

Stor effekt av lagändring

Från 1 juli i år har det blivit lättare att begära överprövning av upphandlingar som man anser har gått felaktigt till. En lagändring har gett leverantörerna nya möjligheter att få besluten prövade i domstol.

Och lagändringen har haft uppenbar effekt eftersom antalet överprövningar har ökat starkt sedan den genomfördes.

av EVA SAHLSTRÖM

publicerad i *Leveranstidningen Entreprenad* nr 21, 2002

En ändring i Lagen om offentlig upphandling, LOU, har gjort det lättare att begära överprövning av en upphandling om man anser att den har skötts felaktigt.

ENTREPRENAD har tidigare (nr 8/02) skrivit om att LOU skulle ändras första juli i år för att anpassas till EG-rätten. Bakgrunden var det så kallade Alcatel-målet, där EG-domstolen slog fast att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande, det vill säga en leverantör ska kunna begära att ett beslut om vem som tilldelats ett kontrakt ska prövas i domstol.

I Sverige har det varit svårt för en leverantör att begära överprövning av en upphandling. Det har visserligen varit möjligt att gå till länsrätten för att få en överprövning före avtalet har tecknats, men i praktiken har det varit svårt för en leverantör att få ta del av handlingarna före avtalet har skrivits.

Sekretess

Under själva upphandlingen råder vad man kallar absolut sekretess – det vill säga uppgifterna om anbudet får inte lämnas ut så länge upphandlingen pågår. Anledningen till att man har sekretess är att det ska vara svårare för leverantörer att göra anbudskarteller eller träffa andra prisöverenskommelser.

I den tidigare skrivningen av LOU gällde den absoluta sekretessen tills upphandlingen var avslutad, vilket den var när anbudet offentliggjordes eller när avtal slutits eller när ärendet på något annat sätt slutförts.

Ordet "eller" gav ett utrymme för myndigheten att själv välja vilken av dessa tre situationer som skulle vara avgörande för när upphandlingen skulle anses vara avslutad. Det flesta valde att tolka det som att den absoluta sekretessen bröts när avtal slutits.

När avtalet redan slutits kunde leverantören inte längre få beslutet om tilldelning hävt, utan den möjlighet som fanns kvar var att begära skadestånd, under förutsättning att man kunde visa att fel uppstått och att man lidit skada av detta.

Stor förändring

Det som hänt nu är att sättet att avsluta upphandlingen har förändrats betydligt. Man skiljer nu på avtalet och upphandlingskontraktet, och det är bara upphandlingskontraktet som kan avsluta upphandlingen, säger Per Andersson på Nämnden för offentlig upphandling, NOU.

Sättet man avslutar upphandlingen på måste gå korrekt till. Den upphandlande myndigheten ska skicka tilldelningsbeslutet – beslutet om vem som ska få anbudet – till alla dem som deltagit i anbudet, fortast möjligt efter att beslutet har fattats.

Upphandlingen får sedan inte avslutas förrän leverantörerna har haft möjlighet att hinna ta ställning till tilldelningsbeslutet och eventuellt begära överprövning. När till-

delningsbeslutet har skickats ut har anbudsgivarna en tidsfrist om tio dagar på sig att begära överprövning.

Även en leverantör som inte har deltagit i anbudet har rätt att få ta del av tilldelningsbeslutet och att begära överprövning. Den leverantör som begär att få se tilldelningsbeslutet ska enligt lagtexten få det "genast eller så snart det är möjligt".

Offentlighetsprincipen

Först när tilldelningsbeslutet har skickats ut och man har väntat i tio dagar är upphandlingen avslutad idag, men den absoluta sekretessen upphör redan när tilldelningsbeslutet har fattats.

Den absoluta sekretessen kan också hävas om samtliga anbud har offentliggjorts innan eller upphandlingen har avslutats tidigare, till exempel om man har bestämt sig för att avbryta upphandlingen.

Om den enhet som genomför upphandlingen är en statlig myndighet, en kommun, ett landsting eller ett kommunalt bolag (ett bolag där kommunen eller landstinget har ett bestämmande inflytande på över 50 procent) gäller offentlighetsprincipen. Det innebär att alla handlingar som huvudregel blir offentliga när sekretessen har hävts, och vem som helst har rätt att ta del av dem.

Dock måste den myndighet eller de bolag som ska lämna ut handlingen göra en sekretessprövning, och den prövningen görs i varje fall. Myndigheten ska skyndsamt ta ställning till begäran och eftersom det råder vad man kallar för ett rakt skaderekvisit, det vill säga att offentlighet är huvudregeln, får myndigheten bara sekretessbelägga uppgifterna om det allmänna eller en enskild kan tänkas lida skada av ett offentlighetsgörande.

Om myndigheten anser att uppgifterna inte kan lämnas ut med hänsyn till sekretess måste det anges med ett skriftligt motiverat beslut med en hänvisning om vart man kan överklaga.

Upplysningsskyldighet

Om den enhet som genomför upphandlingen omfattas av offentlighetsprincipen ska alltså en sekretessprövning göras inför varje utlämnande av uppgifter, men alla har rätt att begära ut handlingarna. Om den upphandlande enheten inte omfattas av offentlighetsprincipen, det vill säga är ett statligt eller privat bolag, finns inte längre någon rätt för vem som helst att begära ut uppgifter.

Däremot gäller de nya bestämmelserna i LOU om upplysningsskyldigheten även för de upphandlande statliga och privata bolagen. Dessa måste alltså skicka ut tilldelningsbeslutet till alla anbudssökande och anbudsgivare, och leverantörer som inte har deltagit i anbudet har rätt att få se tilldelningsbeslutet. Men andra än leverantörer, till exempel journalister eller privatpersoner, har ingen rätt att begära ut uppgifterna.

Upplysningsskyldigheten gäller vid alla upphandlingar utom vid så kallade direktupphandlingar. När upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl kan man enligt LOU göra en upphandling utan krav på ett formaliserat anbudsförfarande, en direktupphandling.

Stor effekt

Lagändringen, som alltså trädde i kraft 1 juli i år, verkar ha haft den effekt som EG-domstolen efterlyste – att säkerställa att leverantörer ska ha en möjlighet att begära överprövning av en upphandling. Åtminstone har fler överprövningar begärts.

– Det har blivit en stark ökning av antalet överprövningar. Det kommer mycket domar från länsrätterna, säger Per Andersson på NOU.