

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av lagen om offentlig upphandling

PROPOSITIONENS HUVUDSAKLIGA INNEHÅLL

I denna proposition föreslås att till lagen om offentlig upphandling fogas en ny paragraf där upphandlingsenheterna åläggs att fatta ett skriftligt beslut om anbudstävlns utgång samt om andra avgöranden som påverkar anbudsgivarnas och kandidaternas ställning. Beslutet skall delges de parter som berörs av beslutet. Till beslutet skall fogas en anvisning om ansökan om hur ändring kan sökas hos marknadsdomstolen. Paragrafen skall vidare innehålla bestämmelser om att något upphandlingsavtal inte får ingås eller beslut verkställas förrän en viss tidsfrist har

utgått. Bestämmelsen har samband med EG:s direktiv om offentlig upphandling, de s.k. rättsmedelsdirektiven, och EG-domstolens dom i ett fall som gäller tolkningen av rättsmedelsdirektiven. Europeiska kommissionen har i sitt motiverade yttrande, som riktats till Finland, konstaterat att Finland inte har genomfört rättsmedelsdirektiven på det sätt som förutsätts av EG-domstolen.

Lagen avses träda i kraft i brådskande ordning, dock senast vid ingången av 2005.

MOTIVERING

1. Nuläget och de föreslagna ändringarna

Lagen om offentlig upphandling (1505/1992), nedan upphandlingslagen, har trätt i kraft den 1 januari 1994 som en del av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet). Lagen är en allmän lag och den gäller sådana offentliga upphandlingar som företas av statliga och kommunala myndigheter samt av de upphandlingsenheter som närmare definieras i lagen. Den centrala principen i upphandlingslagen är att anbudsförfarande skall tillämpas vid offentlig upphandling samt att anbud och anbudsgivare skall garanteras ett jämbördigt och icke-diskriminerande bemötande. I upphandlingslagen finns allmänna principer om kravet på jämbördigt och icke-diskriminerande bemötande, anbudsförfarande, val av anbud samt om de rättsskyddsmedel som tillämpas vid offentlig upphandling.

De bestämmelser om rättsskyddsmedel (8–12 § i upphandlingslagen) som lagen innehåller baserar sig på Europeiska gemenskapens regelverk, dvs. rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det s.k. första kontrolldirektivet) och rådets direktiv 92/13/EEG om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (det s.k. andra kontrolldirektivet). Dessa kontrolldirektiv innehåller bestämmelser om vissa minimikrav som nationella förfaranden måste uppfylla. Direktiven förutsätter å andra sidan i princip att de kandidater och anbudsgivare som aspirerar på offentliga upphandlingskontrakt kan anlita snabba och effektiva rättsmedel. Marknadsdomstolen är den specialdomstol som är besvärinstans i fråga om ärenden som gäller offentlig upphandling. År 2003 fanns det ca 200 ärenden rörande offentlig upphandling som var under behandling i marknadsdomstolen.

En totalrevision av lagstiftningen om offentlig upphandling pågår för närvarande.

Bakom totalreformen ligger revideringen av EG:s direktiv om offentlig upphandling. Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) antogs den 20 april 2004. En arbetsgrupp som tillsatts av handels- och industriministeriet bereder som bäst en totalrevision av lagstiftningen om offentlig upphandling som har samband med genomförandet av direktiven. Tidsfristen för nationellt genomförande av direktiven löper ut den 31 januari 2006. Det är fråga om ett ganska omfattande projekt: den nya upphandlingslagen kommer uppskattningsvis att innehålla fler än 100 paragrafer.

I denna proposition föreslås att den nuvarande upphandlingslagen skall ändras genom ett projekt som är helt skilt från den ovan nämnda totalrevisionen av upphandlingslagen. Det föreslås att till den nuvarande lagen om offentlig upphandling fogas en ny 7 a §. Enligt paragrafen skall upphandlingsenheterna åläggas att fatta ett separat beslut om upphandlingsavtal. I paragrafen föreskrivs dessutom att det måste gå en viss tid mellan upphandlingsbeslut och upphandlingsavtal dvs. innan upphandlingsavtalet kan ingås och beslutet kan verkställas. Samtidigt föreslås att 9 b § 3 mom. upphävs för att undvika överlappning eftersom den föreslagna nya 7 a § innehåller bestämmelser om delgivning av beslut inklusive besväransvisning.

Bakom detta särprojekt ligger Europeiska kommissionens motiverade yttrande till Finland, daterat den 7 juli 2004 C (2004) 2595. Yttrandet har samband med den dom som EG-domstolen har avkunnat i fallet C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr (1999). I sin dom tolkar EG-domstolen de skyldigheter som enligt rättsmedelsdirektiven om offentlig upphandling åligger medlemsstaterna. I sitt motiverade yttrande riktat till Finland konstaterar kommissionen att Finland har försum-

mat att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 2.1 a och b samt artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. Kommissionen hänvisar särskilt till följande skyldigheter enligt EG-domstolens dom i fallet C-81/98 Alcatel, dvs. skyldighet att ge alla beslut som gäller anbudsgivarnas och kandidaternas ställning jämte motivering skriftligen samt skyldighet att föreskriva om tillräcklig tidsfrist mellan upphandlingsbeslut och upphandlingsavtal.

Enligt kommissionens motiverade yttrande innehåller EG-domstolens dom i fallet Alcatel tre uttalade skyldigheter: a) det måste finnas ett separat beslut om upphandlingen som kan prövas vid domstol, b) samtliga parter som deltagit i anbudsförfarandet måste ha fått del av beslutet och c) det måste gå en viss tid mellan upphandlingsbeslut och upphandlingsavtal så att deltagarna har en möjlighet att anföra besvär över upphandlingsbeslutet. Enligt kommissionen har Finland inte fullgjort två av de ovan nämnda skyldigheterna enligt direktiv 89/665/EEG, dvs. dem i punkterna a och c. När det gäller skyldigheten enligt punkt a konstaterar kommissionen att Finlands lagstiftning inte innehåller bestämmelser som ålägger upphandlingsmyndigheterna att fatta ett separat beslut om upphandlingsavtal. I fråga om skyldigheten enligt punkt b konstaterar kommissionen att skyldigheten har fullgjorts genom 9 b § i upphandlingslagen (samtliga kandidater och anbudsgivare informeras om anbudstävlingens utgång och de kan anföra besvär hos marknadsdomstolen om de så önskar). Kommissionen påpekar å andra sidan att det inte alltid föreligger ett separat beslut om upphandlingsavtal. Vad gäller skyldigheten enligt punkt c (en viss tid skall gå mellan upphandlingsbeslut och upphandlingsavtal) konstateras att den finska upphandlingslagstiftningen inte innehåller någon bestämmelse om tidsfrist mellan beslut och avtal. Om Finland inte rättar till saken, kan följden bli att kommissionen beslutar att föra saken till EG-domstolen.

I rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG föreskrivs inte direkt om en viss tidsfrist mellan det att anbudstävling avgörs och att upphand-

lingsavtal ingås. EG-domstolen konstaterar dock i sin dom i fallet Alcatel (punkt 43) "... att bestämmelserna i artikel 2.1 a och b samt artikel 2.6 andra stycket i direktiv 89/665 skall tolkas så, att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås - i vilket den upphandlande myndigheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet den skall ingå kontrakt - i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts." Med tanke på frågan om tillräcklig tidsfrist innehåller dock domen i fallet Alcatel inte någon precisering av tidsfristerna. I generaladvokatens förslag till avgörande (Alcatel; Mischo 10.6.1999, punkt 64) konstateras bl.a. att det krävs "en rimlig tidsfrist".

I den föreslagna nya 7 a § 1 mom. föreskrivs om upphandlingsenheternas skyldighet att fatta ett separat skriftligt beslut om anbudstävlingens utgång. Beslutet skall innehålla väsentliga uppgifter om anbudstävlingens utgång samt om de viktigaste faktorer som har påverkat beslutet, t.ex. namnet på vinnaren av anbudstävlingen, grunderna för valet av kandidater, anbudsgivare och anbud och för tillämpningen av urvalskriterier. Till beslutet skall fogas en anvisning om hur ärendet kan anhängiggöras vid marknadsdomstolen (anvisning om ansökan) på det sätt som närmare bestäms i 9 b § i upphandlingslagen. Skriftliga beslut skall fattas också i frågor som påverkar kandidaternas och anbudsgivarnas ställning. Dyliga är bl.a. utslutning av en kandidat eller anbudsgivare ur anbudstävlingen. Enligt förslaget skall upphandlingsenheten få bedöma och avgöra i vilket skede av handläggningen den informerar de berörda parterna om beslut som fattats, t.ex. om utslutning av en kandidat eller anbudsgivare. Den föreskrivna tidsfristen för sökande av ändring skall börja löpa från den tidpunkt då sökanden har fått eller anses ha fått del av beslutet inklusive anvisningen om ansökan. Beslutet jämte anvisningen skall enligt förslaget kunna delges med vanligt brev. Beslutsförfarandet och således också delgivningen av beslut

skall regleras av de allmänna bestämmelserna i förvaltningslagen (434/2003) och kommunallagen (365/1995). Upphandlingsenheterna skall således efter egen prövning kunna använda sig av också andra metoder för delgivning såsom bevislig delgivning, vilket motsvarar nuvarande praxis. Mottagaren anses, om inte något annat visas, ha fått del av beslutet och anvisningen den sjunde dagen efter att brevet sändes.

Enligt 2 mom. skall upphandlingsenheten ingå ett skriftligt avtal om upphandling genom vilket upphandlingsbeslutet verkställs. Upphandlingsavtal skall kunna ingås och upphandlingsbeslut verkställas tidigast 21 dagar efter det att sökanden har fått eller anses ha fått del av beslutet och anvisningen om ansökan. Väntetiden (21 dagar) skall således börja löpa från delfående av beslutet. Vid fastställandet av väntetidens längd har man beaktat den tidsfrist om 14 dagar som har föreskrivits för ingivande av ansökan till marknadsdomstolen samt perioden om sju dagar för eventuell behandling vid marknadsdomstolen då domstolen har möjlighet att vid behov vidta åtgärder i syfte att avbryta upphandlingen. Tolkningen av rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG och EG-domstolens dom i fallet Alcatel förutsätter ett förfarande för ändringssökande där sökanden under förutsättning att kriterierna uppfylls har möjlighet att få beslutet upphävt. Avtal skall således vara densamma som den tidsfrist som föreskrivits för inlämnande av ansökan till marknadsdomstolen. Enligt 9 b § 1 mom. i upphandlingslagen skall sökanden innan ansökan ges in till marknadsdomstolen skriftligen meddela upphandlingsenheten sin avsikt att anhängiggöra ärendet i marknadsdomstolen.

Upphandlingsenheten bör i samband med delgivningen av beslutet påpeka att något upphandlingsavtal inte uppstår genom detta beslut utan först senare genom ett avtal som kan ingås inom de tidsfrister som anges i denna paragraf. Om upphandlingsenheten är en kommunal myndighet gäller dessutom de rättsmedel som anges i kommunallagen, såsom rättelseyrkande och kommunalbesvär, enligt vad som särskilt bestäms om saken i kommunallagen och upphandlingslagen. Den föreslagna lagen har inga verkningar till denna del.

Enligt 3 mom. skall beslutet kunna verkställas med avvikelse från de ovan i 2 mom. angivna tidsfristerna om ingående av avtal är absolut nödvändigt av skäl som är tvingande på grund av allmänt intresse eller av någon annan oförutsebar orsak som inte beror på upphandlingsenheten. Dyliga skäl kan vara t.ex. omständigheter som har att göra med människors hälsa eller säkerhet eller med extrem brådska. En ytterligare förutsättning skulle vara nödvändigheten att ingå avtal omedelbart. Brådskan skall hänföra sig till externa orsaker som upphandlingsenheten inte skäligen har kunnat förutse. Som sådan brådska som avses i bestämmelsen kan inte betraktas upphandlingsenhetens dröjsmål med genomförandet av upphandlingen. En upphandlingsenhet som vill återropa bestämmelsen skall ange skälen till avvikelsen och kunna bevisa att kriterierna för avvikelse uppfylls.

Samtidigt föreslås att 9 b § 3 mom. upphävs för att undvika överlappning eftersom den föreslagna nya 7 a § innehåller bestämmelser om delgivning av beslut inklusive besväransvisning.

2. Propositionens verkningar

Propositionens mål är att fullständigt genomföra de rättsmedelsdirektiv som gäller offentlig upphandling på det sätt som förutsetts i EG-domstolens dom i fallet Alcatel. Propositionen bedöms kunna förbättra företagens rättssäkerhet. För upphandlingsenheternas del innebär propositionen troligen att anbudsförfarandet kommer att ta mer tid i anspråk. Ansökningarna till marknadsdomstolen kan också förväntas öka i antal. I praktiken existerar skyldigheten att fatta skriftliga beslut redan nu eftersom upphandlingsenheterna för det mesta är kommunala eller statliga myndigheter eller andra enheter som omfattas av antingen kommunallagen eller förvaltningslagen och som sålunda är skyldiga att ge sina beslut skriftligen. Den mest väsentliga skillnaden jämfört med nuvarande praxis är den tidsfrist som föreskrivs mellan beslut och avtal inom vilken beslut inte får verkställas och avtal inte ingås.

3. Beredningen av propositionen

Propositionen har beretts som tjänstearbete vid handels- och industriministeriet. Ärendet har behandlats i den arbetsgrupp som bereder en totalrevision av upphandlingslagen. Dessutom har marknadsdomstolens representant hörts i ärendet.

4. Ikraftträdande

Lagen föreslås träda i kraft i brådsökande ordning. Europeiska kommissionen har skickat ett motiverat yttrande till Finland där

kommissionen konstaterar att Finland inte helt korrekt har genomfört EG:s kontrolldirektiv som rör offentlig upphandling. I Finlands svar till kommissionen (HEL 1026-56) konstateras bl.a. att Finlands målsättning är att beredningen av den lagändring som följer av domen i fallet Alcatel skall lösas från det övriga förberedande arbetet för en totalrevision av upphandlingslagen och att de lagändringar som domen förutsätter skall sättas i kraft så snart det av lagstiftningstekniska skäl är möjligt.

Med stöd av vad som anförts ovan föreläggs Riksdagen följande lagförslag:

Lag

om ändring av lagen om offentlig upphandling

I enlighet med riksdagens beslut
upphävs i lagen av den 23 december 1992 om offentlig upphandling (1505/1992) 9 b § 3 mom., sådant det lyder i lag 1009/2001, samt
fogas till lagen en ny 7 a § som följer:

2 kap.

Verkställande av upphandlingen

7 a §

Upphandlingsbeslut och upphandlingsavtal

En upphandlingsenhet skall fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar kandidaternas eller anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Till beslutet som skall motiveras skall dessutom fogas en i 9 b § avsedd skriftlig anvisning om hur ärendet kan anhängiggöras i marknadsdomstolen (anvisning om ansökan). Beslutet jämte anvisningen om ansökan skall skriftligt delges de parter som saker gäller.

Efter att ett upphandlingsbeslut har fattats skall upphandlingsenheterna ingå ett skriftligt avtal om upphandlingen. Upphandlingsavtal får ingås och beslut verkställas tidigast 21 dagar efter det att kandidaterna eller anbudsgivarna har fått eller anses ha fått del av beslutet och anvisningen om ansökan.

Avvikelse från tidsfristen enligt 2 mom. kan göras, om ingående av avtal är absolut nödvändigt av skäl som är tvingande på grund av allmänt intresse eller av någon annan oförutsebar orsak som inte beror på upphandlingsenheten. Upphandlingsenheten skall i sitt beslut ange grunderna för avvikelsen.

Denna lag träder i kraft den 20 .

Helsingfors den 12 november 2004

Republikens President

TARJA HALONEN

Handels- och industriminister *Mauri Pekkarinen*

*Bilaga
Parallelltexter*

Lag

om offentlig upphandling

I enlighet med riksdagens beslut upphävs i lagen av den 23 december 1992 om offentlig upphandling (1505/1992) 9 b § 3 mom., sådant det lyder i lag 1009/2001, samt fogas till lagen en ny 7 a § som följer:

Gällande lydelse

Föreslagen lydelse

7 a §

Upphandlingsbeslut och upphandlingsavtal

En upphandlingsenhet skall fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar kandidaternas eller anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Till beslutet som skall motiveras skall dessutom fogas en i 9 b § avsedd skriftlig anvisning om hur ärendet kan anhängiggöras i marknadsdomstolen (anvisning om ansökan). Beslutet jämte anvisningen om ansökan skall delges skriftligt de parter som saker gäller.

Efter att ett upphandlingsbeslut har fattats skall upphandlingsenheterna ingå ett skriftligt avtal om upphandlingen. Upphandlingsavtal får ingås och beslut verkställas tidigast 21 dagar efter det att kandidaterna eller anbudsgivarna har fått eller anses ha fått del av beslutet och anvisningen om ansökan.

Avvikelse från tidsfristen enligt 2 mom. kan göras, om ingående av avtal är absolut nödvändigt av skäl som är tvingande på grund av allmänt intresse eller av någon annan oförutsebar orsak som inte beror på upphandlingsenheten. Upphandlingsenheten skall i sitt beslut ange grunderna för avviken.

9 b §

Anhängiggörande av ärenden vid marknadsdomstolen

De uppgifter som avses i 2 mom. och anvisningen om ansökan kan delges per brev. Kandidaterna eller anbudsgivarna kan anses, om inte något annat visas, ha fått del av uppgifterna och anvisningen om ansökan den sjunde dagen efter att handlingarna sändes.

(3 mom. upphävs)

Denna lag träder i kraft den _____ 20 ____ .