

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-05-11

**Närvarande:** F.d. justitieråden Severin Blomstrand och Annika Brickman samt justitierådet Agneta Bäcklund.

### **Kompletterande bestämmelser om upphandling**

Enligt en lagrådsremiss den 28 april 2016 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna,
3. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner,
4. lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning,
5. lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Andreas Ådahl och rättssakkunniga Susanne Ellegård.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

## Allmänt

I remissen föreslås vissa kompletteringar till förslagen i den remiss om ett nytt regelverk om upphandling som Lagrådet yttrade sig över den 12 februari 2016. I yttrandet föreslog Lagrådet åtskilliga ändringar i de remitterade förslagen. Den nya remissen bygger på förslagen i den förra remissen och Lagrådets yttrande över den har inte beaktats. Avsikten är att de två avlämnade remisserna och en kommande remiss om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling ska behandlas samlat i en kommande proposition.

Lagrådet upprepar inte nu de synpunkter och förslag som lämnades i det förra yttrandet utan inriktar sig på sådant som gäller särskilt i fråga om förslagen i den nya remissen.

## Förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling

### 12 kap. 20–27 §§

I paragraferna finns bestämmelser om skyldighet för en upphandlande myndighet att på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av vissa kontrakt som har tilldelats enligt lagen om offentlig upphandling. Bestämmelserna ska tillämpas i de fall tryckfrihetsförordningen och offentlighets- och sekretesslagen inte gäller.

I paragraferna används genomgående uttrycket ”upphandlande myndighet” för att beskriva de juridiska personer och de sammanlutningar som omfattas av paragrafernas tillämpningsområde.

Bestämmelserna gäller enligt författningskommentaren för privaträttsliga subjekt som definieras som upphandlande myndigheter enligt

1 kap. 13 och 16 §§ i lagen men som inte omfattas av bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen, offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och arkivlagen (1990:782). Tryckfrihetsförordningen, liksom offentlighets- och sekretesslagen, gäller för myndigheter.

Eftersom bestämmelserna i 21–27 §§ inte gäller för myndigheter utan för andra organ och sammanslutningar är uttrycket ”upphandlande myndighet” missvisande, när just myndigheter inte omfattas. Lagrådet förordar därför att ett annat uttryck används för att beskriva de organ och sammanslutningar som bestämmelserna riktas till och att 20 § ges följande lydelse. De följande paragraferna bör anpassas till formuleringen i andra stycket.

I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet.

Bestämmelserna i 21–27 §§ gäller när ett organ eller en sammanslutning som anges i 1 kap. 16 § andra stycket 2 eller 3 har genomfört en upphandling.

## 25 §

I författningskommentaren anges att ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt kan meddelas om kontraktets värde understiger beloppsgränsen enligt 21 § eller om myndigheten inte har tillgång till kontraktet. Uttalandet ger intrycket att bestämmelsen ska beskriva när den upphandlande myndigheten kan vägra att lämna ut ett kontrakt. Enligt 21 § behöver myndigheten lämna ut kontraktet bara om den som begär det är en berörd leverantör. Författningskommentaren framstår därför som missvisande i denna del. Eftersom 25 § emellertid inte innehåller bestämmelser om avslagsgrunder, bör uttalandet utgå.

## 26 §

Enligt paragrafens första stycke ska ett beslut överklagas skriftligt. Vidare anges upplysningsvis att det i 3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen finns bestämmelser om vilka uppgifter ett överklagande ska innehålla.

I andra stycket föreskrivs att överklagandet ska ges in till den behöriga förvaltningsrätten och att det ska ha kommit in dit inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Av tredje stycket framgår att förvaltningsrätten ska pröva om överklagandet har kommit in i rätt tid samt att 3 § lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter ska tillämpas vid den prövningen.

Regleringen väcker frågor.

Enligt 1 § förvaltningsprocesslagen ska den lagen tillämpas vid rättsskipning i förvaltningsdomstol. Av 2 § samma lag framgår att om det i en annan lag eller i författning som har beslutats av regeringen finns en bestämmelse som avviker från förvaltningsprocesslagen gäller den bestämmelsen. I 3 § föreskrivs bland annat att ett överklagande ska vara skriftligt.

Eftersom förvaltningsprocesslagens bestämmelser alltså ska tillämpas om inget annat är föreskrivet är den i första stycket föreslagna regeln om skriftlighet överflödigt. En sådan bestämmelse finns i den åberopade 3 § förvaltningsprocesslagen. Av samma skäl framstår upplysningsbestämmelsen i första styckets andra mening som

närmast vilseledande om avsikten inte är att bestämmelser i andra författningar ska gälla i stället för övriga bestämmelser i förvaltningsprocesslagen.

Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter innehåller tre paragrafer. Av 1 § framgår att lagen gäller sådana beslut av bolag och andra enskilda organ som enligt särskilda bestämmelser får överklagas till regeringen, till en förvaltningsdomstol eller till en förvaltningsmyndighet, samt att den, i likhet med förvaltningsprocesslagen, är subsidiär till föreskrifter i andra författningar. Enligt 2 § ska ett överklagande vara skriftligt samt ange vilket beslut som överklagas och vilken ändring i beslutet som klaganden begär. Det ska ges in till den myndighet som ska pröva överklagandet och ska ha kommit in dit inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. I 3 § föreskrivs att ett överklagande som kommit in för sent ska aviseras om inte överklagandet inom överklagandetiden har kommit in till det organ som har meddelat beslutet eller förseningen beror på en felaktig underrättelse från det enskilda organet om hur man överklagar.

De organ och sammanslutningar som avses i de föreslagna bestämmelserna torde inte alltid ha offentliga förvaltningsuppgifter. Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter tar närmast sikte på sådana enskilda organ till vilka förvaltningsuppgifter har överlämnats med stöd av regeringsformen (se prop. 1986/87:39 s. 71). Trots ordalydelsen i lagrubriken innehåller lagen dock inte någon begränsning till organ med sådana uppgifter. I remissen förutsätts också att den är tillämplig på de nu aktuella besluten (s. 51). Om så är fallet torde emellertid lagen i sin helhet – och utan att det föreskrivs särskilt – vara tillämplig i de mål som avses i den nu aktuella paragrafen.

I remissen anförs – med hänvisning till förarbetena till 1986 års lag – att bestämmelser om överklagande i princip bör stå i de författningar där regler om instansordningen finns, dvs. i de specialförfattningar som också innehåller materiella regler på området. Lagrådet har ingen erinran mot att denna princip tillämpas så att överklaganderegler tas in i upphandlingslagarna. Det bör då göras konsekvent och inte som i remissens lagförslag genom en blandning av fullständiga regler och hänvisningar till andra lagar.

Lagrådet förordar att utformningen av paragrafen övervägs ytterligare.

#### 17 kap. 15 §

Paragrafen syftar till att artikel 73 i LOU-direktivet ska genomföras i svensk rätt. Enligt artikeln ska medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att säga upp ett offentligt kontrakt under dess löptid åtminstone under vissa uppräknade omständigheter, som innefattar brott mot EU-rätten, och enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt.

Lagrådet konstaterar att artikeln föreskriver endast att det ska vara möjligt för en upphandlande myndighet att säga upp ett kontrakt. Det finns inget krav på att en uppsägning faktiskt ska komma till stånd. Den nationella rätten behöver inte innehålla något incitament för en upphandlande myndighet att säga upp ett avtal med en vald leverantör. I det avseendet är artikeln inget effektivt instrument för att korrigera avtal som har tillkommit i strid mot EU-rätten.

Enligt svensk rätt kan parterna i ett avtal komma överens om att avtalet ska få sägas upp i de situationer som artikel 73 tar sikte på. Den möjlighet som artikeln föreskriver finns alltså redan. Det kan dock

ifrågasättas om inte ett lojalt genomförande av EU-rätten kräver mer (jfr beaktandesats 112, särskilt ordet "kräver" i första meningen).

Beträffande paragrafens utformning vill Lagrådet anföra följande.

Bestämmelsen i paragrafen föreskriver en skyldighet för en upphandlande myndighet att se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt lagen innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet i sådana situationer som anges i artikel 73. Det föreslås emellertid ingen rättsföljd för en upphandlande myndighet som inte tar in en hävnings- eller uppsägningsklausul i ett avtal; den föreslagna bestämmelsen sägs ha karaktär av ordningsregel (se remissen s. 58). Den föreskrivna skyldigheten är alltså inte sanktionerad och någon skyldighet i egentlig mening är det inte fråga om. Sakligt sett tillför bestämmelsen ingenting utöver vad som redan gäller. Dess verkliga innebörd är endast en upplysning om att den upphandlande myndigheten kan ta in villkor av det angivna slaget i sina avtal. (Jämför vad Lagrådet anförde om *lex imperfecta* i sitt yttrande den 12 februari 2016 över remissen om ett nytt regelverk om upphandling, s. 13 f.)

Lagrådet ifrågasätter att den föreslagna bestämmelsen har sådan vikt att den bör tas in i lagen. Upplysningen till de upphandlande myndigheterna kan lämnas i annan ordning.

Första stycket 2 har formulerats annorlunda än motsvarande bestämmelser i förslagen till lag om ändring i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och till lag om ändring i lagen om upphandling av koncessioner. I författningskommentarerna till dessa bestämmelser förklaras att formuleringen i lagen om offentlig upphandling inte kan användas i de andra lagarna. Emellertid synes ingenting

hindra att formuleringen i dessa lagar används i lagen om offentlig upphandling. Lagrådet föreslår att så görs.

I andra stycket föreskrivs att villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i upphandlingsdokumenten. Det framgår inte om föreskriften gäller bara sådana villkor som behandlas i första stycket eller om alla hävnings- och uteslutningsklausuler omfattas. Detta bör klargöras under den fortsatta beredningen. Under alla förhållanden bör det preciseras att villkoren ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

19 kap. 31 a och b §§

Se vad Lagrådet har anfört i anslutning till 12 kap 20–27 §§.

Lagrådet förordar att 31 a och 31 b §§ ges följande lydelse.

31 a §

I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet.

Bestämmelsen i 31 b § gäller när ett organ eller en sammanslutning som anges i 1 kap. 16 § andra stycket 2 eller 3 har genomfört en upphandling.

31 b §

Ett organ eller en sammanslutning som anges i 1 kap. 16 § andra stycket 2 eller 3 och som har genomfört en upphandling ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § andra stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 22–27 §§.



Förslaget till lag om ändring i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

12 kap. 21–28 §§

Se vad Lagrådet har anfört i anslutning till 12 kap. 20–27 §§ i förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling.

Lagrådet förordar att 21 § ges följande lydelse samt att de följande paragraferna anpassas till formuleringen i andra stycket.

I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet.

Bestämmelserna i 22–28 §§ gäller när ett organ eller en sammanslutning som anges i 1 kap. 16 § andra stycket 2 eller 3 har genomfört en upphandling.

16 kap. 15 §

Se vad Lagrådet har anfört i anslutning till 17 kap. 15 § i förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling.

Förslaget till lag om ändring i lagen om upphandling av koncessioner

14 kap. 14 §

Se vad Lagrådet har anfört i anslutning till 17 kap. 15 § i förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling.

15 kap. 5 a §

Enligt paragrafens andra stycke ska en upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner besluta riktlinjer för an-

vändning av direktupphandling. Enligt författningskommentaren bör riktlinjerna innehålla närmare regler om beloppsgränser för konkurrensutsättning m.m. samt klargöra att en direktupphandling som har ett bestämt gränsöverskridande intresse ska offentliggöras.

Den föreskrivna skyldigheten att besluta om riktlinjer för direktupphandling är inte sanktionerad och det finns inte heller några bestämmelser om att myndigheten eller enheten måste följa de riktlinjer som den kan ha beslutat om. Beskrivningen i författningskommentaren om vad riktlinjerna "bör" innehålla befäster intrycket att det inte är fråga om någon egentlig skyldighet. Lagrådet ifrågasätter att en bestämmelse av detta slag bör tas in i lagen. Motsvarande synpunkter kan för övrigt anföras med anledning av 19 kap. 7 § förslagen till lag om offentlig upphandling resp. lag om upphandling inom försörjningssektorerna. (Se också vad Lagrådet i det föregående har uttalat i anslutning till 17 kap. 15 § i förslaget till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling.)

#### 15 kap. 6 §

I paragrafen föreskrivs att den upphandlande myndigheten eller enheten ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § samt lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §. Upplysningar ska enligt 10 kap. 13 § lämnas endast på begäran. I denna del föreslås ingen ändring i förhållande till remissen Nytt regelverk om upphandling. Det kan emellertid framhållas att den begränsning som alltså finns i 10 kap. 13 § inte föreskrivs i förevarande bestämmelse. Det bör klargöras om skillnaden är avsiktlig.

## 16 kap. 1 och 2 §§

I paragraferna finns bestämmelser om när avtalsspärr gäller. Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § första stycket och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel gäller avtalsspärren enligt 16 kap. 1 § till dess 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades. Bestämmelsen innebär att reglerna om avtalsspärr inte gäller för den som inte är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § första stycket. I 16 kap. 2 § föreskrivs att avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §.

Som bestämmelserna i 15 kap. om direktupphandling har utformats följer inte någon skyldighet att skicka underrättelse enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § vid direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §. Det framgår således redan av 16 kap. 1 § att avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §.

Lagrådet förordar därför att det föreslagna tillägget i 16 kap. 2 § utgår.

Motsvarande synpunkter kan för övrigt anföras med anledning av 20 kap. 2 § förslagen till lag om offentlig upphandling resp. lag om upphandling inom försörjningssektorerna.

## Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.