förtydliganden och kompletteringar av anbudet eller andra handlingar som leverantören har lämnat in. Om myndigheten tillåter en leverantör att rätta, förtydliga eller komplettera ska övriga leverantörer ges motsvarande möjlighet.

Förhandling i en upphandling

Ny § En upphandlande myndighet får förhandla med en leverantör om

1. alla aspekter av upphandlingsdokumenten, förutom minimikrav och tilldelningskriterier, och
2. alla aspekter av anbudet eller andra handlingar som har lämnats in av leverantören.

19 kap. 22 §

I paragrafen regleras en upphandlande myndighets dokumentations-skyldighet. I första stycket sägs att dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Denna lydelse har visserligen en motsvarighet i nuvarande 19 kap. 30 §, som i sin tur har utformats i enlighet med 12 kap. 14 §, men enligt Lagrådets mening är utformningen inte lyckad. Det är språkligt missvisande att föreskriva att dokumentationen ska motivera något. Utformningen kan dessutom ge det sakligt olyckliga intrycket att avsikten med bestämmelsen är att reglera den upphandlande myndighetens motiverings-skyldighet.

Detta är emellertid inte vad som avses i paragrafen. Vad det i själva verket är fråga om är att myndigheten ska ha dokumentation som är tillräcklig för att senare kunna motivera sina beslut, dvs. att myndigheten ska se till att ha dokumenterat underlag för sina bedömningar. Dokumentationen kan alltså sägas syfta till att underlätta för såväl myndigheter som leverantörer för det fall besluten skulle komma att ifrågasättas t.ex. genom en talan i domstol.

Lagrådet föreslår att paragrafens första stycke ges följande lydelse.

En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att myndigheten ska kunna motivera sina beslut under upphandlingens samtliga skeden.

19 kap. 26 §

Paragrafen gäller projekttävlingar. Dessa tävlingar kan vara av två slag, antingen en tävling som avslutas i och med att en vinnare utses eller en tävling som resulterar i att vinnaren tilldelas ett kontrakt. Om

det är en tävling över tröskelvärdena ska, i båda dessa fall, tävlingen annonseras och annonsen ha ett visst innehåll (jfr 18 kap. 2 § LOU). Den aktuella paragrafen har fått en utformning som gör den svårtillämpad. I första stycket hänvisas till bestämmelser i 18 kap., men 2 § finns inte med i den uppräknningen. I författningskommentaren anförs emellertid att en upphandlande myndighet ska informera om en projekttävling genom en annons på motsvarande sätt som när det gäller övriga upphandlingar enligt 19 kapitlet. Detta avses framgå genom hänvisningen till 7–9 §§.

Bestämmelserna i 7 § handlar om "anbudsinfordran genom annons" om myndigheten avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ramavtal. Den paragrafen är alltså inte utan vidare tillämplig för den myndighet som avser att anordna t.ex. en projekttävling där endast en vinnare ska utses, dvs. utan kontraktstilldelning. Bestämmelserna i 8 § handlar om efterannonsering av "upphandlingsresultatet" inom en viss tid efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. Inte heller den ordalydelsen kan utan vidare tillämpas på projekttävlingar av det nämnda slaget.

I tredje stycket sägs att om ett kontrakt ska tilldelas enligt tävlingsreglerna ska vinnaren eller vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar. Enligt motsvarande bestämmelse för tävlingar över tröskelvärdena ska denna omständighet anges i annonsen (18 kap. 2 §). Det är oklart varför en motsvarande bestämmelse inte ska gälla för projekttävlingar under tröskelvärdena.

Enligt Lagrådets mening är andra och tredje styckena så svårtolkade att de bör omarbetas under det fortsatta lagstiftningsarbetet och utformas så att de ger tydligt besked om vilka krav som gäller för annonsering av projekttävlingar.

19 a kap. 3 och 4 §§

I paragraferna regleras direktupphandling till följd av olämpliga anbud (3 §) respektive ogiltiga eller oacceptabla anbud (4 §). Dessa begrepp är visserligen inte nya utan har funnits i upphandlingslagarna sedan länge. Det är emellertid inte klart hur begreppen och därmed paragraferna förhåller sig till varandra.

Denna fråga är av betydelse eftersom 3 § ger utrymme för direktupphandling *endast* om *alla* anbud är olämpliga medan 4 § ger motsvarande utrymme *endast* om *alla* anbud är ogiltiga eller oacceptabla. Den situationen att alla anbud är olämpliga eller oacceptabla/ogiltiga men vissa är olämpliga och andra är oacceptabla/ogiltiga regleras alltså inte. För att direktupphandling ska få användas krävs enligt ordalydelsen i paragraferna alltså antingen att alla anbud är olämpliga eller att alla är oacceptabla/ogiltiga. Det förefaller tveksamt om avsikten är att regleringen ska få en sådan verkan.

Enligt Lagrådets mening bör relationen mellan de båda bestämmelserna övervägas i den fortsatta beredningen.

19 a kap. 5 §

Enligt gällande ordning torde även de tjänster som upptas i bilaga 2 och 2 a (som enligt lagrådsremissens förslag sammanförs till bilaga 2) få direktupphandlas i de fall som omfattas av den aktuella paragrafen, jfr 19 kap. 7 § tredje stycket. Förmodligen av misstag har den nu aktuella bestämmelsen emellertid kommit att utformas så att direktupphandling av tjänsterna begränsas av tröskelvärdena. Utformningen av 19 a kap. 5 § bör därför övervägas i det fortsatta

lagstiftningsarbetet. Om det då bekräftas att ett förbiseende inträffat ska också motsvarande paragraf i LUF och LUFS justeras.

19 a kap. 11 §

Vad Lagrådet anfört i fråga om 19 kap. 22 § gör sig gällande även beträffande denna paragraf.

Förslaget till lag om ändring i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)

I stora delar motsvarar lagtexterna i LOU dem i LUF. Vad Lagrådet anfört beträffande 1 kap. 8 §, 5 kap. 7 a §, 19 kap. 4, 10, 16, 22 och 26 §§ samt 19 a kap. 11 § LOU gör sig gällande även beträffande motsvarande paragrafer i LUF.

Förslaget till lag om ändring i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS)

I stora delar motsvarar lagtexterna i LOU dem i LUFS. Vad Lagrådet anfört beträffande 1 kap. 8 §, 5 kap. 7 a §, 19 kap. 4, 10, 16 och 22 §§ samt 19 a kap. 11 § LOU gör sig gällande även beträffande motsvarande paragrafer i LUFS.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.