

I MedTech Magazine nummer 3 och 4 2009 rapporterade vi om två departementspromemorior inom upphandlingsområdet. En av dessa innehöll en rad förslag till ändringar vad gäller rättsmedel inom upphandling och den andra rörde införandet av ett undantag från upphandlingskyldighet vid upphandlande myndigheters tilldelning av kontrakt till sina egna bolag. Dessa promemorior har nu varit ute på remiss och en rad olika myndigheter, intresseorganisationer och företag har fått tillfälle att komma med synpunkter på förslagen.

Text: Anna Ulfsson och Erik Olsson, Delphi & Co Life Science Group

## Rapport om innehållet i Lagrådsremisserna

*"Nya rättsmedel med mera på upphandlingsområdet" och "Upphandling från statliga och kommunala företag"*

Intresset har varit stort och synpunkter har lämnats på snart sagt varen-  
da förslagspunkt. Efter vissa justeringar av förslagen har nu regeringen  
lämnat två lagrådsremisser till Lagrådet.

I denna artikel kommenteras i korthet de förslag som innebär störst  
förändring jämfört med rättsläget i dag. Lagändringarna föreslås träda  
i kraft den 1 juli 2010.

### NYA RÄTTSMEDEL MED MERA PÅ UPPHANDLINGSOMRÅDET

Nedan behandlas några av de viktigaste punkterna i lagrådsremissen.

#### *Avtal upphandlade i strid med LOU kan bli ogiltiga*

Den kanske största förändringen är möjligheten att i länsrätt få avtal  
vilka ingåtts genom bland annat så kallad otillåten direktupphandling  
ogiltigförklarade. Förslaget är i stort oförändrat jämfört med det för-  
slag som lades fram i departementspromemorian. Om avtalet förklaras  
ogiltigt ska prestationerna gå åter. Om det inte är möjligt för prestatio-  
nerna att gå åter ska förmögenhetsförhållandena återställas så som om  
avtalet aldrig hade ingåtts.

#### *En fast beloppsgräns för direktupphandling*

Om värdet av ett kontrakt är lågt kan upphandlande myndigheter  
tilldela kontrakt utan att använda ett upphandlingsförfarande enligt  
LOU, det vill säga, tillåten direktupphandling. Hitintills har det varit de  
upphandlande myndigheterna själva som fått avgöra vad som ska anses  
utgöra lågt värde och vanligtvis har värdet legat på omkring 200 000  
SEK. För att öka förutsebarheten föreslås i lagrådsremissen att en fast  
beloppsgräns om 15 procent av de tröskelvärden, som vid var tid gäller  
för direktivstyrd upphandling, ska införas. Detta innebär således en  
direktupphandlingsgräns på 287 000 SEK.

#### *Domstolen behåller sin rätt att bestämma påföljd*


Som vi beskrev i MTM nr 3, år 2009, var ett av förslagen i departements-  
promemorian att möjligheten för domstolen att bestämma påföljden  
för den upphandlande myndighet som begått en överträdelse skulle

tas bort. Idag kan länsrätten förordna att upphandlingen ska göras om  
eller att en upphandling får avslutas först sedan rättelse vidtagits. Enligt  
förslaget i departementspromemorian skulle domstolen endast kunna  
upphäva det överprövade beslutet och sedan skulle den upphandlande  
myndighet som begått överträdelsen själv få bestämma vad som skulle  
vara en lämplig påföljd.

Detta förslag blev emellertid kritiserat av en rad remissinstanser, vilka  
bland annat pekade på att den upphandlande myndigheten måste välja  
påföljd utifrån vad de grundläggande principerna och praxis föreskriver  
och att förslaget ställde upp väldigt höga krav på juridisk kompetens  
hos de upphandlande myndigheterna. Efter att ha beaktat dessa syn-  
punkter har Finansdepartementet i lagrådsremissen beslutat att justera  
sitt ursprungliga förslag och i stället behålla den nuvarande ordningen  
där domstolen bestämmer påföljden vid överträdelse av LOU. Vi anser  
att förvaltningsdomstolarna på ett mycket bra sätt har kunnat göra  
lämpliga bedömningar vad gäller påföljd och vi tycker därför det är  
bra att denna viktiga uppgift även fortsättningsvis ligger i deras händer.

#### *Konkurrensverket får föra talan om en något högre marknads- skadeavgift*

En annan punkt där Finansdepartementet uppenbarligen tagit intryck  
av remissinstanserna är den mycket debatterade frågan om Konkur-  
rensverkets möjlighet att föra talan till länsrätten om att en upphand-  
lande myndighet ska få betala marknadsskadeavgift vid vissa allvarliga  
överträdelser av LOU såsom exempelvis otillåten direktupphandling.  
Enligt förslaget i departementspromemorian skulle marknadsskadeav-  
gift kunna utgå med minst 10 000 SEK och högst 5 MSEK, dock maxi-  
malt 10 procent av kontraktsvärdet. Åsikterna om förslaget gick minst  
sagt isär mellan remissinstanserna och där vissa menade att takbeloppet  
var för högt var det andra som menade att det var för lågt eller helt  
enkelt skulle tas bort helt så att den övre gränsen skulle bli 10 pro-  
cent oavsett belopp. Resultatet blev en sorts kompromiss där den övre  
beloppsgränsen behölls men höjdes till 10 MSEK. Gränsen om maximalt  
10 procent av kontraktsvärdet ligger kvar.

 Det får inte bli för stort fokus på priset  
- risken är då överhängande att företagen  
lämnar lägre priser än vad de egentligen kan"

### *Helt nytt för lagrådsremissen – elektroniska auktioner föreslås införas nu*

Utöver de förslag som fanns med i departementspromemorian innehåller lagrådsremissen två nya förslag. Dessa är dels ett helt nytt förfarande – konkurrenspräglad dialog, som är avsett att användas i större och mer komplicerade upphandlingar, dels elektroniska auktioner.

Elektroniska auktioner föreslås kunna användas i alla förfaranden och således också i förfaranden där förhandlingar normalt sett inte är tillåtna, såsom vid öppet förfarande. Den elektroniska auktionen är en slags omvänd auktion där företagen får veta sin plats i auktionen och får veta vilket pris eller vilket värde som är det för tillfället bästa. De får sedan möjlighet att lämna nya priser eller värden i syfte att lämna det lägsta priset eller det bästa värdet. Förslaget har också lett till föreslagna ändringar i offentlighets- och sekretesslagen.

Vi anser det vara bra att reglerna om elektroniska auktioner införs men uppmanar de upphandlande myndigheterna till stor försiktighet. Det får inte bli för stort fokus på priset – risken är då överhängande att företagen lämnar lägre priser än vad de egentligen kan (orimligt låga anbud). Detta skulle kunna leda till sämre affärer för både upphandlande myndigheter och leverantörer. Vi ser en stor utmaning för upphandlande myndigheter att ta fram andra värden än priset som lämpar sig för en elektronisk auktion.

Det nya förfarandet konkurrenspräglad dialog, vilket endast får användas vid upphandling av så komplicerade varor, tjänster och byggtreprenader att det inte är möjligt för den upphandlande myndigheten att tilldela kontrakt genom användande av ett öppet eller selektivt förfarande, går till på följande sätt.

Den upphandlande myndigheten annonserar upphandlingen och anger att man har för avsikt att använda konkurrenspräglad dialog samt beskriver vad det är för behov och krav man behöver tillfredställda.

Efter det att anbudsansökningar kommit väljer den upphandlande myndigheten ut ett antal anbudsgivare som man inleder en dialog med. Syftet är att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Dialogen fortsätter till dess att myn-

digheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser dess behov. Med andra ord, när den upphandlande myndigheten vet det som den egentligen behöver veta för att kunna genomföra ett öppet eller selektivt förfarande. Den upphandlande myndigheten förklarar då dialogen avslutad och samtliga anbudsgivare får lämna sitt slutgiltiga anbud.

Detta nya upphandlingsförfarande är naturligtvis bra eftersom det ökar möjligheterna till innovation och flexibilitet i upphandling. Det kräver emellertid stor kunskap av den upphandlande myndigheten som måste säkerställa att principerna om likabehandling och transparens tillgodoses under hela upphandlingsförfarandet.

### UPPHANDLING FRÅN STATLIGA OCH KOMMUNALA FÖRETAG

Som vi förklarade i MTM nummer 4, år 2009, föreslog Finansdepartementet i departementspromemorian "Upphandling från statliga och kommunala företag" att det så kallade Teckal-undantaget ska införas i svensk rätt. Teckal-undantaget är ett undantag som utvecklats i EU-domstolens praxis och det innebär att upphandlande myndigheter inte behöver upphandla tjänster och varor som de köper från egna bolag.

De förutsättningar som ska vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska slippa upphandlingsskyldighet är att den utövar kontroll över det bolag som ska leverera varan eller tjänsten och att detta bolags huvudsakliga verksamhet består i att leverera tjänster eller varor till just den eller de upphandlande myndigheter som utövar denna kontroll.

Förslaget i lagrådsremissen är i stort oförändrat jämfört med det förslag som presenterades i departementspromemorian och vi hänvisar således till den vidare beskrivning som framgår i vår artikel i MTM nummer 4/09.

Undantaget som föreslås införas är temporärt, det vill säga tidsbegränsat, och föreslås gälla endast till och med den 31 december 2012. En ensamutredare har tillsatts för att utreda möjligheterna och behoven av att permanenta detta undantag. Denna utredning, som leds av före detta kammarrättslagmannen Curt Rispe, ska vara klar den 30 november 2010 (se dir. 2009:81). Vi kommer att bevaka denna utrednings arbete och löpande rapportera om vad som händer. **MTM**