



Rättsmedelsdirektiv i offentlig upphandling

Finansdepartementet

2006-06-27

Dokumentbeteckning

KOM (2006) 195 slutlig

Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling

Sammanfattning

Förslaget avser ett direktiv som ändrar de två rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende offentlig upphandling respektive upphandling inom försörjningssektorerna. Det nya direktivets bestämmelser är med undantag för ett par mindre ändringsförslag gemensamma för de båda rättsmedelsdirektiven och omfattar två huvudsakliga förslag.

Upphandlande myndigheter och enheter skall hindras från att trumfa igenom avtalsslut efter en upphandling i syfte att hindra anbudsgivare att begära överprövning av upphandlingen. Därför föreslås att avtalsslut skall föregås av en minimiperiod om tio dagar från det att anbudsgivarna meddelats resultatet av upphandlingen.

Som ett sätt att framför allt komma åt olagliga direkttilldelningar av kontrakt föreslås särskilda bestämmelser för kontrakt över tröskelvärdena som tilldelas utan föregående annonsering och anbudsgivning. Innan ett sådant avtal ingås skall den upphandlande myndigheten eller enheten fatta ett tilldelningsbeslut utan avtalsverkan och annonsera beslutet samt iaktta en frist om minst tio dagar innan avtal sluts enligt det annonserade beslutet.

Vidare bygger förslaget på att kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantörerna sker per fax eller på

elektronisk väg. Syftet är att förena krav på snabbhet i upphandlingsförfarandet med effektivitet i överprövningsförfarandet. 2005/06:FPM106

Regeringen har inte tagit ställning till förslaget i alla dess detaljer, men ser positivt på att ändringar föreslås i syfte att göra rättsmedlen vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna mer effektiva.

1 Förslaget

Förslaget är resultatet av en översyn av de två direktiven om rättsmedel vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 89/665/EEG respektive 92/13/EEG. Översynen har föregåtts av nya direktiv om förfarandena vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 2004/18/EG respektive 2004/17/EG.

Kommissionens förslag presenterades den 4 maj 2006.

1.1 Innehåll

Förslaget omfattar ett direktiv som ändrar de två rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG. Det nya direktivets bestämmelser är med undantag för ett par mindre ändringsförslag gemensamma för de båda rättsmedelsdirektiven och gäller ändringar i bestämmelserna om prövningsförfarandet. Förslaget innebär i huvudsak följande.

Automatisk frysning vid omprövning m.m.

Medlemsstaterna får införa bestämmelser som innebär att den som avser att ansöka om överprövning av en upphandling måste underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt och om den påstådda överträdelsen. Vidare får medlemsstaterna införa bestämmelser som innebär att leverantören först måste begära omprövning hos myndigheten eller enheten av det egna beslutet. En sådan begäran skall medföra automatisk frysning av möjligheten att sluta avtal. Frysningen skall bestå tills en frist om minst fem arbetsdagar löpt ut räknat, som det får förstås, fr.o.m. dagen efter den då den upphandlande myndigheten eller enheten har svarat på begäran om omprövning. I nu angivna fall skall kommunikationen mellan sökanden och den upphandlande myndigheten eller enheten ske per fax eller på elektronisk väg.

Automatisk frysning vid överprövning

När ett prövningsorgan skall överpröva ett tilldelningsbeslut skall det utan dröjsmål informera den upphandlande myndigheten eller enheten om att den inte kan fullfölja upphandlingen och sluta avtal under en frist som bestäms

av medlemsstaten. Fristen får inte understiga fem arbetsdagar räknat, som det får förstås, fr.o.m. dagen efter den dag då informationen skickades. Informationen skall skickas per fax eller på elektronisk väg.

Obligatoriskt stillestånd

Ett upphandlingskontrakt får inte slutas innan en frist löpt ut om minst tio kalenderdagar räknat, som det får förstås, fr.o.m. dagen efter den dag då tilldelningsbeslutet meddelades anbudsgivarna. Berörda leverantörer skall även meddelas varför de inte fått kontraktet. Meddelandet skall skickas per fax eller på elektronisk väg. Om direktivens bestämmelser om påskyndat förfarande är tillämpliga, får en frist om minst sju kalenderdagar tillämpas. Denna kortare frist skall automatiskt förlängas med tre dagar om en leverantör inom fristen underrättar den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att begära överprövning. Den förkortade fristen får också tillämpas vid tilldelning av kontrakt som grundas på ramavtal eller som tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem. Någon stilleståndsperiod skall inte gälla om synnerlig brådska i den mening som avses i artikel 31.1 c i direktiv 2004/18/EG eller i artikel 40.3 d i direktiv 2004/17/EG föreligger.

Medlemsstaterna har rätt att föreskriva undantag från kravet på stilleståndsperiod, nämligen när

- a) kontrakt tilldelas på grundval av ett ramavtal med enbart en leverantör enligt bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG,
- b) kontrakt tilldelas på grundval av ett ramavtal med flera leverantörer genom en tillämpning av ramavtalets villkor enligt bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG,
- c) kontrakt tilldelas efter öppet förfarande och den upphandlande myndigheten eller enheten fått anbud enbart från den leverantör som tilldelats kontraktet,
- d) kontrakt tilldelas efter selektivt förfarande och samtliga leverantörer som inbjudits till anbudsgivning, bortsett från den leverantör som fått kontraktet, av den upphandlande myndigheten eller enheten slagits ut från upphandlingen på annan grund än tilldelningskriterierna, eller när
- e) kontrakt tilldelas efter förhandlat förfarande och samtliga tillfrågade leverantörer som anmält sitt intresse, bortsett från den leverantör som fått kontraktet, av den upphandlande myndigheten eller enheten slagits ut från upphandlingen på annan grund än tilldelningskriterierna.

Ansökningsfrist

I linje med vad som föreslås om obligatoriskt stillestånd innehåller förslaget en bestämmelse som anger att en nationellt bestämd frist för att begära

prövning av en upphandlande myndighets eller enhets beslut inte får understiga tio kalenderdagar räknat, som det får förstås, fr.o.m. dagen efter den dag då det ifrågasatta beslutet inklusive skälen för det skickades till berörd leverantör per fax eller på elektronisk väg. Om medlemsstaten valt att införa bestämmelserna om förkortat stillestånd, får ansökningsfristen förkortas på motsvarande sätt. En sådan förkortad ansökningsfrist skall automatiskt förlängas med tre dagar om en leverantör inom fristen underrättar den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att begära överprövning.

Särskilda regler avseende direktupphandling

Med direktupphandling avses i detta sammanhang situationer när det är tillåtet för en upphandlande myndighet eller enhet att upphandla direkt från en leverantör utan att dessförinnan ha annonserat upphandlingen och fordrat in anbud.

Medlemsstaterna skall säkerställa att prövningsförfarandet är effektivt med avseende på direktupphandlingar. Om en upphandlande myndighet eller enhet bedömer att det är möjligt att tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering och anbudsinfördran, måste myndigheten eller enheten uppfylla vissa skyldigheter innan avtal får slutas. Myndigheten eller enheten skall dels fatta ett tilldelningsbeslut utan avtalsverkan, dels publicera en annons med tillräcklig spridning. Annonsen skall innehålla minst följande uppgifter: upphandlande myndighet eller enhet, kort beskrivning av kontraktet (CPV-kod), var kontraktet skall fullgöras, kontraktets värde, dag för tilldelningsbeslut, grund för att tilldela kontraktet utan ett föregående formellt förfarande, vem som tilldelats kontraktet, prövningsorgan, frist för att begära överprövning samt var information om överprövningsförfarandet kan inhämtas. Efterannonsering enligt direktiv 2004/18/EG eller 2004/17/EG uppfyller annonseringskravet.

Avtal i enlighet med tilldelningsbeslutet kan slutas först sedan en frist om minst tio kalenderdagar har löpt ut. Fristen räknas, som det får förstås, fr.o.m. dagen efter den dag då annonsen publicerades.

I likhet med vad som gäller beträffande obligatoriskt stillestånd gäller inte någon frist i fall av synnerlig brådska. Inte heller skall någon frist gälla vid sådan upphandling som är undantagen från direktivens tillämpningsområde (se beträffande undantag artiklarna 12–18 i direktiv 2004/18/EG och 19–26 i direktiv 2004/17/EG).

Ogiltighetsverkan och sanktioner

Medlemsstaterna skall säkerställa att bestämmelserna om automatisk frysning vid omprövning och om obligatoriskt stillestånd samt de särskilda reglerna om direktupphandling efterlevs.

Om ett avtal sluts i strid med de angivna bestämmelserna, anses avtalsslutandet inte ha någon verkan. Det ankommer på det nationella prövningsorganet att avgöra effekterna härav. Medlemsstaterna får föreskriva att ett sådant olagligen ingånget avtal skall ha viss verkan mellan parterna eller gentemot tredje man efter utgången av en frist om minst sex månader räknat, som det får förstås, fr.o.m. det datum då avtal rent faktiskt slöts. Ett avtal kan också undantagsvis tillåtas ha vissa verkningar om prövningsorganet finner att vissa övergripande skäl motiverade av hänsyn till ett allmänt intresse av icke-ekonomisk natur i det särskilda fallet kräver det.

Vidare skall medlemsstaterna särskilt sanktionera slutande av avtal i strid med de angivna bestämmelserna om frysning och stillestånd samt direktupphandling.

Kommissionens möjlighet att ingripa innan avtal slutits

Bestämmelsen i båda rättsmedelsdirektiven om kommissionens möjlighet att ingripa i en upphandling innan ett upphandlingskontrakt slutits föreslås ändras på följande sätt. Rekvisitet för möjligheten att ingripa skall inte längre vara att en ”klar och konkret överträdelse av gemenskapsrätten” föreligger utan det skall räcka med en ” allvarlig överträdelse”. Kommissionen skall, i stället för den nuvarande svarsfristen om 21 dagar, bestämma en skälig svarsfrist för medlemsstaten.

Särskilda förslag beträffande försörjningssektorerna

Reglerna om granskningssystem för upphandlande enheter och om medling slopas.

Genomförande och ikraftträdande

Medlemsstaterna skall varje år underrätta kommissionen om tillämpningen av prövningsbestämmelserna.

Före utgången av en period om sex år räknat fr.o.m. 18 månader efter publiceringen av det nya direktivet skall kommissionen göra en översyn av direktivbestämmelsernas genomförande och föreslå nödvändiga ändringar.

Direktivet skall vara genomfört senast 18 månader efter dagen för publicering av direktivet i Europeiska unionens tidning (EUT). Direktivet träder i kraft den tjugonde dagen efter publiceringen i EUT.

1.2 Gällande svenska regler och förslagets effekt på dessa

Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna regleras för närvarande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Samtliga kapitel i LOU (utom 6 kap.) har sin grund i olika EG-direktiv. I 7 kap. LOU finns bestämmelser om överprövning m.m. som syftar till att uppfylla rättsmedelsdirektivens krav. I följd av direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG kommer LOU att upphävas och ersättas av ny lagstiftning om upphandling som genomför de nya direktivens bestämmelser i svensk rätt. En remiss med lagförslag överlämnades till Lagrådet den 31 maj 2006. Bestämmelserna i 7 kap. LOU har i stort sett oförändrade förts in i den föreslagna lagstiftningen.

Enligt 1 kap. 28 § LOU skall den upphandlande enheten, när den fattat beslut om leverantör och anbud, underrätta varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det. I huvudsak motsvarande reglering finns i den nya upphandlingslagstiftningen.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Ansökningen får dock alltid prövas prövas till dess att tio dagar gått från det att upplysningar enligt 1 kap. 28 § lämnats eller domstolen (allmän förvaltningsdomstol) upphävt ett tidigare interimistiskt beslut. Undantag från denna s.k. tiodagarsregel görs bl.a. i fall av synnerlig brådska. Tiodagarsregeln innebär att en överprövning alltid kan genomföras så länge fristen löper även om ett upphandlingskontrakt föreligger. Om det inte finns något kontrakt när fristen har löpt ut, kan överprövning ske fram till dess att ett kontrakt finns. Tiodagarsregeln är formulerad som en prövningsfrist för domstolen. Den fungerar indirekt som en ansökningsfrist eftersom domstolen inte får pröva en begäran om överprövning som görs efter fristens utgång, givet att ett upphandlingskontrakt föreligger. Regeln innebär inte något förbud mot att sluta kontrakt före fristens utgång. Att sluta kontrakt medan fristen löper innebär dock ett risktagande eftersom en eventuell överprövning kan resultera i att upphandlingen måste göras om.

Den svenska tiodagarsregeln torde uppfylla rättsmedelsdirektivens krav på minsta tid för att ansöka om överprövning. Ansökningstiden enligt direktivförslaget börjar dock att löpa när leverantörerna underrättats om det ifrågavarande beslutet per fax eller på elektronisk väg. Något krav på att underrättelsen skall ske i någon av dessa former finns inte i LOU (eller i den föreslagna upphandlingslagstiftningen).

Något system för omprövning av upphandlande myndigheters och enheters beslut finns för närvarande inte. I 7 kap. LOU finns inte några bestämmelser som motsvarar förslagets regler om automatisk frysning och obligatoriskt stillestånd. Även de föreslagna reglerna beträffande direktupphandling, ogiltighetsverkan och sanktioner är nya.

I 7 kap. LOU finns regler om granskning och medling vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Några budgetära konsekvenser har ännu inte kunnat utredas.

2 Ståndpunkter

2.1 Svensk ståndpunkt

Regeringen ser positivt på att ändringar föreslås i syfte att göra rättsmedlen vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna mer effektiva. Kommissionens förslag är under beredning.

2.2 Medlemsstaternas ståndpunkter

Några ståndpunkter från övriga medlemsstater har inte presenterats.

2.3 Institutionernas ståndpunkter

Några ståndpunkter från övriga institutioner än kommissionen har inte presenterats.

2.4 Remissinstansernas ståndpunkter

Förslaget har inte varit föremål för remissbehandling.

3 Övrigt

3.1 Fortsatt behandling av ärendet

Förslaget behandlas i en rådsarbetsgrupp.

3.2 Rättslig grund och beslutsförfarande

Den rättsliga grunden är artikel 95 i EG-fördraget. Beslut fattas enligt medbeslutandeförfarandet i artikel 251 i fördraget med kvalificerad majoritet i rådet efter hörande av Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och med Europaparlamentets medbeslutande.

3.3 Fackuttryck/termer

Rättsmedel: Samlingsuttryck för rättsliga åtgärder som syftar till att åstadkomma rättelse eller att ersättning utges vid felaktiga upphandlingar.

Försörjningssektorerna: områdena vatten-, energi- transporter och posttjänster, för vilka ett särskilt upphandlingsdirektiv gäller. 2005/06:FPM106

Öppen upphandling: upphandling där alla leverantörer får lämna anbud.

Selektiv upphandling: upphandling där en upphandlande myndighet eller enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

Förhandlad upphandling: upphandling där en upphandlande myndighet eller enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.