

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster och marknadsdomstolslagen

PROPOSITIONENS HUVUDSAKLIGA INNEHÅLL

I propositionen föreslås det att lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster ändras. Syftet med propositionen är att ändra rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling genom att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling samt genom att i övrigt effektivisera rättsskyddssystemet. I propositionen föreslås också att de nationella tröskelvärdena i övrigt fördubblas i enlighet med riksdagens ställningstagande till redogörelsen för upphandlingslagen men att tröskelvärdet för byggtreprenader och byggkoncessioner höjs mindre, dvs. från 100 000 euro till 150 000 euro. I propositionen föreslås också att marknadsdomstolslagen ändras så att förutsättningarna för användning av en sammansättning med en domare blir klarare, att sammansättningen vid förstärkt sammanträde förstöras och att plenum tas i bruk plenum också vid rättskipningsärenden i marknadsdomstolen.

De viktigaste reformerna med anledning av direktivet gäller påföljdssystemet. Utöver de nuvarande påföljder som bestäms av marknadsdomstolen föreskrivs det om ogiltighetspåföljd, påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden. En ogiltighetspåföljd kan endast bestämmas för kontraktsförpliktelser som ännu inte uppfyllts. De nya påföljderna avser upphandling som överstiger EU-

tröskelvärdet. När det gäller de tidigare påföljderna preciseras det maximala beloppet av gottgörelse samtidigt som det föreskrivs det särskilt att den sammanlagda effekten av påföljderna ska beaktas.

För att skapa klarhet i användningen av rättsmedel i upphandlingsärenden som omfattas av marknadsdomstolens behörighet förbjuds överklagande i form av kommunal- eller förvaltningsbesvär. I stället för rättelseyrkande tillämpas på beslut som fattas av de upphandlande enheterna ett lättare sätt att korrigera fel i upphandlingsförfarandet, dvs. upphandlingsrättelse. Upphandlingsrättelsen är ett rättelsemedel för alla upphandlande enheter och det kan den upphandlande enheten använda också på eget initiativ. Upphandlingsrättelse kan också tillämpas på s.k. småskalig upphandling som inte omfattas av marknadsdomstolens behörighet. Inom försörjningssektorerna tillämpas upphandlingsrättelse till denna del på upphandlande enheter som är myndigheter och på upphandlande enheter som kan jämföras med sådana.

För att försnabba upphandlingsförfarandena kan upphandlingsbesluten delges elektroniskt.

Ärenden som gäller offentlig upphandling anhängiggörs i marknadsdomstolen genom besvär i stället för genom ansökan. Besvär kan anföras både över den upphandlande enhetens beslut och över andra åtgärder som har motsvarande rättsliga följder för anbudssökanden eller anbudsgivaren. Den som söker ändring i ett upphandlingsärende ska un-

derrätta den upphandlande enheten om ändringssökandet. Det föreslås att fortsatt ändringssökande i upphandlingsärenden begränsas så att ett separat verkställighetsavgörande av marknadsdomstolen inte längre kan överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. I ett verkställighetsärende avgör marknadsdomstolen själv behovet av att ändra verkställighetsavgörandet. För upphandling som grundar sig på ramavtal tas det dessutom i bruk ett behandlingstillstånd för marknadsdomstolen och ett besvärstillstånd för högsta förvaltningsdomstolen.

Marknadsdomstolens behörighet preciseras när det gäller beslut om vem som ska åläggas skyldighet att ersätta rättegångskostnader, vite och påföljd i situationer där flera upphandlande enheter tillsammans eller en upphandlande enhet handlar på andra upphandlande enheters vägnar. Också de situationer preciseras där konkurrensutsättningsskyldigheten grundar sig på offentlig finansiering och den upphandlande enheten inte är en juridisk person eller en myndighet.

De föreslagna lagarna avses träda i kraft senast den 20 december 2009.

INNEHÅLL

PROPOSITIONENS HUVUDSAKLIGA INNEHÅLL	1
ALLMÄN MOTIVERING	5
1 INLEDNING.....	5
2 NULÄGE	6
2.1 Lagstiftning och praxis.....	6
Behandling av ärenden i marknadsdomstolen och påföljder utfärdade av marknadsdomstolen.....	8
Upphandlingsärendenas volym i marknadsdomstolen	9
Konsekvenserna för reformen av upphandlingslagstiftningen	12
2.2 Rättsskyddsdirektivet	15
Reformen av rättsmedelsdirektiven	15
Regleringen av väntetiden	16
Undantag från bestämmelserna om väntetiden.....	17
Ändringssökandets verkan på väntetiden	18
Självrättelse av upphandlingsbeslut	19
Öppenheten vid direktupphandling	19
Bestämmelser om upphandlingskontraktets ogiltighet.....	20
Alternativa påföljder.....	20
Tidsfrister för ansökan om prövning	21
Rättsmedlen inom försörjningssektorena	21
Kommissionens korrigeringsmekanism	22
2.3 EG-domstolens rättspraxis	22
2.4 Utländsk lagstiftning	23
Rättsskydd vid offentlig upphandling	23
Nationella tröskelvärden.....	25
3 MÅLSÄTTNING OCH DE VIKTIGASTE FÖRSLAGEN	26
3.1 Allmän målsättning	26
3.2 De viktigaste förslagen.....	29
4 PROPOSITIONENS KONSEKVENSER	32
4.1 Allmänt.....	32
Materialet för konsekvensbedömningen.....	32
Inriktningen av konsekvenserna	33
4.2 Ekonomiska konsekvenser	33
Konsekvenser för den offentliga ekonomin	33
Konsekvenser för företag	35
Minskning av den administrativa bördan	37
4.3 Konsekvenser för myndigheternas verksamhet.....	37
Konsekvenser för de upphandlande enheternas verksamhet	37
Konsekvenser för domstolarnas verksamhet	39
5 BEREDNINGEN AV PROPOSITIONEN	41
5.1 Beredningsskeden och beredningsmaterial	41
Principbetänkandet	41
Yttrandena över principbetänkandet.....	42
Precisering av arbetsgruppens mandat	43

Mellanbetänkande	43
Yttrandena över mellanbetänkandet	44
Övrigt material	46
Ändringar i de nationella tröskelvärdena	46
6 SAMBAND MED ANDRA PROPOSITIONER.....	48
DETALJMOTIVERING	49
1 LAGFÖRSLAG	49
1.1 Lagen om offentlig upphandling.....	49
10 kap. Upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet.....	50
11 kap. Ändringssökande och påföljder.....	62
1.2 Lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.....	85
7 kap. Upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet.....	85
1.3 Marknadsdomstolslagen.....	94
2 NÄRMARE BESTÄMMELSER OCH FÖRESKRIFTER	96
3 IKRAFTTRÄDANDE	96
4 FÖRHÅLLANDE TILL GRUNDLAGEN SAMT LAGSTIFTNINGSORDNING	96
LAGFÖRSLAG	104
Lag om ändring av lagen om offentlig upphandling	104
Lag om ändring av lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster	116
Lag om ändring av marknadsdomstolslagen	121
BILAGOR.....	123
PARALLELLTEXTER	123
Lag om ändring av lagen om offentlig upphandling	123
Lag om ändring av lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster	153
Lag om ändring av marknadsdomstolslagen	165

ALLMÄN MOTIVERING

1 Inledning

Syftet med reformen av rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling är att skapa klarhet i förutsättningarna för användning av rättsmedel och att se till att rättsmedlen leder till en både innehållsmässigt och tidsmässigt effektiv behandling av ärenden för att trygga rättsskyddet hos dem som deltar i upphandlingsförfaranden och för att trygga verksamhetsförutsättningarna för de upphandlande enheterna. Propositionen innehåller förslag till det nationella genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (*rättsskyddsdirektivet*). I propositionen har man strävat till att passa in de nya rättsmedlen enligt rättsskyddsdirektivet i den nationella rättsordningen på ett sätt som effektivt och likvärdigt beaktar de olika parternas rättigheter.

Den nya upphandlingslagstiftningen trädde i kraft från början av juni 2007. I reformen ingick lagen om offentlig upphandling (348/2007, *upphandlingslagen*) samt lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster 349/2007, *försörjningslagen*). Försörjningslagen har tillämpats på upphandling inom postservicebranschen från och med slutet av år 2007. Lagarna kompletteras av statsrådets förordning om offentlig upphandling (614/2007, *upphandlingsförordningen*).

Den nya upphandlingslagstiftningen ersatte den tidigare lagen om offentlig upphandling (1505/1992) samt författningarna på förordningsnivå som utfärdats med stöd av lagen (förordningen om sådan upphandling av varor, tjänster och byggnadsentreprenader som överstiger tröskelvärdet 380/1998, förordningen om sådan upphandling som överstiger tröskelvärdena av enheter verksamma inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna 381/1998, handels- och in-

dustriministeriets beslut om fastställande av de allmänna kontraktsvillkoren för den offentliga upphandlingen 1417/1993 och upphandlingsförordningen för staten 1416/1993). Samtidigt upphävdes förordningen om upphandlingar på vilka lagen om offentlig upphandling inte tillämpas (342/1994).

Genom upphandlingslagstiftningen genomfördes Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (*upphandlingsdirektivet*) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (*försörjningsdirektivet*), vilka trädde i kraft i april 2004.

De viktigaste förnyelser som den nya upphandlingslagstiftningen medförde:

- upphandling delades upp i upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena, upphandling som överstiger de nationella tröskelvärdena och upphandling som understiger de nationella tröskelvärdena

- de nationella tröskelvärdena är: varu- och tjänsteupphandling samt tjänstekoncessioner 15 000 euro, upphandling av hälsovårds- och socialtjänster samt vissa utbildningstjänster 50 000 euro och byggtreprenader samt byggkoncessioner 100 000 euro

- annonsering i det avgiftsfria elektroniska HILMA-registret blev obligatoriskt vid upphandling som överstiger de nationella tröskelvärdena (webbplats www.hankintailmoitukset.fi).

- bestämmelserna som håller isär anbudsgivarna och valet av anbud preciserades

- det blev obligatoriskt att vika jämförelsegrunderna för anbuden i förväg i sådana fall där den totalekonomiska fördelaktigheten används som urvalskriterium (vid nationell upphandling är det möjligt att endast meddela den inbördes prioritetsordningen för de olika jämförelsegrunderna)

- grunderna för uteslutning av en anbudssökande eller en anbudsgivare preciserades

– i upphandlingsförfarandet infördes såsom nya förfaranden konkurrenspräglad dialog, ramavtal och vissa andra elektroniska förfaranden

– i upphandlingslagen infördes också bestämmelser om anknutna enheter (in-house) på basis av EG-domstolens rättspraxis

– skyldigheten för sökanden av rättsskydd att ersätta rättegångskostnaderna för den upphandlande enhet som är motpart utvidgades genom att avlägsna möjligheten att tillämpa 74 § 3 mom. i förvaltningsprocesslagen (586/1996).

I samband med beredningen av den nya upphandlingslagstiftningen bedömdes det för rättsmedlens vidkommande vara mest ändamålsenligt att avvakta slutförandet av arbetet med rättsskyddsdirektivet som vid den tidpunkten ännu var under beredning.

Enligt statistiska källor inom Europeiska unionen uppgick den offentliga upphandlingens värde i Finland till 27,14 miljarder euro år 2007. Siffran baserar sig på uppgifter som hämtats ur de nationalräkenskaper som medlemsstaternas statistikmyndigheter för. I siffran ingår all upphandling inom den offentliga sektorn oberoende av om upphandlingen ska konkurrensutsättas i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling eller inte. I den sammanlagda siffran ingår därför bl.a. anskaffning av mark- och vattenområden, externa hyresutgifter, aktier och andelar, försvarsupphandling och annan sekretessbelagd upphandling, småskalig upphandling och intern upphandling vilka inte omfattas av upphandlingslagstiftningen. Det kan uppskattas att något under hälften av det totala värdet gäller upphandling som hör till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.

Enligt statens revisionsberättelse uppgick det totala värdet av statens upphandling år 2008 till sammanlagt 4,36 miljarder euro. En betydande del av det totala värdet av statens upphandling består av lokalyror och försvarsupphandling vilka inte hör till upphandlingslagens tillämpningsområde. Upphandling står för ca 10 procent av utgifterna i statsbudgeten. Upphandlingens värde har stigit varje år på 2000-talet. För kommunernas och samkommunernas del finns statistikuppgifter om värdet av upphandlingen tillgängliga för år 2007. Det totala värdet av den

kommunala upphandlingen uppgick till ca 13,08 miljarder euro år 2007. År 2008 uppgick värdet av de evangelisk-lutherska församlingarnas och de kyrkliga samfälligheternas upphandling av varor och tjänster till ca 300 miljoner euro och värdet av byggentreprenader till ca 120 miljoner euro.

Marknadsdomstolen är en specialdomstol som såsom första rättsinstans behandlar ansökningar om rättsskydd gällande offentlig upphandling. Till marknadsdomstolens behörighet hör även ärenden som gäller konkurrensbegränsningar, konsumentskyddsärenden, ärenden enligt lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet (1061/1978), energimarknadsärenden samt ärenden enligt vissa andra lagar som närmast gäller konsumentskydd och reklam.

Marknadsdomstolen inledde sin verksamhet år 2002 då konkurrensrådet som behandlat konkurrens- och upphandlingsärenden och marknadsdomstolen som såsom specialdomstol behandlat marknadsrättsliga ärenden slogs samman till en ny domstol. Besvär över marknadsdomstolens beslut som baserar sig på lagen om behandling av vissa marknadsrättsliga ärenden (1528/2001) och relevanta speciallagar kan anföras hos högsta domstolen om sökanden har meddelats besvärstillstånd. Däremot anföras besvär till högsta förvaltningsdomstolen utan begränsningar i besvärsrätten över sådana beslut av marknadsdomstolen som gäller energimarknaden, konkurrens och upphandling.

2 Nuläge

2.1 Lagstiftning och praxis

För användningen av rättsmedel har den nya upphandlingslagstiftningen inneburit att beslut vid upphandling som understiger de nationella tröskelvärdena, dvs. småskalig upphandling, inte har kunnat överklagas hos marknadsdomstolen. De nationella tröskelvärdena vid upphandling av varor och tjänster är 15 000 euro, vid upphandling av hälsovårds- och socialtjänster samt vid upphand-

ling av vissa tjänster inom arbetskraftsförvaltningen 50 000 euro och vid byggtreprenader 100 000 euro.

När det gäller småskalig upphandling har rättsmedlen i främsta hand baserat sig på kommunalbesvär då den upphandlande enheten varit en kommunal myndighet. I sådana fall där upphandlingslagstiftningens förfaranden har tillämpats frivilligt är marknadsdomstolen inte heller behörig (*HFD 27.11.2000 liggare 3113*). I sitt avgörande *HFD 2006:11*, som grundade sig på den tidigare upphandlingslagstiftningen, slog HFD fast att förvaltningsdomstolen inte kan ta upp till prövning ett ärende som grundar sig på bestämmelser i stadens upphandlingsinstruktioner om allmänna principer för upphandling och genomförande av upphandlingar såsom separata kommunalbesvär. Grunderna för besvären var inte på ett sådant sätt självständiga i jämförelse med den gällande upphandlingslagen att en prövning av dem hade hört till förvaltningsdomstolens behörighet såsom särskilda kommunalbesvär.

Förfarande för framställande av rättelseyrkande enligt kommunallagen (365/1995) är ett parallellt rättsmedel till behandlingen i marknadsdomstolen även i sådana fall där upphandlingens värde överstiger det nationella tröskelvärdet. Om en kommunal myndighet i ett förfarande enligt kommunallagen (rättelseyrkande eller rätt att överta ärenden) undanröjer ett upphandlingsbeslut kan detta innebära att marknadsdomstolen för sin del inte längre kan avgöra ett ärende som anhängiggjorts genom en ansökan därför att marknadsdomstolen inte längre kan utdöma någon av de påföljder som avses i ansökan. Sökanden har sålunda inte längre något rättsligt behov av att anföra upphandlingsförfarandet till marknadsdomstolens prövning (t.ex. *MD 301/2008*). Bedömt ur ett rättsligt perspektiv är dock avsaknaden av rättsskydd enbart på den grunden att det under processens lopp fattas ett nytt beslut inte i alla situationer klar. Sökanden kan fortfarande ha ett besvärslägenhet t.ex. därför att det nya beslutet på något annat sätt än vad det ursprungliga beslutet gjorde strider mot sökandens intressen. I marknadsdomstolens praxis har det inte heller krävts att sökanden utöver sin redan anhängiga ansökan ännu lämnar en

ny ansökan i ett sådant ärende utan förfarandet prövas som en helhet som gäller samma upphandlingsförfarande.

Till marknadsdomstolens behörighet hör inte sådan upphandling där någon annan specialreglering än upphandlingslagstiftningen tillämpas. T.ex. upphandling av flygtrafik-tjänster regleras av särskilda bestämmelser (8 § 1 mom. 8 punkten i upphandlingslagen). Ett annat förfarande som står utanför marknadsdomstolens behörighet är förfarandet för beviljande av transporttillstånd för regelbunden trafik.

På några typer av upphandling tillämpas inte upphandlingslagstiftningen alls och inte heller de rättsmedel som avses i upphandlingslagstiftningen oberoende av upphandlingens värde. Sådan upphandling är bl.a. försvarsupphandling. Avsikten är dock att upphandlingsförfarandena vid försvarsupphandling i fortsättningen ska regleras separat. Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (*försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet*) antogs den 13 juli 2009. Direktivet ska genomföras i medlemsstaterna inom 24 månader efter att det har trätt i kraft.

I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ges medlemsstaterna upphandlingsregler som är anpassade till särdragen inom försvars- och säkerhetssektorn. Målet är en öppnare och effektivare gränsöverskridande konkurrensutsättning av upphandlingar i Europa. Förfarandena i enlighet med direktivet tillämpas bl.a. på de försvarsupphandlingar där upphandlingen inte med stöd av artikel 296 i EG fördraget kan uteslutas från bestämmelserna om den inre marknaden på grund av medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen. I direktivet föreskrivs också om rättsmedlen vid upphandling som hör till direktivets tillämpningsområde. Rättsmedlen motsvarar i huvudsak de rättsmedel som föreskrivs i rättsskyddsdirektivet.

Närmare bestämmelser om upphandling som inte hör till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde finns i 7 § i upphand-

lingslagen. Upphandlingslagen tillämpas bl.a. inte på upphandling som omfattas av sekretess eller upphandling vars genomförande förutsätter lagstadgade särskilda säkerhetsåtgärder, upphandling som gäller skyddet av viktiga statliga säkerhetsintressen eller upphandling huvudsakligen för militärt bruk.

Behandling av ärenden i marknadsdomstolen och påföljder utfärdade av marknadsdomstolen

Om marknadsdomstolen finner att det vid en upphandling har förfarits i strid med upphandlingslagstiftningen kan med stöd av 76 § 1 mom. i upphandlingslagen marknadsdomstolen på ansökan 1) helt eller delvis undanröja ett beslut av en upphandlande enhet, 2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars följa ett oriktigt förfarande, 3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande, eller 4) ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft en realistisk möjlighet att få kontraktet om förfarandet hade varit felfritt.

Enligt upphandlingslagen ska den upphandlande enheten fatta ett skriftligt beslut, som ska motiveras, om alla avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Beslutet ska skriftligen delges de parter som saken gäller. En anvisning om hur man söker ändring hos marknadsdomstolen ska fogas till beslutet.

En ansökan till marknadsdomstolen ska lämnas inom 14 dagar från det att en anbudssökande eller anbudsgivare har fått del av beslutet. Att ett upphandlingskontrakt slutits utgör inget hinder för att ansökan behandlas. I 78 § i upphandlingslagen ingår bestämmelser om de parter som kan anhängiggöra ärenden i marknadsdomstolen.

I praktiken ålägger marknadsdomstolen i regel den upphandlande enheten att ordna ett helt nytt anbudsförfarande i sådana fall där anbudsförfrågan varit bristfällig eller öppen för olika tolkningar, för då har anbuderna inte kunnat jämföras sinsemellan. Om anbudsförfrågan uppfyllt lagens krav men något annat

fel har begåtts i förfarandet (alla jämförelsegrunder som framförts har inte använts, poängsättningen eller dess grunder har varit felaktig, olika faktorer har beaktats på olika sätt i de olika anbudsgivarnas anbud eller något annat motsvarande fel har begåtts), kan felet oftast rättas genom att kräva en ny anbudsjämförelse. Marknadsdomstolens beslut att ålägga en ny jämförelse innebär dock enligt rättspraxis inte ett tvång för den upphandlande enheten att göra upphandlingen (HFD 25.11.2002 liggare 3064).

Enligt upphandlingslagen kan marknadsdomstolen utfärda temporära förbud som gäller upphandlingen med stöd av 79 § i upphandlingslagen.

I marknadsdomstolens praxis har ett förfarande utvecklats där den upphandlande enheten frivilligt kan förbinda sig att inte verkställa upphandlingen innan marknadsdomstolen har avgjort ärendet (frivillig förbindelse). Genom förfarandet har marknadsdomstolen inte behövt utfärda beslut om temporära förbud i alla förfaranden som överklagats. Förfarandet har också reducerat antalet ändringssökningar till högsta förvaltningsdomstolen eftersom det är tillåtet att söka ändring i beslut om temporära förbud genom besvär till högsta förvaltningsdomstolen.

Om den upphandlande enheten inte gett en sådan förbindelse då en förfrågan därom har tillställts den kan marknadsdomstolen vid vite förbjuda eller avbryta verkställigheten av den upphandlande enhetens beslut eller på annat sätt avbryta upphandlingen. Innan det temporära förbudet utfärdas ska den upphandlande enheten höras i enlighet med bestämmelserna i 80 § i upphandlingslagen.

Enligt 76 § 2 mom. i upphandlingslagen kan en gottgörelse påföras om andra åtgärder kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden skulle medföra eller om ansökan gjorts först efter det att upphandlingskontraktet slutits. När gottgörelse påförs ska hänsyn tas till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till, upphandlingens totala värde och de kostnader och den skada som sökanden orsakats.

På basis av rättspraxis är bevisröskeln hög för vinstpotential vid upphandling för sökanden eller anbudsgivaren. I praktiken är det problematiskt att påföra gottgörelse i sådana situationer där ingen anbudsförfrågan gjorts, sökanden inte har godkänts som anbudsgivare eller anbudsförfrågan varit så öppen för olika tolkningar att man inte fått in sådana anbud som är jämförbara sinsemellan.

I marknadsdomstolen har eftersläpningen i behandlingen av upphandlingsärenden i praktiken inneburit att marknadsdomstolen under tidens gång har haft mindre möjligheter att helt eller delvis upphäva ett upphandlingsbeslut, att förbjuda den upphandlande enheten att följa ett oriktigt förfarande eller att ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande, dvs. att använda s.k. realmedel. I stället för realmedel får marknadsdomstolen då pröva förutsättningarna att påföra gottgörelse.

I 84 § i upphandlingslagen ingår bestämmelser om ersättning för skada som uppstått i samband med upphandling, med undantag för skada som uppstått genom kontraktsbrott. Behörig domstol i dessa ärenden är de allmänna underrätterna. I praktiken har man sällan yrkat på skadestånd vid upphandling. I domen *av Helsingfors hovrätt 14.10.2004/3985* ålades den upphandlande enheten att betala skadestånd till anbudsgivaren för orealiserad rörelsevinst. Ett yrkande om ersättning för kostnaderna för deltagandet i anbudsförfarandet förkastades, eftersom den utredning som utgjorde grunden för kostnaderna kunde utnyttjas vid en senare tidpunkt. I en annan *dom av Helsingfors hovrätt 11.11.2005/3684* dömdes den upphandlande enheten att ersätta både den orealiserade rörelsevinsten och kostnaderna för en utredning.

Vid upphandling som överstiger det nationella tröskelvärdet är det fortfarande möjligt att genom ett rättelseyrkande enligt kommunallagen överklaga ett beslut som en kommunal upphandlande enhet fattat. Därefter är det ännu möjligt att genom särskilda kommunalbesvär överklaga beslutet som rättelseyrkandet resulterat i hos förvaltningsdomstolen med besvärgrund enligt kommunallagen.

Det ingår inte i marknadsdomstolens behörighet att pröva besvärsgrunder enligt kommunallagen, såsom jäv eller att beslutet i övrigt har kommit till på ett felaktigt sätt (82 § i upphandlingslagen). I marknadsdomstolens rättspraxis har invändningar om jäv behandlats som invändningar om upphandlingsförfarandets felfrihet. Tonvikten ligger då vid frågan om deltagandet i upphandlingsförfarandet av personen som påstås vara jävig har lett till en diskriminerande eller på annat sätt ojämförbar behandling eller har äventyrat anbudsgivarnas jämlika behandling i anbudsförfarandet (t.ex. *MD 226/08* och *MD 506/08*).

I ärenden som hör till marknadsdomstolens behörighet får enligt 82 § i upphandlingslagen ändring inte sökas genom besvär med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen på den grunden att beslutet strider mot upphandlingslagen. Besvärsförbudet har införts i lagen i samma form som i den tidigare upphandlingslagen. I kyrkolagen (1054/1993) ingår ett motsvarande besvärsförbud som gäller de kyrkliga myndigheterna såsom upphandlande enheter. Enligt 106 § 2 mom. i lagen om ortodoxa kyrkan (985/2006) får i ett beslut om upphandling som fattats av en kyrklig myndighet, en församlingsmyndighet eller en klostermyndighet inte rättelse yrkas eller besvär anföras på den grunden att beslutet strider mot lagen om offentlig upphandling (1505/1992), om prövningen av ärendet hör till marknadsdomstolens behörighet.

Upphandlingsärendenas volym i marknadsdomstolen

I olika sammanhang har det utretts att ca 30 procent av de rättstvister gällande offentliga upphandlingar som marknadsdomstolen behandlar gäller upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena. Den relativa mängden upphandlingsärenden som överstiger EU-tröskelvärdena har hållits mer eller mindre konstant under hela den tid som marknadsdomstolen varit verksam.

Tabell 1 Upphandlingsärenden som inkommit och avgjorts i marknadsdomstolen under åren 2004–2008

	2004	2005	2006	2007	2008
Inkomna ärenden	307	508	392	386	451
Avgjorda ärenden	245	349	349	425	516
Anhängiga upphandlingsärenden vid årets slut	135	386	513	469	406
Alla anhängiga ärenden vid årets slut	184	505	559	529	475

År 2008 inkom sammanlagt 588 ärenden till marknadsdomstolen vilket är mera än någonsin tidigare under den tid som domstolen varit verksam. Av de inkomna ärendena var 451 upphandlingsärenden och de utgjorde 76 procent av domstolens alla inkomna ärenden under nämnda år. Antalet ärenden som avgjordes år 2008 (642) är också det högsta årliga antalet avgöranden för domstolen hittills. Sammanlagt avgjordes 516 upphandlingsärenden.

På upphandlingsärenden har framför allt det faktum inverkat att det år 2005 inkom ett rekordantal (508) upphandlingsärenden till marknadsdomstolen och domstolen med de dåvarande resurserna inte kunde rätta till den eftersläpning som uppstod. Eftersläpningen som då uppstod har förlängt behandlingstiden för alla ärendegrupper, eftersom rättskipningspersonalen till största delen har behandlat upphandlingsärenden.

År 2006 var den genomsnittliga behandlingstiden för upphandlingsärenden enligt marknadsdomstolens statistik 10,2 månader, år 2007 var den 14,2 månader och år 2008 var den 14 månader. När man beaktar att marknadsdomstolen under våren 2009 avgjorde de sista upphandlingsärendena som anhängiggjorts år 2005 och år 2006 förstår man hur svårt det är att lösa den eftersläpning som uppstått. De sista upphandlingsärenden som anhängiggjordes år 2007 avgjordes under sommaren 2009.

På basis av marknadsdomstolens verksamhet under första halvåret 2009 förefaller det sannolikt att den genomsnittliga behandlingstiden för upphandlingsärenden år 2009 blir ungefär 9 månader. Marknadsdomstolens resultatmål för år 2009 är att avgöra 580 ärenden, av vilka 530 är upphandlingsärenden. Enligt statistikuppgifterna för tiden fram till utgången av augusti 2009 hade marknadsdomstolen bra hållit sig till resultatmålet. I marknadsdomstolen hade vid slutet av augusti 2009 avgjorts 375 upphandlingsärenden. I det skedet hade visserligen 375 upphandlingsärenden kommit in till marknadsdomstolen, vilket är mer än under motsvarande tid år 2008. I de upphandlingsärenden som kommit in ingår en relativt stor mängd kommunala upphandlingar där det är fråga om val av revisionssammanslutningar.

Det försämrade allmänna ekonomiska läget kan bidra till att antalet mål redan ökar enbart av denna orsak. Det kan alltså bli vanligare att flera anbudsgivare söker ändring i samma upphandling. Ökningen i antalet mål år 2009 förklaras i hög grad av att kontraktsperioderna för vissa upphandlingstyper är bundna till mandatperioderna (t.ex. kommunernas revisionssammanslutningar). Även år 2005, som också föregicks av ett kommunalvalsår, ökade antalet mål i upphandlingsärenden avsevärt i marknadsdomstolen.

För beredningen av regeringspropositionen gjordes en särskild mer ingående utredning om alla upphandlingsärenden som avgjordes

år 2008 (Marknadsdomstolens avgöranden gällande upphandling år 2008. Kvantitativ analys av innehållet i avgörandena. OM033:00/2006). Utredningen omfattade sammanlagt 409 avgöranden (N=409) där marknadsdomstolen avgett ett avgörande i sak. Utanför utredningen lämnades sådana avgöranden där ett utlåtande om ansökan hade förfallit på grund av återtagande av ansökan eller av någon annan motsvarande orsak. I de ärenden som ingick i undersökningsmaterialet var den genomsnittliga behandlingstiden vid marknadsdomstolen 15,8 månader. Efter utförandet av utredningen hade behandlingstiden under perioden 1.1–30.6.2009 i ärenden som motsvarade undersökningsmaterialet förkortats till 12 månader.

Av de avgöranden som ingick i utredningen gällde 55 procent nationell upphandling och 39 procent upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena. I sex procent av avgörandena kunde slutsatser om upphandlingens värde inte göras på basis av marknadsdomstolens avgörande.

Bland de ärenden som marknadsdomstolen avgjorde år 2008 var det vanligaste värdet för upphandling mellan 30 000 och 69 000 euro, mellan 200 000 och 499 999 euro eller så var upphandlingens värde minst 1 miljon euro och högst 4 999 999 euro. I var och en av dessa tre grupper ingick 14 procent av ansökningarna. Av de undersökta avgörandena gällde 60 procent upphandling av tjänster, 28 procent varupphandling och 12 procent byggentreprenader. Av marknadsdomstolens avgöranden gällde 66 procent beslut av en kommunal upphandlande enhet, 21 procent en statlig myndighets upphandlingsbeslut och 13 procent gällde beslut av andra upphandlande enheter, såsom aktiebolag, församlingar eller andra aktörer. I 22 procent av de ovan nämnda avgörandena tillämpade marknadsdomstolen den nya upphandlingslagen som trädde i kraft i juni 2007. Den nya försörjningslagen tillämpades i två fall.

Av avgörandena år 2008 framgår att ansökan till marknadsdomstolen nästan undantagslöst (99 procent) görs efter det att det

slutliga upphandlingsbeslutet redan har fattats. I de avgöranden av marknadsdomstolen som granskades berörde bara fyra procent direktupphandling (16 fall).

På basis av det undersökta materialet användes realmedel (marknadsdomstolen upphäver upphandlingsbeslutet helt eller delvis, förbjuder det oriktiga förfarandet eller ålägger den upphandlande enheten att korrigera det oriktiga förfarandet) i 19 procent av avgörandena år 2008. Gottgörelse påfördes i sju procent av avgörandena. Om realmedel inte kan användas och ifall upphandlingskontraktet slutits med det vinnande företaget, kan marknadsdomstolen bestämma att den upphandlande enheten betalar en gottgörelse. Bland avgörandena i det undersökta materialet var en femtedel gottgörelsefall på annat sätt i den bemärkelsen att det i upphandlingen hade skett ett fel men på grund av felets art saknades grunder för att påföra betalning av gottgörelse. Ansökan förkastades i 45 procent av fallen och avvisades utan prövning i 13 procent av fallen.

Sökandens rättegångskostnader ersattes i 34 procent, den upphandlande enhetens rättegångskostnader ersattes i två procent, rättegångskostnaderna för den som blivit hörd (anbudsgivaren som fått kontraktet) ersattes i sex procent och flera parter rättegångskostnader ersattes i två procent av de undersökta avgörandena. Parterna betalade sina egna rättegångskostnader i en tredjedel av fallen. Yrkande på rättegångskostnader framställdes i 316 fall och de jämkades i en tredjedel av fallen.

Enligt förvaltningsdomstolarnas verksamhetsberättelse 2006 var benägenheten att överklaga beslut inom området för marknadsdomstolens behörighet i förvaltningslagsskipningsärenden (konkurrensärenden, upphandling, energimarknadsärenden) ungefär 10,4 procent år 2006. Enligt verksamhetsberättelsen 2007 var den motsvarande siffran 14,4 procent. Antalet besvär i upphandlingsärenden till högsta förvaltningsdomstolen år 2007 var sammanlagt 65.

Tabell 2 Benägenheten att överklaga marknadsdomstolens beslut till HFD i alla ärenden år 2002- 2008

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
MD (beslut)	192	247	263	292	365	425	643
HFD (besvär)	62	57	63	50	38	65	101
Överklaganden i procent	33,3	23,1	24,0	17,1	10,4	14,4	15,7

Tabell 3 Ändring av marknadsdomstolens beslut i HFD

	2004	2005	2006	2007	2008
Ändringsprocent	26 %	29,2 %	15,4 %	5,4 %	5,7 %

Tabell 4 Överklaganden i upphandlingsärenden till högsta förvaltningsdomstolen 2004- 2008

	2004	2005	2006	2007	2008
Inkomna överklaganden	60	49	37	63	88
Av dessa gällande tempo- rära förbud			7	10	18

Konsekvenserna för reformen av upphandlingslagstiftningen

I samband med att riksdagen godkände upphandlingslagstiftningen förutsatte riksdagen att regeringen före utgången av år 2008 lämnar en redogörelse över konsekvenserna för upphandlingslagstiftningen. I statsrådets redogörelse om reformen av upphandlingslagen (SRR 7/2008) klarlades hur målsättningen för den nya upphandlingslagstiftningen

har uppfyllts och hur nuläget såg ut enligt redogörelsen. Lagstiftningen bedöms i betydande utsträckning ha ökat öppenheten, planmässigheten och transparensen. Målet i upphandlingslagen att öka öppenheten har förverkligats genom det centraliserade annonseringssystemet för offentliga upphandlingar (HILMA). Under perioden 1 juni 2007 – 31 december 2008 publicerades i HILMA ca 20 000 nationella upphandlingsannonser och inmot 4 200 EU-upphandlingsannonser.

Tabell 5 Upphandlingsannonser publicerade i HILMA 1.6.2007–31.12.2008

Upphandlingar enligt annonskate- gori	Mängd (antal)	Värde (€)	Prisuppgift medde- lad
Nationell upphandlingsannons ¹ ,	19 956	7 836 563 651	99,69 %
varav småskalig upphandling ²	1716	156 257 190	99,24 %
EU- upphandlingsannons ³	3782	4 156 130 169	41,86 %
EU- upphandlingsannons, försörj- ningssektorna ⁴	398	865 232 015	32,66 %
EU- förhandsannons	702	1 349 325 719	46,44 %
EU- annons i efterhand	3024	4 815 736 659	52,65 %
EU- annons i efterhand, försörj- ningssektorerna	338	571 248 778	43,49 %
Totala antalet publicerade upp- handlingsannonser	28200	19 603 236 991	83,95 %

¹ De nationella tröskelvärdena enligt 15 § i upphandlingslagen (348/2007):

-varor, tjänster, projekttävlingar och tjänstekoncessioner 15 000 euro;
-hälsovårds - och socialtjänster samt tjänster i enlighet med 6 kap. 3 § i lagen om offentlig arbetskrafts-
service (1295/2002) 50 000 euro och
-byggentreprenader och byggkoncessioner 100 000 euro.

² Det uppskattade värdet för upphandlingen överstiger inte det tröskelvärde som anges i 15 § i upphand-
lingslagen

³ EU- tröskelvärden till och med 31.12.2007

-varor och tjänster statliga centralförvaltningsmyndigheterna 137 000 euro, andra upphandlande enheter
211 000 euro och

-byggentreprenader och byggkoncessioner 5 278 000 euro.

EU- tröskelvärdena från och med 1.1.2008

-varor och tjänster statliga centralförvaltningsmyndigheterna 133 000 euro, andra upphandlande enheter
206 000 euro och

-byggentreprenader och byggkoncessioner 5 150 000 euro

⁴ EU- tröskelvärden (försörjningssektorerna) till och med 31.12.2007

-varor och tjänster 422 000 euro och

-byggentreprenader 5 278 000 euro

EU- tröskelvärden från och med 1.1.2008

-varor och tjänster 412 000 euro och

-byggentreprenader 5 150 000 euro

Tabell 6 Upphandling publicerad genom nationella upphandlingsannonser och med EU-upphandlingsannonser 1.6.2007– 31.12.2008

Upphandlingar enligt kategori	Mängd (antal)	Värde (€)	Prisuppgiften har meddelats
Varor			
- nationell upphandlingsannons	7815	535 194 150	99,83 %
- EU- upphandlingsannonser	1868	1 558 496 282	39,45 %
Tjänster			
- nationell upphandlingsannons	7377	3 559 275 210	99,71 %
- EU- upphandlingsannonser	1930	2 056 390 902	41,66 %
Byggentreprenader			
- nationell upphandlingsannons	4400	3 671 076 643	99,57 %
- EU- upphandlingsannonser	382	1 415 475 000	45,03 %
Annan upphandling ⁵			
- nationell upphandlingsannons	364	71 017 648	98,54 %

⁵ Nationella projektävlingar, byggkoncessioner och tjänstekoncessioner

Det har bedömts att lagstiftningen har ökat transparensen vid upphandling och generellt förbättrat nivån på upphandlingsförfarandet, men upphandlingsprocesserna har också förlängts och förfarandena har blivit mer komplicerade. De problem som förknippas med upphandlingslagstiftningen anses generellt bero på tillämpningen av lagen och inte så mycket på själva lagbestämmelserna. Rådgivningen har en stor betydelse för att förhindra fel och för att stödja utvecklingen av goda verksamhetsmodeller bland de upphandlande enheterna. Målet för upphandlingslagstiftningen var att minska antalet ansökningar till marknadsdomstolen genom att bestämma om exakta tröskelvärden, där ingen besvärsmöjlighet finns vid upphandling som understiger dessa tröskelvärden, dvs. vid småskalig upphandling. Den nya lagstiftningen har dock inte väsentligen påverkat antalet ansökningar i upphandlingsärenden till marknadsdomstolen.

Då statsrådets redogörelse behandlades i riksdagen fästes även uppmärksamhet vid hur rättsmedlen fungerar (EkUB 5/2009 rd). I ekonomiutskottets betänkande ses de långa behandlingstiderna i marknadsdomstolen som ett särskilt problem. Behandlingen av anhängiga ärenden i marknadsdomstolen borde i princip få ta högst sex månader. Den långa besvärprocessen och osannolikheten att sanktioner påförs kan även leda till missbruk av rättsmedlen. Enligt betänkandet är det också skäl att utreda om marknadsdomstolens behandlingsprocesser kan vidareutvecklas. Det nuvarande påföljdssystemet behöver förnyas eftersom flera expertinstanser har konstaterat att påföljder i det rådande läget är desto osannolikare ju grövre fel det är fråga om. När det gäller rättsskyddet konstateras det också i betänkandet att utskottet kräver att tillräcklig uppmärksamhet fästs vid rättsskyddsfrågor i samband med småskalig upphandling då rättsskyddssystemet förnyas.

Statsrådet ansåg i redogörelsen att nivån på de nationella tröskelvärdena på basis av den ettåriga granskningsperioden (1 juni 2007 – 31 maj 2008) i princip vara riktig och föreslog att en grundlig översyn av tröskelvärdena genomförs år 2010. Under riksdagsbehandlingen av redogörelsen framkom syn-

punkter såväl för att behålla tröskelvärdena lika som för att höja dem eller för att sänka dem. En betydande del av de sakkunniga som hördes i riksdagen stödde en höjning av tröskelvärdena.

I ekonomiutskottets betänkande konstateras att frågan om de nationella tröskelvärdena är en av de viktigaste frågorna med tanke på uppnåendet av målsättningen i upphandlingslagen. Enligt utskottets betänkande får de inte vara så höga att öppenheten i upphandlingen äventyras men heller inte så låga att upphandlingsförfarandet orsakar mera kostnader än nytta.

Riksdagen godkände med anledning av redogörelsen följande ställningstaganden (RSk 5/2009 rd):

1) Riksdagen förutsätter att regeringen kommer med en proposition till riksdagen om fördubbling av de nationella tröskelvärdena från början av 2010; 2) Riksdagen förutsätter att marknadsdomstolens resurser tryggas så att behandlingen av överklaganden i regel kan klaras av på högst sex månader; 3) Riksdagen förutsätter att regeringen utreder hur annonseringsförfarandet ska kunna tillämpas också vid småskalig upphandling.

2.2 Rättsskyddsdirektivet

Reformen av rättsmedelsdirektiven

Bestämmelser om rättsmedel vid offentlig upphandling finns i särskilda rättsmedelsdirektiv. Bestämmelser om rättsmedlen vid upphandling som hör till upphandlingsdirektivets tillämpningsområde finns i rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (*första rättsmedelsdirektivet*) 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 (*andra rättsmedelsdirektivet*).

I rättsmedelsdirektiven ingår bestämmelser om de minimikrav som de nationella rättsskyddsförfarandena ska uppfylla. Enligt de nuvarande rättsmedelsdirektiven måste pröv-

ningsmyndigheten ha befogenheter att påföra temporära åtgärder för att avbryta verkställigheten av ett upphandlingsbeslut samt befogenheter att undanröja den upphandlande enhetens lagstridiga beslut. I rättsmedelsdirektiven ingår också bestämmelser om den upphandlande enhetens skyldighet att betala skadestånd för sitt oriktiga förfarande till den part som lidit skada. Den behöriga domstolen ska uppfylla kraven för domstolar enligt artikel 234 i grundfördraget men i övrigt får medlemsstaten bestämma om systemet för överklagande nationellt.

Kommissionen gav i maj 2006 ett förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling. Det nya rättsskyddsdirektivet godkändes den 15 november 2007 och det publicerades den 20 december 2007 (EUT L 335, 20.12.2007, s. 31-46). Medlemsstaternas ska införliva direktivet som en del av den nationella lagstiftningen före den 20 december 2009.

Det viktigaste målet i rättsskyddsdirektivet är att effektivisera rättsmedlen innan upphandlingsbeslutet fattas. Om upphandlingskontraktet sluts omedelbart efter upphandlingsbeslutet har domstolen inte längre någon möjlighet att effektivt ingripa i upphandlingen. I situationer där upphandlingen har genomförts såsom direktupphandling utan konkurrensutsättning har rättsmedlen enligt rättsmedelsdirektiven varit ineffektiva. Kontraktsförhållandet mellan den upphandlande enheten och leverantören har i de flesta fall redan inletts i det skedet då de eventuella övriga anbudsgivarna får vetskap om upphandlingen, och överklagande kan inte längre leda till ett sådant slutresultat som vore tillfredsställande för sökanden.

Även EG-domstolen har krävt att den nationella lagstiftningen ska möjliggöra överklagande i upphandlingsbeslutet innan upphandlingskontraktet slutits så att ett felaktigt upphandlingsbeslut de facto kan upphävas. Rätten till skadestånd utgör inte i sig ett tillräckligt rättsmedel. I gemenskapens rättspraxis har det dessutom slagits fast att effektiva rättsmedel ska finnas tillgängliga i medlemsstaterna vid upphandlande enheters be-

slut som gäller frågan om upphandlingen hör till direktivens tillämpningsområde eller inte.

I enlighet med rättsskyddsdirektivet ska anbudssökande och anbudsgivare ha effektiva och snabba rättsmedel till sitt förfogande. Såsom rättsmedel kan i det första skedet användas ett förfarande för rättelseyrkande enligt direktivet i stället för ett domstolsförfarande.

Nya rättsmedel är bestämmelser om upphandlingskontraktets ogiltighet och möjligheten att använda administrativa sanktioner. Användningen av rättsmedel effektiviseras genom bestämmelser om väntetid som ska hindra att kontrakt sluts omedelbart efter beslutet.

Ogiltigheten gäller upphandlingar som överstiger EU-tröskelvärdena vid s.k. otillåten direktupphandling om den upphandlande enheten inte har publicerat en förhandsannonans enligt rättsskyddsdirektivet innan upphandlingskontraktet sluts. Den närmare utformningen av ogiltighetsregleringen bestäms nationellt. I stället för ogiltighet kan även alternativa administrativa påföljder tillämpas om kontraktets ogiltighet i ett enskilt fall är oskäligt.

Även sådan upphandling hotas av ogiltighet där väntetiden enligt direktivet inte har iakttagits innan kontraktet har slutits. En överträdelse av kravet på väntetid leder inte ensamt till hot om ogiltighet utan dessutom krävs andra överträdelser av upphandlingsdirektivet. Man kan dessutom avvika från ogiltighetspåföljden under vissa omständigheter som fastställs i direktivet.

Regleringen av väntetiden

Enligt artikel 2a i rättsskyddsdirektivet ska den upphandlande enheten iaktta en väntetid innan ett upphandlingskontrakt sluts. Denna period bör vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att upphandlingsbeslutet sändes till de berörda parterna om telefax eller elektroniska medel används och minst 15 kalenderdagar om andra kommunikationsmedel används, alltså i praktiken såsom ett vanligt brev. Väntetiden kan alternativt även räknas från och med dagen efter det att upphandlingsbeslutet har mottagits.

Då är minimitiden för väntetiden 10 kalenderdagar.

Reglering av väntetiden förutsätter förutom det tidsmässiga uppskovet dessutom att tillkännagivandet av upphandlingsbeslutet fyller de kvalitativa minimikrav som ställs i direktivet (artikel 2a.2). Såsom minimikrav förutsätts i direktivet, att tillkännagivandet av upphandlingsbeslutet innehåller för den ogillade anbudssökandens del uppgifter om omständigheter, utifrån vilka deltagandet i anbudsförfarandet har ogillats, och för den ogillade anbudsgivarens del uppgifter om omständigheter utifrån vilka anbudet har ogillats. Till en anbudsgivare som lämnat ett godtagbart anbud ska uppgift sändas om egenskaperna i det valda anbudet och dess relativa fördelar samt den valda anbudsgivarens namn. Dessutom ska i samband med upphandlingsbeslutet tydligt uttryckas hur lång den nationellt reglerade väntetiden är, dvs. perioden är under vilken kontrakt inte får slutas.

Anbudssökandena ska enligt rättsskyddsdirektivet anses vara berörda om den upphandlande myndigheten inte har lämnat information om avslaget på deras ansökan innan upphandlingsbeslutet ges till kännna. Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte före upphandlingsbeslutet har uteslutits från anbudsförfarandet definitivt. En anbudsgivare anses vara definitivt utesluten då uteslutandet inte längre kan överklagas eller då ett prövningsorgan har slagit fast att uteslutandet är lagligt.

Undantag från bestämmelserna om väntetiden

Medlemsstaterna får föreskriva undantag i bestämmelserna om väntetiden. Undantagen har uppräknats uttömmande i artikel 2b i rättsskyddsdirektivet. Undantagen kan införas i den nationella lagstiftningen på ett sådant sätt att det är de upphandlande enheterna som har prövningsrätten gällande deras tillämpning.

För det första kan medlemsstaterna föreskriva att väntetiden inte behöver iakttas om det inte krävs att ett föregående meddelande om upphandling ska publiceras i Europeiska

unionens officiella tidning. Möjligheten till undantag gäller sådana situationer enligt upphandlingsdirektivet där upphandlingen kan genomföras såsom en direktupphandling eller där det är fråga om sekundär tjänstepupphandling, dvs. upphandling av s.k. B-tjänster. Upphandlingsdirektivet och försörjningsdirektivet tillämpas på B-tjänster endast då det gäller de tekniska specifikationerna och skyldigheten att publicera en annons i efterhand.

Bestämmelser om direktupphandling ingår i artikel 31 i upphandlingsdirektivet och i artikel 40 i försörjningsdirektivet.

Den upphandlande enheten får göra en direktupphandling i följande fall: 1) inga anbud eller inga lämpliga anbud har lämnats i det anbudsförfarande som den upphandlande enheten ordnat före direktupphandlingen; 2) endast en bestämd leverantör kan genomföra upphandlingen av tekniska eller konstnärliga skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt; 3) upphandlingen är absolut nödvändig på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse; 4) upphandlingen av varor görs för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål; 5) upphandlingen avser varor som offererats och förvärvats på en varumarknadsplats eller upphandlingen av varor görs på synnerligen gynnsamma villkor hos en leverantör som slutgiltigt avslutar sin affärsverksamhet, såsom ett konkursbo; 6) upphandlingen av tjänster görs med vinnaren av en projekttävling i enlighet med projekttävlingens regler; 7) varupphandlingen är en tilläggsbeställning hos den ursprungliga leverantören för att antingen delvis ersätta gängse varuleveranser eller anläggningar, eller för att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar och byte av varuleverantör skulle medföra inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll eller det rör sig om kompletterande byggentreprenader eller tjänster som genom oförutsedda omständigheter har blivit nödvändiga för att de byggentreprenader eller tjänster som beskrivs i kontraktet ska kunna utföras och det sammanlagda värdet av kontrakt som avser kompletterande byggentreprenader eller tjänster inte överstiger 50 pro-

cent av det ursprungliga kontraktets värde; eller 8) det rör sig om nya byggentreprenader eller tjänsteupphandling som publicerats i annonsen för den ursprungliga upphandlingen och där det uppskattade värdet har ingått i kalkyleringen av det beräknade värdet för den ursprungliga upphandlingen.

Undantag från väntetiden kan också göras nationellt om det bara finns en enda anbudsgivare i upphandlingsförfarandet och upphandlingskontraktet sluts med denna anbudsgivare. Undantaget gäller i princip sådana situationer där den upphandlande enheten endast har fått in ett godtagbart anbud eller där de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna i ett tidigare skede i förfarandet definitivt utesluts från anbudsförfarandet.

Den tredje möjligheten för undantag från väntetiden gäller upphandlingskontrakt som baserar sig på ramavtal och upphandlingskontrakt som slutits på basis av ett dynamiskt inköpssystem. I så fall är det dock nödvändigt att nationellt föreskriva att reglerna om ogiltighet av upphandlingskontraktet tillämpas på konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal och på upphandling som grundar sig på ett dynamiskt inköpssystem om upphandlingens värde överstiger EU-tröskelvärdena. En ytterligare förutsättning är att det vid konkurrensutsättningen eller vid upphandlingen på basis av ett dynamiskt inköpssystem har begåtts överträdelser av de regler i upphandlingsdirektivet som gäller dessa förfaranden.

Bestämmelser om ramavtal ingår i artikel 32 i upphandlingsdirektivet och i artikel 14 i försörjningsdirektivet. Med ett ramavtal avses ett kontrakt som sluts mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för upphandlingskontrakt som sluts under en viss tidsperiod, såsom priser och planerade kvantiteter.

Den upphandlande enheten får göra en upphandling som baserar sig på ett ramavtal direkt av en leverantör eller av leverantörer som valts till ramavtalet om villkoren för ramavtalet hade fastställts då ramavtalet slöts. Om alla villkor i ramavtalet inte har fastställts, ska den upphandlande enheten konkurrensutsätta de enskilda upphandlingarna bland de leverantörer som valts till ram-

avtalet. I ett sådant fall begär den upphandlande enheten ett skriftligt anbud av sådana leverantörer som valts till ramavtalet som har förutsättningar att genomföra upphandlingen. En rimlig tid reserveras för att färdigställa anbuden och den upphandlande enheten väljer det bästa anbudet med tillämpning av de urvals- och jämförelsekriterier som framförts i anbudsförfrågan.

I försörjningsdirektivet ingår inga bestämmelser om konkurrensutsättning på basis av ramavtal. Den upphandlande enheten får sluta ett upphandlingskontrakt såsom direktupphandling med en leverantör som valts till ramavtalet.

Bestämmelser om dynamiska inköpssystem ingår i artikel 33 i upphandlingsdirektivet och i artikel 15 i försörjningsdirektivet. Ett dynamiskt inköpssystem är ett helt elektroniskt och tidsbegränsat förfarande för upphandling av sådant som vanligen används och finns allmänt tillgängligt på marknaden.

I motsats till ramavtal är ett dynamiskt inköpssystem under hela sin giltighetstid öppet för nya leverantörer. Ett dynamiskt inköpssystem inrättas genom en upphandlingsannons som publiceras i Europeiska unionens officiella tidning. Inom systemet ska upphandlingen konkurrensutsättas så att den upphandlande enheten inbjuder alla intresserade leverantörer att lämna ett preliminärt anbud för varje enskild upphandling som vid en viss tidpunkt har konkurrensutsatts. Den upphandlande enheten gör upphandlingsbeslutet till förmån för och sluter upphandlingskontraktet med den leverantör som har lämnat det bästa anbudet enligt de urvalskriterier som angivits i upphandlingsannonsen och eventuellt i förfrågningsunderlaget samt enligt de kriterier som ställts gällande anbudsgivarens lämplighet.

Ändringssökandets verkan på väntetiden

I artikel 2.3 i rättsskyddsdirektivet ingår bestämmelser om ändringssökandets förlängande verkan på väntetiden.

Om ett upphandlingsbeslut överklagas får den upphandlande enheten inte sluta upphandlingskontraktet innan prövningsmyndigheten antingen har avgett ett beslut om tem-

porära åtgärder eller avgjort huvudfrågan (ändringssökandets förlängande verkan på väntetiden dvs. automatisk suspension).

I rättsskyddsdirektivet ingår inga bestämmelser om hur lång den automatiska förlängningen ska vara. Även i sådana fall där en domstol har avgjort prövningsärendet innan väntetiden har löpt ut ska enligt direktivet väntetiden dock alltid iaktas i sin helhet.

Självrättelse av upphandlingsbeslut

Enligt artikel 1.5 i rättsskyddsdirektivet kan en medlemsstat i den nationella lagstiftningen kräva att den berörda först söker ändring i ett upphandlingsbeslut hos den upphandlande enheten genom självrättelse. Om självrättelse införs i den nationella lagstiftningen ska förfarandet på ett motsvarande sätt som vid bestämmelserna om väntetiden hindra att ett upphandlingskontrakt sluts.

Öppenheten vid direktupphandling

Genom rättsskyddsdirektivet eftersträvas en större öppenhet än vad som för närvarande är fallet vid direktupphandling innan upphandlingskontraktet sluts. I upphandlingsdirektivet ingår inget krav på annonsering av direktupphandlingar. Eftersom leverantörerna i regel inte får några uppgifter om upphandlingen i tillräckligt god tid är det svårt att bedöma direktupphandlingskriteriernas lagenlighet före upphandlingskontraktet sluts. Påföljderna i de nuvarande rättsmedelsdirektiven har igen ingen effekt efter att upphandlingskontraktet har slutits.

I rättsskyddsdirektivet avses med direktupphandling en upphandling där den upphandlande enheten inte är skyldig att publicera en upphandlingsannons i Europeiska unionens officiella tidning. I rättsskyddsdirektivets ingress konstateras att direktupphandling kan vara tillåten på de grunder som anges i artikel 31 i upphandlingsdirektivet och i artikel 40 i försörjningsdirektivet. Det kan också vara fråga om sekundär tjänsteupphandling eller upphandling av s.k. B-tjänster enligt upphandlings- eller försörjningsdirektivet.

Bestämmelser om förfarandet för annonser om direktupphandling ingår i artikel 2d.4 i rättsskyddsdirektivet. Den upphandlande enheten sänder en annons om en direktupphandling till Europeiska unionens officiella tidning för publicering. I artikel 3a i rättsskyddsdirektivet ingår bestämmelser om uppgifter som ska publiceras. I annonsen ska framgå, förutom den upphandlande enhetens namn och kontaktuppgifter, en beskrivning av föremålet för upphandlingen, uppgift om grunden för direktupphandlingen, uppgifter om leverantören med vilken upphandlingskontraktet har slutits, samt vid behov andra uppgifter som den upphandlande enheten anser nödvändiga. Kommissionen kommer att fastställa en blankett som ska användas i detta syfte. Upphandlingskontraktet kan först slutas när 10 kalenderdagar löpt från publiceringen av annonsen.

Det är frivilligt för den upphandlande enheten att publicera annonser om direktupphandling. I sådana fall där den upphandlande enheten inte publicerat en annons, behöver domstolen tillräckligt effektiva rättsmedel till sitt förfogande även efter att kontraktet har slutits. Såsom ett alternativ till bestämmelserna om öppenhet vid direktupphandling ingår i rättsskyddsdirektivet bestämmelser om upphandlingskontraktets ogiltighet. Bestämmelserna om den frivilliga annonsen om direktupphandling och bestämmelserna om kontraktets ogiltighet är alternativa såtillvida att publiceringen av förhandsannonsen och iakttagandet av väntetiden hindrar prövningsmyndigheten från att ogiltigförklara upphandlingskontraktet, fastän det vid en senare tidpunkt framkommer att inga grunder för direktupphandling förelåg. På motsvarande sätt, om den upphandlande enheten inte har publicerat en förhandsannons, ska ett olagligt direktupphandlingskontrakt ogiltigförklaras vid domstol.

Det bör noteras att den upphandlande enheten får göra direktupphandlingar även i sådana situationer där upphandlingen inte hör till upphandlingsdirektivets tillämpningsområde genom en uttrycklig undantagsbestämmelse eller om det är fråga om in house-upphandling enligt EG-domstolens rättspraxis, dvs. upphandling hos enheter anknutna till den upphandlande enheten. I fall som är öpp-

na för tolkning kan den upphandlande enheten enligt egen prövning lämna en annons för publicering även om en sådan direktupphandling och på så sätt skydda sig mot eventuella yrkanden om upphandlingskontraktets ogiltighet.

Bestämmelser om upphandlingskontraktets ogiltighet

I rättsskyddsdirektivet tas i bruk såsom ett nytt rättsmedel bestämmelser om upphandlingskontraktets ogiltighet. Bestämmelser om ogiltighet ingår i artikel 2d i rättsskyddsdirektivet.

I rättsskyddsdirektivet avses med ogiltighet att kontraktet av en domstol förklaras ha upphört så att parternas rättigheter och skyldigheter upphör att vara i kraft och upphandlingen på nytt kan öppnas för konkurrens. I rättsskyddsdirektivet bestäms inte det närmare innehållet i ogiltigheten utan den kan medlemsstaterna själva bestämma. Den prövningsrätt som medlemsstaterna lämnats syns bättre i direktivets vissa andra språkversioner än i finskan genom den terminologi som använts om påföljden (*ogiltighet*, *ineffectiveness*, *Unwirksamkeit*, *absence d'effets*). Till skillnad från den traditionella kontraktsrättsliga ogiltigheten (*pätemättömyys*) används i propositionens finska version uttrycket *hankintasopimuksen tehottomuus* (upphandlingskontraktet är utan verkan) vid ogiltighet som gäller upphandling.

Syftet med bestämmelserna om ogiltighet är att hindra lagstridig direktupphandling och att föreskriva effektiva påföljder i sådana situationer där inget frivilligt förhandsmeddelande gällande direktupphandlingen har publicerats. Kontraktets ogiltighet är det effektivaste sättet genom vilket upphandlingen kan tvingas till konkurrens och därmed skapa affärsmöjligheter för sådana leverantörer som på grund av den olagliga direktupphandlingen inte kunnat delta i upphandlingsförfarandet.

Bestämmelserna om kontraktets ogiltighet ska även tillämpas i de situationer där bestämmelserna om väntetiden inte har iakttagits om det dessutom i upphandlingsförfarandet skett någon annan överträdelse av be-

stämmelserna om förfarandet i upphandlingsdirektivet eller i försörjningsdirektivet som har påverkat möjligheterna för den sökande att vinna kontraktet.

Bestämmelserna om ogiltighet ska också tillämpas på konkurrensutsättning inom ramavtal som överstiger EU-tröskelvärdena och på upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena i ett dynamiskt inköpssystem om det med stöd av de nationella bestämmelserna varit möjligt att avvika från väntetiden.

Ett upphandlingskontrakt ska förklaras ogiltigt i ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande enheten. Det närmare innehållet i ogiltigheten har inte föreskrivits i rättsskyddsdirektivet. I den nationella lagstiftningen kan man införa bestämmelser om ogiltighet av kontraktsförpliktelse aningen retroaktiv (*ex tunc*) eller så att verkningarna av ogiltigheten begränsas till kontraktsförpliktelser som fortfarande är ouppfyllda (*ex nunc*). Om ogiltigheten i lagstiftningen begränsas till att gälla endast framtida förpliktelser, ska prövningsmyndigheten i ett sådant fall bestämma alternativa påföljder till ogiltighet i enlighet med rättsskyddsdirektivet.

Prövningsmyndigheten kan avvika från bestämmelserna om ogiltighet om det finns tvingande skäl i samband med ett allmänintresse att hålla kontraktet i kraft. Om dessa tvingande skäl hänför sig till ekonomiska intressen, bör kontraktets ogiltighet leda till oproportionerliga följder. Ekonomiska intressen som direkt hänför sig till upphandlingsförfarandet, såsom kostnader föranledda av dröjsmål vid konkurrensutsättning eller dröjsmål gällande föremålet för kontraktet, kan inte enligt direktivet godkännas såsom grund för undantag från bestämmelserna om ogiltighet.

Alternativa påföljder

Eftersom det i rättsskyddsdirektivet finns bestämmelser om undantag gällande ogiltighet finns det i direktivet även bestämmelser om alternativa påföljder till ogiltighet. Bestämmelserna om dem ingår i artikel 2e i rättsskyddsdirektivet.

De alternativa påföljderna har i direktivet uppräknats uttömmande. De alternativa påföljderna är en avgift som den upphandlande enheten åläggs betala eller en förkortning av kontraktperioden. I rättsskyddsdirektivet ingår en uttrycklig bestämmelse enligt vilken skadestånd inte kan användas som en alternativ påföljd.

De alternativa påföljderna ska tillämpas i stället för bestämmelserna om ogiltighet om kontraktet i ett enskilt fall inte kan förklaras ogiltigt på grund av tvingande skäl i samband med ett allmänintresse eller om kontraktets ogiltighet bara gäller framtida kontraktsförpliktelser (ex nunc). I det senare fallet är de alternativa påföljderna de facto tilläggsåtgärder som kompletterar ogiltigheten.

De alternativa påföljderna ska dessutom tillämpas såsom primära påföljder vid lindrigare överträdelser av bestämmelserna om väntetiden eller vid lindrigare överträdelser av bestämmelserna om den automatiska förlängningen av väntetiden.

De alternativa påföljderna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande men den närmare utformningen kan medlemsstaterna själva bestämma. Avgiften ska betalas till ett organ som är oberoende av den upphandlande enheten. Medlemsstaterna får avgöra om båda eller någotdera av direktivets alternativ tas i bruk nationellt. I enskilda fall kan prövningsorganet bestämma det närmare innehållet i påföljden.

Tidsfrister för ansökan om prövning

I artikel 2f i rättsskyddsdirektivet ingår bestämmelser om minimitidsfrister för ansökan om prövning vid upphandling där väntetiden tillämpas och om tidsfristen för yrkanden på rättsskydd som hänför sig till ogiltighet. Medlemsstaterna har frihet att införa bestämmelser om tidsfrister för ansökan om prövning i andra situationer.

Om en väntetid tillämpas på upphandlingen och en nationell tidsfrist för ansökan om prövning införs kräver rättsskyddsdirektivet att tidsfristen är minst lika lång som väntetiden. Tidsfristen för ansökan om prövning ska vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande

myndigheten sände ett svar, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar. Tidsfristen kan alternativt räknas från delfåendet av beslutet. Då är minimitidsfristen 10 kalenderdagar från mottagandet av upphandlingsbeslutet.

När det gäller regleringen av ogiltigheten får medlemsstaterna föreskriva att en ansökan om prövning gällande ett upphandlingskontrakt som slutits genom direktupphandling ska göras inom 30 dagar från och med dagen efter det att annonsen i efterhand om direktupphandlingen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning.

Om det inte är nödvändigt att iaktta en väntetid med stöd av en nationell undantagsbestämmelse kan tidsfristen på 30 dagar avsedd för ogiltighetstalan också räknas från den dag då de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena har meddelats om att ett upphandlingskontrakt har slutits. I meddelandet ska ingå för varje anbudssökande vars ansökan avslagits skälen till att ansökan inte har godtagits och för varje anbudsgivare vars anbud förkastats skälen till att anbudet inte har godtagits. Till anbudsgivaren som lämnat ett godtagbart anbud bör uppgifter sändas om det valda anbudets egenskaper och relativa fördelar samt den valda anbudsgivarens namn.

Medlemsstaterna får dessutom ta i bruk en sex månaders maximitidsfrist under vilken ett ärende senast måste anhängiggöras vid en domstol. Maximitidsfristen räknas från det att upphandlingskontraktet har slutits.

Rättsmedlen inom försörjningssektorerna

Rättsmedlen vid upphandling inom försörjningsdirektivets tillämpningsområde är i stor utsträckning sammanfallande med de rättsmedel som finns vid upphandling inom upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Regleringen i rättsskyddsdirektivet av väntetiden gäller upphandling inom försörjningssektorerna förutom när det gäller möjligheten att avvika från väntetiden i konkurrensutsättning som baserar sig på ramavtal. Inom försörjningssektorerna förutsätts ingen konkur-

rensutsättning vid upphandling som baserar sig på ramavtal. Bestämmelserna i rättsskyddsdirektivet som gäller direktupphandlingens öppenhet, kontraktens ogiltighet och alternativa påföljder gäller också försörjningssektorerna.

I rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna har ett frivilligt granskningsförfarande och ett medlingsförfarande funnits som rättsmedel vilka endast gällt försörjningssektorerna. I granskningsförfarandet har de upphandlande enheterna regelbundet kunnat låta granska sina upphandlingsförfaranden och rutiner för att få ett intyg över att förfarandena och rutinerna vid granskningstidpunkten stämde överens med gemenskapens upphandlingsregler. Intyget har kunnat utfärdas av ett opartiskt och av den upphandlande enheten oberoende organ. I medlingsförfarandet å sin sida har medlare som valts av kommissionen och de berörda parterna avgjort det bestridda upphandlingsförfarandet såsom ett slags skiljeförfarande. Dessa rättsmedel har nästan inte alls tillämpats i medlemsstaterna och bestämmelserna om dem har upphävts genom rättsskyddsdirektivet.

I Finland har ovan avsedda förfaranden inte varit i bruk.

Kommissionens korrigeringsmekanism

Förutom det nationella förfarandet för ansökan om prövning kan kommissionen dessutom ingripa i ett enskilt upphandlingsförfarande som är i strid med upphandlingsdirektivet genom att använda en korrigeringsmekanism.

I korrigeringsförfarandet meddelar kommissionen först medlemsstaten grunderna med stöd av vilka den anser att överträdelser av bestämmelserna i upphandlingsdirektivet har skett. Därefter ska medlemsstaten inom 21 dagar lämna ett svar till kommissionen. I svaret ska medlemsstaten ange på vilket sätt det felaktiga förfarandet har rättats eller framföra orsaker till att ingen rättelse har gjorts. Rättelsen kan ha lämnats ogjord t.ex. för att ärendet är anhängigt i ett nationellt prövningsförfarande. I sådana fall ska medlemsstaten vid en senare tidpunkt meddela kommissionen om domstolens beslut. Som

ett tredje alternativ i korrigeringsförfarandet finns avbrott i upphandlingsförfarandet antingen genom åtgärder av den upphandlande enheten eller av prövningsmyndigheten. I ett sådant fall ska medlemsstaten meddela kommissionen om avbrottet och dessutom om eventuella fortsatta åtgärder, såsom att ett nytt upphandlingsförfarande har inletts.

Kommissionens korrigeringsförfarande ingick redan i rättsmedelsdirektiven, men i rättsskyddsdirektivet har dess tillämpning begränsats till grova överträdelser av gemenskapsrätten. Bestämmelserna om korrigeringsförfarandet kräver inte nödvändigtvis nationella införlivningsåtgärder.

2.3 EG-domstolens rättspraxis

Bestämmelser EG-domstolens rättspraxis som gäller rättsmedlen vid upphandling och de tidigare rättsmedelsdirektiven har beaktats i rättsskyddsdirektivets. EG-domstolens rättspraxis i frågor som gäller rättsmedelsdirektiven och rättsmedelssystemet har beskrivits närmare i justitieministeriets och arbets- och näringsministeriets arbetsgruppsbetänkande "Reformering av rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling" (Arbetsgruppsbetänkande 2008:6).

Frågan om effektiv ansökan om prövning och området för de avgöranden som är föremål för ansökan om prövning har behandlats bl.a. i EG-domstolens dom i målet C-81/98 (*Alcatel Austria m.fl.*), i målet C-26/03 (*Stadt Halle*) samt i målet C-92/00 (*Hospital Ingenieure*). I domarna har det bl.a. slagits fast att alla sådana beslut av upphandlande enheter som kan ha rättsverkningar med avseende på en upphandling som hör till upphandlingsdirektivets materiella tillämpningsområde kan anses vara överklagbara beslut. Detta är fallet oberoende av om beslutet fattats utanför den officiella upphandlingsprocessen eller i samband med den. Delvis som en följd av dessa domar har bestämmelsen om en 21 dagars väntetid under vilken kontrakt inte får ingås införts i den gällande nationella upphandlingslagstiftningen.

Upphandlingskontraktets ogiltighet har behandlats i EG-domstolens avgörande i de kombinerade målen C-20/01 och C-28/01

(kommissionen v. Tyskland) samt i målet C-503/04 (kommissionen v. Tyskland). I det sistnämnda avgörandet ansåg EG-domstolen att medlemsstaten inte hade genomfört tillräckliga åtgärder för att påföra sanktioner för kontrakt som i strid med upphandlingsdirektivet inte hade publicerats, emedan medlemsstaten inte hade vidtagit åtgärder för att upphäva ett upphandlingskontrakt som varken publicerats eller konkurrensutsatts.

I domen i målet C-470/99 (*Universale-Bau m.fl.*) har domstolen tagit ställning till tidsfristerna för ansökan om prövning vid offentlig upphandling. Enligt domen äventyras uppnåendet av målsättningen för rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG ifall anbudssökandena och anbudsgivarna i vilket skede som helst kan åberopa överträdelser av upphandlingslagstiftningen och tvinga de upphandlande enheterna att inleda hela processen för att rätta till överträdelserna. I domen i målet C-327/00 (*Santex*) konstaterade EG-domstolen dessutom att den nationella domstolen i varje enskilt fall måste avgöra om sökanden, med beaktande av ärendets särskilda omständigheter, haft till sitt förfogande en tillräckligt lång tid för ansökan om prövning.

Godtagbarheten av temporära arrangemang har på generell nivå behandlats i EG-domstolens mål C-6/05 (*Medipac*). I målen C-59/00 (*Bent Moustén Vestergaard*), C-324/98 (*Telaustria*), C-231/03 (*Coname*) samt C-458/03 (*Parking Brixen*) har domstolen behandlat den gemenskapsrättsliga ställningen för sådana upphandlingskontrakt som står utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. I domarna har det bl.a. slagits fast att trots att vissa kontrakt om offentliga upphandlingar faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde ska de upphandlande enheter som sluter sådana kontrakt i varje fall följa de grundläggande rättsnormerna i EG-fördraget.

2.4 Utländsk lagstiftning

Rättsskydd vid offentlig upphandling

Arbetsgruppen för reformen av rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling

(JUHO- arbetsgruppen) genomförde under beredningen av sitt principbetänkande en internationell jämförelse av utländska system för rättsskydd vid offentlig upphandling. Arbetsgruppens internationella jämförelse ingår i det principbetänkande som nämns ovan i punkt 2.3.

Efter den internationella jämförelse som arbetsgruppen genomförde följde man fram till sommaren 2009 upp läget för rättsskyddssystemen för offentlig upphandling utomlands. I jämförelsen ingick Sverige, Danmark, Norge, Tyskland, Estland och Storbritannien. De olika ländernas rättskultur och rättssystem avviker från varandra, varför det är svårt att dra långt gående slutsatser på basis av jämförelsen. Vissa mera generella anmärkningar kan dock göras.

För det första kan man notera att det i relativt många länder parallellt med systemet för rättsskydd vid offentlig upphandling har inrättats en myndighet för tillsyn av offentlig upphandling. En tillsynsmyndighet i en eller annan form finns i nästan alla länder i undersökningen.

Ett annat rätt allmänt element i de olika ländernas system är ett förlikningsorgan för offentlig upphandling. I så gott som alla länder i undersökningen har parallellt med det officiella rättsskyddssystemet ett mindre formellt förfarande skapats för att lösa tvister som hänför sig till offentlig upphandling. I praktiskt taget alla länder är förlikning för parterna i tvisten dock endast ett frivilligt sätt att lösa tvister. Förlikning som ett obligatoriskt första steg i rättsskyddsförfarandet förekom inte.

De påföljder som kan användas inom det officiella rättsskyddsförfarandet varierar rätt mycket från land till land. I Sverige och Tyskland har användningen av påföljder krävt att skada har lidits. I sådana fall ska sökandena bevisa att de har lidit skada eller att de kommer att lida skada som en följd av den upphandlande enhetens oriktiga förfarande. Gottgörelse sådan som den förekommer i Finlands system förekom inte i de andra länderna i undersökningen. I Estland och Storbritannien har anbudsgivarens verkliga möjligheter att vinna anbudsförfarandet bundits vid bestämmelserna om skadestånd, men den nämnda förutsättningen beaktas uttryckligen

denna väg. I alla andra länder än i Danmark ska skadeståndsyrkanden framläggas i under-rätten.

I merparten av länderna är väntetiden vid upphandlingskontrakt 10 dagar från delgivningen av beslutet. I de flesta länderna är väntetiden alltså kortare än i Finland.

Den automatiska förlängningen av väntetiden under vilken kontrakt inte får slutas är tydligast i bruk i Tyskland, där ändringssökande hos domstol har en förlängande verkan under två veckors tid efter det att besvären har kommit in, varefter verkan kan förlängas ytterligare genom domstolens beslut. Domstolen ska avgöra ett anhängiggjort upphandlingsärende inom fem veckor. Tiden kan dock förlängas genom domstolens eget avgörande.

I Tyskland har alltså ikraftträdandet av den automatiska förlängningen uttryckligen bundits vid den tidpunkt då den upphandlande enheten fått vetskap om besväret.

I Storbritannien får den upphandlande enheten igen inte sluta upphandlingskontraktet innan domstolens avgörande är klart om den fått vetskap om att ett besvärärförande som gäller upphandlingen har inletts under väntetiden. I Storbritannien har förlängningen genomförts på ett litet annorlunda sätt men när det gäller slutresultatet motsvarar regleringen i stort sett Tysklands system.

För själva processens del fästs uppmärksamheten särskilt vid behandlingstidernas längd och regleringen som gäller dem. I alla länder som var föremål för undersökningen är behandlingstiderna i upphandlingsärenden bara en bråkdel av vad de nuförtiden är i Finland. I de flesta fall tar beslutet i den första instansen från några veckor till några månader.

Av de länder som ingick i jämförelsen i samband med genomförandet av rättsskyddsdirektivet färdigställdes i Sverige i juli 2009 ett förslag till ändringar av bestämmelserna om offentlig upphandling (Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, Departementsserien 2009:30). I förslaget ingår införande av ogiltighetspåföljd i samband med olaglig direktupphandling liksom i situationer då en upphandlande enhet har brutit mot bestämmelserna om väntetid (avtalsspärr) och någon annan bestämmelse som gäller of-

fentlig upphandling. Väntetiden ska vara 10 eller 15 dagar efter att underrättelse om ett tilldelningsbeslut har skickats, beroende på den upphandlande enhetens kommunikationssätt. Rättsverkningarna av att ett avtal förklaras ogiltigt ska enligt förslaget avgöras med stöd av allmänna avtals- och skadeståndsrättsliga principer. Ett avtal som drabbats av en ogiltighetsgrund, ska få bestå om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Som en alternativ sanktion till ogiltigförklaring föreslås i Sverige införande av en administrativ sanktionsavgift (marknadsskadeavgift). Sanktionsavgiften ska kunna påföras i situationer där ett upphandlingsavtal inte kan förklaras ogiltigt av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Sanktionsavgiften ska också kunna påföras för andra överträdelser än dem som avses i rättsskyddsdirektivet. Sanktionsavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 5 000 000 kronor. Avgiften får dock inte överstiga 10 procent av upphandlingens värde. Påförandet av en ogiltighetspåföljd ska krävas av Konkurrensverket hos behörig domstol (länsrätterna, senare förvaltningsdomstolarna). Bestämmelserna enligt förslaget föreslås träda i kraft den 1 juni 2010.

I Norge tillsattes en kommitté för att bereda genomförandet av rättsskyddsdirektivet i december 2008. Avsikten är att kommittén slutför arbetet med betänkandet senast i januari 2010. Efter kommittébetänkandet ska ännu en regeringsproposition framläggas som ska sändas för remissyttranden. I Norge är målsättningen att den nya lagstiftningen kan godkännas under hösten 2010. Då kunde lagstiftningen träda i kraft i januari 2011.

I Storbritannien har ordnats två tillfällen för hörande i anslutning till genomförandet av rättsskyddsdirektivet. Det andra tillfället avslutades i juli 2009. I samband med det fick de hörda bedöma även de preliminära förslagen till bestämmelser för genomförandet. I de preliminära förslagen till bestämmelser har man utgått från att ogiltighetspåföljden ska gälla endast kommande avtalsförpliktelser och att som alternativ till ogiltighetspåföljden ska införas såväl påföljdsavgift som förkortning av kontraktperioden. I förslagen till bestämmelser har man utgått ifrån att påföljderna ska vara effektiva, pro-

portionella och övertygande och att domstolen i enskilda fall genom prövning ska avgöra hur detta uppnås. Enligt förslagen till bestämmelser ska de delgivningar som behövs i upphandlingsförfarandet kunna ges såväl elektroniskt som på andra sätt. Väntetiden ska motsvara minimitiderna enligt direktivet. I förslagen till bestämmelser föreslås också att undantag från iakttagandet av väntetiden som direktivet ger möjlighet till ska genomföras i sin helhet. Efter hörandet fortsätter beredningen av det nationella genomförandet. Uppgifter om den avsedda tidpunkten för lagstiftningens ikraftträdande finns ännu inte tillgängliga.

I Tyskland trädde lagstiftningen för genomförande av rättsskyddsdirektivet i kraft i april 2009. I den nya lagstiftningen i Tyskland har införts ogiltighet som gäller hela kontraktperioden. Ogiltighetspåföljden gäller utöver brott mot bestämmelserna om väntetid även olaglig direktupphandling. Ogiltighet i samband med ett väntetidsbrott ska krävas inom 30 kalenderdagar från den dag den som söker rättsskydd fick kännedom om överträdelsen. Ett sådant krav ska dock framföras senast inom 6 månader efter att kontraktet har slutits. Om en anmälan om direktupphandling har gjorts innan upphandlingsavtalet slöts, ska påföljd krävas inom 30 kalenderdagar efter att en annons har publicerats i EU:s officiella tidning. Eftersom ogiltigheten är så här omfattande finns i den tyska upphandlingslagen inga bestämmelser om förkortning av kontraktperioden eller om administrativa påföljdsavgifter. Ogiltighetsbestämmelserna påverkar inte upphandlingsförfarandets skadeståndsbestämmelser, som kvarstår som förut. Väntetiden är 15 kalenderdagar efter att de uppgifter som förutsatts i direktivet har sänts till anbudssökanden eller anbudsgivaren. Vid elektronisk delgivning förkortas tiden till 10 kalenderdagar. Väntetiden börjar löpa den dag som följer efter den dag då uppgifterna sändes.

Nationella tröskelvärden

Även när det gäller nationella tröskelvärden har som jämförelseländer använts Sveri-

ge, Danmark, Norge, Estland, Storbritannien och Tyskland.

I Sverige finns för närvarande inga i lag bestämda nationella tröskelvärden. Direktupphandling kan göras vid värdemässigt små upphandlingar eller om det annars finns en särskild orsak till direktupphandlingen. De upphandlande enheterna ska vid behov utarbeta egna anvisningar för direktupphandling. I det förslag till ändring av bestämmelserna om offentlig upphandling (Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, Departementsserien 2009:30), som blev klart i juli 2009 föreslås det att en upphandling i fortsättningen kan göras som direktupphandling, om upphandlingens värde är lägre än 15 procent av EU-tröskelvärdet för varu- och tjänsteupphandling (1 911 155 SEK, varav 15 procent är ca 286 000 SEK, dvs. ca 26 000 euro). Det nya tröskelvärdet ska gälla alla varu- och tjänsteupphandlingar samt byggentreprenader. Inom försörjningssektorerna ska direktupphandling på motsvarande sätt vara möjlig, om värdet av upphandlingen är lägre än 15 procent av EU-tröskelvärdet för varu- och tjänsteupphandling inom försörjningssektorerna (3 822 209 SEK, varav 15 procent är ca 573 000 SEK, dvs. ca 52 000 euro).

I Danmark är det nationella tröskelvärdet för varu- och tjänsteupphandling 500 000 DKK (ca 68 000 euro). För byggentreprenader har inte fastställts något nationellt tröskelvärde, men den nationella lagstiftningen tillämpas också på byggentreprenader som understiger EU-tröskelvärdena. Vid byggentreprenader kan den upphandlande enheten låta bli att publicera en upphandlingsannons om det uppskattade värdet understiger 3 000 000 DKK (ca 405 000 euro), men enheten är annars skyldig att följa de nationella upphandlingsförfarandena enligt lagen.

I Norge höjdes det nationella tröskelvärdet 200 000 kronor till 500 000 kronor (ca 57 000 euro) år 2005. Det nationella tröskelvärdet gäller varor, tjänster och byggentreprenader.

I Estland är det nationella tröskelvärdet för varu- och tjänsteupphandling 40 000 euro och för byggentreprenader 250 000 euro.

I Storbritannien finns ingen särskild lagstiftning om upphandling som understiger

EU-tröskelvärde. Vid sådan upphandling ska de upphandlande enheterna dock iaktta de målriktlinjer som har dragits upp för offentlig upphandling. Med tanke på den nytta som uppnås genom konkurrensutsättning har de upphandlande enheterna bl.a. anvisats att annonsera om upphandlingen i tillräcklig omfattning.

Inte heller i Tyskland tillämpas bindande nationella tröskelvärden på förbundsstatsnivå. Delstaterna har dock föreskrivit om tröskelvärden för tillämpningen av begränsat förfarande och förhandlat förfarande. Variationsintervallen för de tröskelvärden som har ställts upp i delstaterna är stor, 40 000–300 000 euro.

3 Målsättning och de viktigaste förslagen

3.1 Allmän målsättning

Syftet med propositionen är att genomföra rättsskyddsdirektivet nationellt och att i samband med genomförandet av direktivet utveckla det nationella systemet för överklagande så att rättsmedlen är klara och effektiva både tidsmässigt och med avseende på innehåll. Rättsskyddssystemet bör garantera de berörda rättsskydd men också de upphandlande enheternas verksamhetsförutsättningar.

Utgångspunkten i propositionen har varit att rättsmedlen i de föreslagna lagarna så långt som möjligt bygger på den existerande upphandlingslagstiftningen. De förslag som bygger på den nuvarande lagstiftningen har motiverats i regeringens proposition RP 50/2006 rd och i fråga om de bestämmelser som har ändrats i riksdagen även i ekonomisk utskottets betänkande EkUB 26/2007 rd. Dessa motiveringar har inte upprepats i denna proposition.

De nya rättsmedlen i direktivet – reglering om ogiltighet, gottgörelse och förkortning av kontraktperioden – föreslås bli genomförda på ett sådant sätt att det spelrum som direktivet tillåter blir utnyttjat. De nya rättsmedlen

kommer i alla fall i praktiken att leda till att påföljdssystemet blir strängare.

De nya påföljderna föreslås gälla upphandling som hör till tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven och som överstiger EU-tröskelvärdena. Påföljderna ska alltså inte tillämpas på tjänstekoncessioner eller på utrikesförvaltningens upphandlingar som grundar sig på utvecklingssamarbetsavtal enligt 7 § 1 mom. 3 a punkten och 2 mom. i upphandlingslagen, även om värdet av dessa upphandlingar överstiger EU-tröskelvärde.

Vid sekundär upphandling, dvs. vid upphandling av s.k. B-tjänster tillämpas upphandlingsdirektiven endast till den del det är fråga om tekniska specifikationer och annonser i efterhand.

För närvarande tillämpas på primära tjänster, dvs. A-tjänster och B-tjänster, enligt den nationella lagstiftningen huvudsakligen samma upphandlingsförfaranden. Bl.a. direktupphandling får även i fråga om B-tjänster endast göras på de grunder som föreskrivs i lagen. Fastän rättsskyddsdirektivet inte kräver att bestämmelserna om upphandlingskontraktets ogiltighet och de alternativa påföljderna utsträcks till att gälla även B-tjänster, gäller EG-domstolens rättspraxisprincip om effektivt överklagande innan upphandlingskontraktet sluts även B-tjänster som hör till upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Väntetiden och det påföljdssystem som hänför sig till den möjliggör ett effektivt överklagande. Även det upphandlingsförfarande som den nationella lagstiftningen kräver stöder det att effektivare rättsmedel tillämpas på överträdelser som skett vid upphandling av B-tjänster. Med beaktande av B-tjänsternas natur föreslås för dessa tjänster såsom nya påföljder gottgörelse och förkortning av kontraktperioden i sådana situationer där bestämmelserna om upphandlingskontraktets ogiltighet i första hand hade tillämpats om det varit fråga om upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena.

I och med genomförandet av rättsskyddsdirektivet ökar urvalet av påföljder som kan tillämpas vid upphandlingsärenden. Behovet av lagstiftning som beaktar påföljdernas sammanlagda effekt ökar eftersom den sammanlagda effekten av olika påföljder i ett enskilt tillämpningsfall kan bli oskäliga antingen

en för den upphandlande enheten eller för dess kontraktspart. I propositionen föreslås, såsom kompletterande bestämmelser till rättsskyddsdirektivet, bestämmelser om påföljdernas sammanlagda effekt. När påföljder påförs ska den sammanlagda effekten av de ekonomiska konsekvenserna beaktas i synnerhet med hänsyn till den upphandlande enhetens eller dess kontraktsparts ekonomiska bärkraft eller verksamhetsförutsättningar.

I propositionen föreslås inga ändringar i skadeståndsbestämmelserna vid upphandlingsärenden. Det är befogat att skadeståndspåföljden och den bedömning som hör till skadeståndet, såsom för närvarande är fallet, även i fortsättningen är en påföljd som hålls isär från den rättsliga bedömningen av upphandlingsförfarandet eller upphandlingsbeslutet och som hör till underrätternas behörighet.

För att genomföra rättsskyddsdirektivet har de nya påföljderna i propositionen begränsats till upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena. På basis av de erfarenheter som fås in av systemet är det möjligt att vid en senare tidpunkt överväga att utsträcka påföljderna även till sådan upphandling som överstiger de nationella tröskelvärdena vilket skulle göra rättsskyddssystemet mera övergripande. På samma grund är det skäl att ännu särskilt utreda frågan om att inrätta en tillsynsmyndighet och uppgifterna för denna myndighet.

I propositionen föreslås att upphandlingsärenden även i fortsättningen behandlas i marknadsdomstolen. Fastän upphandling som överstiger de nationella tröskelvärdena och upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena i viss mån behandlas olika i upphandlingslagstiftningen är de rättsliga frågorna dock i grund och botten liknande. Den rättssäkerhet som följer av en enhetlig rättspraxis får inte försvagas genom att överföra behandlingen av upphandlingsärenden från en specialdomstol till någon annan domstol eller till några andra domstolar. Decentraliseringen till alla förvaltningsdomstolar följer nog de riktlinjer som en längre tid varit i kraft för förvaltningsdomstolarna, men detta alternativ borde tydligt förbättra ärendenas behandling i förhållande till marknadsdomstolen eller i förhållande till andra arrange-

man för att vara ett verkligt alternativ. Med beaktande av de varierande resurserna och den nuvarande arbetssituationen i förvaltningsdomstolarna förefaller det inte vara sannolikt att man kunde garantera en sak-kunnig och snabb behandling av upphandlingsärenden bättre än i marknadsdomstolen.

Syftet med propositionen är också att öka effektiviteten av det nationella systemet för ändringssökning. Särskilt behandlingstiderna vid upphandlingsärenden borde permanent kunna förkortas från de nuvarande. Då övergår också tyngdpunkten vid påförande av påföljder till användning av realmedel. I den situation som pågått i flera år de senaste åren har behandlingstiden varit för lång i marknadsdomstolen, men inte heller fortsatta besvär har kunnat behandlas effektivare tidsmässigt. Behandlingstiden är i stor utsträckning en resursfråga. Med propositionen eftersträvas klarare och bättre förutsättningar för användning av olika domarsammansättningar i marknadsdomstolen.

Målsättningen för propositionen är också att förenkla rättsskyddssystemet. De upphandlande enheterna föreslås mer flexibelt själva kunna rätta de fel som uppstått i beslutsfattandet. Systemet för rättelse av tydliga fel som begåtts i upphandlingsförfarandet kan utvecklas på basis av den nuvarande lagstiftningen. I praktiken lämpar sig systemet för rättelse enligt förvaltningslagen för upphandlingsförfaranden åtminstone vid rättelse av de mer tekniska felen. Vid sakfel och vid fel i förfarandet är det problematiska att en rättelse ofta kräver samtycke av den part till vars skada beslutet ändras. Följden av kravet på samtycke kan i olika tillämpningssituationer leda till mycket olika tolkningar.

I propositionen föreslås ett lättare sätt för korrigering av fel som skett i de upphandlande enheternas beslut i upphandlingsförfarandet, dvs. upphandlingsrättelse. Upphandlingsrättelsen föreslås vara ett rättelsemedel som är tillgängligt för alla upphandlande enheter och som den upphandlande enheten också får använda på eget initiativ. Ändringen försämrar inte märkbart de olika parternas ställning i upphandlingsförfarandet eftersom det nya upphandlingsbeslutet som fattas som en följd av ett rättelseyrkande är överklagbart till marknadsdomstolen.

I och med den nya upphandlingsrättelsen kan överlappande rättsmedel avlägsnas så att kommunal- eller förvaltningsbesvär förbjuds i sådana upphandlingsärenden som hör till marknadsdomstolens behörighet. I småskalig upphandling som faller utanför marknadsdomstolens behörighet föreslås dock att allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel även i fortsättningen får användas. Det föreslås vidare att fortsatta besvär i upphandlingsärenden begränsas så att det inte längre är möjligt att söka ändring i marknadsdomstolens beslut i verkställighetsärenden genom besvär till högsta förvaltningsdomstolen.

Målsättningen för propositionen är också att garantera verksamhetsförutsättningarna för de upphandlande enheterna medan ansökan om prövning behandlas vid domstolen. Väntetiden enligt rättsskyddsdirektivet kommer att leda till att ansökan om prövning automatiskt förlänger perioden under vilken det inte är tillåtet att sluta upphandlingskontraktet. Eftersom ett upphandlingskontrakt som slutits i strid med lagstiftningen leder till att en sanktion måste påföras den upphandlande enheten, är det i fortsättningen nödvändigt att säkerställa att den upphandlande enheten snabbt får veta att en ansökan om prövning förts till marknadsdomstolen. I propositionen strävar man efter att uppnå detta mål genom att kräva att ändringssökanden meddelar den upphandlande enheten om ändringssökningen.

Behovet för beslut om temporära åtgärder i marknadsdomstolen bör också i mån av möjlighet begränsas. Nuförtiden har ett förfarande blivit vanligt som inte har stöd i lagstiftningen där den upphandlande enheten frivilligt ger en förbindelse om att den inte sluter upphandlingskontraktet medan behandlingen i marknadsdomstolen pågår. Förfarandet har visat sig fungera bra och därför föreslås i propositionen att det införs i lagen. Målet är att marknadsdomstolen som en följd av den upphandlande enhetens förbindelse inte utan särskilda orsaker utfärdar ett temporärt förbud mot verkställigheten av upphandlingskontraktet.

Trots ansökan om prövning i ett upphandlingsärende har den upphandlande enheten ofta behov av att ordna upphandlingen under tiden för behandlingen av ansökan om pröv-

ning. Behovet kan grunda sig på en lagstadgad förpliktelse eller upphandlingens natur kan i övrigt var sådan att det inte är möjligt att uppskjuta den medan behandlingen av ansökan om prövning pågår. Därför föreslås i propositionen att den upphandlande enheten får ordna upphandlingen genom temporära arrangemang medan behandlingen av ansökan om prövning pågår.

Genom propositionen försöker man även förbättra förutsättningarna att använda elektroniska kommunikationsmedier både i upphandlingsförfarandet och medan behandlingen av ansökan om prövning pågår. I propositionen föreslås att upphandlingsbeslutet lättare än för närvarande kan delges elektroniskt så att beslutet delges genom att använda den elektroniska kontaktuppgift som anbudssökanden eller anbudsgivaren har meddelat. På motsvarande sätt föreslås att marknadsdomstolens beslut delges den överklagande och den upphandlande enheten.

Propositionen innehåller också ett förslag om en fördubbling av de nationella tröskelvärdena i enlighet med riksdagens ställningstagande om redogörelsen för upphandlingslagen, förutom när det gäller byggentreprenader och byggkoncessioner, där man föreslår en mindre höjning av tröskelvärdet, från 100 000 euro till 150 000 euro. Genom en höjning av tröskelvärdena försöker man undanröja olägenheterna på grund av låga tröskelvärden och den förpliktelse att tillämpa upphandlingslagen dessa orsakar speciellt små upphandlande enheter och små företag.

Speciellt de organisationer som representerar företagen inom branschen motsatte sig i sina yttranden relativt enhälligt en höjning av tröskelvärdet för byggentreprenader och byggkoncessioner. I yttrandena betonades att de nationella tröskelvärdena inom byggbranschen betydligt har ökat öppenheten vid upphandling och att små och medelstora företags möjligheter att delta i den offentliga sektorns konkurrensutsättningar klart har förbättrats. På grundval av yttrandena och med tanke på det nuvarande ekonomiska läget har man ansett det ändamålsenligt att föreslå att tröskelvärdet för entreprenader höjs mindre än de övriga tröskelvärdena och att inom denna sektor betona den öppenhet som tillämpning-

en av upphandlingslagstiftningen har medfört för företagen inom branschen.

Förslagen i propositionen gäller endast småskalig upphandling, dvs. upphandling som understiger det nationella värdet och som står utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde när det gäller förslaget om upphandlingsrättelse. Till övriga delar kan rättsmedlen vid småskalig upphandling bedömas i det fortsatta arbetet i arbetsgruppen som bereder reformen av rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling som behandlas närmare nedan i punkt 5.1.

3.2 De viktigaste förslagen

Det föreslås att rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling ändras både för att genomföra rättsskyddsdirektivet och för att i övrigt effektivisera rättsskyddssystemet. Förslagen är i stor utsträckning lika både för upphandling som hör till upphandlingslagens tillämpningsområde och för upphandling som hör till försörjningslagens tillämpningsområde.

De viktigaste ändringarna med tanke på rättsskyddsdirektivet är ändringarna i påföljdssystemet dvs. nya bestämmelser om kontraktens ogiltighet och i vissa fall alternativa påföljder till ogiltigheten – en administrativ påföljd (gottgörelse) och förkortning av kontraktperioden. Genom rättsskyddsdirektivet effektiviseras även bestämmelserna om väntetiden. Vissa undantag från väntetiden föreskrivs för vissa förfaranden men då kan ogiltighetspåföljden i de flesta fall tillämpas mot upphandlingskontraktet. På grund av bestämmelserna om väntetiden föreslås att innehållet i upphandlingskontrakten preciseras och särskilda bestämmelser införs om situationer där den upphandlande enheten inte är skyldig att fatta ett upphandlingsbeslut. Det föreslås att man beaktar det ökade behovet av klarhet som följer av rättsskyddsdirektivet vid användningen av rättsmedel som hänför sig till bestämmelserna om väntetiden i bestämmelserna som gäller uppkomsten av upphandlingskontrakt.

I och med reformen av rättsmedlen anhängiggörs upphandlingsärenden genom besvär i

stället för genom ansökan. Bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen tillämpas parallellt med bestämmelserna i upphandlingslagen. Bestämmelserna om besvär i förvaltningsprocesslagen kräver tydligare än i det nuvarande rättsläget att ändringssökanden framlägger besvärsgrunderna inom besvärstiden.

Det föreslås att besvär kunde anföras både mot beslut som den upphandlande enheten har fattat och mot andra åtgärder som har motsvarande rättsverkan för anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning. Besvär kan dock inte anföras mot ett helt preliminärt beslut av den upphandlande enheten. Vid upphandling inom ett ramavtal förutsätter besvär ett behandlingstillstånd av marknadsdomstolen. Vid upphandling där den upphandlande enheten måste iaktta en väntetid föreslås att perioden automatiskt förlängs av ändringssökandet. Det föreslås vidare att den som söker ändring skriftligen ska meddela den upphandlande enheten om ändringssökandet och att ett offentligt register ska föras vid marknadsdomstolen om anhängiggjorda upphandlingsärenden.

Enligt förslaget ska besvär även i fortsättningen anföras inom 14 dagar från det att en anbudssökande eller anbudsgivare skriftligen har fått del av den upphandlande enhetens beslut. Den upphandlande enheten föreslås kunna delge sitt beslut på ett sätt som inleder besvärstiden även elektroniskt genom att använda den elektroniska kontaktuppgift som anbudssökanden eller anbudsgivare har meddelat. Ett beslut som delgivits på elektronisk väg föreslås ha kommit till mottagarens vetenskap den dag då det elektroniska meddelandet har anlänt till mottagarens mottagarapparat. Elektronisk delgivning blir det primära sättet för delgivning fastän också delgivning med vanligt brev fortfarande kommer att finnas i lagen. Tidpunkten för delgivningen per brev preciseras så att den blir identisk med den motsvarande tiden i förvaltningslagen. I övrigt ingår i lagen såsom tidigare bestämmelser om de instanser som har rätt att föra saken till marknadsdomstolens prövning.

Enligt förslaget ökas öppenheten vid direktupphandling så att den upphandlande enheten frivilligt kan publicera en annons om upphandlingen före upphandlingskontraktet sluts. Besvär över upphandlingen ska då gö-

ras inom 14 dagar från att annonsen publicerades. Genom annonsen om direktupphandlingen styrs användningen av rättsmedel till tiden före upphandlingskontraktet sluts. Om annonsförfarandet inte används, kan bestämmelserna om ogiltighet tillämpas vid direktupphandling.

De nya rättsmedlen kräver att bestämmelser om tidsfrister för användningen av dessa rättsmedel införs i upphandlingslagen. Huvudregeln föreslås vara den nuvarande besvärstiden på 14 dagar. I direktupphandling föreslås att tidsfristen på 14 dagar räknas från publiceringen av annonsen. Besvärstiden föreslås bli bestämd särskilt i situationer där det är möjligt att avvika från tillämpningen av väntetiden eller då ingen annons om direktupphandling har publicerats. En sexmånaders maximitidsfrist för användning av talan föreslås också.

För att förenkla användningen av rättsmedlen i upphandlingsärenden som hör till marknadsdomstolens behörighet föreslås att sökande av ändring genom kommunalbesvär och förvaltningsbesvär förbjuds. Detta innebär att det inte längre är möjligt att söka ändring i ett beslut av en kommunal upphandlande enhet enligt förfarandet för rättelseyrkande i kommunallagen eller att anföra kommunalbesvär. I lagen föreslås samtidigt att det förtydligas att förvaltningsbesvär inte är tillämpliga som rättsmedel i upphandlingsärenden utan ärendets behandling hör till marknadsdomstolens behörighet. Vid småskalig upphandling eller vid upphandling som inte hör till marknadsdomstolens behörighet kan däremot allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel användas såsom tidigare.

Avsikten är också att begränsa möjligheten för rättelseyrkande och sökande av ändring enligt kyrkolagen på samma sätt som vid användningen av de kommunala rättelsemedlen. Med beaktande av 76 § i grundlagen bereds ändringen av kyrkolagen särskilt.

I stället för förfarandet för rättelseyrkande mot de upphandlande enheternas beslut föreslås ett enklare sätt för rättelse av fel i upphandlingsförfarandet dvs. upphandlingsrättelse. Upphandlingsrättelse är ett rättelsemedel som alla upphandlande enheter har till sitt förfogande och de upphandlande enheterna får också använda upphandlingsrättelsen på

eget initiativ. Genom en upphandlingsrättelse kan vilket fel som helst i upphandlingsförfarandet rättas. Eftersom upphandlingsrättelse i upphandlingsförfarandet kan användas både av den privata parten och av den upphandlande enheten, är det möjligt att genom upphandlingsrättelse ändra beslut också till den privata partens nackdel utan samtycke av denna part.

Gentemot det nya beslutet som fattas i förfarandet för upphandlingsrättelse kan rättsmedel enligt upphandlingslagstiftningen användas på vanligt sätt. I upphandling som står utanför tillämpningsområdet för upphandlingslagen har upphandlingsrättelsen dock inte den verkan att nya beslut kunde föras till marknadsdomstolen för prövning.

Med upphandlingsrättelse kunde den upphandlande enhetens felaktiga förfarande rättas även i det skedet då ärendet redan genom besvär förts till behandling i marknadsdomstolen. Om rättelseyrkande leder till att det felaktiga beslutet undanröjs och ändringssökanden i marknadsdomstolen inte längre har behov av rättsskydd, med undantag för eventuellt beslut gällande rättegångskostnaderna, kan marknadsdomstolen avskryva ärendet från sin behandling.

I enlighet med kraven i rättsskyddsdirektivet föreslås att påföljdssystemet kompletteras med bestämmelser om upphandlingskontraktets ogiltighet och med alternativa påföljder till ogiltighet dvs. med betalning av gottgörelse till staten och med förkortning av kontraktets giltighetstid. De nya påföljderna föreslås gälla upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena. Bestämmelserna om ogiltighet föreslås bli tillämpliga vid olaglig direktupphandling och vid sådana fel i förfarandet som har begåtts av den upphandlande enheten som inte kan åtgärdas på något annat sätt för att den upphandlande enheten redan slutit upphandlingskontraktet i strid med bestämmelserna om väntetiden. Bestämmelserna om ogiltighet föreslås gälla sådana kontraktsförpliktelser som ännu inte uppfyllts. Med betalning av gottgörelse och genom förkortning av kontraktsperioden blir bestämmelserna om ogiltighet kompletterade. Betalning av gottgörelse aktualiseras också i sådana fall där den upphandlande enheten i strid med be-

stämmelserna om väntetiden har slutit ett upphandlingskontrakt.

För att trygga den upphandlande enhetens verksamhetsförutsättningar föreslås att den upphandlande enheten kan ordna upphandlingen temporärt under besvärprocessen. Upphandlingen kan då ordnas temporärt med en part som deltagit i upphandlingsförfarandet eller med den tidigare leverantören, om inte upphandlingen kan skjutas upp för den tid som ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Det föreslås att bestämmelserna om ersättning av rättegångskostnaderna även i fortsättningen baserar sig på 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen. Bestämmelserna om ersättning av rättegångskostnaderna preciseras dock så att alla upphandlande enheter vid tillämpningen av bestämmelserna om rättegångskostnader jämföras med en offentlig part. I de situationer där den upphandlande enheten inte är en juridisk person eller en myndighet föreslås dessutom en bestämmelse där skyldigheten att ersätta rättegångskostnader gäller den myndighet eller juridiska person som deltar i eller hör till den upphandlande enheten. På samma sätt föreslås det också att bestämmelserna om vite ska preciseras.

Det föreslås att marknadsdomstolslagen ändras så att villkoren för användningen av en sammansättning med en enda domare förtydligas, särskilt vid processuella avgöranden. Bestämmelserna om marknadsdomstolens förstärkta sammanträde ändras så att fem istället för fyra lagfarna ledamöter hör till det förstärkta sammanträdet i marknadsdomstolen. Dessutom kan en till tre sakkunnigmedlemmar med befattningen som bisyssla delta i det förstärkta sammanträdet beroende på ärendets juridiska natur. Behovet av att använda sakkunniga med befattningen som bisyssla är större i upphandlingsärenden än i andra ärendegrupper som hör till marknadsdomstolens behörighet.

Vidare föreslås att marknadsdomstolslagen ändras så att det i domstolen kan ordnas rättsskipningsplenum. Överdomaren eller dennes ställföreträdare kan överföra ett ärende till rättsskipningsplenum om avgörandet kan vara av principiell betydelse med tanke på tillämpning av lag. Förutsättningen för att

överföra ärenden till det förstärkta sammanträdet är den samma som vid överföringen till plenum och dessutom att avgörandet avviker från domstolens tidigare rättspraxis. Även ett beslut om överföring till det förstärkta sammanträdet fattas av överdomaren eller dennes ställföreträdare.

Det föreslås också att fortsatta besvär i upphandlingsärenden begränsas så att det inte längre är möjligt att söka ändring genom besvär till högsta förvaltningsdomstolen över marknadsdomstolens beslut i verkställighetsärenden. I upphandlingslagen införs samtidigt bestämmelser om att marknadsdomstolens avgörande i verkställighetsärenden inte hindrar en ny behandling av ärendet i marknadsdomstolen. Det föreslås att fortsatta besvär till högsta domstolen vid upphandling som baserar sig på ramavtal kräver besvärstillstånd i sådana situationer där marknadsdomstolen inte har meddelat behandlingstillstånd.

Det föreslås vidare att 15 § i upphandlingslagen ändras så att det nuvarande nationella tröskelvärde för varu- och tjänstepupphandling samt tjänstekoncessioner höjs från 15 000 euro till 30 000 euro, det nuvarande tröskelvärde för upphandling av hälsovårds- och socialtjänster samt vissa utbildningstjänster höjs från 50 000 euro till 100 000 euro och det nationella tröskelvärde för byggtreprenader och byggkoncessioner höjs från 100 000 euro till 150 000 euro.

De nationella tröskelvärdena kan rätt fritt bestämmas av medlemsstaterna men i bedömningen av storleken på tröskelvärdena ska EG-domstolens rättspraxis beaktas. Domstolen har nämligen fastställt att även upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektivet ska följa principerna om icke-diskriminering och öppenhet. Enligt gemenskapsrättens rättspraxis ska principerna om icke-diskriminering och öppenhet tillämpas om det i upphandlingen ingår ett tydligt gränsöverskridande intresse. Detta innebär i praktiken en situation där företag i andra medlemsländer kunde vara intresserade av att genomföra upphandlingen. Vid bedömningen av om upphandlingen kunde intressera andra medlemsstaters aktörer ska enligt gemenskapsrättens rättspraxis åtminstone upphandlingens värde och natur samt orten för dess

genomförande beaktas. De nationella tröskelvärdena i upphandlingslagen är relativt låga i en internationell jämförelse. Med beaktande av EG-domstolens rättspraxis är det möjligt att bedöma att en höjning av de nuvarande tröskelvärdena knappast står i strid med kravet på icke-diskriminering och öppenhet i gemenskapsrätten.

4 Propositionens konsekvenser

4.1 Allmänt

Med reformen av rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling eftersträvas större klarhet i förutsättningarna att använda rättsmedel så att de leder till en effektiv behandling av ärenden och tryggar såväl rättsskyddet för dem som deltar i upphandlingsförfaranden som verksamhetsförutsättningarna för de upphandlande enheterna. Med propositionen eftersträvas kortare behandlingstider i marknadsdomstolen.

Genom regeringspropositionen genomförs rättsskyddsdirektivet nationellt. Med undantag för det frivilliga annonsförfarandet vid direktupphandling föreslås inga ändringar i den materiella lagstiftningen innan upphandlingsbeslutet fattas. Vid bedömningen av konsekvenserna är det skäl att beakta att en betydande del av de föreslagna ändringarna i bestämmelserna direkt följer av rättsskyddsdirektivet och att ändringsförslagen i huvudsak gäller upphandling som hör till rättsskyddsdirektivets tillämpningsområde, dvs. upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena. År 2008 publicerades ca 2 600 EU-upphandlingsannonser inom upphandlingslagens tillämpningsområde och ca 260 upphandlingsannonser inom försörjningslagens tillämpningsområde. Det uppskattade värdet av upphandlingarna i dessa annonser uppgick till 3,5 miljarder euro. Prisuppgiften hade visserligen meddelats endast i ca 40 procent av annonserna. Samma år publicerades inemot 14 000 nationella upphandlingsannonser. Deras uppskattade värde översteg 6 miljarder euro.

I propositionen ingår också ett förslag om höjning av de nationella tröskelvärdena, vil-

ket gör det möjligt att delvis minska de administrativa kostnader och bördor som vid upphandlingsförfarandet uppstår för såväl de upphandlande enheterna som företagen. I och med höjningen av tröskelvärdena faller årligen ca 2300 upphandlingar utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde. Värdet av dessa är sammanlagt 92 miljoner euro.

Till en god lagberedning hör att följa upp utfallet av ny lagstiftning och utvärdera dess konsekvenser. I fråga om behandlingstiderna i marknadsdomstolen, utnyttjade rättsmedel och höjningen av de nationella tröskelvärdena kan konsekvenserna av de föreslagna ändringarna troligtvis bäst utvärderas då den minst två år långa uppföljningsperioden efter lagstiftningens ikraftträdande har gått ut. Då kommer antalet upphandlingar enligt den reformerade lagstiftningen att vara tillräckligt för att utvärdera konsekvenserna av lagändringarna och uppföljningen av konsekvenserna kan stödjas med statistikmaterial som kan fås bl.a. via annonssystemet HILMA. Det annonsbaserade statistikmaterialet ger primär information om öppenheten vid upphandling. Arbets- och näringsministeriet ska ansvara för en ändamålsenlig uppföljning av att målen och konsekvenserna av reformen förverkligas.

Materialet för konsekvensbedömningen

Kommissionens förslag till rättsskyddsdirektiv grundade sig på kommissionens konsekvensbedömning av rättsmedlen vid offentlig upphandling för olika lagstiftningsalternativ och för alternativa lösningar till lagstiftningsförslag (SEC(2006) 557). I sitt förslag till nytt rättsskyddsdirektiv (KOM(2006) 195 slutlig) presenterade kommissionen också resultaten från de olika samråden med berörda parter, som genomfördes med hjälp av ett frågeformulär som via Europeiska företagspanelen (European Business Test Panel) riktades till bl.a. företag och genom ett offentligt och öppet samråd med ekonomiska aktörer.

Nationellt har konsekvensbedömningen kunnat preciseras på basis av de enkäter som genomfördes då lagstiftningsprojektet bered-

des. I beredningsskedet genomfördes fyra elektroniska enkäter som riktades till upphandlande enheter, till organisationer som representerar leverantörer, till advokater och konsulter som sköter upphandlingsfrågor samt till privata aktörer som varit klienter och upphandlande enheter som varit motpart i marknadsdomstolen (Reformering av rättskyddssystemet vid offentlig upphandling. Enkätrapport. Justitieministeriets utlåtanden och utredningar 2008:16). För beredningen genomfördes en kvantitativ analys av upphandlingsärenden som avgjorts i marknadsdomstolen år 2008. (Marknadsdomstolens avgöranden gällande upphandling år 2008. Kvantitativ analys av innehållet i avgörandena. OM033:00/2006). Om höjningen av de nationella tröskelvärdena har utarbetats en konsekvensbedömningsutredning (TEM 266:00/2008).

Inriktningen av konsekvenserna

Konsekvenserna av förslagen har bedömts med tanke på de olika parterna i upphandlingsverksamheten och upphandlingsförfarandet, dvs. den upphandlande enheten och de leverantörer som har deltagit i anbudsförfarandet samt rättsskyddsorganen. De upphandlande enheterna är staten, kommunerna och samkommunerna, statens affärsverk samt övriga upphandlande enheter enligt upphandlingslagstiftningen då de gör upphandlingar utanför sin egen organisation.

Leverantörerna är oftast företag eller organisationer. År 2007 fanns i Finland 305 854 små företag, dvs. företag som sysselsätter mindre än 50 personer. Dessa utgjorde 99 procent av alla företag. Antalet medelstora företag (50–249 anställda) var 2 420 och utgjorde bara en knapp procent av alla företag. De stora företagen som sysselsätter minst 250 personer var 642 till antalet, dvs. 0,2 procent av alla företag.

Olika stora företags deltagande i offentlig upphandling har utvärderats på europeisk nivå. Enligt en undersökning som Europeiska kommissionen lät utföra år 2007 om situationen 2005 var andelen små och medelstora företag vid upphandling som överstiger EU-

tröskelvärdena 42 procent av värdet av den offentliga upphandlingen och 64 procent av antalet kontrakt. I resultatet ingick inte underleveransavtal av olika storlek som slutits med små och medelstora företag. Man har försökt underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling bl.a. genom åtgärder och planer på EU-nivå. Såsom exempel på åtgärder kan nämnas kommissionens dokument "Europeisk kodex för bästa praxis för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentlig upphandling" (SEC(2008) 2193) och EU:s åtgärds paket Small Business Act, som syftar till att förbättra inställningen till företagsamhet och att utsträcka principen Think Small First till alla politikåtgärder, från förslag till rättsakter till offentliga tjänster.

Det finns ingen nationell statistik om företagens deltagande i anbudsförfaranden vid offentlig upphandling. Enligt en enkät som år 2008 utfördes av Företagarna i Finland och Förbundet för Finländskt Arbete hade ungefär hälften av de 1050 företag som svarade på enkäten erfarenheter av offentlig upphandling (Suomen Yrittäjät ja Suomalaisen Työn Liitto. Julkiset hankinnat -kysely. Käsitlyksiä julkisista hankinnoista).

4.2 Ekonomiska konsekvenser

Konsekvenser för den offentliga ekonomin

Propositionen har inga direkta konsekvenser för statsbudgeten. Som konsekvenser för den offentliga ekonomin har bedömts konsekvenserna av de nya påföljderna särskilt på tillgodogörandet av konkurrensförhållandena samt de totala konsekvenserna av höjningen av tröskelvärdena. Konsekvensbedömningen baserar sig i huvudsak på statistik från annonssystemet HILMA, där de genomsnittliga uppskattade värdena och antalet annonser för de upphandlingar som har genomförts under upphandlingslagstiftningens två första år är medtagna. Till de delar propositionens konsekvenser hänför sig till statsförvaltningen, kommunalförvaltningen eller aktörer som hör till den övriga offentliga förvaltningen när dessa agerar som upphandlande enheter, har konsekvenserna på grund av propositionens

karaktär bedömts som konsekvenser för de upphandlande enheternas verksamhet i punkt 4.3.

Med tanke på tillgodogörandet av konkurrensförhållandena är rättsskyddsdirektivets mål att i synnerhet ingripa mot olagliga direktupphandlingar, öppna dessa upphandlingar för konkurrens och genom konkurrensen också effektivisera användningen av offentliga medel. Om direktupphandlingarna finns inga heltäckande statistikuppgifter tillgängliga. På europeisk nivå har kommissionen bedömt öppenheten vid upphandling genom att ange värdet av de upphandlingar som har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning i procent av upphandlingarnas totala värde i medlemsstaterna. År 2005 var annonseringen om upphandlingar i medlemsstaterna (EU-15) på nivån 16,2 procent. För Finlands del var siffran 13,9 procent. Resultatet av utvärderingen visade att öppenheten är relativt låg och att upphandlingar i betydande utsträckning görs i form av direktupphandlingar utan den grund som föreskrivs i upphandlingsdirektiven.

Utöver kommissionens utredning är det möjligt att från annonssystemet HILMA få statistikuppgifter om direktupphandlingar i Finland som överstiger EU-tröskelvärdena. Av de annonser i efterhand som publicerades i HILMA under perioden 1.6.2007–31.7.2009 gällde endast åtta direktupphandling. Eftersom skyldigheten att annonsera i efterhand gäller också direktupphandling, kan man bedöma att öppenheten vid direktupphandling för närvarande inte är tillräcklig. Det nya påföljdssystemet, speciellt ogiltighetspåföljden för ett upphandlingskontrakt, kommer sannolikt att styra de upphandlande enheterna att annonsera om sina direktupphandlingar frivilligt redan på förhand, varvid transparensen i direktupphandlingsgrunderna kommer att öka och deras lagenlighet kan bedömas redan innan upphandlingskontraktet sluts. Eftersom det i fortsättningen kommer att vara möjligt att också i efterhand ingripa mot olagliga kontrakt om direktupphandling genom ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet, torde det nya påföljdssystemet som helhet bedömt öka tillgodogörandet av konkurrensförhållandena inom den offentliga

sektorn och därigenom effektivisera användningen av offentliga medel.

Av de nya påföljderna enligt rättsskyddsdirektivet ska påföljdsavgiften betalas till staten. Dess konsekvenser för statsfinanserna är marginella. Rättsregistercentralen får till uppgift att sörja för verkställandet av påföljdsavgiften. Eftersom det redan hör till Rättsregistercentralens uppgifter att sörja för verkställandet av administrativa monetära sanktioner, har förslaget till denna del inga särskilda konsekvenser för Rättsregistercentralens verksamhet.

En höjning av de nationella tröskelvärdena innebär att av de upphandlingar på ca 13 miljarder euro som hör till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde i Finland, faller upphandlingar till ett värde av ca 92 miljoner euro årligen utanför lagstiftningens tillämpningsområde. Procentuellt innebär detta att drygt en procent av upphandlingarnas totala värde årligen faller utanför lagstiftningen. Enligt antalet faller ca 2 300 enskilda upphandlingar, dvs. 14 procent av det årliga antalet upphandlingsannonser som publiceras i HILMA (EU-upphandlingsannonser och nationella upphandlingsannonser på årsnivå i genomsnitt 16 200) utanför lagstiftningen.

Vid varuupphandling innebär höjningen av tröskelvärdet 15 000 euro till 30 000 euro att ca 1 230 upphandlingar årligen blir utanför upphandlingslagens tillämpningsområde. Det uppskattade värdet av dessa varuupphandlingar uppgår till sammanlagt 25,9 miljoner euro. Enligt det årliga antalet nationella upphandlingsannonser blir således ca 23 procent av de enskilda varuupphandlingarna och ca 7 procent av varuupphandlingarnas totala värde utanför lagstiftningens tillämpningsområde.

Vid tjänsteupphandling lämnar en höjning av det nationella tröskelvärdet från 15 000 euro till 30 000 euro årligen ca 730 tjänsteupphandlingar utanför tillämpningen av upphandlingslagen. Det uppskattade värdet av dessa upphandlingar uppgår till sammanlagt ca 15 miljoner euro. Enligt antalet årliga nationella upphandlingsannonser blir således ca 17 procent av de tjänsteupphandlingar som överstiger det nuvarande nationella tröskelvärdet utanför lagstiftningens tillämpningsområde. I euro är ändringen för tjänsteupphandlingen betydligt mindre än för varuupphandling.

handlingen, dvs. 1,2 procent av tjänsteupphandlingens värde blir utanför lagens tillämpningsområde.

Höjningen av det nationella tröskelvärdet för hälsovårds- och socialtjänster från 50 000 euro till 100 000 euro innebär att kvantitativt ca 70 upphandlingar av hälsovårds- och socialtjänster årligen blir utanför upphandlingslagens tillämpningsområde. Det uppskattade värdet av dessa upphandlingar uppgår till sammanlagt ca 4,5 miljoner euro. Enligt antalet årliga nationella upphandlingsannonser blir ca 13 procent av de enskilda upphandlingarna av hälsovårds- och socialtjänster och i euro uttryckt 0,5 procent utanför lagens tillämpningsområde.

Höjningen av det nationella tröskelvärdet för byggtreprenader från 100 000 euro till 150 000 euro innebär att kvantitativt ca 290 byggtreprenader årligen blir utanför upphandlingslagens tillämpningsområde. Det uppskattade värdet av dessa byggtreprenader uppgår till sammanlagt ca 45,7 miljoner euro. Enligt antalet årliga nationella upphandlingsannonser blir 9,2 procent av de enskilda upphandlingarna av byggtreprenader utanför upphandlingslagens tillämpningsområde, vilket är ca 1,8 procent av eurovärdet.

Höjningen av tröskelvärdet kommer att minska formkraven på upphandlingsförfaranden och därigenom försnabba förfarandena. Genom en höjning av tröskelvärdena kan man alltså i någon mån minska kostnaderna för administration och konkurrensutsättning. Kvantitativa bedömningar om konsekvenserna för kostnaderna inom den offentliga ekonomin är svåra att göra, eftersom bedömningen av de genomsnittliga process- och konkurrensutsättningskostnader som uppstår vid konkurrensutsättning är bunden till såväl upphandlingens värde och natur som organiseringen av upphandlingsverksamheten och den konkurrensutsättande aktörens sakkunskap.

Konsekvenser för företag

Propositionens konsekvenser sträcker sig till en stor krets företag som erbjuder varor,

tjänster och byggtreprenader till upphandlande enheter inom den offentliga sektorn. Med propositionen vill man göra villkoren för användningen av rättsmedel klarare och behandlingen av ärendena effektiv, vilket garanterar rättsskyddet för de företag som deltar i upphandlingsförfarandet. I och med att rättsskyddssystemet blir effektivare och mer förutsägbart kan man uppskatta att företagen kommer att visa mer intresse för offentlig upphandling. När konkurrensen ökar erbjuds även de upphandlande enheterna bättre möjligheter att tillgodogöra sig konkurrensförhållandena på marknaden.

I propositionen föreslås att den som söker ändring i ett upphandlingsärende skriftligen ska meddela den upphandlande enheten om att ärendet har förts till marknadsdomstolen för behandling. Detta innebär att det uppstår en delgivningsplikt för företagen, vilket ökar den administrativa bördan. Förfarandet kan dock inte anses vara betungande eller onödigt för företagen eftersom meddelandet om ändringssökandet till den upphandlande enheten gör saken känd och den upphandlande enheten kan således inte sluta ett upphandlingskontrakt i ovetskap om ändringssökandet. I situationer där ett upphandlingskontrakt ännu inte har slutits kan marknadsdomstolen använda realmedel, som även för företagen är ändamålsenliga. Delgivningsplikten orsakar inte heller leverantörerna onödiga administrativa kostnader, för i praktiken kan företaget meddela om ändringssökandet på elektronisk väg till den kontaktadress som den upphandlande enheten har meddelat i besväransvisningen.

De viktigaste ändringarna som propositionen medför är ändringarna i påföljdssystemet, dvs. ogiltighetspåföljden, förkortningen av kontraktperioden och påföljdsavgiften. Det kan uppskattas att ogiltighetspåföljden för upphandlingskontraktet sporrar potentiella anbudsgivare att oftare än nu söka ändring i olaglig upphandling, eftersom upphandlingen i och med ogiltighetspåföljden kan öppnas för konkurrens. Samtidigt påverkar ogiltighetspåföljden den valda leverantörens kontraktsförpliktelser och kan i enskilda fall öka leverantörernas affärsrisker i form av nya skadeståndsrättsliga frågor som uppstår till följd av ogiltighetspåföljden.

Med förslaget eftersträvas ett tydligare system för överklagande genom att överklagande i form av kommunal- och förvaltningsbesvär frångås och upphandlingsrättelse införs. Den nya upphandlingsrättelsen för-snabbar troligtvis korrigeringen av fel i upphandlingsbeslutet. Enligt de enkäter som genomfördes för beredningen av förslaget är användningen av det kommunala rättelseyrkandeförfarandet allmänt, eftersom 43 procent av de leverantörer och advokater som svarade hade använt det kommunala rättelseyrkandet. Leverantörerna ansåg dock inte rättelseyrkandeförfarandet som ett speciellt effektivt rättsmedel.

Den eftersträvide förkortningen av behandlingstiden för upphandlingsärenden i marknadsdomstolen och högsta förvaltningsdomstolen torde också öka företagens ekonomiska effektivitet och produktivitet. Behandlingstidens längd i domstolen kan i enskilda fall ha betydande omedelbara konsekvenser för företagens produktivitet och ekonomiska läge. I ca en femtedel av de upphandlingsärenden som år 2008 avgjordes i marknadsdomstolen användes primära rättsmedel, dvs. realmedel. När realmedel användes var avgörandetiden i genomsnitt 15 månader med en variationsintervall på 1,4–32 månader. Den målsatta behandlingstiden i marknadsdomstolen ska vara ca 3–6 månader, varvid påföljderna oftare än nu kunde ha tonvikten på realmedel. En ökad användning av realmedel skulle bidra till att oriktigt genomförda upphandlingar öppnas för konkurrens.

En höjning av tröskelvärdena påverkar omedelbart marknaden för offentlig upphandling på så sätt att årligen ca 2 300 upphandlingar, vars värde är ca 92 miljoner euro, i fortsättningen faller utanför upphandlingslagens tillämpningsområde. De nuvarande nationella tröskelvärdena har främjat även små och medelstora företags inträde på marknaden för offentlig upphandling. Skyldigheten att annonsera i annonssystemet HILMA har inneburit att företag som är etablerade på olika håll i Finland har haft samma möjlighet att följa med de offentliga upphandlingar som genomförs på den nationella marknaden. En förenklad konkurrensutsättning som baserar sig på den upphandlande enhetens interna anvisningar kan förbättra i

synnerhet små företags möjlighet att lämna anbud till den offentliga sektorn. Små företag har inte sådana resurser som de stora företagen att behärska förfarandet enligt upphandlingslagen och att delta i konkurrensutsättning. Högre tröskelvärden ger företagen den fördelen att de i friare former kan lämna in anbud till den offentliga sektorn, vilket i sin tur kan minska företagets rörelsekostnader och administrativa kostnader. Vid byggentreprenader hänför sig konsekvenserna av en höjning närmast till de lokala och regionala marknaderna, eftersom byggentreprenader till ett värde av 100 000–149 999 euro genomförs relativt lokalt genom kommunala aktörers konkurrensutsättning.

En höjning av tröskelvärdena påverkar företagets rättsskydd. Av de huvudärenden som år 2008 avgjordes i marknadsdomstolen gällde ca 10 procent varu- och tjänsteupphandlingar vars värde var mellan 15 000 och 29 999 euro. Av marknadsdomstolens avgöranden i huvudärende som gällde upphandling (N=409) år 2008 gällde 51 avgöranden byggentreprenader, vilket motsvarar 12 procent av samtliga avgöranden i huvudärende. I marknadsdomstolen avgjordes sammanlagt 7 huvudärenden som gällde byggentreprenader vars uppskattade värde var mellan 100 000 och 199 999 euro. Detta motsvarar 14 procent av de byggentreprenadärenden som avgjordes i marknadsdomstolen. (Markkinaoikeuden julkisia hankintoja koskevat ratkaisut vuonna 2008. Ratkaisujen sisällöllinen analyysi. OM033:00/2006). Utifrån statistiken över de två första åren då upphandlingslagen varit i kraft kan man konstatera att upphandlingarna mellan 100 000 och 199 999 euro till 50 procent alltid överstiger gränsvärdet 150 000 euro. Av detta kan man sluta sig till att en höjning av tröskelvärdet för byggentreprenader till 150 000 euro kommer att leda till att ca 7 procent av de avgöranden i huvudärende som gäller byggentreprenader faller utanför marknadsdomstolens behörighet. Den nya upphandlingsrättelsen och de allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel som ska tillämpas vid småskalig upphandling lindrar i någon mån den brist på rättsskydd som uppstår på grund av höjningen av tröskelvärdena.

Minskning av den administrativa bördan

En höjning av tröskelvärdena minskar delvis de administrativa kostnaderna och den administrativa bördan såväl ur de upphandlande enheternas som ur företagets synvinkel. För företagen uppstår administrativa kostnader bl.a. på grund av att de upphandlande enheterna i anbudsförfrågningarna förutsätter olika officiella utredningar (handelsregisterutdrag, skatteförvaltningens intyg m.m.). Att den administrativa bördan minskar kan bidra till att företagets verksamhetsbetingelser förbättras, den offentliga förvaltningen effektiviseras och produktiviteten ökar.

Beloppet av de administrativa kostnader som iakttagandet av upphandlingslagstiftningen och upphandlingsförfarandena ger upphov till har inte klarlagts, men om upphandlingsprocessens belastning, dvs. den arbetsinsats som företagen lägger ner i upphandlingsprocessen och priset på arbetsinsatsen kan framföras grova och riktgivande bedömningar baserade på utredningar som har gjorts i Sverige (Offentlig upphandling - vad tycker företagen är krångligt? R 2008:6. Nutek, Offentliga upphandlingar och elektroniska upphandlingssystem. R 2009:04 Nutek). De kalkyler som erhållits om upphandlingsprocessens belastning tyder på att det för företagen också uppstår rent administrativa kostnader för deltagande i anbudsförfarandet.

Enligt de nämnda utredningarna använder företaget mest tid till att utarbeta anbudet (36 procent) och till att beräkna priset (33 procent). I genomsnitt tar det ca 50 timmar för ett företag att genomföra upphandlingsprocessen (med en variationsintervall på 4–239 timmar). Den arbetsinsats på 50 timmar som företaget lägger ner i upphandlingsprocessen kostar företaget ca 2 000 euro (i utredningen är det genomsnittliga priset per timme 400 kronor, dvs. 37 euro). I och med att tröskelvärden höjas faller ca 2 300 upphandlingar utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde, vilket innebär att företagets arbetsinsats i upphandlingsprocessen minskar med ca 4,6 miljoner euro. Det är att märka att företagets arbetsinsats inte helt försvinner,

eftersom anbudsprocessen även vid småskalig upphandling kräver en arbetsinsats.

Detta belopp är dock förknippat med många osäkerhetsfaktorer. Den genomsnittliga timbedömningen beaktar inte olika slag av upphandlingar och upphandlingarnas natur och i det uppskattade timpriset på 37 euro specificeras inte olika yrkespersoners timdebitering. Dessutom måste beaktas att det enligt de utredningar som har gjorts i Sverige i genomsnitt lämnas in 5 anbud per upphandling vid offentlig upphandling. Det betyder att eurobeloppet som beskriver den arbetsinsats som läggs ner i den offentliga upphandlingsprocessen stiger till ca 23 miljoner euro. Detta belopp beskriver den totala arbetsinsats som läggs ner i upphandlingen och specificerar inte administrativa kostnader eller så kallade business as usual-kostnader (åtgärder som företagen utan lagstadgade förpliktelser vidtar när de erbjuder t.ex. sina tjänster på den privata marknaden).

Man försöker också minska den administrativa bördan genom att göra upphandlingsprocessen elektronisk. Enligt den svenska utredningen (Offentliga upphandlingar och elektroniska upphandlingssystem. R 2009:04 Nutek) skulle en upphandling som genomförs helt via ett elektroniskt upphandlingssystem minska den genomsnittliga tid som används per upphandling med en fjärdedel. Enligt förslaget ska ett upphandlingsbeslut i fortsättningen kunna delges elektroniskt. Elektronisk delgivning skulle förkorta den tid som används för upphandlingsförfarandet och därigenom minska såväl företagets som de upphandlande enheternas administrativa börda.

4.3 Konsekvenser för myndigheternas verksamhet

Konsekvenser för de upphandlande enheternas verksamhet

Med rättsskyddsdirektivet eftersträvas särskilt vid direktupphandlingar en större öppenhet och via ett effektivare rättsskyddssystem att de öppnas för konkurrens. Även vid

konkurrensutsatta upphandlingar försöker man garantera att ett upphandlingsbeslut effektivt kan överklagas genom besvär innan upphandlingskontraktet sluts. Med undantag av det frivilliga annonsförfarandet föreslås inga ändringar i det materiella innehållet i upphandlingsförfarandet. De bestämmelser om väntetid som förutsätts i rättsskyddsdirektivet ingår i huvudsak också i den nuvarande lagstiftningen. Däremot innebär det påföljdssystem som rättsskyddsdirektivet förutsätter ett strängare påföljdssystem än tidigare ur den upphandlande enhetens synvinkel. Den ogiltighetspåföljd som gäller olaglig direktupphandling styr i sin stränghet sannolikt de upphandlande enheterna att annonsera om direktupphandlingen frivilligt på förhand, om det med beaktande av upphandlingens natur är möjligt. Ogiltighetspåföljden kan i enskilda fall också lyfta fram skadeståndsrättsliga frågor mellan den upphandlande enheten och dess kontraktspart. Kontraktsparterna kan dock i viss utsträckning i föregripande syfte förbereda sig på en ogiltighetspåföljd i kontraktsvillkoren.

Enligt förslaget begränsas besvärsrätten vid upphandling som baserar sig på ramavtal. Genom behandlingstillståndssystemet försöker man å ena sidan garantera de leverantörer som deltar i ramavtalet en tillräcklig rättsskyddsnivå, å andra sidan bevara flexibiliteten i systemet. I synnerhet de upphandlande enheterna har framfört ställningstaganden enligt vilka det nya behandlingstillståndet kommer att minska användningen av ramavtal och därigenom de kostnadsfördelar som uppnås med ramavtalen.

Det är svårt att bedöma vilka konsekvenser införandet av ett behandlingstillståndssystem kommer att ha för användningen av ramavtal i allmänhet. Vid ramavtal kommer ändring sannolikt även i fortsättningen oftare att sökas i det skede ramavtalet upprättas än vid enskilda upphandlingar som grundar sig på ramavtal. Statistikuppgifter om ansökningar till marknadsdomstolen som gäller upprättande av ramavtal finns inte tillgängliga. Inköpscentralen Hansel Ab, som konkurrensutsätter ramavtal för statens upphandlande enheter, hade enligt sin årsredovisning för 2008 vid årets slut fem rättegångar om ramavtal anhängiga i marknadsdomstolen. Av dem

hade tre anhängiggjorts år 2008. För närvarande behandlas ansökningar gällande enskilda upphandlingar som grundar sig på ramavtal sällan i marknadsdomstolen. År 2009 har marknadsdomstolen fällt ett avgörande om en enskild upphandling som grundar sig på ramavtal (*MAO:321–322/09*).

Av de frågor som anknyter till rättsskyddsreformen uppskattas det att elektronisk delgivning sparar tid i upphandlingsförfarandet. Enligt den enkät om genomfördes under beredningen av propositionen delger numera ca en femtedel av de upphandlande enheter som svarade, upphandlingsbeslutet först per e-post och vid en senare tidpunkt per brev, vilket betyder att ändringen förutom att den leder till tidsbesparing också i någon mån minskar den arbetsinsats som behövs i de upphandlande enheterna.

När det gäller införande av upphandlingsrättelse är det svårt att visa kvantitativa besparingar i de processuella kostnaderna vid upphandling. Genom upphandlingsrättelse kan man minska den tid som går åt till att rätta ett fel och eventuellt minska benägenheten att anföra besvär hos marknadsdomstolen, särskilt i tydliga felsituationer.

En fördubbling av tröskelvärdet uppskattas främja en kostnadseffektiv upphandlingsverksamhet vid de upphandlande enheterna, eftersom konkurrensutsättningskostnaderna vid småskalig upphandling i allmänhet blir höga i förhållande till upphandlingens totala värde. Upphandlingsförfarandet enligt upphandlingslagstiftningen binder i genomsnitt mer personella arbetsinsatser till konkurrensutsättningen än de förfaranden som har tillämpats vid småskalig upphandling. Vid de upphandlande enheterna kan frigöras arbetsinsatser, som kan utnyttjas t.ex. vid konkurrensutsättning av mer krävande upphandlingshelheter eller vid säkring av upphandlingens kvalitet.

Enligt en utredning om kostnadsbesparingarna i statens upphandlingsverksamhet kostar en enskild konkurrensutsättningsprocess vid decentraliserad upphandling, där organisationens enheter ansvarar för sina egna upphandlingar, i genomsnitt ca 5 000 euro (med en variationsintervall på 3 400–7 800 euro). Utredningen av processkostnaderna vid konkurrensutsättning baserar sig på kostnaderna för

den arbetstid som har gått åt till konkurrensutsättningarna. De upphandlande enheterna använder i genomsnitt ca 156 timmar arbetstid till konkurrensutsättningsprocessen. (Yhteishankintojen kustannusvaikutus: valtion hankintatoimen kustannussäästöjen selvittäminen. Helsingin kaupunkorkeakoulu 2008).

I och med den nya lagstiftningen uppstår för de upphandlande enheterna även tilläggs-kostnader av engångsnatur för uppdateringen av upphandlingsanvisningarna, anvisningarna för överklagande och eventuella dokumentmodeller samt för personalutbildning.

Konsekvenser för domstolarnas verksamhet

Ett av de viktigaste målen för propositionen är att förkorta behandlingstiden för upphandlingsärenden i marknadsdomstolen, men också i högsta förvaltningsdomstolen.

Detta mål försöker man uppnå genom att först och främst klarlägga möjligheten att använda endomarsammansättning vid processavgöranden i marknadsdomstolen. Ett anmärkningsvärt särdrag för ärenden som behandlas i marknadsdomstolen är att ansökningar om rättsskydd kan återtas, vilket kan ske i vilket skede som helst i processen. År 2008 utgjorde de processavgöranden där grunden närmast var återtagande av ansökningen 17 procent av alla avgöranden. Under tidigare år har andelen återtagna ansökningar varit avsevärt större.

Enligt marknadsdomstolslagen kan upphandlingsärenden behandlas i grundsammansättningen där två lagfarna ledamöter ingår när frågan som ska avgöras hör till vedertagen rättspraxis. I övriga fall hör tre lagfarna ledamöter till domstolens grundsammansättning. Dessa sammansättningar för avgöranden är oftast tillräckliga men marknadsdomstolen har inte för de svåraste fallen haft en tillräckligt stark avgörandesammansättning och inte alls möjlighet att använda plenum. I propositionen föreslås en utvidgning av det förstärkta sammanträdet samt införande av plenum vilka kan göra behandlingen av ärenden klarare och snabbare. Samtidigt får domstolen möjlighet att bestämma sina egna tillämpningsriktlinjer i bättre lämpade sammansättningar. En enhetlig linje för avgö-

randen skapar å sin sida förutsättningar för en snabbare behandling av liknande ärenden.

I propositionen föreslås att det skapas klarhet i domstolens arbete till den del det är fråga om upphandling som görs av flera upphandlande enheter tillsammans eller där den upphandlande enheten på någon grund agerar för en annan upphandlande enhets räkning. Större klarhet behövs också i sådana situationer där den upphandlande enheten har fått offentligt stöd och inte nödvändigtvis är en separat juridisk person eller en myndighet och i situationer där en temporärt fungerande sammanslutning ansvarar för konkurrensutsättningen. I praktiken då sådana upphandlingar blivit allt vanligare har man i marknadsdomstolen blivit tvungen att lägga ner mycket utredningsarbete t.ex. på frågor som gäller för vilken upphandlande enhet upphandlingen sker och ansvarar den organisation som i praktiken svarar för upphandlingen även för slutande av upphandlingskontrakten för alla organisationer som deltar i upphandlingen eller har de organisationer som på något sätt deltar i upphandlingen slutit upphandlingskontrakt för egen del. Om påföljderna, dvs. skyldigheten att ersätta rättegångskostnaderna och skyldigheten att betala vite i en ny konkurrensutsättning, kan riktas mot den upphandlande enhet eller organisation som i praktiken svarar för upphandlingsförfarandet skulle man i domstolen spara mycket tid till att avgöra de egentliga rättsliga problemen.

Med tanke på marknadsdomstolens arbetsbörda är det viktigt att i reformen av upphandlingslagstiftningen bedöma kritiskt särskilt sådana punkter som ökar mängden påföljdsalternativ vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena. Man kan anta att dessa nya påföljdsalternativ också kommer att krävas. Av påföljdsalternativen är i synnerhet påföljder som gäller upphandlingskontraktets ogiltighet och förkortning av kontraktstiden sådana att de inte kan påföras utan att de berörda kontraktsparterna har hörts. Det är således sannolikt att man i marknadsdomstolen blir tvungen att anordna ännu fler tillfällen för hörande av den vinnande leverantören. När tillfällena för hörande ökar är det sannolikt att behandlingen av ärenden som gäller påförande av de nya påföljderna blir

längre än normalt. Det är också fråga om situationer med rättsligt krävande avgöranden då påföljder måste avvägas mot de skyldigheter som kontraktsparterna har.

Med tanke på marknadsdomstolens arbetsbörda kan det förutspås att också antalet verkställighetsärenden ökar i jämförelse med den nuvarande situationen, eftersom det till upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena hör en s.k. automatisk suspension, som kan avlägsnas endast genom ett domstolsavgörande. I verkställighetsärenden bedöms att en minskning sker endast i högsta förvaltningsdomstolen som inte längre avgör verkställighetsärenden som separata besvär. På motsvarande sätt kan marknadsdomstolens arbetsbörda öka av den anledningen att ett verkställighetsärende flera gånger under behandlingens lopp förs till marknadsdomstolen för avgörande.

Enligt marknadsdomstolens nuvarande avgörandepraxis verkar det inte som om upphandling som baserar sig på ramavtal i betydande utsträckning förs till marknadsdomstolen. I regeringspropositionen föreslås dock en ny möjlighet att avgöra behovet för rättskydd i ärenden som baserar sig på ramavtal. I marknadsdomstolen föreslås att behandlingen av sådana ärenden ska kräva behandlingstillstånd. I högsta förvaltningsdomstolen kräver åter behandlingen av motsvarande ärenden besvärstillstånd i sådana fall där marknadsdomstolen inte har beviljat behandlingstillstånd. I propositionen uppskattas att förslaget även på denna punkt i någon mån har en positiv effekt på vardera domstolens arbete.

Det är svårt att uppskatta hur det nya mera flexibla sättet att rätta fel i upphandlingsförfarandet kommer att påverka marknadsdomstolens arbetsbörda. Med tanke på partskonstellationerna i upphandlingsförfaranden kan ett upphandlingsbeslut som fattas genom upphandlingsrättelse vara problematiskt på ett annat sätt än det tidigare upphandlingsbeslutet, dvs. upphandlingsrättelsen behöver inte heller nödvändigtvis avlägsna behovet av att använda rättsmedel. Det är dock antagligt att behovet att ty sig till domstolsförfarande i tydliga fall där fel begåtts kommer att minska.

Såsom helhet förväntas reformen dock minska mängden besvär hos marknadsdomstolen och på så sätt minska anhopningen av upphandlingsärenden och förkorta behandlingstiderna. Marknadsdomstolens kostnader och arbete kommer i någon mån att öka som en följd av den föreslagna skyldigheten för domstolen att föra en förteckning över upphandlingsärenden som anhängiggjorts.

En höjning av det nationella tröskelvärdet begränsar möjligheten att föra ett upphandlingsärende till marknadsdomstolen. År 2008 fällde marknadsdomstolen 34 avgöranden i huvudärende som gällde varu- och tjänsteupphandling där upphandlingens värde var mellan 15 000 och 29 999 euro. Marknadsdomstolen fällde det året sammanlagt 409 avgöranden i upphandlingsärenden, varav 356 gällde varu- och tjänsteupphandling, vilket innebär att en höjning av tröskelvärdena ställer ca 10 procent av upphandlingsärendena utanför marknadsdomstolens behörighet. Marknadsdomstolen behandlade år 2008 sammanlagt 51 ansökningar som gällde byggentreprenader (12 procent av alla ärenden som marknadsdomstolen behandlade N=409). Av marknadsdomstolens avgöranden i huvudärende som gällde upphandling (N=409) år 2008 gällde 51 avgöranden byggentreprenader, vilket motsvarar 12 procent av samtliga avgöranden i huvudärende. I marknadsdomstolen avgjordes sammanlagt 7 huvudärenden som gällde byggentreprenader vars uppskattade värde var mellan 100 000 och 199 999 euro. Detta motsvarar 14 procent av de byggentreprenadärenden som avgjordes i marknadsdomstolen. Utifrån statistiken över de två första åren då upphandlingslagen varit i kraft kan man konstatera att upphandlingarna mellan 100 000 och 199 999 euro till 50 procent alltid överstiger gränsvärdet 150 000 euro. Av detta kan man sluta sig till att en höjning av tröskelvärdet för byggentreprenader till 150 000 euro kommer att leda till att ca 7 procent av de avgöranden i huvudärende som gäller byggentreprenader faller utanför marknadsdomstolens behörighet. Om antalet upphandlingsärenden i marknadsdomstolen i fortsättningen hålls stabilt, kan en höjning av tröskelvärdena bidra till att förbättra marknads-

domstolens arbetssituation och förkorta marknadsdomstolens behandlingstider.

5 Beredningen av propositionen

5.1 Beredningsskeden och beredningsmaterial

Principbetänkandet

Justitieministeriet och handels- och industriministeriet (nuförtiden arbets- och näringsministeriet) tillsatte den 30 november 2007 en arbetsgrupp för att bereda reformen av rättsmedel vid offentlig upphandling (JUHO- arbetsgruppen).

Arbetsgruppens uppdrag var att utreda reformbehovet för rättsmedlen vid offentlig upphandling. Målet var att förutsättningarna för användningen av rättsmedel vid offentlig upphandling göras klarare och att rättsmedlen leder till en innehållsmässigt och tidsmässigt effektiv behandling av ärenden med tanke på rättsskyddet hos dem som deltar i upphandlingsförfaranden och för att trygga de upphandlande enheternas verksamhetsförutsättningar. De nya rättsmedlen enligt rättsskyddsdirektivet anpassas till den nationella rättsordningen på ett sätt som beaktar de olika parternas rättigheter effektivt och likvärdigt. De nationella spelrum som direktivet tillåter föreslås bli utnyttjat på ett sätt som tryggar rättssäkerheten.

I arbetsgruppen har ingått förutom representanter för de ministerier som tillsatte arbetsgruppen representanter för finansministeriet, marknadsdomstolen, högsta förvaltningsdomstolen, Åbo förvaltningsdomstol, Finlands Kommunförbund, Finlands Näringsliv och Företagarna i Finland. Arbetsgruppen kompletterades i augusti 2008 med en representant för försvarsministeriet. Arbetsgruppen har dessutom två ständiga sakkunniga.

Arbetsgruppen hade i uppgift att före den 31 oktober 2008 lämna ett principbetänkande där olika alternativ för reform av rättsskyddssystemet vid upphandling granskas. Arbetsgruppens principbetänkande ”Reformering

av rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling” har publicerats i justitieministeriets publikationsserie (JM, arbetsgruppsbetänkanden 2008:6). I det första skedet i arbetet hörde arbetsgruppen särskilt Konkurrensverkets överdirektör Juhani Jokinen.

För beredningen av principbetänkandet genomförde arbetsgruppen fyra elektroniska enkäter. Enkäterna sändes till upphandlande enheter, till organisationer som representerar leverantörer, till advokater och konsulter som sköter upphandlingsfrågor samt till privata aktörer som varit klienter och upphandlande enheter som varit motpart i marknadsdomstolen. I enkäterna kartlades synpunkter om rättsmedlens effektivitet vid offentlig upphandling och om eventuella utvecklingsbehov, liksom även synpunkter om tillämpningen av de nya rättsmedlen enligt rättsskyddsdirektivet i den nationella lagstiftningen till den del som medlemsstaterna har nationellt spelrum gällande bestämmelserna. Resultaten för enkäten har redogjorts i en rapport som har publicerats under namnet ”Reformering av rättsskyddssystemet vid offentlig upphandling. Enkät rapport.” (Justitieministeriets utlåtanden och utredningar 2008:16).

Arbetsgruppen föreslog i sitt principbetänkande att då rättsskyddsdirektivet genomförs nationellt ska bestämmelserna om väntetid, om öppenhet vid direktupphandling och om kontraktens ogiltighet gälla upphandlingar som överstiger EU-tröskelvärdena inom upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. I upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena föreslås väntetiden efter upphandlingsbeslutet under vilken upphandlingskontraktet inte får slutas förbli 21 dagar, men i praktiken förkortas tiden av möjligheten att delge beslut på elektronisk väg med elektronisk post och per telefax.

Arbetsgruppen föreslog att bestämmelser både om uppkomsten av upphandlingskontrakt och om temporära arrangemang ska ingå i upphandlingslagstiftningen. Såsom ett nytt rättsmedel föreslog arbetsgruppen en upphandlingsrättelse. Upphandlingsrättelsen föreslås vid rättelse av uppenbara fel även i sådan upphandling som inte hör till marknadsdomstolens behörighet. I och med ibruktagandet av upphandlingsrättelsen föreslås

användningen av rättelsemedlen enligt kommunallagen och kyrkolagen helt slopas vid upphandling.

Enligt arbetsgruppens förslag behandlas upphandlingsärendena i sin helhet även i fortsättningen i marknadsdomstolen. Enligt arbetsgruppens betänkande borde rätten till fullföljd i verkställighetsärenden begränsas. I arbetsgruppens betänkande har dessutom frågan om en mer generell begränsning av rätten att söka ändring genom ett besvärstillståndssystem preliminärt dryftats. Enligt arbetsgruppens betänkande ska behörigheten att utöva tillsyn över den offentliga upphandlingen anförtros Konkurrensverket. Tillsynsmyndighetens befogenheter kräver dock ännu en mer ingående analys.

De avvikande meningarna i arbetsgruppens betänkande gäller forum för behandlingen av upphandlingsärenden samt begränsningen av besvärsrätten till högsta förvaltningsdomstolen i andra ärenden än i verkställighetsärenden.

Yttrandena över principbetänkandet

Arbetsgruppens betänkande har behandlats vid ett öppet möte och dessutom ordnades ett remissförfarande. Tidsfristen att yttra sig över betänkandet löpte ut den 19 december 2008 men den förlängdes till utgången av 2008. Sammanlagt 70 remissyttranden erhöles. Finlands Fackföreningars Centralförbund FFC, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Tjänstemannacentralorganisationen STTK och Turun Yliopisto meddelande att de inte hade något att yttra i ärendet. Remissyttrandet gavs av ministerierna samt vissa ämbetsverk och institutioner som underordnar dem, högsta domstolen, högsta förvaltningsdomstolen, marknadsdomstolen, förvaltningsdomstolarna, den evangelisk-lutherska kyrkan, Finlands Näringsliv rf samt vissa förbund som lyder under det, Akava, Företagarna i Finland, Centralhandelskammaren, Finlands Kommunförbund, Hansel Ab, KL-Kuntahankinnat Oy, rådgivningsenheten för offentlig upphandling, vissa städer och sjukhusdistrikt, universitet och vissa organisationer.

Upphandlingsrättelsen fick ett brett stöd. Ett visst motstånd mot slopandet av rättelseförfarandena enligt kommunallagen och kyrkolagen förekom också, särskilt vid småskalig upphandling. Vissa stödde ett obligatoriskt rättelseförfarande i upphandlingsärenden. Vid småskalig upphandling stöddes också ett förfarande för överklagande som liknade förvaltningsbesvär. De olika yttrandena innehöll rikligt med synpunkter om möjliga detaljer i regleringen.

Majoriteten av dem som yttrade sig stödde en möjligast detaljerad reglering av ogiltigheten i lagen. Även utvecklandet av lagstiftningen i den riktningen att domstolens prövningsrätt i ett enskilt fall blir kvar stöddes i yttrandena. I regel stöddes sådana ogiltighetspåföljder i remissyttrandena som gäller avtalsförpliktelser som ännu inte har uppfyllts (ex nunc).

I remissförfarandet gavs förslag särskilt gällande den närmare utformningen av påföljdsavgiften. Arbetsgruppens förslag om tillämpningsområdet för de alternativa påföljderna stöddes i största delen av ställningstagandena.

Enligt arbetsgruppens förslag ska tillämpningsområdet för den automatiska förlängningen motsvara tillämpningsområdet för bestämmelserna om väntetiden. Marknadsdomstolen föreslås avgöra ärenden om avlägsning av den automatiska förlängningen på ansökan av den upphandlande enheten under samma villkor som för närvarande gäller då ärenden om temporära förbud avgörs. De nuvarande bestämmelserna om temporärt förbud för verkställighet förblir oförändrade vid sådan upphandling där automatisk förlängning inte tillämpas. Arbetsgruppens riktlinjer fick stöd med kommentarer särskilt gällande hur den upphandlande enheten ska få vetskap om att en ansökan om prövning gjorts anhängig i marknadsdomstolen.

Marknadsdomstolen som behandlingsforum även i fortsättningen i upphandlingsärenden fick ett nästan enhälligt stöd. Som ett andra alternativ stöddes i någon mån en centraliserad överföring av upphandlingsärenden till en eller några förvaltningsdomstolar. I yttrandena betonades behovet av tillräckliga resurser för marknadsdomstolen. Såsom fo-

rum för yrkanden på skadestånd understöddes tingsrätten.

Begränsningen av rätten att anföra fortsatta besvär i verkställighetsärenden stöddes nästan enhälligt i ställningstagandena. Begränsningen av annan rätt till överklagande understöddes inte eller den ansågs möjlig i ett senare skede.

Enligt arbetsgruppens betänkande är de alternativ som föreslogs om en bindande tidsfrist för avgörande för domstolen och om begränsning av skriftväxlingen är problematiska med hänsyn till 21 § i grundlagen som innehåller garantier för en rättvis rättegång. I flera yttranden (bl.a. Finlands Kommunförbund, utrikesministeriet, Hansel Ab) understöddes till denna del antingen bindande eller riktgivande tidsfrister för marknadsdomstolen, begränsning av de behöriga parternas möjlighet till skriftväxling samt förenkling av marknadsdomstolens sammansättning. Förslag framfördes även om behandlingsavgifter samt om påförande av påföljder mot ogrundade ansökningar (bl.a. utrikesministeriet och Vanda stad).

En klar majoritet av yttrandena stödde överföringen av tillsynsuppgifterna på Konkurrensverket. Majoriteten understödde en modell där tillsynsmyndigheten har prövningsrätt gällande vidtagande av åtgärder och där tillsynsåtgärderna kan fokuseras på betydande överträdelse. I yttrandena underströks också tillsynsmyndighetens styrnings- och rådgivningsfunktion.

Precisering av arbetsgruppens mandat

Arbetsgruppens mandat preciserades den 26 januari 2009 så att arbetsgruppen i det första skedet, före den 30 april 2009, fick i uppdrag att lägga fram sitt arbetsgruppsbetänkande i form av en regeringsproposition med förslag till lagstiftningsåtgärder för genomförandet av rättsskyddsdirektivet. Efter att ha färdigställt regeringspropositionen fortsätter arbetsgruppen sitt arbete under återstoden av sin mandatperiod och koncentrerar sig då på de övriga förslagen till åtgärder som ingick i principbetänkandet, vilka inte föreslås bli förverkligade direkt i sam-

band med genomförandet av rättsskyddsdirektivet.

I det fortsatta arbetet kommer arbetsgruppen att fokusera på olika sätt att förbättra rättsskyddet särskilt när det gäller att förenkla behandlingen av ärenden och att göra behandlingen snabbare. Vidare kommer arbetsgruppen att bedöma hur de tillsynsuppgifter som hänförs sig till genomförandet av rättsskyddsdirektivet ska organiseras. Till de begränsade tillsynsuppgifterna skulle såsom en integrerad del ingå möjligheten att föra talan i ändringssökningsärenden, varvid tillsynsmyndigheten kan föra ett ärende till marknadsdomstolen när den upphandlande enheten har begått grova överträdelse av de skyldigheter som gäller förfarandet och behandlingen av ärendet i marknadsdomstolen är nödvändig får att trygga de viktigaste målen i lagen.

Mellanbetänkande

Arbetsgruppen gav sitt mellanbetänkande om ändringen av rättsmedlen vid offentlig upphandling den 15 maj 2009. Arbetsgruppens förslag "Förslag till ändring av rättsmedlen vid offentlig upphandling. Arbetsgruppens mellanbetänkande" har publicerats i justitieministeriets publikationsserie för arbetsgruppsbetänkanden (JM arbetsgruppsbetänkanden 2009:9).

Arbetsgruppen föreslog i sitt mellanbetänkande att behandlingen av upphandlingsärenden fortsättningsvis ska koncentreras till marknadsdomstolen, men att ett ärende ska anhängiggöras i marknadsdomstolen genom besvär i stället för genom ansökan. Utöver de nuvarande påföljderna som marknadsdomstolen bestämmer föreslås för upphandlingskontrakt bestämmelser om ogiltighetspåföljd, påföljdsavgift och förkortad kontraktsperiod. De nya påföljderna ska endast gälla upphandlingar som överstiger EU-tröskelvärdena. Arbetsgruppen föreslog att den sammanlagda effekten av påföljderna ska beaktas genom särskilda bestämmelser.

Enligt arbetsgruppens förslag föreslås vid upphandling som grundar sig på ramavtal ibruktagande av behandlingstillstånd i marknadsdomstolen och besvärstillstånd i högsta

förvaltningsdomstolen. Dessutom föreslår arbetsgruppen att det fortsatta ändringssökandet i upphandlingsärenden ska begränsas så att inget verkställighetsavgörande av marknadsdomstolen längre ska få överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen.

Arbetsgruppen föreslog att upphandlingsrättelse, dvs. ett enklare sätt att rätta ett fel som har begåtts i upphandlingsförfarandet, ska kunna tillämpas på de upphandlande enheternas beslut. För att förenkla användningen av rättsmedlen i upphandlingsärenden som hör till marknadsdomstolens behörighet föreslås att överklagande genom kommunal- eller förvaltningsbesvär förbjuds.

De avvikande meningar som hänför sig till mellanbetänkandet gäller ändringen av sättet att anhängiggöra ett upphandlingsärende, tiden för ändringssökande, behandlingstillståndet för upphandlingar som grundar sig på ramavtal, den temporära organiseringen av upphandlingen medan ett överklagande behandlas, förutsättningarna att tillämpa påföljder som marknadsdomstolen bestämmer och grunderna för påförande av gottgörelse.

Yttrandena över mellanbetänkandet

Om arbetsgruppens mellanbetänkande ordnades ett remissförfarande, som avslutades den 15 juni 2009. Remisstiden förlängdes till den 26 juni samma år. Yttranden begärdes från 100 myndigheter och andra organisationer. Av dem gav 64 sitt yttrande. Sammanlagt erhöles yttranden från 76 myndigheter och andra organisationer. Juridiska föreningen i Finland meddelade att den inte kommer att ge ett yttrande och Rovaniemi förvaltningsdomstol meddelade att den inte har något att anmärka mot mellanbetänkandet. Yttranden gavs av ministerierna och vissa underställda ämbetsverk och inrättningar, av högsta förvaltningsdomstolen, marknadsdomstolen, förvaltningsdomstolarna, evangelisk-lutherska kyrkan, Finlands Näringsliv EK och vissa underställda förbund, Akava, Företagarna i Finland rf, Centralhandelskammaren, Finlands Kommunförbund rf, KL-Kuntahankinnat Oy, Hansel Ab, vissa städer, universitet och organisationer.

Remissorganens ställningstaganden motsvarade till stor del det som yttrades om principbetänkandet. I yttrandena konstaterades allmänt att rättsskyddssystemet bör utvecklas utifrån de lösningar som har framförts i mellanbetänkandet och att det nationella spelrum som rättsskyddsdirektivet tillåter bör utnyttjas. Beträffande de förslag i mellanbetänkandet som delade åsikterna var det i hög grad fråga om motsatta ställningstaganden mellan de upphandlande enheterna och de som betonade deras synpunkter och anbudsgivarna och de som betonade deras intressegruppers synpunkter. Från de upphandlande enheternas synpunkt sett betonades flexibiliteten i upphandlingsförfarandet och upphandlingsverksamhetens ostörda kontinuitet, medan man från företagets synpunkt sett betonade de rättsmedel som står till förfogande. Det konstaterades att lösningarna i mellanbetänkandet förbättrar företagets rättsskydd, men flera upphandlande enheter uttryckte sin oro över att formkraven i upphandlingsförfarandet kan få en framskjuten plats i och med de nya påföljderna och därigenom minskar i fortsättningen den nytta som kan uppnås via konkurrensutsättning. De remissorgan som representerar anbudsgivarna skulle för sin del ha utsträckt de påföljder som föreskrivs i rättsskyddsdirektivet samt bestämmelserna om väntetid till att omfatta även de upphandlingar som överstiger det nationella tröskelvärdet.

Av förslagen i mellanbetänkandet fick den nya upphandlingsrättelsen, slopandet av förvaltningsbesvär, kommunalbesvär och kyrkobesvär och de elektroniska delgivningssätten det största stödet. Det som mest delade åsikterna var det behandlingstillståndssystem som har föreslagits för användningen av rättsmedel vid upphandlingar som grundar sig på ramavtal, begränsningen av de nya påföljderna enligt rättsskyddsdirektivet till upphandlingar som överstiger EU-tröskelvärdet och förslaget om en temporär organisering av upphandlingen medan ett överklagande behandlas.

Flera upphandlande enheter och bl.a. Statens revisionsverk motsatte sig det behandlingstillståndssystem som har föreslagits för intern upphandling vid ramavtal, eftersom införande av ett behandlingstillståndssystem

kan försvaga ramavtalens lockelse och minska de fördelar som har uppnåtts genom ramavtalen. Dessa organisationer ansåg att besvärsrätten vid upphandlingar som baserar sig på ramavtal ska begränsas till upphandlingar som hör till rättsskyddsdirektivets tillämpningsområde. De remissorgan som representerar leverantörerna och även bl.a. Lapplands universitet motsatte sig å sin sida begränsningen av besvärsrätten genom ett behandlingstillståndssystem, eftersom behovet av rättsskydd vid upphandling som grundar sig på ramavtal är nästan lika stort som i det skede då ramavtalet upprättas. De villkor som är väsentliga för anbudsgivaren kan avgöras först vid den enskilda upphandlingen. En del av de upphandlande enheterna och bl.a. Finlands Kommunförbund rf och Åbo universitet ansåg att det föreslagna behandlingstillståndssystemet är en lösning som beaktar olika synpunkter, eftersom det å ena sidan garanterar de anbudsgivare som deltar i ramavtalet en tillräcklig rättsskyddsnivå och å andra sidan flexibilitet i förfarandet.

Remissorganen understödde i huvudsak att i lagen införs bestämmelsen om en temporär organisering av upphandlingen medan ett överklagande behandlas. De upphandlande enheterna motsatte sig dock i stor utsträckning en begränsning av den temporära organiseringen av upphandlingen på grundval av upphandlingens natur. En upphandling ska kunna göras också hos någon annan än den som har deltagit i upphandlingsförfarandet eller en tidigare leverantör. Finlands advokatförbund ansåg att den upphandlande enhetens rätt att ordna upphandlingen temporärt bör begränsas genom förpliktelsen att utföra konkurrensutsättning i rätt tid.

I allmänhet koncentrerades yttrandena till de förslag om vilka i mellanbetänkandet hade antecknats avvikande meningar. Flera upphandlande enheter understödde de föreslagna tidsfristerna för besvaren. De som deltar i ett upphandlingsförfarande är i huvudsak näringsidkare, som man kan anta att tar reda på rättsmedlen enligt upphandlingslagen. Tidsfristerna ökar de upphandlande enheternas och de vinnande anbudsgivarnas rättssäkerhet. De remissorgan som representerar anbudsgivarna ansåg å sin sida att fastställandet av maximitidsfrister är problematiskt, i syn-

nerhet när det gäller att ingripa mot olaglig direktupphandling.

Om ändringen av sättet att anhängiggöra ett ärende från ansökan till besvär uttalade man sig om endast i några yttranden. Det nuvarande ansökningsförfarandet understöddes av förvaltningsdomstolen. I Lapplands universitets yttrande föreslogs att reformen skjuts upp till arbetsgruppens fortsatta arbete.

Remissorganen kom med många förslag gällande såväl preciseringen av paragrafernas innehåll som motiveringen. Utifrån responsen i yttrandena har bl.a. bestämmelserna om uppkomsten av ett upphandlingsbeslut och ett upphandlingskontrakt och motiveringen till dem preciserats. I förutsättningarna för påförande av gottgörelse har upphandlingsärendenas långa behandlingstid i marknadsdomstolen beaktats. Speciellt anhängiggörandet och behandlingen av en upphandlingsrättelse, den temporära organiseringen av en upphandling, den upphandlande enhetens temporära förbindelse till marknadsdomstolen och motiveringen till paragraferna som gäller de nya påföljder som marknadsdomstolen ska bestämma har preciserats med anledningen av responsen i yttrandena.

Under remissförfarandet framförde flera remissorgan synpunkten att påföljdsprövningen i upphandlingslagen bör preciseras så att en påföljd kan bestämmas endast på grundval av en väsentlig överträdelse. Ett sådant krav är ur rättsskyddsdirektivets synvinkel i allmänhet problematiskt, eftersom ett väsentlighetskrav inte i denna form ingår i rättsskyddsdirektivet. Att införa ett väsentlighetskrav skulle också ändra etablerad rättspraxis, där det redan nu i varje fall fästes uppmärksamhet vid omständigheten, huruvida den upphandlande enheten genom ett oriktigt förfarande har påverkat slutresultatet och huruvida ett oriktigt förfarande har påverkat kravet på ett jämlikt och icke-diskriminerande bemötande av anbudssökandena och anbudsgivarna. Ett väsentlighetskrav skulle också kunna leda till att den inverkan på partens ställning som ligger som grund för talan tolkas så att talan i praktiken skulle förutsätta en omedelbar inverkan på partens rättsliga ställning eller att en förutsättning för prövning av besvär skulle bli ett krav på att upphandlingsbeslutet på grundval

av de framförda påståendena om fel kan upphävas eller att ändringssökanden skulle få en annan påföljd som den har krävt till godo. Eftersom domstolsbehandlingen av upphandlingsärenden baserar sig på den allmänna förvaltningsrättsliga förvaltningsprocesslagstiftningen, där domstolen på grund av officialprincipen har en större möjlighet att beakta den upphandlande enhetens grova fel(såsom annonsfel) på tjänstens vägnar, kan ett väsentlighetskrav också påverka domstolens prövningsbefogenhet. Eventuella fel i upphandlingsförfarandet kan inte heller lätt på förhand särskiljas som väsentliga och oväsentliga, eftersom konsekvensen av ett fel mäts i förhållande till särdragen i varje upphandling och i uttryckligen i förhållande till tryggheten av ett jämlikt och icke-diskriminerande bemötande.

Förutom ändringarna i lagstiftningen uppmärksammade många remissorgan vikten av att marknadsdomstolen anvisas tillräckliga resurser för att förkorta behandlingstiderna så att de blir rimliga. Remissorganen fäste också uppmärksamhet vid omständigheter som organiseringen av tillsynsuppgifterna vid upphandling och frågor som gäller handlingars offentlighet. Enligt arbetsgruppens mandat kommer dessa omständigheter att bedömas under arbetsgruppens fortsatta arbete.

Övrigt material

För beredningen av propositionen genomfördes en kvantitativ analys av upphandlingsärenden som avgjordes i marknadsdomstolen år 2008 (Marknadsdomstolens avgränsade gällande upphandling år 2008. Kvantitativ analys av innehållet i avgränsningarna. OM033:00/2006).

Ändringar i de nationella tröskelvärdena

De nationella tröskelvärdena och deras ändamålsenlighet har behandlats i den redogörelse om reformen av upphandlingslagen (SRU 7/2008) som riksdagen hade förutsatt.

För redogörelsen granskades upphandlingsannonser från det första året efter ikraftträdandet av upphandlingslagen (1 juni 2007 – 31 maj 2008). För regeringspropositionen

var även upphandlingsannonserna för det andra året tillgängliga (1 juni 2008 - 31 maj 2009). Ur dessa samlades uppgifter in om fördelningen av upphandlingar i olika storlekskategorier och bedömdes bl.a. vilken andel av upphandlingen som skulle falla utanför upphandlingslagens tillämpningsområde om de föreslagna nya tröskelvärdena togs i bruk.

För regeringspropositionen gjorde arbets- och näringsministeriet en särskild konsekvensbedömningsutredning om vilka kvantitativa och ekonomiska konsekvenser en fördubbling av de nationella tröskelvärdena kommer att ha för marknaden för offentlig upphandling. Om konsekvensbedömningsutredningen begärdes yttranden av ca 40 organisationer, bl.a. av alla ministerier, Finlands Kommunförbund, högsta förvaltningsdomstolen, marknadsdomstolen, Konkursverket, Statens revisionsverk, statens och kommunernas upphandlingscentraler, Finlands Näringsliv EK, Företagarna i Finland rf, Centralhandelskammaren, Rakennusteollisuus, INFRA rf (före detta centralorganisationen för entreprenörföretag), arbetstagar- och fackorganisationer samt av vissa städer.

Yttranden erhöles från över 30 organisationer. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade att den inte har någonting att yttra i ärendet. Största delen av remissorganen förordade en höjning av tröskelvärdena. Förordande yttranden gavs av samtliga ministerier och bl.a. av kyrkostyrelsen, Konkursverket, Finlands Kommunförbund rf, Folkpensionsanstalten, Centralhandelskammaren, Sosiaalija terveystyöjärjestöjen yhteistyöjärjestö YTY rf, Finlands Fackföreningars Centralförbund FFC rf och Akava. Negativa till en höjning av tröskelvärdena ställde sig en del av de remissorgan som representerar leverantörerna.

Som allmän motivering för en höjning framhölls i såväl ministeriernas som de andra remissorganens yttranden att en höjning av tröskelvärdena minskar processkostnaderna och påverkar den offentliga förvaltningens kostnadseffektivitet på ett positivt sätt. Lättare konkurrensutsättningsförfaranden underlättar utarbetandet av anbud och därigenom speciellt de små företagens deltagande i konkurrensutsättning vid offentlig upphandling.

Hansel Ab föreslog för varu- och tjänsteupphandlingar som grundar sig på ramavtal ett separat tröskelvärde på 100 000 euro. Eftersom ramavtalet har upprättats enligt förfarandeskyldigheterna i upphandlingslagen, skulle de upphandlingar inom ramavtalet som understiger nämnda tröskelvärde fritt kunna genomföras.

Marknadsdomstolen ansåg i sitt yttrande att en höjning skulle ha en positiv inverkan på behandlingstiderna i marknadsdomstolen. Enligt marknadsdomstolens yttrande bör man på ett övergripande sätt bedöma vilka upphandlingar som det är motiverat och ändamålsenligt att föra till specialdomstolen för behandling.

I de yttranden som förordade en höjning av tröskelvärdet framfördes också behovet att bevara en tillräcklig öppenhet vid småskalig upphandling. I de flesta av ministeriernas yttranden konstaterades att man vid småskalig upphandling redan nu följer egna anvisningar för att säkerställa konkurrensen.

Statens revisionsverk förordade förslaget med vissa förbehåll. Enligt Statens revisionsverk bör man i samband med höjningen av tröskelvärdena bestämma att de allmänna principerna i 2 § i upphandlingslagen ska gälla också småskalig upphandling. Dessutom bör man inom statsförvaltningen utvidga och effektivisera användningen av upphandlingscentraler och ramavtal och genom styrning och intern övervakning säkerställa att dessa arrangemang fungerar. Dessutom bör man inom kommunsektorn effektivisera användningen av samordnad upphandling och ramavtal.

Av de organisationer som representerar leverantörerna ställde sig Finlands Näringsliv EK försiktigt positiv till förslaget om höjning. Förbundet ansåg det viktigt konsekvenserna av eventuella ändringar följs upp och undersöks och att detta ska antecknas också i regeringens proposition.

Av Finlands Näringslivs medlemsförbund motsatte sig Rakennusteollisuus RT rf dock en fördubbling av tröskelvärdet för byggtreprenader och byggkoncessioner. På årsnivå skulle uppskattningsvis 650 entreprenader till ett värde av ca 88 miljoner euro falla utanför lagens tillämpningsområde. Antalet och värdet är betydande. Rakennusteollisuus RT rf

ansåg att det inte är motiverat och inte heller ändamålsenligt att höja tröskelvärdet. Enligt redogörelsen om upphandlingslagen ansåg såväl de upphandlande enheterna som företagen att tröskelvärdet för entreprenader är lämpligt. Också INFRA rf, som representerar markanläggningsbranschen och andra motsvarande branscher, motsatte sig på samma grunder en höjning av det nationella tröskelvärdet av byggtreprenader.

Företagarna i Finland motsatte sig i sitt yttrande en fördubbling av tröskelvärdena. En klar majoritet av dess medlemsorganisationer motsätter sig en höjning av tröskelvärdena, även om det bland medlemsorganisationerna också förekommer ståndpunkter för en höjning. Man motsätter sig en höjning av tröskelvärdena bl.a. på grund av följande omständigheter: Konkurrensen fungerar sämre, det jämlika bemötandet av företagen och transparensen blir lidande, spelreglerna och upphandlingarna kan splittras, nya företags inträde på marknaden förhindras och rättskyddet försvagas. Ståndpunkter för en höjning av tröskelvärdena är bl.a. smidigare förfaranden ur de små företagens synvinkel, något som kunde underlätta företagens framgång på marknaden. Även beaktandet av kvaliteten kunde vara lättare vid enklare förfaranden. Om tröskelvärdena höjs, bör man samtidigt på nytt utvärdera hur hela systemet fungerar och se till att de upphandlande enheterna ger separata anvisningar om de förfaranden som ska följas vid småskalig upphandling. Om småskaliga upphandlingar bör också annonseras i tillräcklig utsträckning.

Även Terveidenhoitoalan Palvelujärjestöt TEPA rf, som representerar de privata tjänsteleverantörerna inom social- och hälsovårdsområdet, ställde sig negativ till en höjning av tröskelvärdena. Enligt yttrandet är redan det nuvarande tröskelvärdet för upphandling av hälsovårds- och socialtjänster för högt. Bristen på konkurrens försvagar utvecklingen av marknaden, kostnadseffektiviteten och köparnas vetskap om vad som erbjuds.

6 Samband med andra propositioner

Avsikten är att kyrkolagen ändras så att bestämmelserna om rättelseyrkande och kyrko-

besvär inte längre tillämpas i upphandlingsärenden. Avsikten är att regeringens proposition om ändring av kyrkolagen överlämnas till riksdagen så att propositionerna kan behandlas samtidigt.

DETALJMOTIVERING

1 Lagförslag

1.1 Lagen om offentlig upphandling

1 §. Lagens syfte. I 3 mom. anges att syftet med lagen är att genomföra upphandlingsdirektivet och rättsmedelsdirektivet som gäller rättsmedel i fråga om upphandling. Det föreslås att momentet kompletteras med en hänvisning till rättsskyddsdirektivet.

15 §. Nationella tröskelvärden. I paragrafen bestäms om nationella tröskelvärden. I paragrafen ska de nationella tröskelvärdena höjas så att det nationella tröskelvärdet för varu- och tjänsteupphandling samt tjänstekoncessioner är 30 000 euro. Till skillnad från annan tjänsteupphandling ska tröskelvärdet för upphandling av hälsovårds- och socialtjänster (grupp 25) enligt bilaga B till upphandlingslagen vara 100 000 euro. På samma sätt ska tröskelvärdet 100 000 euro tillämpas på sådana tjänster enligt bilaga B till upphandlingslagen som anskaffas i enlighet med 6 kap. 3 § i lagen om offentlig arbetskraftsservice (1295/2002). Det nationella tröskelvärdet för byggentreprenader och byggkoncessioner föreslås vara 150 000 euro. Till övriga delar behålls paragrafen oförändrad.

Ändringen baserar sig i övrigt på riksdagens svar på upphandlingsredogörelsen (RSk 5/2009), men för byggentreprenader och byggkoncessioner föreslås det att tröskelvärdet höjs från 100 000 euro till 150 000 euro, vilket är mindre än den höjning som riksdagen har förutsatt.

21 §. Bestämmelser som tillämpas på varu- och tjänsteupphandling, tjänstekoncessioner och byggentreprenader. I paragrafen föreskrivs om de bestämmelser som ska tillämpas på olika upphandlingsformer.

Det föreslås att till 3 mom. fogas en hänvisning om att vid sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B till upphandlingslagen tillämpas bestämmelsen i 35 § om annonsering om direktupphandling. På tjänsteupphandling enligt bilaga B tillämpas i regel de nationella upphandlingsförfarandena enligt lagen även i sådana situationer där värdet på upphandlingen överstiger EU-tröskelvärdet. Det föreslås att av påföljderna enligt rättsskyddsdirektivet ska påföljdsavgiften och förkortning av avtalsperioden även gälla sådana B-tjänster som överstiger EU-tröskelvärdet i situationer där en upphandlande enhet har genomfört en direktupphandling i strid med lagen. En upphandlande enhet ska då ha möjlighet att på förhand annonsera om sina direktupphandlingar på motsvarande sätt som t.ex. i fråga om upphandling av primära tjänster enligt bilaga A.

35 §. Annonser om upphandling. I paragrafen föreskrivs om hur upphandlingsannonser sänds för publicering. Det föreslås att 1 mom. ska innehålla ett omnämnande av en annons om direktupphandling. Enligt artikel 2d.4 i rättsskyddsdirektivet kan en upphandlande enhet frivilligt offentliggöra ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning innan ett upphandlingskontrakt har slutits. Annonseringsförfarandet vid direktupphandling utgör inte någon skyldighet för den upphandlande enheten, utan är ett alternativ när det gäller att öka öppenheten om upphandlingen och styra effekterna av rättsmedlen. Dessutom föreslås det att paragrafens rubrik ändras så att den motsvarar paragrafens innehåll bättre än för närvarande.

Det föreslås att 2 mom. ändras tekniskt så att det innehåller en hänvisning till arbets- och näringsministeriet i stället för handels- och industriministeriet.

I 3 mom. finns det ett bemyndigande om att närmare bestämmelser kan utfärdas genom förordning av statsrådet. Det föreslås att till

momentet fogas en hänvisning till rätts-skyddsdirektivet samt att ordalydelsen ändras så att bestämmelsen om bemyndigande ut-över annonseringsskyldigheten även ska om-fatta de omständigheter som gäller frivillig annonsering om direktupphandling.

10 kap. **Upphandlingsbeslut, upp-handlingskontrakt, upphand-lingsrättelse och upphand-lingsdokumentens offentlighet**

73 §. Upphandlingsbeslut. Avsikten är att paragrafen i regel ska motsvara 73 § 1 mom. i den nuvarande upphandlingslagen med den skillnaden att bestämmelserna om motiveringen av beslutet preciseras. Dessutom föreslås det att det i paragrafen ska föreskrivas om situationer där en upphandlande enhet inte är skyldig att fatta upphandlingsbeslut. Enligt förslaget ska det vara möjligt att avvika från förfarandet med att fatta upphandlingsbeslut i situationer där den upphandlande enhetens avgörande föregås av ett visst skede i ett tidigare upphandlingsbeslut. Då har anbudssökanden och anbudsgivaren kunnat bedöma om förpliktelserna i lagen har iakttagits i förfarandet. Avsikten är att ett upphandlingsbeslut inte ska behöva fattas och delges på det sätt som förutsätts i denna lag i situationer där behovet av rättsskydd redan har bedömts på nämnda sätt.

I 1 mom. föreskrivs om den upphandlande enhetens skyldighet att fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning och om det avgörande som avslutar upphandlingsförfarandet. Beslutet ska motiveras. Momentet motsvarar till sitt innehåll bestämmelsen i den gällande upphandlingslagen. Ett skriftligt upphandlingsbeslut ska alltid fattas om det avgörande som avslutar upphandlingsförfarandet. Avgöranden som påverkar kandidaternas och anbudsgivarnas ställning kan också fattas stegvis under upphandlingsförfarandets gång. Avgörandena kan gälla t.ex. kandidaternas eller anbudsgivarnas lämplighet, huruvida anbuderna överensstämmer med anbudsförfrågan eller vid

förhandlingar som framskrider steg för steg de anbud som medverkar i förhandlingarna. Den upphandlande enheten ska fatta ett motiverat skriftligt beslut om även dessa avgöranden.

I 2 mom. bestäms om motiveringen till beslutet. Förslaget grundar sig på artikel 2a.2 i rättsskyddsdirektivet. Den upphandlande enheten ska antingen i upphandlingsbeslutet eller i andra handlingar som anknyter till det redogöra för de omständigheter som påverkat avgörandet så exakt att kandidaten eller anbudsgivaren med stöd av beslutet eller motiveringen till det kan bedöma huruvida förpliktelserna enligt lagen har uppfyllts.

Omständigheter som påverkat avgörandet är t.ex. de grunder enligt vilka den upphandlande enheten har bedömt kandidatens eller anbudsgivarens lämplighet eller enligt vilka ett anbud har ansetts strida mot anbudsförfrågan. Med tanke på en jämförelse av anbuderna ska grunderna framställas med sådan exakthet att det för anbudsgivarna framgår hur deras anbud placerar sig i förhållande till andra anbud i anbudstävlingen. Av anbudsjämförelsen ska det tydligt framgå för alla anbudssökande hur de har bedömts med avseende på var och en av jämförelsegrunderna. Av anbudsjämförelsen ska det framgå t.ex. vilka konkreta omständigheter i anbuderna som har utgjort grund för jämförelsen med avseende på var och en av jämförelsegrunderna och vad som utgjort grunden för skillnaderna i poäng.

I momentet föreskrivs också om motiveringen till ett upphandlingsbeslut vid konkurrensutsättning av en upphandling som grundar sig på ramavtal. Bestämmelser om konkurrensutsättning av en upphandling som grundar sig på ramavtal finns i 32 § 3 mom. i upphandlingslagen. Konkurrensutsättning av upphandlingar sker enligt ett lättare förfarande, eftersom en del av villkoren för upphandlingen redan har fastställts i samband med upprättandet av ramavtalet. Exempelvis har de omständigheter som gäller en kandidats eller en anbudsgivares lämplighet redan avgjorts i samband med upprättandet av ramavtalet, och till dessa delar har rättsskyddet bort bedömas på grundval av det upphandlingsbeslut som fattats i samband med upprättandet av ramavtalet. Sålunda ska det vid konkur-

rensatsättning som grundar sig på ramavtal vara tillräckligt att det av avgörandet framgår på vilket sätt den upphandlande enheten har tillämpat kriterierna för val och jämförelse av det anbud som anbudsförfrågan gäller.

Om det vid upphandlingen ska iakttas en sådan väntetid som avses i 77 §, är den upphandlande enheten skyldig att till upphandlingsbeslutet eller de handlingar som hänför sig till det foga en uppgift om hur lång väntetiden är. Bestämmelsen grundar sig på andra strecksatsen i artikel 2a.2 i rättsskyddsdirektivet. Meddelandet om längden på väntetiden är viktig särskilt för utländska anbudsgivare. En uppgift om väntetid ska också anges om den upphandlande enheten iakttar väntetiden, fastän den med stöd av 78 § kan medges undantag från iakttagande av väntetid.

Enligt 3 *mom.* behöver ett beslut enligt 1 *mom.* inte fattas i fråga om tilläggsbeställningar som avses i 28 § eller i fråga om temporär organisering av upphandling medan ett överklagande behandlas. Avsikten är att den temporära organiseringen av upphandlingen ska regleras mer flexibelt än den egentliga upphandlingen, på det sätt som föreslås i 93 §. I dessa situationer riktar sig behovet av rättsskydd primärt mot den upphandling som är föremål för överklagande, varvid man i besluten vid temporära arrangemang ska kunna avvika från de krav som föreskrivs i denna lag.

Till den del det gäller 28 § är det i bestämmelsen fråga om situationer där den upphandlande enheten gör en ny upphandling hos den ursprungliga leverantören antingen som en tilläggsbeställning eller som ett nytt projekt som motsvarar den tidigare upphandlingen.

I 28 § 1 *mom.* anges det att i fråga om upphandling av varor är en tilläggsbeställning i anslutning till en tidigare leverans möjlig, om ett byte av leverantör skulle leda till oproportionerligt stora tekniska svårigheter eller oförenlighet. Dessutom har giltighetstiden för kontrakt i regel begränsats till tre år. I fråga om tjänster och entreprenader kan tilläggsbeställningar enligt 28 § 2 *mom.* göras i situationer där en tilläggsbeställning av skäl som inte kunde förutses har visat sig nödvändig för att tjänsten ska kunna utföras eller entreprenaden genomföras. En förut-

sättning för detta är dessutom att tilläggsbeställningen inte kan avskiljas från den ursprungliga upphandlingen utan stora olägenheter för den upphandlande enheten och att värdet av tilläggsbeställningen är högst 50 procent av den ursprungliga upphandlingens värde. I 28 § 3 *mom.* anges det att den upphandlande enheten hos den ursprungliga leverantören kan göra en sådan ny upphandling av en tjänst eller entreprenad som motsvarar en tidigare upphandling i situationer där möjligheten till tilläggsbeställningar har nämnts i den ursprungliga upphandlingsannonsen och tilläggsbeställningen har beaktats i det uppskattade värdet av upphandlingen. Beställning av upphandlingar som motsvarar tidigare upphandlingar har tidsmässigt begränsats till tre år från det att den ursprungliga kontraktet ingicks.

I de situationer som nämns i 28 § i lagen är det i praktiken fråga om att den upphandlande enhetens verksamhet ska fortsätta smidigt inom ramen för grunderna för direktupphandling. I alla nämnda situationer har tilläggsbeställningen föregåtts av ett upphandlingsförfarande och upphandlingsbeslut i anslutning till den ursprungliga upphandlingen, och då har anbudsgivarna kunnat använda sig av rättsmedel i fråga om dessa avgöranden.

Den upphandlande enheten ska dock beakta att den ogiltighetspåföljd för ett upphandlingskontrakt som föreslås i 96 § kommer att gälla alla slag av olagliga direktupphandlingssituationer, även sådana tilläggsbeställningar enligt 28 § i lagen som överstiger EU-tröskelvärdet (2d.1 punkt a i rättsskyddsdirektivet). Därför rekommenderas det att om den upphandlande enheten är osäker på hur 28 § i lagen ska tillämpas, bör det i fråga om tilläggsbeställningar som överstiger EU-tröskelvärdet fattas ett i denna paragraf avsett separat upphandlingsbeslut om tilläggsbeställningen och beslutet publiceras i Europeiska unionens officiella tidning på det sätt som anges i 79 §.

Enligt 4 *mom.* behöver ett beslut inte fattas om vissa upphandlingar som grundar sig på ramavtalet. Den nuvarande lagen innehåller inte någon särskild reglering av hur upphandlingsbeslut i fråga om anskaffningar som grundar sig på ramavtalet ska fattas. Situa-

tionen har i praktiken lett till olika tolkningar av förpliktelsen att fatta ett separat upphandlingsbeslut, särskilt i situationer där en upphandling konkurrensutsätts genom förenklat förfarande. Enligt 1 punkten förutsätts ett upphandlingsbeslut som avses i denna paragraf inte om villkoren för upphandlingen redan i ramavtalet har fastställts på ett bindande sätt. Det är då fråga om situationer där ramavtalet omfattar antingen en eller flera leverantörer och upphandlingarna under ramavtalets giltighetstid genomförs i enlighet med de ursprungliga villkoren. Undantagsbestämmelsen gäller sådana upphandlingar som grundar sig på ramavtal och som överstiger både EU-tröskelvärdet och det nationella tröskelvärdet.

Enligt 2 punkten behöver en upphandlande enhet inte fatta ett beslut vid konkurrensutsättning av upphandlingar som grundar sig på ramavtal. Avvikelse från bestämmelsen om att fatta ett upphandlingsbeslut gäller bara konkurrensutsättningar som överstiger det nationella tröskelvärdet. Vid konkurrensutsättning som överstiger EU-tröskelvärdet ska man vid användningen av rättsmedel beakta den reglering som förutsätts i rättsskyddsdirektivet. Enligt rättsskyddsdirektivet ska man i medlemsstaterna vid konkurrensutsättningar som överstiger EU-tröskelvärdet införa antingen en sådan reglering av den period under vilken avtal inte får ingås som möjliggör användningen av rättsskyddsmedel innan ett upphandlingskontrakt sluts eller också en ogiltighetsreglering, som innebär att domstolen kan ingripa i ett upphandlingsavtal som ingåtts (artiklarna 2b och 2d i rättsskyddsdirektivet). Bestämmelser om väntetid och undantag från väntetid finns i 77 och 78 § i lagen och bestämmelser om ett upphandlingskontrakts ogiltighet i 96 och 97 § i lagen.

Även om en upphandlande enhet inte vid sådana upphandlingar som grundar sig på ramavtal och som nämns i 4 mom. 1 och 2 punkten är skyldig att fatta ett upphandlingsbeslut i enlighet med lagen, är det dock att rekommendera att den upphandlande enheten med iakttagande av principerna för god förvaltning på ett tillräckligt sätt informerar de leverantörer som omfattas av ramavtalet om sitt avgörande. Den upphandlande enheten bör också beakta att beräkningen av de tids-

frister för ändringssökande som föreslås i 87 § vid ramavtal förutsätter att ett upphandlingsbeslut enligt 1 mom. jämte besvärсанvisning delges anbudsgivarna.

74 §. *Besvärсанvisning och rättelseанvisning.* Bestämmelsen om besvärсанvisning baserar sig huvudsakligen på 73 § i den nuvarande upphandlingslagen. Den nya bestämmelsen motsvarar den gällande regleringen i övrigt med den skillnaden att ett ärende, i stället för genom ansökan, framöver ska föras till marknadsdomstolen genom besvär på det sätt som föreslås i 85 § i lagen.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enheten till sitt upphandlingsbeslut foga en besvärсанvisning där det redogörs för hur ärendet förs till marknadsdomstolen för behandling. Innehållet i besvärсанvisningen preciseras så att den upphandlande enheten ska meddela sin kontaktinformation så att den som söker ändring i ett upphandlingsbeslut kan meddela den upphandlande enheten att ärendet har förts till marknadsdomstolen för behandling. Till beslutet ska också fogas en rättelseанvisning i vilken redogörs för hur ett ärende kan föras till den upphandlande enheten för ny behandling i form av upphandlingsrättelse. En upphandlingsrättelse är ett nytt rättsmedel och närmare bestämmelser om innehållet i den föreslås ingå i 80–83 § i lagen.

Det föreslås att i 2 mom. tas in en förtydligande hänvisning till 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) i vilket det föreskrivs om de uppgifter som ska ingå i en besvärсанvisning samt om rättelse av besvärсанvisning. På motsvarande sätt ska på utfärdande och rättelse av en rättelseанvisning tillämpas bestämmelserna i 7 kap. i förvaltningslagen (434/2003).

Enligt förvaltningsprocesslagen ska man låta rätta en besvärсанvisning inom besvärstiden, varvid den besvärstid som står till förfogande förlängs med den tid som anges i den nya besvärсанvisningen. Ändringssökanden ska följa den erhållna nya besvärсанvisningen och den tidsfrist som anges i den. Eftersom det i upphandlingslagen ska införas bestämmelser om besvärstiden både i det fallet att besvärсанvisningen har varit korrekt (87 § 1 och 2 mom. i upphandlingslagen) och i det fallet att besvärсанvisningen har varit på

något sätt bristfällig (87 § 3 mom. i upphandlingslagen), ska vid tillämpningen av upphandlingslagen beaktas att den nya maximtid som har bestämts för ändringssökandet inte överskrids genom att man låter rätta besvärshanvisningen. Man ska alltså i princip låta rätta en bristfällig och oriktigt besvärshanvisning inom den normala besvärstiden efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet. Det finns dock ingenting som hindrar att en rättelse inom systemet enligt upphandlingslagen inte är så exakt bundet till besvärstiden som enligt förvaltningsprocesslagen, om bara ändringssökandet lämnas in till marknadsdomstolen senast inom 6 månader. För marknadsdomstolen återstår att avgöra om besvaren då har anhängiggjorts inom rätt tid.

75 §. Delgivning av ett upphandlingsbeslut. I paragrafen bestäms om delgivning av upphandlingsbeslut och sådana handlingar i anslutning till dem som gäller ändringssökande, dvs. besvärshanvisning och rättelseanvisning, samt om tidpunkten för delgivningen. Det huvudsakliga delgivningssättet föreslås vara elektronisk delgivning, som grundar sig på de vanligaste elektroniska ärendehanteringssätt som de olika parterna i upphandlingsförfarandet har till sitt förfogande, dvs. elektronisk post och telefax. Som ett alternativ till elektronisk delgivning kan man fortfarande tillämpa delgivning per brev och i fråga om den preciseras regleringen av tidpunkten för delfående i förhållande till både tidpunkten för delfäendet och delgivningsmottagarens bevisböda.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besvärshanvisning och rättelseanvisning skriftligen delges dem som saken gäller. Dessa handlingar ska i första hand delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har meddelat den upphandlande enheten. I praktiken betyder detta en e-postadress eller ett telefaxnummer. Vid användning av en sådan elektronisk kontaktinformation anses anbudssökanden eller anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna den dag då det elektroniska dokument som gäller saken står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat så att det elektroniska meddelandet kan hanteras.

I momentet avses med elektroniskt meddelande och elektroniska handlingar detsamma som i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet (13/2003), som tillämpas som sådan även på de upphandlande enheternas verksamhet till den del deras verksamhet gäller hantering av förvaltningsärenden eller ärenden som kan jämföras med dem. Enligt 4 § 2 mom. i nämnda lag avses med elektroniskt meddelande information som har sänts med en elektronisk dataöverföringsmetod och som vid behov kan sparas i skriftlig form. Enligt 3 punkten i samma moment avses med elektroniskt dokument ett elektroniskt meddelande som hänförs till anhängiggörandet eller behandlingen av ett ärende eller till delgivningen av ett beslut.

I momentet nämns eller definieras begreppet elektronisk dataöverföringsmetod inte särskilt. Definitionen på elektronisk dataöverföringsmetod finns i 4 § 1 punkten i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet. I nämnda lag avses med elektronisk dataöverföringsmetod telefax och teletjänster, såsom elektroniska blanketter, elektronisk post och rätten att använda elektroniska datasystem, samt andra på elektronisk teknik baserade metoder där data förmedlas via en trådlös överföringskanal eller kabel. Elektronisk post som avses i definitionen kan vara en tjänst i ett datanät där användarna kan sända meddelanden till varandra som registreras i mottagarens användarspecifika datafiler, eller också en webbaserad e-post som används på en webbsida utan ett e-postprogram och som inte är bunden till en Internet-tjänsteleverantör. Med elektronisk post kan å andra sidan också avses en sådan teletjänst som möjliggör sändande och mottagande av e-post med en mobiltelefon, fastän ärendehantering via en fast telefonanslutning eller mobiltelefon egentligen inte hör till tillämpningsområdet för lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet.

Avsikten är att man i upphandlingsförfarandet ska betrakta den elektroniska kontaktinformationen som ett allmänt alternativ för elektronisk kommunikation på så sätt att dess

tekniska bakgrund eller utveckling inte påverkar användningen av denna metod. I praktiken har de upphandlande enheterna redan i viss mån övergått till att använda sådan elektronisk delgivning som avses här, fastän förfarandet har saknat stöd i lag. I marknadsdomstolens tillämpningspraxis har man inte fäst uppmärksamhet vid delgivningssättet, om tidpunkten för delfäendet har kunnat fastställas och delgivningssättet inte har påverkat den utsatta tiden för att lämna in ansökan till marknadsdomstolen.

Det elektroniska delgivningssätt som avses i lagförslaget avviker från den bevisliga elektroniska delgivning om vilken bestäms i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet. Å andra sidan förutsätts ett bevisligt delgivningssätt inte i förvaltningslagen, där det huvudsakliga delgivningssättet är så kallad vanlig delgivning som sker per brev. Dessutom ska det beaktas att det i ett upphandlingsförfarande är fråga om företag och näringsidkare eller yrkesutövare som har tillgång till den apparatur som krävs för elektronisk kommunikation. Eftersom den elektroniska delgivningen i samband med ett upphandlingsbeslut inte heller i så hög grad som inom vissa andra ärendekategorier är förknippad med sådana sekretessbelagda handlingar som avses i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) eller någon annan lag, kan en elektronisk kontaktinformation som lämnas av en part som deltar i upphandlingsförfarandet anses vara en sådan lämplig metod för delgivning i denna miljö som på ett tillräckligt sätt också beaktar de skyddsbehov som hänför sig till sekretessen.

I 1 mom. föreskrivs också om tidpunkten för delfäende av ett dokument som sänts med hjälp av elektronisk kontaktinformation. Enligt momentet anses anbudssökanden eller anbudsgivaren ha fått del av ett meddelande med ett elektroniskt dokument och kompletterande handlingar den dag då det elektroniska meddelandet står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat, så att meddelandet kan hanteras. Vid elektronisk kommunikation har man utgått från att tidpunkten för delfäende med beaktande av den använda apparaturens tekniska särdrag är den dag då meddelandet har sänts. Med den behandling

som anges i momentet avses teknisk behandling av det sända meddelandet, dvs. att meddelandet med handlingar fås i läsbar form. Också i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet avses med behandling teknisk behandling.

I momentet föreskrivs dessutom om möjligheten att framlägga motbevis om tidpunkten för delfäendet i situationer där ett elektroniskt meddelande har nått mottagaren vid en senare tidpunkt på grund av att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller av någon annan motsvarande orsak. För att underlätta mottagarens möjligheter att framlägga motbevis föreslås det att den upphandlande enheten ska vara skyldig att vid elektronisk delgivning i sitt meddelande särskilt ange dagen för avsändandet av meddelandet. Då kan mottagaren efter att ha fått meddelandet försäkra sig om att det inte har skett något särskilt dröjsmål mellan tiden för avsändandet och mottagandet av meddelandet.

I 2 mom. bestäms om en alternativ delgivningsform, dvs. delgivning per brev. Då sker delgivningen i överensstämmelse med vad som föreskrivs om vanlig delgivning i 59 § i förvaltningslagen. I 59 § 2 mom. i förvaltningslagen anges att mottagaren anses ha fått del av ärendet den sjunde dagen efter det att brevet avsändes, om inte något annat visas. Enligt 59 § 2 mom. i förvaltningslagen anses ett ärende dock ha kommit till en myndighets kännedom den dag då brevet anlände. Den sistnämnda bestämmelsen är av betydelse särskilt i sådana situationer där en upphandlande enhet sänder en uppgift om sitt beslut även till en myndighet som har besvärsrätt enligt lagen. Enligt 54 § i förvaltningslagen ska ett beslut som en myndighet har fattat utan dröjsmål delges en part och andra kända som har rätt att söka rättelse i det eller att överklaga det genom besvär. Den upphandlande enheten har motsvarande skyldighet att delge även en myndighet ett upphandlingsbeslut som den fattat i sådana fall där myndigheten har besvärsrätt i saken.

I momentet preciseras tidpunkten för delfäendet i fråga om delgivning per brev på så sätt att på finska ändras den nuvarande ordalydelsen ”seitsemän päivän kuluttua” så att den motsvarar ordalydelsen ”seitsemäntenä

päivänä” enligt förvaltningslagen. Ändringen berör inte den svenska texten. Orsaken till preciseringen är den att det är möjligt att uttrycket ”seitsemän päivän kuluttua”, som också ingår i kommunallagen, på grund av språkliga orsaker kan tolkas så att delgivningen sker först efter det att sju dagar har förflutit från det att brevet sändes, dvs. på den åttonde dagen. I tillämpningspraxis har denna skillnad i ordalydelse klart föranlett en del problem. Dessutom föreslås det att bevisbördan i anslutning till presumptionsbestämmelsen på sju dagar preciseras så att bevisbördan enbart ska gälla den omständighet att delgivningen de facto har skett vid en senare tidpunkt än inom sju dagar. Ändringen förtydligar den omständigheten att tidpunkten för delfäendet fastställs på ett kalkylmässigt sätt och att det i en vanlig tillämpningssituation inte är skäl att ens börja klarlägga saken. Sålunda saknar det också relevans att den som saken gäller själv lägger fram uppgifter om den faktiska tidpunkten för delfäendet, om inte delfäendet har skett vid en senare tidpunkt än vad som förutsätts i presumptionsbestämmelsen.

76 §. Slutande av upphandlingskontrakt. I paragrafen föreskrivs det i överensstämmelse med 74 § i den nuvarande upphandlingslagen om den upphandlande enhetens skyldighet att sluta ett upphandlingskontrakt efter att ett upphandlingsbeslut fattats.

I fråga om regleringen av upphandlingsförfarandena är det med tanke på de tillgängliga rättsmedlen av betydelse hur ett kontrakt uppstår. Innan ett kontrakt sluts kan marknadsdomstolen bestämma att ett fel som uppstått under upphandlingsförfarandet eller upphandlingsbeslutet ska korrigeras på det sätt som avses nedan i 94 §. Vid sådan upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet får ett upphandlingskontrakt inte slutas förrän den väntetid som anges i 77 § i lagen har förflutit efter delgivningen av upphandlingsbeslutet. Enligt förslaget ålägger marknadsdomstolen den upphandlande enheten att betala en påföljdsavgift för en väntetidsförseelse på det sätt som anges i 98 §. I de allmänna domstolarnas rättspraxis anses ett upphandlingskontrakt ha uppstått genom delgivningen av upphandlingsbeslutet (*HD 6.7.2007 nr 1857*). Med tanke på tillämpningen av de

rättsmedel som gäller för upphandlingarna är linjedragningen problematisk. Av de skäl som nämns ovan föreslås det att det i upphandlingslagen tas in en specialbestämmelse om tillkomsten av ett upphandlingskontrakt, så att rättsmedlen enligt lagen ska kunna utnyttjas effektivt.

Enligt paragrafen ska efter upphandlingsbeslutet på motsvarande sätt som i 74 § i den gällande lagen slutas ett separat skriftligt upphandlingskontrakt om upphandlingen. Avsikten är att ett kontrakt uppstår genom en uttrycklig viljeförklaring av den upphandlande enheten och anbudsgivaren, vilket sker genom undertecknande av ett skriftligt upphandlingskontrakt.

Ett upphandlingskontrakt ska inte utan särskild orsak uppstå endast genom delgivning av ett upphandlingsbeslut. I EG-domstolens avgörande i ärendet C-81/98 (*Alcatel Austria m.fl.*) ansågs det att medlemsstaternas lagstiftning inte borde ha tolkats så att delgivning av anbudsförfarandet innebar att ett kontrakt hade uppstått. En sådan tolkning hindrar erhållandet av ett effektivt rättsskydd. I 94 § 2 mom. ska föreskrivas om bestämmande av påföljder i situationer där ett skriftligt kontrakt inte har slutits, men upphandlingen har börjat genomföras.

För att undvika tolkningssituationer gällande uppkomsten av ett kontrakt rekommenderas det att den upphandlande enheten senast i samband med delgivningen av upphandlingsbeslutet meddelar att ett upphandlingskontrakt inte uppstår genom upphandlingsbeslutet. Samtidigt ska den upphandlande enheten meddela vilka avsikterna är för att vid en senare tidpunkt sluta ett upphandlingskontrakt mellan parterna.

77 §. Väntetid. Paragrafen baserar sig på artikel 2a i rättsskyddsdirektivet. Den motsvarar 74 § i den gällande upphandlingslagen, men i fortsättningen ska den upphandlande enheten inte ha möjlighet att sluta ett upphandlingskontrakt tidigare än efter en väntetid på 21 dagar, om slutandet av kontraktet av tvingande hänsyn till ett allmänintresse eller av någon oförutsägbar orsak som inte beror på den upphandlande enheten. Om undantagen från väntetiden finns uttömmande bestämmelser i rättsskyddsdirektivet och i den föreslagna 78 §. Ovan nämnda undantag

från väntetiden är enligt rättsskyddsdirektivet inte längre möjligt.

Om det är fråga om en upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet kan ett upphandlingskontrakt slutas tidigast 21 dagar efter det att sökanden har fått eller anses ha fått del av beslutet, besvärсанvisningen och övriga handlingar. Väntetidens längd motsvarar nuläget. Vid fastställandet av längden på väntetiden har man inte bara beaktat den tidsfrist på 14 dygn för att föra ärendet till marknadsdomstolen, utan också den tid på sju dagar under vilken den upphandlande enheten har möjlighet att klarlägga när besvärprocessen och de uppskjutande verkningarna av besvärsförfarandet har börjat. Regleringen av väntetiden föreslås på samma sätt som för närvarande även gälla sådan sekundär tjänstepupphandling enligt bilaga B i upphandlingslagen som överstiger EU-tröskelvärdet. Avsikten är att regleringen om väntetid inte ska tillämpas på tjänstekoncessioner som överstiger EU-tröskelvärdet.

I 2 mom. konstateras att väntetid inte ska tillämpas på direktupphandling som baserar sig på 27 och 28 §. Avsikten med bestämmelsen är att klarlägga att tidsfristen mellan upphandlingsbeslutet och upphandlingskontraktet vid direktupphandling, för att ändringssökandet ska vara effektivt, regleras på ett annat sätt än vid upphandling som grundar sig på anbudsförfarande. Vid direktupphandling förutsätter rättsskyddsdirektivet att en annons publiceras innan upphandlingskontraktet sluts, för att bestämmelserna om ogiltighet inte ska tillämpas. Om annonsförfarandet och den tidsfrist som hänför sig till det föreskrivs nedan i 79 §.

I 3 mom. ingår en hänvisning till 90 § i vilken bestäms om hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt. Om marknadsdomstolen avgör verkställighetsärendet eller fäller ett avgörande i huvudsaken innan väntetiden har löpt ut, ska den upphandlande enheten iaktta väntetiden trots marknadsdomstolens beslut. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att alla parter har effektiva rättsmedel till sitt förfogande oberoende av de avgöranden som meddelats i besvär som anförts av andra parter.

78 §. Undantag från bestämmelserna om väntetid. Paragrafen motsvarar artikel 2b i

rättsskyddsdirektivet. I paragrafen föreskrivs om de situationer där den väntetid som föreslås i 77 § inte behöver iakttagas. Iakttagandet av väntetiden kan i de situationer som anges i paragrafen påverka den effektivitet och smidighet som eftersträvas med upphandlingsförfarandet.

I 1 mom. anges det att väntetiden inte behöver iakttagas före slutandet av ett upphandlingskontrakt i fråga om upphandlingar som görs på grundval av ett ramavtal. Undantaget avses gälla all sådan upphandling som grundar sig på ramavtal och överstiger EU-tröskelvärdet, oberoende av om alla villkoren i ramavtalet har fastställts vid regleringen. Den upphandlande enheten bestämmer om iakttagandet av väntetiden. Det föreslås att underlåtenhet att iaktta väntetiden ska påverka besvärstiden på det sätt som anges i 87 §. Om väntetiden inte iakttagas på grundval av 1 punkten, kan besvär anföras inom 30 dagar från delfäendet av upphandlingsbeslutet och besvärсанvisningen. Det att väntetiden inte iakttagas förlänger sålunda besvärstiden på 14 dagar vid upphandling som grundar sig på ramavtal.

Enligt 2 mom. kan undantag från iakttagandet av väntetid även göras i sådana fall där ett upphandlingskontrakt sluts mellan den enda anbudsgivare som uppfyllt kraven i anbudsförfarandet och en leverantör som uppfyller de minimikrav som uppställts enligt 52-60 §. Dessutom förutsätts det att sådana anbudsgivare eller kandidater vilkas ställning påverkas av valet av avtalspartner inte längre deltar i anbudsförfarandet.

Undantaget lämpar sig för främst sådana situationer där endast ett företag har deltagit i anbudstävlingen eller där kandidater som har uteslutits under anbudsförfarandet eller anbudsgivare som har lämnat in anbud som förkastats i ett tidigare skede av förfarandet har kunnat söka ändring i ett avgörande om uteslutning eller förkastande.

79 §. Annonsering om direktupphandling samt slutande av upphandlingskontrakt. I paragrafen bestäms om frivillig annonsering om direktupphandling. Paragrafen är ny och grundar sig på artikel 2d.4 i rättsskyddsdirektivet.

Syftet med bestämmelsen är att öka öppenheten vid direktupphandling och förbättra ef-

fektiviteten av rättsmedlen innan ett upphandlingskontrakt sluts. Enligt förslaget kan den upphandlande enheten innan upphandlingskontraktet har slutits sända en annons om direktupphandling för publicering i Europeiska unionens officiella tidning. Annonsförfarandet är bundet till bestämmelserna om ett upphandlingskontrakts ogiltighet enligt rättsskyddsdirektivet. Den frivilliga annonseringen gäller sådan upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet med undantag för tjänstekoncessioner. Regleringen av öppenheten i fråga om direktupphandling och regleringen av ogiltighet i fråga om kontrakt är alternativa på så sätt att publicering av en annons om direktupphandling och iakttagandet av tidsfristen efter att annonsen publicerats hindrar besvärmyndigheterna från att förklara upphandlingskontraktet ogiltigt, fastän det vid en senare tidpunkt skulle framgå att det inte har funnits någon laglig grund för direktupphandlingen (artikel 2d punkt 1 och 4 i rättsskyddsdirektivet).

Till stöd för regleringen enligt rättsskyddsdirektivet föreslås det att det nationellt föreskrivs att besvär som gäller direktupphandling ska anföras inom tidsfristen på det sätt som anges i 87 §. Genom att iaktta annonsförfarandet och den väntetid på 14 dagar som föreslås i paragrafen kan den upphandlande enheten sålunda säkerställa att upphandlingskontraktets bindande verkan inte kan påverkas genom sökande av ändring.

Om villkoren för direktupphandling vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet föreskrivs i 27 och 28 § i upphandlingslagen. Den upphandlande enheten kan lämna en annons om direktupphandlingen efter upphandlingsbeslutet. I en annons om direktupphandling ska utöver namnet på och kontaktinformationen till den upphandlande enheten åtminstone finnas en beskrivning av föremålet för upphandlingen, uppgifter om direktupphandlingsgrunden och om den anbudsgivare till vars förmån upphandlingsbeslutet har fattats (artikel 3a i rättsskyddsdirektivet). Annonserna ska utfärdas på standardformulär som fastställts i kommissionens förordning (EG) nr 1564/2004 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med Euro-

paparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG (*förordningen om standardformulär*). Europeiska kommissionen bereder en ändring av förordningen om standardformulär så, att för meddelanden om direktupphandling fastställs ett eget standardformulär. I praktiken ska en annons om direktupphandling lämnas in för publicering i det nationella elektroniska systemet för upphandlingsannonser på Internetadressen www.hankintailmoitukset.fi. Därifrån vidare-sänds annonserna i elektronisk form för publicering i Europeiska unionens officiella tidning. I upphandlingsförordningen (614/2007) föreskrivs närmare om detaljerna i upphandlingsförfarandet.

När annonsen har publicerats ska den upphandlande enheten iaktta tidsfristen på 14 dagar innan den kan sluta ett upphandlingskontrakt. Tidsfristen för slutande av upphandlingskontraktet räknas från det att annonsen har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning. Tidsfristen är kortare än den väntetid som avses i 77 §, eftersom det på grund av karaktären av direktupphandlingar ofta finns ett behov att sluta upphandlingskontraktet snabbt efter upphandlingsbeslutet. Besvärstiden är i analogi med vad som anføres ovan 14 dagar från det att annonsen om direktupphandlingen har publicerats och anhängiggörandet av besvären vid marknadsdomstolen skjuter upp slutandet av upphandlingskontraktet på det sätt som föreslås nedan i 90 §. Det är skäl att den upphandlande enheten kontrollerar eventuella anhängiggjorda besvär vid marknadsdomstolen innan ett upphandlingskontrakt sluts.

80 §. Hur en upphandlingsrättelse görs. Det föreslås att de rättsmedel som avses i lagen förenklas så att det i sådana upphandlingsärenden som hör till marknadsdomstolens behörighet inte längre ska vara möjligt att anföra kommunalbesvär eller kyrkobesvär på grundval av kommunallagen eller kyrkolagen, förvaltningsbesvär på grundval av förvaltningsprocesslagen och inte heller sådant rättelseyrkande som är ett obligatoriskt förstadium till kommunalbesvär eller kyrkobesvär. För kyrkolagens del föreskrivs separat om ändringen. Eftersom det i upphandlingsförfarandet är av största vikt att förfarandet rättas till så snabbt som möjligt, föreslås det i

lagen att det i det första skedet införs ett nytt rättsmedel, en upphandlingsrättelse, som lämpar sig för alla upphandlande enheter och även för sådan upphandling som inte omfattas av lagen. Dessutom är upphandlingsrättelsen till sina villkor smidigare än de möjligheter till rättelse som grundar sig på förvaltningslagen. Med tanke på rättsskyddet för dem som deltar i förfarandet föreslås det att ett nytt beslut som fattas genom en upphandlingsrättelse ska utgöra ett nytt upphandlingsbeslut, där rättsmedlen sålunda kan utnyttjas av de parter vars rättigheter påverkas av det nya beslutet i enlighet med den föreslagna lagen. På det nya beslutet som fattas genom upphandlingsrättelse ställs samma innehållskrav som på det ursprungliga upphandlingsbeslutet.

Eftersom de rättsmedel som används vid kommunalbesvär vid upphandlingsförfarandet i första hand tillämpas av dem som deltagit i upphandlingsförfarandet, har ändringen inte någon större betydelse för kommuninvånarnas möjligheter att söka ändring. Ändringen inverkar inte heller på det förfarande enligt vilket kommunstyrelsen enligt kommunallagen har rätt att överta ett ärende i vilket en tjänsteinnehavare eller ett organ som lyder under den har avgjort. Om kommunstyrelsen utnyttjar sin rätt att överta ett ärende och träffar ett nytt avgörande i ett beslut som fattats i ett upphandlingsärende, bildar kommunstyrelsens beslut med tanke på upphandlingsförfarandet ett nytt beslut i upphandlingsärendet. Detta beslut kan överklagas av den vars rätt det nya upphandlingsbeslutet gäller enligt vad som avses i denna lag.

Till sin rättsliga karaktär är en upphandlingsrättelse inte en sådan obligatorisk fas i ett rättelseyrkande som föregår det egentliga ändringssökandet och därför är det inte heller fråga om ett sådant rättelseyrkande som avses i rättsskyddsdirektivet. Eftersom tidsfristen för en upphandlingsrättelse är densamma som vid sökande av ändring hos marknadsdomstolen, överlappar detta rättsmedel i praktiken tidsmässigt på samma sätt för närvarande det egentliga marknadsdomstolsförfarandet. När det gäller den upphandlande enheten kan en upphandlingsrättelse tillämpas på initiativ av den upphandlande enheten ännu i det skede då besvär redan har

anförts hos marknadsdomstolen utan att ett rättelseyrkande har riktats till den upphandlande enheten. Detta förfarande möjliggör att den upphandlande enheten själv kan rätta till sitt förfarande efter att ha fått del av innehållet i besvären, då behandlingen av ärendet i marknadsdomstolen i sin tur kan avgöras utan ett avgörande i huvudsaken.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten själv undanröja sitt felaktiga beslut eller återkalla en annan motsvarande åtgärd som har rättsliga följder för anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ställning och avgöra ärendet på nytt. Som det framgår av lagen är upphandlingsrättelse ett rättsmedel som kan tillämpas av både anbudssökandena och anbudsgivarna men också en korrigeringsmetod som kan tillämpas av den upphandlande enheten på eget initiativ. En förutsättning för att tillämpa upphandlingsrättelse är emellertid att den upphandlande enhetens beslut eller åtgärd grundar sig på ett fel i tillämpningen av lagen. I praktiken kan upphandlingsrättelse tillämpas t.ex. i situationer där den upphandlande enheten vid en jämförelse av anbudet blir varse om att det har skett ett fel i poängsättningen eller att jämförelsegrunden annars har tillämpats felaktigt. Vid upphandlingsrättelse kan man också besluta om sådana felsituationer där en ny behandling av ärendet är nödvändig för att trygga en jämlik behandling av anbudssökandena och anbudsgivarna. Ett exempel på detta är att personer som anses jäviga har deltagit i avgörandet av ett upphandlingsärende eller att den upphandlande enheten inte har sänt alla anbudssökande eller anbudsgivare samma uppgifter. I upphandlingslagen används uttrycket "fel i tillämpningen av lagen" i en sådan bemärkelse att det även täcker sådana fel som uppkommit vid tillämpningen av annan sådan lagstiftning som är betydelsefull med tanke på upphandlingsförfarandet, som t.ex. jävfel.

I 2 mom. anges att rättelse av ett beslut eller en åtgärd inte förutsätter partens samtycke. Jämfört med nuläget förutsätter en rättelse således inte på det sätt som anges i förvaltningslagen samtycke av den part eller de parter vilkas ställning påverkas ogynnsamt av att beslutet rättas.

Om felet till sin juridiska karaktär är sådant att redan anbudsförfrågan har stridit mot la-

gen, ska det i upphandlingsförfarandet övervägas om förfarandet bör avbrytas. Om förutsättningarna för detta anges det inte något särskilt i lagen. En förutsättning för att avbryta ett upphandlingsförfarande är enligt vedertagen rättspraxis att orsaken till avbrytandet är faktisk och att avbrytandet inte medför att anbudssökandena eller anbudsgivarna behandlas på ett diskriminerande eller ojämnt sätt. Ett sådant fel kan komma fram just i samband med en upphandlingsrättelse, och därför kan en upphandlingsrättelse även resultera i ett beslut om att avbryta ett upphandlingsförfarande i stället för i ett upphandlingsbeslut. Ett beslut om avbrytande jämföras med tanke på tillämpningen av rättsmedel med andra upphandlingsbeslut.

I 2 mom. begränsas dessutom möjligheten att på grundval av ett yrkande på upphandlingsrättelse fatta ett nytt upphandlingsbeslut eller ändra ett upphandlingsbeslut i situationer där ett upphandlingskontrakt redan har slutits. Begränsningen är nödvändig eftersom rättsskyddssystemet för upphandling som ett nytt element även innefattar åtgärder som riktar sig till upphandlingskontrakt (ogiltighet, förkortande av kontraktsperioden) och i fråga om vilka behörigheten tillkommer marknadsdomstolen. Begränsningen i förhållande till upphandlingskontraktet har utformats så att det inte är fråga om de processuella förutsättningarna för göra en upphandlingsrättelse, utan om en omständighet som påverkar den upphandlande enhetens prövningsrätt. Om ett upphandlingskontrakt sluts efter att en upphandlingsrättelse har anhängiggjorts, är den upphandlande enheten i praktiken tvungen att förkasta sitt yrkande på upphandlingsrättelse.

81 §. Hur en upphandlingsrättelse anhängiggörs. I 1 mom. föreskrivs om de aktörer som har rätt att yrka på en upphandlingsrättelse. Enligt momentet kan ett ärende anhängiggöras av en part, som inte definieras närmare i lagen. Med part avses i allmänhet en sådan anbudssökande eller anbudsgivare, vars rättsliga ställning inte påverkas av upphandlingsbeslutet. Begreppet part är sålunda jämförbart med de i 85 § i lagen avsedda aktörer som har rätt att söka ändring. Det nya rättsmedlet kan tillämpas inte bara av anbudssökande och anbudsgivare utan också av

de myndighetsorgan som kan anföra besvär hos marknadsdomstolen.

Enligt 1 mom. är en upphandlingsrättelse ett medel som kan tillämpas även av den upphandlande enheten för att rätta till ett felaktigt upphandlingsbeslut eller någon annan åtgärd som kan jämföras med det. Oberoende av hur en upphandlingsrättelse anhängiggörs är den upphandlande enheten skyldig att meddela berörda parter om att ett sådant ärende har anhängiggjorts. Skyldigheten att meddela om detta gäller främst de parter som kan ha rätt att söka ändring i ett nytt beslut som fattats på grund av den upphandlande enhetens upphandlingsrättelse.

I lagen föreskrivs inte särskilt om det förfarande där den upphandlande enheten behandlar ärendet på nytt som en upphandlingsrättelse. Behandlingen av en upphandlingsrättelse jämföras med ett sådant förvaltningsförfarande som avses i förvaltningslagen. Förvaltningslagen kan även tillämpas på annat än myndighetsverksamhet, om ärendet jämföras med skötseln av en offentlig förvaltningsuppgift. Behandlingen av en upphandlingsrättelse kan jämföras med en offentlig förvaltningsuppgift som avses i förvaltningslagen, eftersom den upphandlande enheten vid en upphandlingsrättelse behandlar ett rättsskyddsyrkande som gäller upphandlingsförfarandet och ger ett avgörande om det. Myndigheter och andra upphandlande enheter är dessutom skyldiga att behandla de upphandlingsrättelser som har anhängiggjorts. Att inledandet av förfarandet beror på prövning i den meningen att förfarandet inte måste tillämpas förrän egentliga besvär anförs hos marknadsdomstolen, betyder således inte att en upphandlande enhet enligt egen prövning kan låta bli att behandla de upphandlingsrättelser som gjorts.

Även om en upphandlingsrättelse inte kräver samtycke av den part på vars rätt eller fördel det beslut som fattas i ärendet kommer att inverka ogynnsamt, är utgångspunkten emellertid den att vid en upphandlingsrättelse ska en sådan part höras innan ärendet avgörs på nytt.

I lagen införs inga särskilda bestämmelser om den upphandlande enhet som är behörig att behandla en upphandlingsrättelse. Definitionen av behörig upphandlande enhet är så-

ledes beroende av de upphandlande enheternas egen prövning. Behandlingen av en upphandlingsrättelse ska således vara möjlig att ordna på så sätt att upphandlingsrättelsen behandlas av den upphandlingsenhet som har fattat det ursprungliga upphandlingsbeslutet eller på så sätt att befogenheten anförtros någon annan i den upphandlande enhetens organisation. I tolkningen av förvaltningslagen har man ansett att utgångspunkten är den att medlemmar i samma organ inte är jäviga att behandla ärendet på nytt. I lagen införs inte heller bestämmelser om tidsfristen för avgörande av en upphandlingsrättelse. Till denna del bör man utgå ifrån att avgörandet ska ske så snabbt som möjligt, vilket redan ärendekategoriens rättsliga natur ger anledning till.

I 2 mom. föreskrivs det dels om tidsfristen för en upphandlingsrättelse då det är fråga en upphandlingsrättelse som vidtas på partens eget initiativ, dels om tidsfristen för att ta en sådan upphandlingsrättelse som vidtas på initiativ av den upphandlande enheten till behandling. Yrkande av en part ska framställas inom 14 dagar efter det att parten har fått del av den upphandlande enhetens beslut eller åtgärd. Det står den upphandlande enheten fritt att bestämma om den tar ärendet till behandling utan att en upphandlingsrättelse gjorts inom 60 dagar från det att beslutet eller åtgärden har fattats.

Den förstnämnda tidsfristen föreslås vara densamma som tidsfristen för sökande av ändring hos marknadsdomstolen och avses börja vid samma tidpunkt. Den särskilda och långa tidsfrist som är avsedd för den upphandlande enheten möjliggör i sin tur att den upphandlande enheten efter att ha fått del av innehållet i den ändringsansökan som lämnats till marknadsdomstolen själv kan åta sig att rätta sitt beslut under den tid ärendet behandlas av marknadsdomstolen. I en gynnsam situation innebär detta att marknadsdomstolen ges möjlighet att sluta behandla ett sådant ärende i och med att det rättsliga problemet har lösts genom den upphandlande enhetens egna åtgärder. I praktiken lämnar marknadsdomstolen då sitt avgörande endast om de rättegångskostnader som yrkas. Om den sistnämnda omständigheten föreskrivs särskilt i 3 mom.

I 3 mom. betonas den omständigheten att överklagande i marknadsdomstolen inte hindrar att en upphandlingsrättelse görs eller behandlas. Dessutom konstateras det att en upphandlingsrättelse även kan gälla sådana lagakraftvunna beslut vid den upphandlande enheten i fråga om vilka ärendet inte har förts till marknadsdomstolen. Nämnda omständighet kan jämföras med den möjlighet att rätta fel enligt förvaltningslagen, där en rättelse också kan gälla lagakraftvunna beslut, dock under det ytterliga villkoret att den laga kraften inte har vunnits genom ett domstolsavgörande. I praktiken kan ett sådant ärende anhängiggöras endast på eget initiativ av den upphandlande enheten. Den föreslagna tidsfristen på 60 dagar möjliggör i sig också sådana rättelser.

82 §. Hur behandlingen av en upphandlingsrättelse påverkar behandlingen i marknadsdomstolen. Enligt 1 mom. tillämpas det separata tidsfrister för att söka ändring hos marknadsdomstolen och för att göra en upphandlingsrättelse hos den upphandlande enheten. I en sådan situation att ett yrkande på rättelse förkastats kan anbudssökanden eller anbudsgivaren sålunda inte tillämpa en tidsfrist som grundar sig på det nya upphandlingsbeslutet för att söka ändring hos marknadsdomstolen, om besvär inte har anförts över upphandlingsbeslutet i det första skedet. Om beslutet ändras till följd av en upphandlingsrättelse, ska det nya beslutet vara förknippat med en möjlighet att föra ärendet till marknadsdomstolen i det skedet. Med tanke på den som söker ändring börjar den avgörande tidsfristen för att söka ändring från det första beslut som har haft sådana verkningar som avses i lagen på den ändringsökandes rättsliga ställning. Tidsfristen kan inte förlängas genom en upphandlingsrättelse.

I 2 mom. bestäms om de åtgärder som den upphandlande enheten ska vidta när en upphandlingsrättelse har anhängiggjorts antingen på den upphandlande enhetens eget initiativ eller på yrkande av en part och ärendet samtidigt är anhängigt som besvär hos marknadsdomstolen. Marknadsdomstolen ska för det första tillställas det nya beslut som fattats till följd av upphandlingsrättelsen. Dessutom bestäms det i momentet att den upphandlande enheten själv har möjlighet att förbjuda verk-

ställigheten av sitt beslut eller bestämma att den ska avbrytas. Denna möjlighet motsvarar behandlingen av ett ärende om rättelse av sakfel enligt förvaltningslagen, eftersom den behöriga myndigheten även i detta skede kan avbryta eller förbjuda verkställigheten av sitt beslut. Om situationen är den att verkställighetsåtgärder har tillämpats i ärendet redan i marknadsdomstolen, ska dessa åtgärder betraktas som primära i förhållande till de åtgärder som eventuellt förordnas av den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten är i varje fall skyldig att underrätta marknadsdomstolen om sina eventuella verkställighetsavgöranden.

I 3 mom. anges att om den upphandlande enheten rättar sitt upphandlingsbeslut eller någon annan av sina åtgärder i form av en upphandlingsrättelse antingen på eget initiativ eller på yrkande av en part, kan marknadsdomstolen avföra ärendet från vidare behandling utan att fälla ett avgörande i huvudsaken, om rättelseåtgärden har vidtagits på rätt sätt. Då har ändringssökanden inte längre något behov av rättsligt skydd och inte heller av att få ett motiverat avgörande. I den situationen att ärendet är anhängigt vid marknadsdomstolen i form av besvär och den upphandlande enhetens rättelseåtgärder är felaktiga och leder till att sökandens ställning försvagas, ska ärendets behandling vid marknadsdomstolen fortgå. Om marknadsdomstolen avför ärendet från vidare behandling ska marknadsdomstolen ändå med stöd av 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen träffa ett avgörande om de rättegångskostnader som yrkas. De rättegångskostnader som döms ut gäller självfallet endast de kostnader som föranleds av att ärendet behandlas av marknadsdomstolen.

En bestämmelse om att samordna en upphandlingsrättelse och förfarandet vid marknadsdomstolen på det sätt som avses ovan är nödvändig, eftersom besvär enligt både kommunallagen och förvaltningsprocesslagen i rättspraxis har tolkats så att de omständigheter som uppstår efter att besvären anförts inte nödvändigtvis avlägsnar behovet att avgöra ärendet. Både förvaltningsbesvär och kommunalbesvär är laglighetsbesvär, som normalt fokuserar på lagenligheten i förvaltningsmyndighetens förfarande och besluts-

fattande. Med tanke på den rättsliga ställningen för den som anför besvär kan det i andra situationer, t.ex. när det gäller att ansöka om skadestånd, vara av betydelse att domstolen uttalar sig om påståenden som gäller ett lagstridigt förfarande, även om myndighetens åtgärder inte längre har någon konkret betydelse för den rättsliga ställningen för den som anför besvären.

83 §. Tillämpningen av upphandlingsrättelsen på andra upphandlingar. Vid beredningen av upphandlingslagen har man fäst särskild uppmärksamhet vid bl.a. frågan om vilket rättsmedel som lämpar sig för sådan upphandling som inte omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingslagen. Vid beredningen av ändringen av upphandlingslagen har en utgångspunkt varit den att sådana rättsmedel som möjliggör snabba och effektiva korrigeringar ska kunna tillämpas även på sådan upphandling som inte omfattas av marknadsdomstolsförfarandet, dock så att tillgripandet av rättsmedlen inte leder till ett egentligt sökande av ändring hos marknadsdomstolen.

Därför föreslås det i 1 mom. att en upphandlingsrättelse ska tillämpas som ett allmänt upphandlingsrättsligt rättsmedel, oberoende av vilka möjligheter det finns att föra ärendet till marknadsdomstolen eller någon annan domstol. På motsvarande sätt anges det i 2 mom. att ett beslut som fattas med anledning av en sådan upphandlingsrättelse inte får överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen. Således innebär det nya rättsmedlet att marknadsdomstolens behörighet inte utvidgas från det nuvarande.

Vid upphandlingar som faller utanför upphandlingslagens tillämpningsområde är det vid sidan av upphandlingsrättelse möjligt att använda allmänna förvaltningsrättsliga medel för ändringssökande, då en myndighet fungerar som upphandlande enhet. I förvaltningsdomstolen kan upphandlingsförfarandets eventuella lagstridighet bedömas enligt principer som motsvarar upphandlingslagstiftningen. Upphandlingslagstiftningen kan inte tillämpas på dessa upphandlingar. Däremot ska på upphandlingsrättelsen som ett särskilt slag av förfarande i tillämpliga delar tillämpas bestämmelserna om upphandlingsrättelse

i upphandlingslagen samt i kompletterande syfte förvaltningslagen.

Även vid upphandlingsrättelse av en upphandling som understiger det nationella tröskelvärdet kan man komma till att handlingsbeslutet ska upphävas eller ändras, varvid förvaltningsdomstolen vid behandlingen av besvären återstår rätten att pröva om de ändringssökande som har anhängiggjort ärendet, med anledning av det nya upphandlingsbeslutet, längre har behov av rättsskydd. I behandlingen av kommunalbesvär har ändring av ett överklagat beslut eller ändring av omständigheterna dock inte i tidigare rättspraxis haft en sådan betydelse att domstolen skulle ha lämnat besvären obehandlade eller skulle ha konstaterat att avgivande av ett yttrande i ärendet har förfallit utan att samtidigt uttala sig om de framförda påståendena om lagstridighet. I praktiken kan ett beslut i upphandlingsrättelsen som är positivt ur ändringssökandens synvinkel dock leda till att ändringssökanden återkallar sina besvär, varvid det är möjligt att avsluta behandlingen av ärendet också i förvaltningsdomstolen. Ett sådant återkallande, som grundar sig på den upphandlande enhetens eget korrigerande beslut, medför i allmänhet inte heller för ändringssökanden någon risk för ersättningsansvar för den upphandlande enhetens rättegångskostnader då bestämmelserna om rättegångskostnader enligt förvaltningsprocesslagen tillämpas.

84 §. Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet. Paragrafen motsvarar till sitt innehåll 75 § i den gällande lagen. I sin nuvarande form grundar sig bestämmelsen och den närmare motiveringen till den på det utlåtande av förvaltningsutskottet (FvUU 25/2006 rd) som gavs om den regeringsproposition (RP 50/2006 rd) som ledde till att upphandlingslagen och försörjningslagen stiftades.

I förhållande till den gällande lagen föreslås det att endast 4 mom. ändras så att hänvisningsbestämmelsen i momentet med beaktande av paragrafens övriga innehåll riktas till den reglering som gäller offentligheten för evangelisk-lutherska kyrkans handlingar enligt kyrkolagen. Eftersom de upphandlande enheterna inom den evangelisk-lutherska kyrkan entydigt är sådana aktörer som i för-

valtningsprocessen betraktas som myndigheter och det i kyrkolagen finns heltäckande bestämmelser om sökande av ändring i beslut som fattas av dem, föreslås det att hänvisningsbestämmelsen inskränks så att den endast gäller beslutsfattandet i frågor som gäller offentlighet av handlingar. Bestämmelser om sökande av ändring i kyrkliga myndigheters beslut finns i 24 kap. i kyrkolagen.

Den förslagna ändringen är nödvändig också av den orsaken att i den nya regleringen kan hänvisningsbestämmelsen i sin nuvarande form förstås på så sätt att ett i kyrkolagen avsett rättelseyrkande enligt kyrkolagen samt kyrkobesvär fortfarande kan tillämpas på upphandlingsärenden. Det föreslås dock att kyrkolagen till dessa delar ändras så att den särskilt ska motsvara den nya bestämmelsen om ändringssökande. Detta innebär att man i kyrkolagen förbjuder ändringssökande i upphandlingsärenden enligt kyrkolagen, om ärendet hör till marknadsdomstolens behörighet. Med beaktande av 76 § i grundlagen ska om detta föreskrivas i den särskilda lagstiftningsordning som gäller ändring av kyrkolagen.

11 kap. **Ändringssökande och påföljder**

85 §. Berättigade att söka ändring. Det föreslås att upphandlingslagens rättsskyddssystem revideras så, att ett ärende vid marknadsdomstolen inte längre ska anhängiggöras genom ansökan utan genom besvär. Dessutom leder ändringen till att även rubriken för 11 kap. ändras så att den motsvarar de nya bestämmelserna. Utöver bestämmelserna om ändringssökande föreskrivs det i kapitlet om de påföljder som kan åläggas den upphandlande enheten eller parterna i upphandlingsförfarandet.

Det sätt som för närvarande tillämpas för att anhängiggöra ett rättsmedel, dvs. ansökan, förklaras i hög grad av att vid tidpunkten för tillkomsten av upphandlingslagstiftningen ansågs det att besvär inte kan tillämpas i andra fall än i samband med sådana förvaltningsbeslut som avslutar en behandling eller med dem jämförbara upphandlingsbeslut. Förvaltningsprocesslagens bestämmelser om

besvär har dock vid sidan om de särskilda bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen hela tiden tillämpats på ansökan. Med undantag av de särskilda bestämmelserna om upphandlingsförfarandet har behandlingen av ansökningar också i praktiken varit jämförbar med situationer där rättsmedlet har utgjorts av egentliga besvär. I och med ändringen kommer ärendets behandling att bättre motsvara de tillämpliga bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen.

Enligt 1 mom. kan ett ärende om upphandling göras anhängigt vid marknadsdomstolen genom besvär av den som ärendet gäller. När det gäller en parts talan motsvarar momentet 78 § 1 mom. i den gällande lagen.

I förarbetena till upphandlingslagen har det konstaterats att med part avses en person som har ett juridiskt intresse av att ett oriktigt upphandlingsförfarande korrigeras (se RP 50/2006 rd, s. 126). I förarbetena till upphandlingslagen och i vedertagen rättspraxis har med part avsetts främst sådana i branschen verksamma företagare som har eller hade haft möjlighet att få sitt anbud antaget vid ett upphandlingsförfarande som genomförts på ett korrekt sätt (i rättspraxis t.ex. MD 72/08, MD 142/08 och MD 294/08). Det att en part är verksam i branschen har räckt till som grund för det juridiska intresse som krävs av en som är i partsställning särskilt i sådana situationer där en begäran om rättskydd baserar sig på underlåtenhet att konkurransutsätta en upphandling. Sökanden har också kunnat vara en leverantör som den upphandlande enheten på något annat lagstridigt sätt har lämnat utanför upphandlingsförfarandet. I situationer där den upphandlande enheten har konkurransutsatt upphandlingen i överensstämmelse med upphandlingsbestämmelserna har det i rättspraxis ansetts att en i branschen verksam företagare i princip kan betraktas som part bara om företagaren har lämnat ett anbud i upphandlingsförfarandet eller åtminstone har kunnat visa att han eller hon har försökt delta i anbudstävlingen (t.ex. MD 180/09). Å andra sidan kan en anbudssökande som i ett tidigare skede av anbudsförfarandet har uteslutits ur förfarandet inte söka ändring i de fortsatta skedena av upphandlingsförfarandet. En ändring av detta förfarande till ändringssökande änd-

rar inte de grundläggande utgångspunkter enligt vilka det bedöms om kandidaterna eller anbudsgivarna är parter eller inte.

I 2 mom. föreskrivs om de myndigheter som har rätt att överklaga ett upphandlingsärende hos marknadsdomstolen. Myndigheternas möjlighet att söka ändring i första instans innebär att en sådan myndighet som part kan anföras fortsatta besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. Momentets 1 och 2 punkt motsvarar 78 § 2 mom. i den gällande lagen. Det föreslås att hänvisningen till handels- och industriministeriet ändras till en hänvisning till arbets- och näringsministeriet. En av utgångspunkterna för förvaltningsprocesslagen är att om myndigheternas besvärsmätt föreskrivs särskilt. Om en sådan särskild reglering saknas, har myndigheten rätt att söka ändring genom besvär, om besvärsmätten är nödvändig för det allmänna intresse som myndigheterna ska bevaka.

86 §. Föremål för ändringssökande. På grund av att rättsskyddssystemet har reformerats är det nödvändigt att det i upphandlingslagen särskilt bestäms om sådana beslut eller andra motsvarande åtgärder av en upphandlande enhet som är föremål för ändringssökande och som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning.

I 1 mom. anges att det primära föremålet för ändringssökande är ett beslut som fattas av en upphandlande enhet, vilket också i praktiken är den allra vanligaste av marknadsdomstolens tillämpningssituationer. Eftersom det likväl kan tänkas att även någon annan sådan åtgärd som vidtas av den upphandlande enheten under upphandlingsförfarandet och som ändå inte har vidtagits uttryckligen som ett beslut kan vara av avgörande betydelse, föreslås det att också andra sådana åtgärder av den upphandlande enheten som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning ska jämföras med ett överklagbart beslut.

I 5 § 1 mom. i förvaltningsprocesslagen anges att med ett beslut över vilket besvär kan anföras avses en åtgärd varigenom ett ärende har avgjorts eller lämnats utan prövning. Förvaltningsprocesslagen har tolkats så att som ett överklagbart beslut betraktas således inte sådana myndighetsbeslut som innebär att saken först är under beredning eller på

något annat sätt ansluter sig till verkställighetsskedet av ett överklagbart beslut och sålunda förutsätter verkställighetsåtgärder.

I EG-domstolens rättspraxis har användningen av rättsmedel i hög grad ansetts inriktad på de olika skedena av upphandlingsförfarandet. I EG-domstolens avgörande i mål C-26/03 (Stadt Halle mfl.) har det bl.a. framhållits att det i upphandlingsdirektiven avsedda kravet på att den rättsliga prövningen ska vara effektiv och skyndsamt samtidigt innebär att medlemsstaterna inte kan låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om förfarandet formellt har nått ett bestämt stadium (punkt 38 i domen). Med stöd av punkt 39 i domen betraktas t.ex. inledandet av konkreta avtalsförhandlingar som en sådan viljeyttring från den upphandlande enhetens sida som ska kunna överprövas. I punkt 35 i samma dom betonas det att överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling.

Av de orsaker som nämns ovan föreslås det att det i 2 mom. i överensstämmelse med EG-domstolens rättspraxis och nationell rättspraxis bestäms att ett sådant beslut eller någon annan åtgärd av en upphandlande enhet som gäller enbart beredningen av ett upphandlingsförfarande inte ska kunna föras till marknadsdomstolen genom besvär. Tolkningen styrs av t.ex. den rättsnorm i Stadt Halle-domen som anger när en upphandlande enhets förfarande betraktas enbart som förberedelser.

I 3 mom. anges det att i en upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 32 § i lagen får ändring inte sökas genom besvär, om inte marknadsdomstolen beviljar behandlingstillstånd i ärendet. Tillståndet benämns behandlingstillstånd. Marknadsdomstolen ska bevilja behandlingstillstånd om behandlingen av ärendet är viktigt med tanke på tillämpningen av lagen i andra liknande ärenden eller om det finns ett vägande skäl som hänför sig till den upphandlande enhetens förfarande. Vid sådan prövning ska det också beaktas att det i samband med upphandlingsbeslut som gäller grundandet av ett ramavtal

redan har funnits en separat möjlighet till ändringssökande. Därför kan det med beaktande av rättsskyddsbehoven vara fråga om ett sådant skede som kan jämföras med verkställigheten av ett ärende som redan avgjorts och som sålunda är problemfritt med tanke på rättsskyddet.

En sådan reglering av behandlingen vid marknadsdomstolen som innebär att behandlingen blir beroende av prövning möjliggör ett sådant marknadsdomstolsförfarande där anhängiggörandet av dylika besvär inte ger anledning att genom skriftlig behandling reda ut ärendet i någon större utsträckning, om ansökan om behandlingstillstånd eller de omständigheter som framförts i besvaren inte ger anledning att betvivla riktigheten av upphandlingsbeslutet i förhållande till de villkor som anges i upphandlingslagen. Då ett behandlingstillstånd prövas baserar sig bedömningen av ärendet också på de handlingar som lämnats av den upphandlande enheten. I sådana fall kan marknadsdomstolen förkasta behandlingsbegäran genom påskyndat förfarande. För att förfarandet ska vara snabbt även i det fortsatta ändringssökandet föreslås det i regeringspropositionen dessutom att behandlingen av ett sådant ärende ska vara beroende av besvärstillstånd vid högsta domstolen, om marknadsdomstolen inte har beviljat behandlingstillstånd i ärendet. Det föreslås att bestämmelser om besvärstillstånd för det fortsatta ändringssökandet ska ingå i 103 § 3 mom. i den föreslagna lagen.

En ansökan om behandlingstillstånd ska kunna göras som en del av överklagandet i analogi med vad som för närvarande bestäms om besvärstillstånd i förvaltningsprocesslagen. Enligt förvaltningsprocesslagen ska besvärstillstånd sökas inom besvärstiden, vilket innebär att enligt förvaltningsprocesslagen, som tillämpas vid sidan av upphandlingslagen, också ett behandlingstillstånd ska sökas inom samma tid. Detsamma gäller sökande av ändring. Ansökan om behandlingstillstånd kan ingå i samma dokument som besvaren. I övrigt tillämpas förvaltningsprocesslagen på marknadsrättsprocessen i samband med behandlingen av upphandlingsärenden och därför är det inte nödvändigt att till dessa delar separat föreskriva om saken. På grund av tillämpningen av förvaltningsprocesslagen fö-

reskrivs inte heller separat om huruvida marknadsdomstolen har skyldighet att motivera sitt beslut. Enligt allmänna processuella tolkningsprinciper har domstolarna inte skyldighet att motivera sina avgöranden av typ besvärstillstånd.

Med stöd av rättsskyddsdirektivet och EG-domstolens rättspraxis vore det problematiskt att föreskriva om ett egentligt besvärsförbud för upphandlingar som grundar sig på ramavtal. Regleringen av ett sådant besvärsförbud kan vara problematiskt också i förhållande till 21 § i grundlagen. Om saken lämnas utan reglering kan detta tolkas så att man t.ex. i en minikonkurrensutsättning som skötts på ett ändamålsenligt sätt anser att den som söker ändring inte behöver något rättsskydd och att sådana besvär ska kunna lämnas utan prövning på grund av att ändringssökanden saknar rättsskydd. Att ett ärende lämnas utan prövning förutsätter dock oftast en full remissbehandling för att klarlägga saken. För att ärendet ska kunna behandlas på ett processuellt mer smidigt sätt är det klarare att föreskriva att behandlingen av ett sådant ärende ska vara beroende av tillstånd redan i första domstolsinstans.

87 §. Tid för ändringssökande. I paragrafen föreskrivs om tidsfristen för besvär som anförs hos marknadsdomstolen. Uträknandet av tidsfristen baserar sig delvis på artikel 2f i rättsskyddsdirektivet, i vilken bestäms om tidsfristen för ändringssökande med tanke på kraven på ogiltighet för ett upphandlingskontrakt. Det föreslås att besvärstiden också ska begränsas i sådana situationer där den upphandlande enheten har delgett upphandlingsbeslutet, men delgivningen belastas av ett fel som har lett till att besvärstiden inte har börjat löpa. Det föreslås att tidsfristen för sökande av ändring i fråga om direktupphandling bestäms separat med beaktande av regleringen av tidsfrister enligt rättsskyddsdirektivet.

I 1 mom. anges huvudregeln för tiden för ändringssökande. Besvären ska anföras skriftligen inom 14 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet med besvärсанvisning. Bestämmelsen motsvarar till sitt innehåll 77 § i den gällande lagen och ska tillämpas i alla andra situationer än direktupphandlingssituationer.

Bestämmelserna om direktupphandling finns i 4 och 5 mom.

I 2 mom. bestäms om besvärstiden vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal. Bestämmelsen grundar sig huvudsakligen på andra strecksatsen i artikel 2f.a i rättsskyddsdirektivet. Vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal kan den upphandlande enheten vid upphandlingen välja antingen att iaktta väntetiden enligt 77 § före slutandet av ett upphandlingskontrakt eller att sluta upphandlingskontraktet enligt 78 § enligt ett snabbare förfarande efter upphandlingsbeslutet. Om den upphandlande enheten inte har iakttagit väntetiden, föreslås det att i stället för den besvärstid på 14 dagar som anges i 1 mom. ska i fråga om besvären tillämpas en besvärstid på 30 dagar efter det att anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet med besvärсанvisning.

Eftersom besvärstiden enligt 2 mom. ska tillämpas på upphandling som omfattas av väntetidsregleringen, gäller den i praktiken konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal när anskaffningens värde överstiger EU-tröskelvärdet.

I 3 mom. bestäms om den maximala tiden för ändringssökande. Bestämmelsen är ny. Bestämmelsen föreslås gälla i sådana i 1 eller 2 mom. avsedda situationer där delgivningen av ett upphandlingsbeslut belastas av ett sådant fel att tiden för ändringssökanden inte har börjat löpa. Besvären ska lämnas in till marknadsdomstolen senast inom sex månader efter att upphandlingsbeslutet har fattats.

Den föreslagna bestämmelsen innebär en avvikelse från regleringen enligt förvaltningsprocesslagen. I förvaltningsprocesslagen är utgångspunkten den att besvär inte lämnas utan prövning om besvärсанvisningen har varit felaktig på ett sådant sätt att detta har kunnat leda till att besvären har inkommit för sent (så i rättspraxis, t.ex. *HFD 22.9.2006 liggare 2453*). I fråga om upphandlingsbeslut har det i rättspraxis ansetts att den part som saken gäller bör få tillräckliga uppgifter om den upphandlande enhetens avgörande och grunder för att kunna bedöma tillgripandet av rättsskyddsmedel innan tiden för ändringssökande inleds (t.ex. *MD 128/08*, *MD 192/08* och *MD 150/09*). Å andra sidan har en part som har fått del av upphandlingsbeslutet,

trots ett bristfälligt motiverat beslut eller en bristfällig besvärсанvisning, varit medveten om den upphandlande enhetens avgörande och åtminstone delvis även om sitt behov av rättsskydd. Med tanke på upphandlingsärendenas karaktär och en effektiv användning av rättsmedel kan man i situationer av denna typ förutsätta att den anbudsgivare som förlorat tävlingen tar närmare del av avgörandets innehåll och besvärсанvisningen inom en rimlig tid. Som en rimlig tid föreslås sex månader från det att upphandlingsbeslutet fattats. Tidsfristen utgör ett skydd i det rättsläge som uppstår. I praktiken har en upphandlande enhet nästan alltid inom sex månader från upphandlingsbeslutet slutit ett upphandlingskontrakt och delvis eller t.o.m. helt genomfört upphandlingen.

Den maximala tidsfristen för ändringssökande ska emellertid inte tillämpas i situationer där upphandlingsbeslutet eller besvärсанvisningen inte alls har delgetts dem som deltagit i upphandlingsförfarandet. I sådana situationer börjar besvärstiden för parten i fråga inte löpa på samma sätt som hittills.

I 4 och 5 mom. föreskrivs det om en särskild besvärstid för direktupphandling. Paragrafens 5 mom. grundar sig på artikel 2.f punkt a och b i rättsskyddsdirektivet. Bestämmelserna är nya.

Paragrafens 4 mom. gäller situationer där den upphandlande enheten har sänt en annons om direktupphandling för publicering i Europeiska unionens officiella tidning på det sätt som föreslås i 79 §. Besvärstiden räknas från den tidpunkt då annonsen publicerats och föreslås vara 14 dagar. Längden på besvärstiden motsvarar den besvärstid som tillämpas i andra upphandlingsförfaranden.

Om det i Europeiska unionens officiella tidning inte har publicerats en frivillig annons om en direktupphandling innan upphandlingskontraktet har slutits, ska besvär över direktupphandlingen enligt 5 mom. 1 punkten anföras inom 30 dagar efter det att en annons i efterhand har publicerats. Skyldigheten att lämna en annons i efterhand gäller sådan upphandling som överstiger EU-tröskelvärde med undantag för tjänstekoncessioner. Anmälningsskyldigheten iakttas numera sällan. Framöver kommer betydelsen av en annons i efterhand att vara större, efter-

som publiceringen av annonsen begränsar besvärstiden efter att upphandlingskontraktet har slutits.

Om en frivillig annons om direktupphandling inte har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning förrän upphandlingskontraktet har slutits, ska besvär över direktupphandlingen enligt 5 mom. 2 punkten anföras inom 30 dagar efter det att en annons i efterhand har publicerats. De bestämmelser om ett upphandlingskontrakts ogiltighet som ska tillämpas på sådan direktupphandling som överstiger EU-tröskelvärde förbättrar rättsskyddet för potentiella anbudsgivare och öppnar upphandlingen för konkurrens. Å andra sidan betonas skyddet för ett rättsläge som åstadkommits genom ett upphandlingskontrakt med tiden. Det är också sannolikt att det med tiden blir svårare för marknadsdomstolen att fastställa innehållet av ett upphandlingskontrakts ogiltighet på det sätt som föreslås i 96 §. Syftet med bestämmelsen är att framställandet av krav vid direktupphandling begränsas till högst sex månader från det att upphandlingskontraktet slutits.

88 §. Underrättelse om ändringssökandet till den upphandlande enheten samt förteckning över upphandlingsärenden. I paragrafen bestäms om den ändringssökandes skyldighet att skriftligen underrätta den upphandlande enheten om att ett ärende förs till marknadsdomstolen samt om marknadsdomstolens skyldighet att föra en förteckning över upphandlingsärenden. Paragrafen ansluter sig till främst den reglering som föreslås i 90 § om hur ändringssökandet skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt. Regleringen enligt nämnda 90 § förutsätter att den upphandlande enheten underrättas om att ett ärende förs till marknadsdomstolen. Enligt förslaget ska de upphandlande enheterna få information på det sätt som anges i paragrafen med hjälp av både den anmälningsskyldighet som gäller de ändringssökande och den förteckning som förs av marknadsdomstolen. Även om den föreslagna bestämmelsen hänför sig främst till sådana situationer som avses i 90 § föreslås det att bestämmelsen inte begränsas att gälla endast sådana fall som hör till tillämpningsområdet för 90 §, utan att den för konsekvensens skull ska gälla alla situationer som omfattas av lagens tillämpningsområde.

Enligt 1 mom. ska den som söker ändring i ett upphandlingsärende skriftligen underrätta den upphandlande enheten om att ärendet förs till marknadsdomstolen. Uttrycket skriftligen avses också täcka underrättelser i elektronisk form. Eftersom det ligger i ändringssökandens intresse att slutandet av ett upphandlingskontrakt skjuts upp, anses det motiverat att ändringssökanden åläggs nämnda underrättelseskyldighet. Genom att underrätta den upphandlande enheten om besvären försöker ändringssökanden bevara marknadsdomstolens möjlighet att i ärendet bestämma primära rättsmedel, dvs. realmedel.

I 2 mom. bestäms om tidpunkten för underrättelsen och till vilken adress den ska lämnas. Enligt bestämmelsen ska underrättelsen lämnas in till den upphandlande enheten senast då besvären över upphandlingen lämnas in till marknadsdomstolen. I paragrafen föreskrivs endast om den sista tidsgränsen för att lämna in underrättelsen. Underrättelsen kan lämnas in till den upphandlande enheten även tidigare, om det är sannolikt att ärendet anhängiggörs vid marknadsdomstolen. Med tanke på 90 § är det dock väsentligt att den upphandlande enheten blir underrättad om att ärendet förs till marknadsdomstolen senast vid samma tidpunkt då ärendet anhängiggörs vid marknadsdomstolen. Det förbud att sluta ett upphandlingskontrakt som föreslås i 90 § börjar således gälla då ärendet blir anhängigt vid marknadsdomstolen. Med tanke på den aktuella skyldigheten att lämna underrättelse är det sålunda väsentligt att trygga de upphandlande enheternas tillgång till information senast vid denna tidpunkt.

Enligt bestämmelsen ska underrättelsen lämnas på den adress som den upphandlande enheten har uppgett som kontaktuppgift i upphandlingsbeslutet eller bilagehandlingarna enligt vad som föreslås i 74 § 1 mom. Avsikten är att tillförsäkra den upphandlande enheten tillgång till information om ändringssökandet genom att säkerställa att en underrättelse om ändringssökandet lämnas in på en sådan adress till den upphandlande enheten att underrättelsen når den person som sköter upphandlingen. Eftersom underrättelsen vid sidan om att den lämnas in till den upphandlande enheten i traditionell skriftlig form också kan lämnas i elektronisk form,

kan den adress som nämns i momentet vara en postadress, telefaxadress eller e-postadress eller flera av dessa. Den upphandlande enheten kan själv bestämma vilken adress som är den mest ändamålsenliga med tanke på den egna verksamheten.

De föreslagna bestämmelserna i 1 och 2 mom. motsvarar till stora delar 9 b § 1 mom. i den lag om offentlig upphandling (1505/1992), som gällde före den nuvarande upphandlingslagen. Enligt 9 b § i nämnda lag skulle sökanden innan ansökan ges in till marknadsdomstolen skriftligen meddela upphandlingsenheten sin avsikt att anhängiggöra ärendet i marknadsdomstolen. Enligt rättspraxis har försummande av nämnda förpliktelse emellertid inte hindrat att ansökan prövas i marknadsdomstolen (t.ex. *HFD 1999:45*, *MD 70/2009*, *MD 531/2008* och *MD 160/2007*). Till dessa delar föreslås situationen förbli enligt det tidigare rättsläget. Iakttagandet av underrättelseskyldigheten utgör sålunda inte heller framöver en förutsättning för att pröva besvär som gäller upphandling. Det föreslås att försummelse att iaktta underrättelseskyldigheten inte heller i övrigt ska sanktioneras särskilt.

Enligt 3 mom. ska marknadsdomstolen föra och publicera en så omfattande och aktuell förteckning som möjligt över de upphandlingsärenden som har anhängiggjorts vid marknadsdomstolen. Med hjälp av nämnda förteckning får de upphandlande enheterna kompletterande information om de upphandlingsärenden som har anhängiggjorts vid marknadsdomstolen.

I bestämmelsen har det inte preciserats hur förteckningen ska publiceras, men i praktiken ska marknadsdomstolens webbsidor med tanke på de upphandlande enheternas tillgång till information betraktas som det mest ändamålsenliga sättet att publicera informationen. Förteckningen ska innehålla de uppgifter som de upphandlande enheterna behöver. Detta innebär i praktiken uppgifter om den upphandlande enheten och om det upphandlingsbeslut som är föremål för ändringssökandet samt uppgifter om när besvären har inkommit. Däremot är det inte skäl att i förteckningen publicera några andra uppgifter än de som är nödvändiga med tanke på den

upphandlande enhetens tillgång till information.

Såsom det framgår av ordalydelsen, ska förteckningen vara så omfattande och aktuell som möjligt. Förteckningen ska uppdateras kontinuerligt i takt med att ärenden registreras som anhängiggjorda i marknadsdomstolens diarium. Förteckningen har emellertid inte några självständiga rättsverkningar. Sålunda har förteckningen inte s.k. offentlig tillförlitlighet och åstadkommer inte heller några andra slag av rättsverkningar. I oklara situationer ska den upphandlande enheten vara i kontakt med marknadsdomstolen och på så sätt ännu säkerställa att upphandlingen inte har anhängiggjorts vid marknadsdomstolen. Detta är emellertid nödvändigt endast i sådana situationer där ett ärende som gäller en upphandling inte finns på den lista som publiceras på Internet, men där den upphandlande enheten ännu vill försäkra sig om sina möjligheter att sluta ett upphandlingskontrakt.

89 §. *Den upphandlande enheten som motpart samt ersättning av rättegångskostnader.* I marknadsdomstolens praxis betraktas en upphandlande enhet som motpart till en privat part. I ett rättsskyddsförfarande som grundar sig på ansökan har motparts-konstellationen i praktiken varit av stor betydelse särskilt när det gäller att inrikta olika slags skyldigheter. Enligt förslaget ska detta utgångsläge, som tillämpats redan under en lång tid, tas in i 1 mom. Eftersom den som i domstolsskedet har rätt att söka ändring även kan vara en myndighet, är de upphandlande enheterna eller upphandlingscentralerna på motsvarande sätt motparter till den myndighet som har rätt att söka ändring.

Med beaktande av särdragen i upphandlingsförfarandet är utgångsläget med motparter även av betydelse när det gäller att klargöra ett ärende, eftersom slutresultatet av ett upphandlingsförfarande inte enbart utgörs av ett myndighetsbeslut utan av ett privaträttsligt avtalsförhållande som förpliktar bägge parter. Konstellationen med motparter undanröjer likväl inte marknadsdomstolens skyldighet att skaffa utredning enligt förvaltningsprocesslagen. Motparts-konstellationen innebär inte heller att marknadsdomstolen i sin rättsliga prövning skulle vara bunden av

de synpunkter som parterna lägger fram om den rättsliga naturen av felen i upphandlingsförfarandet. Motparts-konstellationen betonar huvudsakligen parternas aktiva skyldighet att skaffa utredning.

I 2 mom. anges att på ersättningen av rättegångskostnader ska 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen fortfarande tillämpas.

I 3 mom. preciseras det att på alla upphandlande enheter tillämpas de båda ovan nämnda bestämmelserna om ersättande av rättegångskostnader oberoende av om den upphandlande enheten är en myndighet eller om den med tanke på sina uppgifter annars kan jämföras med en myndighet. Dessutom preciseras det att om den upphandlande enheten inte är en myndighet eller en juridisk person, kan förpliktelsen att ersätta motpartens rättegångskostnader i detta fall riktas mot en myndighet eller en juridisk person som deltar i eller hör till en sådan upphandlande enhet. Den sistnämnda situationen kan bli tillämplig på t.ex. ett sådant projekt som ska konkurransutsättas på grund av att det beviljats statsbidrag eller något annat ekonomiskt stöd. I situationer där stöd beviljas kan den som beviljar eller den som vidareförmedlar stödet utgöras av grupperingar som bildats eller organiserats på tämligen olika sätt, men som trots allt är skyldiga att konkurransutsätta utan att ändå vara särskilda myndigheter eller fristående juridiska personer.

I momentet föreskrivs dessutom att då den upphandlande enheten handlar på andra upphandlande enheters vägnar, kan förpliktelsen att ersätta rättegångskostnader riktas mot en sådan upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar. I praktiken kan offentliga organ och andra sammanslutningar som deltar i dessa situationer knappast alls påverka det förfarande som iakttas då den upphandlande enhet som ansvarar för upphandlingen konkurransutsätter upphandlingen. Det felaktiga förfarande som iakttas av en offentlig part och som är utgångspunkten för 74 § 2 mom. i förvaltningsprocesslagen lämpar sig sålunda främst på bedömningen av den verksamhet som bedrivs av den upphandlande enhet som i praktiken ansvarar för upphandlingsförfarandet. Den föreslagna bestämmelsen underlättar också marknadsdomstolens arbete då det vid

sådan upphandling som baserar sig på olika slags uppdrag inte särskilt behöver klarläggas vilka alla upphandlande enheter som de facto har deltagit i upphandlingen i fråga.

90 §. *Hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt.* I paragrafen bestäms om hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt. Bestämmelsen är ny. Paragrafen baserar sig på artikel 2.3 i rättsskyddsdirektivet. Rättsskyddsdirektivet förutsätter att ett ändringsökande skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt, om ändring i upphandlingsbeslutet söks hos en självständig besvärsinstans. Medlemsstaterna ska enligt direktivet säkerställa att den upphandlande enheten i en situation av ändringssökande inte kan sluta ett upphandlingskontrakt förrän besvärsinstansen har fattat sitt beslut om aningen de interimistiska åtgärderna eller i själva huvudsaken. Enligt direktivet får ett uppskov av prövning inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i direktivet. I övrigt reglerar rättsskyddsdirektivet inte längden av uppskov av prövning.

I 1 mom. anges det att vid upphandling där en väntetid enligt 77 § eller en tidsfrist enligt 79 § ska iakttas, får den upphandlande enheten inte sluta ett upphandlingskontrakt, om ärendet har förts till marknadsdomstolen. Genom bestämmelsen förbjuds den upphandlande enheten att sluta ett upphandlingskontrakt i de situationer som avses i bestämmelsen. Förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt följer direkt av lagen. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att marknadsdomstolen har möjlighet att tillämpa realmedel i situationer där det hos marknadsdomstolen sök

Det föreslås att förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt ska börja gälla genast då besvären har inkommit till marknadsdomstolen. Från och med denna tidpunkt får den upphandlande enheten i de situationer som avses i bestämmelsen inte sluta ett upphandlingskontrakt förrän marknadsdomstolen har fällt ett avgörande i huvudärendet eller fattat ett sådant temporärt beslut som avses i 91 § genom vilket domstolen har tillåtit att ett upphandlingskontrakt sluts. Enligt 2 mom.

ska den upphandlande enheten emellertid alltid iakttä väntetiden fullt ut.

Till sitt tillämpningsområde motsvarar bestämmelsen regleringen om väntetid. Sålunda ska förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt i de situationer som avses i bestämmelsen gälla endast sådana situationer där väntetiden enligt 77 § ska iakttas. Om ett undantag från iakttagande av väntetiden enligt 78 § kan tillämpas på en upphandling, ska upphandlingen inte heller omfattas av det förbud att sluta ett upphandlingskontrakt som avses i den nu aktuella bestämmelsen. Med stöd av bestämmelsen ska slutandet av ett upphandlingskontrakt dessutom skjutas upp i situationer där den upphandlande enheten frivilligt har sänt en annons för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och upphandlingskontraktet kan sluta först efter den tidsfrist som avses i 79 §.

Det att ett upphandlingskontrakt sluts i strid med det förbud som avses i bestämmelsen innebär en situation som kan jämföras med en väntetidsförseelse och då kan marknadsdomstolen ålägga den upphandlande enheten att betala en ogiltighetspåföljd enligt 96 § eller bestämma om en påföljdsavgift eller förkortning av kontraktperioden enligt vad som föreslås i 98 §.

Informationen till de upphandlande enheterna om de upphandlingsärenden som anhängiggjorts vid marknadsdomstolen delges på de två olika sätt som anges i 88 § i lagen.

Enligt 2 mom. ska den upphandlande enheten trots marknadsdomstolens beslut iakttä väntetiden eller den tidsfrist som avses i 79 § tills väntetiden eller tidsfristen går ut, fastän marknadsdomstolen avgör verkställighetsärendet eller fäller ett avgörande i huvudärendet innan väntetiden eller tidsfristen har löpt ut. I rättsskyddsdirektivet förutsätts det att tidsfristerna alltid ska iakttas tills de har löpt ut (artikel 2.3 i rättsskyddsdirektivet).

Eftersom marknadsdomstolen ska ha möjlighet att genom ett temporärt beslut tillåta att ett upphandlingskontrakt sluts innan den fäller ett avgörande i huvudärendet, är den föreslagna paragrafen fast förknippad med den föreslagna 91 §, som gäller marknadsdomstolens temporära beslut. I sådana situationer där en upphandlande enhet, den anbudsgivare som har vunnit anbudstävlingen

eller någon annan eventuell part anser att det att ett upphandlingskontrakt inte kan slutas för motparten, för övriga aktörers rättigheter eller för det allmänna intresset orsakar större skada än de fördelar som åtgärden skulle medföra, kan nämnda instanser kräva att marknadsdomstolen ska tillåta att upphandlingskontraktet verkställs redan innan den faller ett avgörande i huvudärendet. Medan det hittills har varit så att sökandena för att kunna avbryta verkställigheten av ett upphandlingsbeslut har varit tvungna att kräva ett temporärt förbud för att verkställa upphandlingsbeslutet, följer förpliktelsen att avbryta verkställigheten av upphandlingsbeslutet i de situationer som täcks av bestämmelsen direkt av lagen. Om den aktör som saken gäller däremot anser att det att slutandet av ett upphandlingskontrakt förhindras orsakar större skada än fördelarna av åtgärden, kan aktören kräva att marknadsdomstolen tillåter verkställigheten av upphandlingsbeslutet. De omständigheter som ska beaktas i marknadsdomstolens prövning motsvarar enligt det föreslagna 91 § 2 mom. de omständigheter som redan för närvarande bör beaktas då ett beslut om temporärt förbud att verkställa ett upphandlingsbeslut fattas.

Om ingen av dem som saken gäller kräver att marknadsdomstolen ska tillåta verkställigheten av ett upphandlingsbeslut, uttalar sig marknadsdomstolen i regel inte om saken på tjänstens vägnar. Förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt fortsätter i sådana fall fram till dess att marknadsdomstolen bestämmer något annat. Ordalydelsen i den föreslagna 91 § hindrar emellertid inte marknadsdomstolen från att uttala sig om saken även på tjänstens vägnar. I praktiken ska ett beslut om saken i regel fattas endast utifrån ett krav om detta. Eftersom marknadsdomstolens prövning föreslås vara bundet till de omständigheter som anges i 91 § 2 mom., ska marknadsdomstolen i alla fall få en redogörelse om de omständigheter som är av betydelse med tanke på 91 § 2 mom. så att den kan avgöra verkställighetsärendet.

Det föreslås att nuvarande praxis fortfarande ska iakttas i sådana situationer där ett ändringssökande inte med stöd av lagen skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt. Den som söker ändring ska då kräva att

marknadsdomstolen temporärt förbjuder verkställigheten av upphandlingsbeslutet för att verkställigheten av upphandlingsbeslutet ska kunna avbrytas. Till dessa delar redogörs det närmare för förfarandet i samband med motiveringen till 91 §.

91 §. Marknadsdomstolens temporära beslut. I paragrafen föreskrivs om marknadsdomstolens temporära beslut. Paragrafen motsvarar 79 § om temporära förbud i den nuvarande upphandlingslagen. Det föreslås dock att paragrafen ändras till vissa delar så att den motsvarar kraven på de nya påföljderna. Jämfört med den gällande 79 § föreslås det att den nya paragrafen samtidigt ges en rubrik som bättre motsvarar innehållet av regleringen. Bestämmelsen är fast förknippad med den föreslagna bestämmelsen i 92 § om den upphandlande enhetens temporära förbindelse.

I 1 mom. anges det att när besvären har anhängiggjorts kan marknadsdomstolen temporärt förbjuda, avbryta eller tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet eller annars bestämma att upphandlingsförfarandet temporärt ska avbrytas för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen. Bestämmelsen motsvarar innehållsmässigt 79 § 1 mom. i den gällande upphandlingslagen, dock med det tillägget att de temporära besluten nu omfattar även tillåtandet av verkställigheten av ett upphandlingsbeslut. En bestämmelse om att tillåta verkställigheten av ett upphandlingsbeslut är nödvändig i sådana situationer där förhindrandet av verkställigheten av ett upphandlingsbeslut enligt 90 § i lagen orsakar större skada för motparten, för andra personers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför. I sådana situationer kan marknadsdomstolen tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet trots de uppskjutande effekterna till följd av 90 § i lagen. I praktiken avgörs frågan om huruvida verkställigheten av ett upphandlingsbeslut ska tillåtas enligt samma principer som de som iakttas för närvarande vid avgörande av frågan om fastställande av ett temporärt förbud. Till sitt innehåll är prövningen sålunda densamma i bägge situationer, fastän parternas roller när det gäller att tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet skulle ändras. Det väsentliga i de båda si-

tuationerna är dock att de omständigheter som nämns i 2 mom. ska vägas med tanke på fördelarna och nackdelarna av åtgärden.

I samband med sådana upphandlingar där väntetiden inte behöver iakttas och där ett ändringssökande som skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt sålunda inte heller är tillämpligt, ska ett temporärt avbrytande av verkställigheten av upphandlingsbeslutet avgöras på samma sätt som för närvarande. I sådana fall ska den som saken gäller således kräva att marknadsdomstolen temporärt förbjuder verkställigheten av upphandlingsbeslutet för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen, så att verkställigheten av upphandlingsbeslutet kan avbrytas. Om den upphandlande enheten då inte ger en sådan i 92 § avsedd frivillig förbindelse att låta bli att verkställa upphandlingsbeslutet så länge ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen, ska marknadsdomstolen fatta ett temporärt beslut om saken.

I 2 mom. föreskrivs om de omständigheter som bör beaktas vid den prövning som gäller marknadsdomstolens temporära beslut. Bestämmelsen motsvarar till sitt innehåll 79 § 2 mom. i den gällande upphandlingslagen. Momentet är tillämpligt på alla de situationer som avses i 1 mom. Sålunda ska prövningen basera sig på samma faktorer oberoende av om det är fråga om att förbjuda eller avbryta verkställigheten av ett upphandlingsbeslut eller om att tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet.

Enligt 3 mom. kan en lagfaren medlem av marknadsdomstolen ensam besluta om temporära åtgärder. Enligt 79 § 3 mom. i den nuvarande upphandlingslagen kan marknadsdomstolens överdomare eller en marknadsrättsdomare likväl endast i brådsökande fall besluta om sådana temporära åtgärder som avses i paragrafens 1 mom. Alla temporära åtgärder klassificeras som brådsökande vid marknadsdomstolen, och därför avgörs de också i regel i en sammansättning med en överdomare eller en marknadsrättsdomare. Eftersom denna praxis som även iakttas i praktiken ska framgå av lagen, föreslås det att regleringen ändras till dessa delar.

92 §. Den upphandlande enhetens temporära förbindelse. I paragrafen föreskrivs om den upphandlande enhetens temporära för-

bindelse. Paragrafen är ny. Syftet med paragrafen är att i lag ta in den praxis som sedan länge iakttagits av marknadsdomstolen och i upphandlingsförfarandet om att den upphandlande enheten frivilligt kan låta bli att verkställa upphandlingsbeslutet så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen. Eftersom det är fråga om en förbindelse som varar den tid som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen, föreslås det att förbindelsen i lagen ska benämnas temporär förbindelse. Terminologin motsvarar till dessa delar den terminologi som används i 91 §.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten när besvären har anhängiggjorts ge marknadsdomstolen en skriftlig förbindelse att låta bli att verkställa upphandlingsbeslutet så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen. Förbindelsen ska ges skriftligen. Med uttrycket skriftligen avses här även möjligheten att ge en förbindelse med elektroniska medel.

I praktiken har man i nuläget gett en förbindelse i de fall där sökanden har krävt att verkställigheten av upphandlingsbeslutet förbjuds temporärt. Den upphandlande enheten har i sådana fall frivilligt kunnat ge en förbindelse om att låta bli att verkställa upphandlingsbeslutet så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen, och då har det inte funnits något behov att bestämma om ett temporärt förbud att verkställa upphandlingsbeslutet. Den upphandlande enheten har givetvis kunnat och kan med stöd av den föreslagna bestämmelsen ge en förbindelse även i situationer där sökanden inte har krävt att verkställigheten av upphandlingsbeslutet temporärt ska förbjudas. I merparten av fallen kommer en förbindelse dock troligen på fråga endast i samband med ändringssökandenas krav på temporära förbud.

Som det framgår även av ordalydelsen i bestämmelsen föreslås bestämmelsen inte vara förpliktande. Bestämmelsen ger den upphandlande enheten endast en möjlighet att ge en förbindelse. Det föreslås likväl att om den upphandlande enheten ger en förbindelse som avses i paragrafen, ska den också iakttä förbindelsen.

I 2 mom. anges det att marknadsdomstolen inte utan särskild orsak ger beslut om krav på ett temporärt förbud att verkställa upphand-

lingsbeslutet, om den upphandlande enheten ger marknadsdomstolen en förbindelse som avses i 1 mom. Bestämmelsen motsvarar gällande praxis. I situationer där den upphandlande enheten har gett marknadsdomstolen en sådan frivillig förbindelse som avses i bestämmelsen, har marknadsdomstolen i praktiken inte meddelat ett separat avgörande i sökandens krav på ett temporärt förbud mot verkställighet att upphandlingsbeslutet, om inte sökanden särskilt har krävt detta. Förbindelsen har i dessa fall ersatt marknadsdomstolens beslut om att temporärt förbjuda verkställigheten av upphandlingsbeslutet. Det föreslås dock att bestämmelsen formuleras på så sätt att ett beslut av marknadsdomstolen ska kunna ges av särskild orsak. Bedömningen av om en särskild orsak föreligger hör till marknadsdomstolen.

Eftersom det ska vara frivilligt att ge en förbindelse, är det i sig också möjligt att återkalla en förbindelse. Om förhållandena i den upphandlande enheten ger anledning att återkalla en förbindelse, ska den upphandlande enheten underrätta marknadsdomstolen om att förbindelsen har återkallats. Marknadsdomstolen ska för sin del delge ändringssökanden att förbindelsen har återkallats. För marknadsdomstolen undanröjs också grunden enligt 2 mom. att låta bli att ge beslut om ett temporärt förbud att verkställa upphandlingsbeslutet, om ändringssökanden har framfört ett sådant krav i sina besvär. Då ska marknadsdomstolen ge ett beslut om kravet på ett temporärt verkställighetsförbud, om inte ändringssökanden uttryckligen återkallar sitt krav.

93 §. Temporär organisering av upphandling. I paragrafen bestäms om den upphandlande enhetens rätt att temporärt organisera upphandlingen under den tid överklagandet pågår. Det har i rättspraxis konstaterats att sådan temporär organisering som upphör när domstolen ger sitt avgörande i saken inte äventyrar sökandens rättsskydd. I detta fall har marknadsdomstolen fortfarande tillgång till de primära påföljdsalternativen, bl.a. möjlighet att ålägga den upphandlande enheten att rätta till sitt felaktiga förfarande eller möjlighet att helt eller delvis upphäva den upphandlande enhetens beslut (t.ex. i marknadsdomstolens beslut om temporära förbud MD

27.7.2007 diarienummer 216/07/JH och MD 19.2.2008 diarienummer 413/07/JH). Enligt rättspraxis kan den upphandlande enheten ordna en upphandling utan anbudsförfarande ända tills man har hunnit genomföra ett nytt anbudsförfarande enligt ett beslut som har getts med anledning av ändringssökande i en situation där de tjänster som den upphandlande enheten ordnar används av kunder vars intresse har förutsatt att tjänsterna ordnas utan avbrott (t.ex. i beslut om utdömmande av vite MD 308/09).

Syftet med bestämmelsen är att klarlägga praxis om i hur stor utsträckning en upphandlande enhet kan organisera en upphandling som är föremål för ändringssökande under den tid ändringssökandet pågår. Avsikten med bestämmelsen är inte att ändra regleringen av direktupphandling. För direktupphandling har i lagen föreskrivits strikta förbehåll och direktupphandling genomförs oftast helt utan konkurrensutsättning. Av denna orsak föreslås striktare förutsättningar för direktupphandling än de som nu ska föreskrivas för temporär organisering av upphandling. Om förutsättningarna för direktupphandling dock uppfylls, kan den upphandlande enheten om den så vill alternativt genomföra upphandlingen som direktupphandling.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten organisera upphandlingen för den tid ändringssökandet pågår, om upphandlingen på grund av sin art inte kan skjutas upp för den tid som ärendet behandlas i domstolen. En organisering av upphandlingen förutsätter en bedömning av om det finns ett omedelbart behov av upphandling eller om upphandlingen kan skjutas upp för den tid ändringssökandet pågår. Ett behov av att organisera upphandlingen föreligger i regel i t.ex. en sådan situation där den upphandlande enheten har en lagstadgad skyldighet att ordna en tjänst eller det vid upphandlingen är fråga om en sådan varu- eller tjänstenyttighet som den upphandlande enheten behöver för att sköta sina uppgifter. Värdet av upphandlingen har i regel inte någon betydelse för bedömningen. Utöver den upphandlande enhetens egen verksamhet kan under motsvarande förutsättningar beaktas de behov som den upphandlande enhetens kunder har t.ex. då en sådan

inköpscentral som avses i 11 § i lagen ansvarar för konkurrensutsättningen.

Den upphandlande enheten kan temporärt organisera upphandlingen endast för sådana anbudssökande eller anbudsgivare eller tidigare leverantörer som har deltagit i upphandlingsförfarandet, även om dessa inte har deltagit i det upphandlingsförfarande som är föremål för ändringssökandet. Det föreslås att temporär organisering av en upphandling inte regleras i övrigt. Den upphandlande enheten kan i varje enskilt fall med beaktande av upphandlingens karaktär välja leverantör på det mest ändamålsenliga sättet. Alternativt kan den upphandlande enheten överväga att ordna upphandlingen som direktupphandling, om de förutsättningar för direktupphandling som har bestämts i lagen uppfylls.

I 2 mom. begränsas den temporära organiseringen av en upphandling så att de temporära arrangemangen inte får hindra att de primära rättsskyddsmedel som marknadsdomstolen har till sitt förfogande används på det sätt som anges i 94 § 1-3 punkten. I praktiken innebär bestämmelsen att den upphandlande enheten begränsar de temporära arrangemangen så att de upphör i och med domstolens avgörande eller senast då ett fel i ett tidigare upphandlingsförfarande har rättats till följd av ett avgörande om ändringssökandet. Det rekommenderas att de avtalsvillkor som gäller temporär organisering ska kunna sägas upp så att de upphör till följd av marknadsdomstolens avgörande.

94 §. Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen. I 1 mom. fastställs de rättsskyddsmedel som hör till marknadsdomstolens behörighet. Med att något strider mot upphandlingslagstiftningen avses vid sidan av förfarande i strid med den nationella lagstiftningen även förfarande i strid med Europeiska gemenskapens lagstiftning och Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling, GPA-avtalet. Marknadsdomstolen kan enligt 1 mom. 1-3 punkten på samma sätt som för närvarande helt eller delvis undanröja ett beslut av en upphandlande enhet, förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars följa ett oriktigt förfarande eller att ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande.

I 4 punkten nämns den gottgörelse som tillämpas för närvarande och i 5-7 punkten nämns de nya påföljder som står till marknadsdomstolens förfogande, dvs. ett upphandlingskontrakts ogiltighet, påföljdsavgift och en förkortning av kontraktsperioden. De nya påföljderna grundar sig på artiklarna 2d och 2e i rättsskyddsdirektivet.

I 2 mom. anges att påföljder som avses i 1 mom. 4-7 punkten endast kan bestämmas om de förutsättningar som föreslagits för dessa påföljder i 95-98 § uppfylls. Vid bestämmande av de påföljder som föreskrivs i 4-7 punkten är det viktigt att klarlägga om ett avtalsförhållande har uppstått. Om ett skriftligt kontrakt inte har slutits, bör tillkomsten av ett avtal bedömas utifrån omständigheterna. Med tanke på en effektiv användning av rättsmedel och prövningen av påföljder bör man med ett skriftligt kontrakt jämställa sådana situationer i vilka man av omständigheterna kan sluta sig till att den upphandlande enheten och anbudsgivaren uttryckligen har börjat genomföra upphandlingen. Fastställandet av förekomsten av ett tyst avtal utifrån omständigheterna är inte helt entydigt. Vid prövningen bör det fästas särskild uppmärksamhet vid om den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet har gett sitt uttryckliga samtycke till genomförandet av upphandlingen eller om anbudsgivaren har börjat genomföra upphandlingen för den upphandlande enheten i den utsträckningen att det inte längre är fråga om vanliga förberedande åtgärder i anslutning till den aktuella upphandlingen. Den bedömning av omständigheterna som gäller tillkomsten av ett upphandlingskontrakt får dock inte hindra att den upphandlande enheten och den anbudsgivare som vunnit upphandlingsförfarandet inleder sitt samarbete genom att förhandla om ett kontrakt och genom att vidta vanliga förberedande åtgärder för upphandlingen.

Marknadsdomstolen ska inom ramen för lagstiftningen ha prövningsrätt vid bestämmandet av påföljder. Marknadsdomstolen ska dock vid användningen av sin prövningsrätt beakta ett effektivt förverkligande av rättsskyddet och målen för upphandlingslagstiftningen. På så sätt ska ett oriktigt upphandlingsförfarande primärt åtgärdas genom de primära påföljder eller realmedel som för-

tecknas i 1 mom. 1–3 punkten. När marknadsdomstolen bestämmer en påföljd ska den också ta i beaktande i vilken utsträckning som felet i förfarandet har påverkat förverkligandet av ett effektivt rättsskydd för parterna. Ett fel som inte påverkar slutresultatet av den upphandlande enhetens upphandlingsförfarande kan alltså inte leda till att en påföljd bestäms. Ovan nämnda principer har också styrt tillämpningen av upphandlingslagstiftningen i domstolarna.

Konsekvensen av den upphandlande enhetens fel kan också försvinna t.ex. för att den upphandlande enheten själv beslutar att avbryta upphandlingsförfarandet. Den rättsfråga som då ska avgöras av marknadsdomstolen är om den upphandlande enheten har haft sådana grunder att avbryta förfarandet som är förenliga med etablerad tolkning i rättspraxis, där det centrala är att pröva hur den upphandlande enhetens förfarande har påverkat ett jämligt och icke-diskriminerande bemötande av anbudssökande eller anbudsgivare. I praktiken ska en påföljd inte heller bestämmas i en sådan situation där den upphandlande enheten inte på det sätt som förutsätts i upphandlingslagen har motiverat sitt upphandlingsbeslut, men den upphandlande enheten vid en senare tidpunkt under förfarandets gång framför en godtagbar motivering.

Enligt 3 mom. kan ett upphandlingskontrakts ogiltighet som nämns i 1 mom. 5 punkten tillämpas endast vid varuupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, tjänsteupphandling enligt bilaga A, byggentreprenader och byggkoncessioner. Förutom vid ovan nämnda upphandlingsslag kan marknadsdomstolen bestämma en påföljdsavgift och förkorta kontraktsperioden enligt vad som nämns i 1 mom. 6 och 7 punkten vid sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärdet. Vid upphandling som understiger ett EU-tröskelvärde samt i fråga om tjänstekoncessioner kan som ett alternativ till realmedel tillämpas gottgörelse, om förutsättningarna för detta uppfylls.

95 §. Gottgörelse. Gottgörelse är den sekundära påföljd som marknadsdomstolen kan använda sig av och som i regel endast tillämpas då marknadsdomstolen inte kan ingripa mot ett olagligt förfarande av den upphand-

lande enheten genom de påföljder som fastställs i 94 § 1 mom. 1–3 punkten i lagen.

Förutsättningarna för påförande av gottgörelse motsvarar i huvudsak förutsättningarna enligt 76 § 2 mom. i den nuvarande lagen. I fortsättningen kan gottgörelse dock inte påföras om den upphandlande enheten har avstått från att verkställa upphandlingsbeslutet under den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen. Dessutom bestäms ett maximibelopp för gottgörelsen.

Enligt 1 mom. kan gottgörelse i regel påföras när det är omöjligt att tillämpa marknadsdomstolens primära påföljder, dvs. realmedel, eftersom upphandlingskontraktet redan har slutits. I stället för realmedel kan även gottgörelse påföras, om realmedlen kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden skulle medföra. Om den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt i en upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet utan att iaktta väntetiden eller trots ett ändringssökande som skjuter upp upphandlingskontraktet eller om den upphandlande enheten har slutit upphandlingskontraktet utan konkurrensutsättning, är ogiltighet, påföljdsavgift och förkortning av kontraktsperioden de primära rättsmedlen. Om det i fråga om en upphandling som överstiger det nationella tröskelvärdet har slutits ett upphandlingskontrakt innan besvaren har anhängiggjorts i marknadsdomstolen, kan i upphandlingen gottgörelse påföras.

En förutsättning för gottgörelse är att det har skett ett fel vid upphandlingsförfarandet och att sökanden om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att väljas till leverantör vid upphandlingen. För att gottgörelse ska kunna påföras ska båda dessa villkor uppfyllas. Gottgörelse kan åläggas att betalas till en sådan part som skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudsförfarandet. Ändringssökanden ska kunna visa detta.

I praktiken har bedömning i efterhand av slutresultatet av sådana anbudstävlingar som inte har slutförts varit förknippade med vissa osäkerhetsfaktorer, t.ex. av vilka företag anbud skulle ha begärts, vilka företag som skulle ha lämnat ett anbud, hurdana anbud som

skulle ha lämnats och hurudana lämplighetskrav och grunder för anbudet som skulle ha tillämpats. Därför har högsta förvaltningsdomstolen i sitt avgörande *HFD 2006:49* bedömt att det i målet (entreprenad för reparation av byggnadsfasad) på grundval av de anbudskalkyler som företetts i efterhand eller andra i målet framlagda bevis inte med tillräcklig säkerhet hade kunnat klarläggas om de sökande, som inte hade kunnat lämna sina anbud men som vid inlämnandet av ansökan till marknadsdomstolen hade känt till entreprenadpriset, vid ett felfritt förfarande skulle ha haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävlingen. I den rättspraxis som gällde under konkurrensrådets tid (*KR 27.2.2002 diarienummer 143/690/2001*) har gottgörelse påförts en sökande i en situation av direktupphandling när sökanden tidigare hade vunnit två upphandlingsförfaranden som anordnats av samma upphandlande enhet.

Marknadsdomstolen ska dock kunna låta bli att påföra gottgörelse i en situation där den upphandlande enheten har avstått från att verkställa det upphandlingsbeslut som är föremål för besvär under den tid ändringssökandet pågår. Genom bestämmelsen utökas marknadsdomstolens prövningsrätt vid påförande av gottgörelse jämfört med den gällande lagen. Den långvariga behandlingen i marknadsdomstolen har lett till situationer där primära rättsmedel inte längre har stått till förfogande, eftersom kontraktperioden för upphandlingen till stor del eller helt har hunnit löpa ut medan ändringssökandet pågick. Den upphandlande enheten har då ålagts att betala sökanden en gottgörelse, om de grunder för påförande av gottgörelse som gäller sökanden har uppfyllts. Genom att avhålla sig från att verkställa upphandlingsbeslutet har den upphandlande enheten dock genom sitt eget handlande försökt säkerställa att marknadsdomstolen har primära rättsmedel till sitt förfogande i ärendet. I en situation där behandlingen av ärendet i marknadsdomstolen har räckt länge av orsaker som inte beror på den upphandlande enheten, kan marknadsdomstolen i fortsättningen låta bli att påföra gottgörelse.

I 2 mom. anges att gottgörelsebeloppet inte utan särskild orsak får överstiga tio procent av upphandlingskontraktets värde. Som sär-

skilda orsaker kan anses t.ex. en skada som orsakas ändringssökanden på grund av en försummelse eller oriktighet av den upphandlande enheten, inklusive beloppet av den rörelsevinst som ändringssökanden har förlorat, samt arten av den upphandlande enhetens fel och hur klandervärt enhetens förfarande har varit. Behovet att fastställa ett högsta värde baserar sig på att med beaktande av bestämmelserna i 2 § 3 mom. i grundlagen ska grunderna för fastställande av en sanktion vid administrativa sanktioner fastställas på motsvarande sätt som vid straffrättsliga sanktioner. Vid administrativa sanktioner ska åtminstone maximibeloppet av sanktionen fastställas. Gränsvärdet på 10 procent hänför sig sålunda uttryckligen till gottgörelsens karaktär av sanktion, och avsikten är inte att ändra den vedertagna rättspraxis i fråga om gottgörelse som iakttas av marknadsdomstolen.

Vid bedömningen av gottgörelsens belopp ska marknadsdomstolen i första hand beakta de faktorer som hänför sig till det oriktiga förfarandet, såsom oriktighetens eller försummelsens art, det totala värdet av den upphandling som är föremål för besvär och de kostnader och den skada som anbudssökanden orsakats. Sökanden är skyldig att styrka beloppet av den skada som det oriktiga förfarandet orsakat.

Påförande av gottgörelse utgör inget hinder för sökanden att söka skadestånd vid en allmän underrätt, om den skada som orsakats sökanden överskrider den gottgörelse som utdömts. Påförande av gottgörelse ska inte heller hindra ändringssökanden från att kräva påföljdsavgift vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet. Gottgörelsen ska dock beaktas vid bedömningen av ersättningsskyldigheten och ersättningsbeloppet i fråga om skadestånd och påföljdsavgift.

96 §. *Ogiltighetspåföljd*. I paragrafen bestäms om förutsättningarna för att tillämpa ogiltighetspåföljd. Paragrafen motsvarar artikel 2d i rättsskyddsdirektivet. Det föreslås att bestämmelserna om ogiltighet endast ska tillämpas på varuupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, tjänsteupphandling enligt bilaga A samt byggentreprenader. Ogiltighet ska inte tillämpas på sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B och inte heller på tjänstekoncessioner.

Enligt 1 mom. 1 punkten kan marknadsdomstolen konstatera att upphandlingskontraktet är ogiltigt om den upphandlande enheten i strid med lag har gjort en direktupphandling som avses i 27 och 28 §, och den upphandlande enheten inte har sänt en annons om direktupphandlingen för publicering i enlighet med 79 §. Marknadsdomstolen kan inte förklara ett upphandlingskontrakt ogiltigt om den upphandlande enheten har sänt en i 79 § avsedd annons om direktupphandling för publicering och iakttagit väntetiden på 14 dagar innan upphandlingskontraktet slöts. Genom att iaktta annonsförfarandet kan den upphandlande enheten säkerställa att upphandlingskontraktets bindande verkan inte kan påverkas genom sökande av ändring.

Enligt 1 mom. 2 punkten kan en ogiltighetspåföljd påföras också i sådana fall där den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän vid upphandlingen måste iaktas den väntetid som föreskrivs i 77 §.

Enligt 1 mom. 3 punkten kan marknadsdomstolen konstatera att upphandlingskontraktet är ogiltigt, om den upphandlande enheten i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande. Förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt i strid med ändringssökandets uppskjutande effekt samt att på denna grund påföra en ogiltighetspåföljd avses gälla situationer där den upphandlande enheten är skyldig att iaktta väntetiden.

I 2 mom. föreskrivs det om en ytterligare förutsättning som gäller 1 mom. 2 och 3 punkten och enligt vilken marknadsdomstolen kan konstatera att upphandlingskontraktet är ogiltigt endast om den upphandlande enheten har begått ett annat fel som strider mot upphandlingslagen och som har påverkat sökandens möjligheter att få upphandlingskontraktet. Om den upphandlande enheten har låtit bli att iaktta väntetiden eller slutit ett upphandlingskontrakt i strid med 90 §, men inte har begått något annat fel som strider mot upphandlingslagen, ska påföljden vara en i 98 § avsedd påföljdsavgift.

I 3 mom. föreskrivs det om ogiltighetspåföljd vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal vid upphandling som översti-

ger EU-tröskelvärdet. Bestämmelsen grundar sig på artikel 2b punkt c och artikel 2d.1 punkt c i rättsskyddsdirektivet.

Vid upphandling som grundar sig på ramavtal kan den upphandlande enheten med stöd av 78 § välja om den vid upphandlingen ska iaktta väntetiden innan upphandlingskontraktet sluts eller inte. Trots denna prövningsrätt förutsätter rättsskyddsdirektivet att domstolen vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal och som överstiger EU-tröskelvärdet ska kunna bestämma en ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet, om vid konkurrensutsättningen inte har iakttagits de krav som har ställts på förfarandet. Konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal ska ske med iakttagande av de förfaranden som föreskrivs i 32 § 2 och 3 mom. i lagen. Om man inte har gått tillväga på det sättet vid upphandlingen, kan upphandlingskontraktet förklaras ogiltigt. I detta skede av förfarandet kan man dock inte undersöka ramavtalets lagenlighet i större utsträckning, eftersom leverantörerna har haft möjlighet att använda rättsmedel till denna del redan då ramavtalet upprättades.

Enligt 4 mom. kan en ogiltighetspåföljd endast gälla sådana kontraktsförpliktelser som är ouppfyllda i det ögonblick marknadsdomstolen ger sitt beslut. Marknadsdomstolen kan rikta ogiltigheten också till sådana kontraktsförpliktelser som är ouppfyllda i det ögonblick upphandlingsärendet anhängiggörs och som det är förbjudet att uppfylla med stöd av 90 § i lagen eller för vilkas vidkommande den upphandlande enheten har gett en förbindelse som avses i 92 §. Eftersom ogiltighetspåföljden innebär att man på ett betydande sätt ingriper i ett kontrakts bindande verkan, ska marknadsdomstolen då den ålägger ogiltighetspåföljder klart fastställa vilka kontraktsförpliktelser den förklarar ogiltiga.

Om upphandlingskontraktet förklaras ogiltigt, blir det upphandlingsbeslut som gäller kontraktet i praktiken utan verkan. Därför kan marknadsdomstolen när den bestämmer en ogiltighetspåföljd samtidigt använda realmedel enligt 94 § mom. 1–3 punkten, t.ex. helt eller delvis undanröja upphandlingsbeslutet.

Det föreslås att ogiltighetspåföljden är en från den avtalsrättsliga ogiltigheten separat

upphandlingsrättslig påföljdsform som ska komma på fråga endast vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet. Trots vissa likheter mellan de eventuella verkningarna av ogiltighet är syftet med den föreslagna bestämmelsen inte att försöka ändra den vedertagna avtalsrättsliga läran om ett avtals ogiltighet, och därför är det här inte fråga om en ny avtalsrättslig ogiltighetsgrund. Det föreslås att ogiltighet ska vara en till sin rättsliga karaktär administrativ påföljd, som riktar sig till en upphandlande enhet som har försummat sin förpliktelse enligt upphandlingslagstiftningen och till dennas avtalspart.

När marknadsdomstolen förklarar ett upphandlingsavtal ogiltigt ska den beakta motsvarigheten i verkställandet av kontraktsparternas förpliktelser. Ogiltighetspåföljden ska jämnt hänföras till parternas motsvarande ouppfyllda förpliktelser, även om parternas praktiska fullgörande av kontraktsförpliktelserna förläggs på olika sidor om tidpunkten för domstolens beslut. Om det inte är möjligt att få prestationerna att stämma överens, kan en grundlös förmån som den ena kontraktsparten har fått återbetalas enligt allmänna förmögenhetsrättsliga läror. Vid fastställandet av hur kontraktsförpliktelserna ska uppfyllas bör också överföring av äganderätt ges en mer avgörande vikt än överföring av besittningsrätt.

Då marknadsdomstolen fastställer en ogiltighetspåföljd ska den enligt 98 § 1 mom. bestämma att den upphandlande enheten samtidigt ska betala staten en påföljdsavgift som avses i 94 § 1 mom. 6 punkten.

97 §. När ogiltighetspåföljd inte bestäms. I paragrafen föreskrivs om sådana situationer där marknadsdomstolen kan bestämma att ett upphandlingskontrakt inte ska förklaras ogiltigt. Paragrafen motsvarar artikel 2d i rättskyddsdirektivet.

Enligt paragrafen kan marknadsdomstolen bestämma att ogiltighetspåföljd inte ska bestämmas, om det med hänsyn till det allmänna intresset finns tvingande skäl att hålla kontraktet i kraft. Marknadsdomstolen ska undersöka alla väsentliga synpunkter för att kunna fastställa om verkningarna av kontraktet ska hållas gällande av skäl som gäller det allmänna intresset. Dylika exceptionella situationer kan vara exempelvis sådana hotande

situationer som äventyrar folkhälsan. I paragrafen avses med uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset i första hand andra än kontraktsparternas ekonomiska intressen. Sådana ekonomiska intressen som hänför sig direkt till kontraktet, såsom kostnader som orsakas parterna på grund av ogiltighet, kan tillgodose det allmänna intresset endast under sådana exceptionella förhållanden där kostnaderna är oskäligen.

98 §. Påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden. I paragrafen föreskrivs om påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden. Paragrafen motsvarar artikel 2e i rättskyddsdirektivet. De påföljder som nämns i 1 och 2 mom. ska tillämpas på varuupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, tjänsteupphandling enligt bilaga A och B samt byggentreprenader. Paragrafens 3 och 4 mom. ska tillämpas endast på sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B till denna lag som överstiger EU-tröskelvärdet. Påföljderna enligt paragrafen tillämpas inte alls på tjänstekoncessioner.

Enligt 1 mom. 1 punkten ska marknadsdomstolen då den bestämmer ogiltighetspåföljder på grund av ouppfyllda förpliktelser enligt kontraktet dessutom bestämma att den upphandlande enheten ska betala staten en påföljdsavgift. I situationer där kontraktsförpliktelserna helt eller delvis har uppfyllts då en påföljd påförs kan verkningarna av enbart en ogiltighetspåföljd förlora sin betydelse. I lagen föreslås därför bestämmelser om en påföljdsavgift som ska betalas till staten såsom en särskild påföljd till följd av ogiltighet.

Enligt 1 mom. 2 punkten kan det bestämmas att en påföljdsavgift ska betalas till staten även i situationer där den upphandlande enheten oriktigt har låtit bli att iaktta den väntetid som föreskrivs i 77 § och enligt 1 mom. 3 punkten i situationer där den upphandlande enheten i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande. I dylika situationer ska påförandet av en påföljdsavgift inte förutsätta att den upphandlande enheten har begått ett annat fel i strid med upphandlingslagen. En påföljdsavgift ska emellertid inte kunna påföras om den upphandlande enheten har en i 78 §

föreskriven grund att låta bli att iaktta väntetiden.

Enligt 1 mom. 4 punkten ska påföljdsavgift kunna bestämmas i stället för ogiltighetspåföljd, om inte ogiltighetspåföljd med stöd av 97 § bestäms av tvingande hänsyn till allmänintresset. I stället för en påföljdsavgift eller utöver den kan marknadsdomstolen då enligt 2 mom. förkorta upphandlingskontraktets giltighetstid så att det upphör efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen.

I 3 mom. bestäms om tillämpning av påföljdsavgift och förkortning av kontraktssperioden på sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärde och på vilken en ogiltighetspåföljd inte kan tillämpas. Förutsättningarna för att tillämpa dessa påföljder motsvarar i regel de förutsättningar för att fastställa ogiltighet som anges i 96 §.

Påföljdsavgift eller förkortning av kontraktssperioden är de alternativa påföljderna då en upphandlande enhet har gjort en direktupphandling i strid med 67 §, den upphandlande enheten inte har iakttagit väntetiden eller den upphandlande enheten efter väntetiden i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande. Dessutom ska en påföljdsavgift eller förkortning av kontraktssperioden kunna bestämmas vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal och som gäller B-tjänster analogt med att upphandlingskontraktet i andra situationer förklaras ogiltigt på det sätt som föreslås i 96 § 3 mom.

I 4 mom. förutsätts i fråga om ett upphandlingskontrakt som slutits i strid med 90 § att försummelse att iaktta väntetiden och den uppskjutande effekten av ett ändringssökande dessutom att den upphandlande enheten har begått ett annat fel som strider mot upphandlingslagen och som har påverkat sökandens möjligheter att få ett upphandlingskontrakt. Om en upphandlande enhet vid sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärde har låtit bli att iaktta väntetiden eller slutit ett upphandlingskontrakt i strid med 90 §, men inte har begått något annat fel som strider mot upphandlingslagen, är marknadsdomstolens alternativ till påföljd endast en påföljdsavgift. I fråga om sådana

tjänster enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärde är påföljdsavgiften sålunda ett påföljdsalternativ både vid väntetidsförseelser och i situationer där nämnda försummelse är förknippad med något annat fel i förfarandet. Sådana eventuella andra fel i förfarandet som begåtts vid sidan om försummelse att iaktta väntetiden eller bestämmelserna i 90 § kan beaktas vid fastställande av beloppet av påföljdsavgiften.

I 5 mom. bestäms om de omständigheter som marknadsdomstolen ska beakta då den fastställer en påföljdsavgift eller förkortar kontraktssperioden för ett upphandlingskontrakt. Då marknadsdomstolen bestämmer en påföljd ska den ta hänsyn till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till och värdet av den upphandling som är föremål för besvär. Sådana omständigheter kan i praktiken vara t.ex. förhållandet mellan uppfyllda och icke uppfyllda kontraktsförpliktelser eller sådana i strid med upphandlingslagen begångna fel i förfarandet som den upphandlande enheten begått vid sidan om att den har låtit bli att iaktta väntetiden och som ändå inte har påverkat ändringssökandens möjligheter att få ett upphandlingskontrakt. Påföljdsavgiftens belopp får inte överstiga 10 procent av upphandlingskontraktets värde. Då en påföljdsavgift bestäms i anslutning till andra påföljder ska hänsyn dessutom tas till lagens 99 §, enligt vilken den sammanlagda effekten av påföljderna inte får bli oskälig för den upphandlande enheten eller dess kontraktspart.

99 §. Inriktningen och den sammanlagda effekten av påföljderna. Paragrafen om inriktningen och den sammanlagda effekten av påföljderna är ny. Behovet att reglera den sammanlagda effekten av påföljderna kommer att betonas i och med det nya påföljdssystemet, eftersom påföljderna är flera är förut och den sammanlagda effekten av dem i enstaka tillämpningssituationer kan bli oskälig med tanke på antingen den upphandlande enheten eller dess kontraktspart. På motsvarande sätt är inriktningen av påföljderna också ett praktiskt problem, som tidigare inte har kunnat lösas med stöd av bestämmelser.

Enligt 1 mom. kan en påföljd inte bara riktas mot den upphandlande enheten i fråga utan också mot någon annan upphandlande

enhet som på andra grunder har agerat på de andra upphandlande enheternas vägnar. I praktiken är det t.ex. i verksamhet som bedrivs av upphandlingsringar ofta fråga om situationer där en upphandlingsring har grundats genom ett inbördes avtal mellan flera upphandlande enheter, men vid en senare tidpunkt har nya upphandlande enheter de facto anslutit sig till upphandlingsringens verksamhet. I upphandlingsringarnas verksamhet kan man inte heller alltid på basis av upphandlingsannonsen klart fastställa vilka upphandlande enheter som i praktiken deltar i en konkurrensutsatt upphandling.

I momentet beaktas också situationer där den upphandlande enheten är en aktör som får offentligt stöd men inte själv är en juridisk person eller separat myndighet. Om en aktör som betraktas som en separat upphandlande enhet deltar i en sådan upphandlande enhets verksamhet, kan påföljden riktas mot aktören, förutsatt att denna har ansvarat för den upphandlande enhetens verksamhet under upphandlingsförfarandet.

För att marknadsdomstolens behandlingstid i varje konkret tillämpningssituation inte på ett oskäligt sätt ska inriktas på att klarlägga beställarparten, såsom en upphandlingsring eller andra aktörer som agerar gemensamt, ska man vid prövningen av hur påföljderna inriktas utgå från att påföljden riktas mot den upphandlande enhet som i praktiken har ansvarat för upphandlingsförfarandet. Det rekommenderas att beställarparterna på förhand genom inbördes kontraktsarrangemang ska komma överens om fördelningen av den påföljds- och kostnadsrisk som följer av en rättegång.

Denna utgångspunkt utesluter likväl inte den möjligheten att marknadsdomstolen även kan inrikta påföljderna solidariskt på alla de upphandlande enheter som har deltagit i upphandlingen.

Det föreslås att marknadsdomstolens prövningsrätt i fråga om inriktningen ska preciseras på motsvarande sätt även vid fastställandet av vite och ersättningsskyldighet för rättegångskostnader.

I 2 mom. fastställs det inte närmare vad som avses med oskäliga påföljder. Med beaktande av påföljdernas ekonomiska karaktär är det främst fråga om att den sammanlagda

effekten av påföljdernas ekonomiska verkningar inte får vara oskälig i förhållande till den upphandlande enhetens eller dess kontraktsparts ekonomiska bärkraft eller övriga verksamhetsförutsättningar. Enligt förslaget kan de aktörer som är föremål för påföljdsprövningen ge akt på om den sammanlagda effekten av påföljderna blir oskälig. När marknadsdomstolen upptäcker en oskälighet ska den också på eget initiativ beakta den. Eftersom parterna i upphandlingsförfarandet kan påföras påföljder även i olika skeden och vid olika förfaranden, kan beaktandet av oskälighet vid de senare förfarandena endast riktas mot de påföljder som då behandlas.

Vid prövningen av den sammanlagda effekten av påföljderna beaktas endast sådana påföljder enligt lagen som direkt hänför sig till upphandlingsförfarandet. Vid prövningen av påföljder ska ersättningsskyldigheten i fråga om rättegångskostnader eller eventuella vitespåföljder sålunda inte prövas som en del av bedömningen av oskälighet.

100 §. Vite. Paragrafen motsvarar den gällande lagens 81 §, i vilken bestäms om de befogenheter som marknadsdomstolen har till sitt förfogande när det gäller att förelägga vite i situationer där marknadsdomstolen förbjuder eller avbryter verkställigheten av ett beslut eller bestämmer om tillgripande av ett i lagen avsett realmedel. Enligt den gällande lagen ska på vite som föreläggs av marknadsdomstolen tillämpas viteslagen (1113/1990).

Ordalydelsen i 1 mom. ändras jämfört med den gällande lagen i en mera allmän riktning, så att det inte längre innehåller en uppräkningslista av de olika faserna i marknadsdomstolens beslutsfattande. Det föreslås att hot om vite ska kunna användas i alla sådana situationer där marknadsdomstolen förelägger ett förbud eller en förpliktelse enligt lagen. På föreläggande och utdömande av vite ska i övrigt viteslagen tillämpas.

I 2 mom. preciseras dessutom prövningen av hur vitet ska riktas i situationer där ansvaret för upphandlingen bärs av en sådan upphandlande enhet som inte är en särskild myndighet eller juridisk person. Eftersom det i situationer av samordnad upphandling förekommer stora variationer beträffande t.ex. den omständigheten huruvida de övriga som

har deltagit i upphandlingen har delegerat sin beslutanderätt till den upphandlande enhet som i praktiken ansvarar för upphandlingen eller inte, ska det fortfarande vara möjligt att rikta vite även mot de upphandlande enheter som deltar i upphandlingen. Preciseringarna motsvarar den tolkningsmässiga utgångspunkt som avses i 7 § 1 mom. i viteslagen, enligt vilken vite får riktas endast mot en part som har rättslig och faktisk möjlighet att uppfylla huvudförpliktelsen.

Vid inriktningen ska dessutom beaktas de situationer där det är fråga om en upphandlande enhet som får främst ekonomiskt stöd, men ändå inte själv är en myndighet eller en juridisk person. Vitet riktas då mot en sådan aktör som betraktas som en upphandlande enhet och som i praktiken ansvarar för upphandlingsförfarandet.

101 §. Delgivning av marknadsdomstolens beslut. Bestämmelsen om marknadsdomstolens möjligheter att delge sina egna beslut på elektronisk väg är ny. Bestämmelsen hänför sig till den i lagen även annars föreslagna möjligheten att man i syfte att påskynda förfarandena övergår till att använda elektronisk delgivning med hjälp av elektronisk kontaktinformation. Det föreslås att som ett alternativ till elektronisk delgivning av marknadsdomstolens beslut tillämpas fortfarande bevislig delgivning av beslutet enligt vad som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen. Bestämmelser om detta primära alternativ finns i 1 mom.

I 2 mom. anges att med ändringssökandens och den upphandlande enhetens samtycke kan marknadsdomstolens beslut med besvärshänvisning delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som dessa parter har meddelat marknadsdomstolen. I fråga om meddelandet ska det anses vara tillräckligt att ändringssökanden i sina besvär meddelar att beslutet kan delges elektroniskt med hjälp av den elektroniska kontaktinformation som meddelas i detta syfte. På motsvarande sätt ska den upphandlande enheten i sitt bemötande kunna meddela den elektroniska kontaktinformation som ska användas för att beslutet ska kunna delges elektroniskt.

I praktiken är elektronisk delgivning nödvändig i situationer där marknadsdomstolen

är tvungen att avbryta eller förbjuda verkställigheten av ett upphandlingsbeslut. Trots detta ska elektronisk delgivning även i dessa fall grunda sig på parternas samtycke till att tillämpa detta delgivningssätt.

I paragrafens 3 mom. föreskrivs om när elektronisk delgivning anses ha ägt rum. På motsvarande sätt som i 75 § anses delgivningen ha ägt rum den dag då handlingen har sänts och då det elektroniska meddelande i vilket handlingen ingår har anlänt till mottagarens mottagarapparat så att meddelandet kan hanteras. I annat fall ska motbevis kunna läggas fram om ankomsttidpunkten på motsvarande sätt som då ett upphandlingsbeslut delges elektroniskt enligt 75 §.

102 §. Besvärshänvisning. I paragrafen föreskrivs om besvärshänvisning. I bestämmelsen anges att i ett upphandlingsärende som hör till marknadsdomstolens behörighet kan sådana allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel som överlappar marknadsdomstolens förfarande inte längre tillämpas.

Enligt paragrafen får ändring i ett ärende som hör till marknadsdomstolens behörighet inte sökas med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen. Däremot föreslås det att det med beaktande av 76 § i grundlagen särskilt föreskrivs om begränsning av kyrkobesvär i kyrkolagen.

Besvärshänvisningen innebär att ett upphandlingsärende som hör till marknadsdomstolens behörighet inte mera kan hänskjutas till separat rättsskyddsförfarande med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen. Med tanke på kommunallagen innebär besvärshänvisningen både förbud mot att framställa rättelseyrkande i ärendet och förbud mot att anföra besvär. I speciallagstiftningen har uttrycket "får ändring inte sökas med stöd av kommunallagen" tolkats så att uttrycket täcker både rättelseyrkande och anförande av besvär. Det föreslås att ett motsvarande uttryck också används i upphandlingslagen. Uttrycket medför emellertid inte några begränsningar i fråga om de andra möjligheterna enligt kommunallagen att ta upp ett ärende som avgjorts av en kommunal upphandlande enhet till ny behandling i kommunen. Begränsningen utesluter sålunda inte användningen av den rätt att överta ärenden som grundar sig på kommunallagen.

Begränsningen innebär att en kommuninvånare eller församlingsmedlem framöver inte kan framställa ett rättelseyrkande eller anföra besvär om ett beslut som fattats av en kommunal eller kyrklig upphandlingsenhet. På basis av marknadsdomstolspraxis kan det konstateras att i nästan alla sådana fall där ett och samma ärende har förts till två olika domstolar för behandling, har den som framställt rättelseyrkandet eller anfört besvären varit en aktör som har deltagit i upphandlingsförfarandet och oftast uttryckligen den aktör som har anhängiggjort ansökan om rättsskydd för förfarandena i marknadsdomstolen.

Därför bedöms det att begränsningen i praktiken har föga betydelse för kommuninvånarnas allmänna besvärsrätt. Dessutom förbättras rättsläget klart till följd av begränsningen eftersom samma ärende inte längre behandlas vid två olika domstolar. Exempelvis kan tidpunkten för när ett upphandlingsbeslut vinner laga kraft nu fastställas entydigt, eftersom endast en domstol avger sitt slutliga avgörande i ärendet.

Begränsningen inskränker inte möjligheterna att åberopa sådana i upphandlingsförfarandet begångna fel i beslutsfattandet som inte grundar sig på upphandlingslagen. Till marknadsdomstolens behörighet hör att även i upphandlingsärenden som en prejudiciell fråga ta ställning till påståenden om att ett beslut som fattats i ett upphandlingsärende även på andra grunder strider mot lag. På grund av möjligheten att behandla ett ärende som en prejudiciell fråga är det inte heller ändamålsenligt att ärendet delas upp i två olika rättsskyddsförfaranden.

103 §. Att överklaga marknadsdomstolens beslut. I paragrafen föreskrivs om sökande av ändring i marknadsdomstolens beslut. Jämfört med den gällande lagen föreslås det att ändringssökandet inskränks så att ändring inte längre får sökas i marknadsdomstolens avgörande om avbrytande av, förbud mot eller tillåtande av verkställighet. Dessutom förutsätter sökande av ändring hos högsta förvaltningsdomstolen i ett ärende som gäller upphandling som grundar sig på ramavtal besvärstillstånd i situationer där marknadsdomstolen inte som första instans har beviljat behandlingstillstånd i ärendet.

I 1 mom. anges huvudregeln för ändringssökande, dvs. att ändring söks genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. På ändringssökandet tillämpas bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen.

Enligt 2 mom. får ett sådant beslut av marknadsdomstolen som gäller förbud mot, avbrytande av eller tillåtande av verkställighet av ett upphandlingsbeslut inte överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. Syftet med besvärsförbudet är att påskynda marknadsdomstolens behandling genom att hindra att samma ärende överklagas interimistiskt under den tid behandlingen av ärendet pågår. Eftersom man i samband med avgörandet av förutsättningarna för att förbjuda, avbryta eller tillåta verkställighet ännu inte kan avgöra om besvären har förutsättningar att bli godkända, är utgångspunkten den att ändringssökande i ett separat beslut om verkställighet sällan utfaller på önskat sätt.

Om besvären godkänns är orsaken i allmänhet den att det i ärendet eller förhållandena har skett någon sådan förändring på grund av vilken förutsättningarna för verkställighet måste omprövas efter marknadsdomstolens beslut. Med tanke på en effektiv behandling av ärendet ska en sådan prövning dock verkställas vid den domstol där ärendet är anhängigt, och inte genom ett separat ändringssökande vid fullföljdsdomstolen. Sålunda föreslås det att det i momentet för tydlighetens skull samtidigt ska föreskrivas att ett ärende om förbud mot, avbrytande av eller tillåtande av verkställighet trots marknadsdomstolens tidigare avgörande kan tas upp till ny behandling, om grunderna för det tidigare beslutet har ändrats. Till dessa delar ansluter sig regleringen samtidigt till den förvaltningsrättsliga tolkningstraditionen enligt vilken avslagsbeslut inte har negativ rättskraftsverkan.

I 3 mom. anges att i ett ärende som gäller en upphandling som grundar sig på ramavtal får marknadsdomstolens avgörande att inte bevilja behandlingstillstånd inte överklagas genom besvär, om inte högsta förvaltningsdomstolen beviljar besvärstillstånd. I sådana ärenden baserar sig grunderna för besvärstillstånd på 13 § 2 mom. i förvaltningsprocesslagen. Med beaktande av grunderna för

behandlingstillstånd är det i detta fall fråga om en upphandling vars genomförande inte har varit felaktigt eftersom upphandlingen grundar sig på ett ramavtal. Upphandlingen har inte heller omfattats av faktorer som är viktiga med hänsyn till den allmänna tillämpningen av lag. Sålunda inriktas prövningen av besvärstillstånd på sådana omständigheter som inte ens med tanke på fortsatta besvär är i behov av ett särskilt rättsskydd.

104 §. Att överklaga upphandlingsbeslut av myndigheter inom kyrkan. Paragrafen innehåller en hänvisningsbestämmelse till ändringssökandet enligt kyrkolagen, som gäller beslut som fattats av kyrkliga myndigheter. Detta allmänna system för ändringssökande föreslås bli tillämpligt även på sådana beslut som fattats av kyrkliga myndigheter, då det är fråga om att dessa myndigheter har fattat upphandlingsbeslut i egenskap av upphandlande enheter. Det föreslås att kyrkolagen på samma sätt som upphandlingslagen ska innehålla särskilda bestämmelser om besvärsförbud, vilket innebär att rättsskyddsförfarandena enligt kyrkolagen inte kan tillämpas på upphandlingsärenden som fattats av kyrkliga myndigheter, om ärendet i egenskap av ett upphandlingsärende hör till marknadsdomstolens behörighet. Det nya rättsmedel som föreslås i lagen, dvs. upphandlingsrättelse, kan enligt förslaget tillämpas även i upphandlingsverksamhet som bedrivs av myndigheter inom kyrkan.

105 §. Tillämpning av förvaltningsprocesslagen. I paragrafen konstateras på motsvarande sätt som i 80 § 3 mom. i den gällande lagen att på marknadsdomstolens förfarande tillämpas i kompletterande syfte också förvaltningsprocesslagen. Eftersom hänvisningsbestämmelsen till förvaltningsprocesslagen även täcker de situationer av hörande som ska iakttas då ett temporärt förbud utfärdas och som särskilt anges i den gällande lagen samt bestämmelser om åläggande av en part att infinna sig till ett sammanträde och lägga fram behövliga handlingar, föreslås det inga särskilda bestämmelser om detta.

106 §. Verkställighet av beslut. I paragrafen bestäms om verkställighet av de påföljder som bestäms av marknadsdomstolen med stöd av 94 § 1 mom. i lagförslaget. Enligt

den gällande lagen ska marknadsdomstolens samtliga beslut kunna verkställas omedelbart, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat. Jämfört med den gällande lagen kommer det påföljdssystem som marknadsdomstolen bestämmer om att vara mångsidigare och samtidigt möjliggöra bestämmandet av ekonomiskt grövre påföljder. På grund av ogiltighetspåföljden och den alternativa påföljden om förkortande av kontraktperioden kommer påföljderna utöver den upphandlande enheten även att riktas mot dess kontraktsparter. Av de nya påföljderna är påföljdsavgiften en administrativ sanktion som fastställs i pengar och av de gamla påföljderna kan gottgörelse delvis också ha karaktären av en administrativ sanktion.

I 1 mom. har man utifrån de senaste riktlinjerna för grundlagsutskottets utlåtanden (t.ex. GrUU 4/2004 rd och GrUU 32/2005 rd) omfattat den utgångspunkten att bland de påföljder som bestäms av marknadsdomstolen kan realmedel verkställas omedelbart trots ändringssökande, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat.

Frågan om omedelbar verkställighet hänförs sig särskilt till den omständigheten att upphandlingsförfarandet är förknippat med krav på brådskande behandling när det gäller både den upphandlande enheten och de andra aktörer som deltar i upphandlingsförfarandet. Om t.ex. marknadsdomstolen fattar beslut om att upphäva ett upphandlingsbeslut och ålägger den upphandlande enheten att genomföra en ny anbudsjämförelse eller en helt ny anbudstävling och beslutet inte omedelbart kan verkställas, kan dröjsmålet i det fortsatta upphandlingsförfarandet orsaka betydande skada.

Sådana beslut av marknadsdomstolen där marknadsdomstolen bestämmer en påföljd som avses i 94 § 1 mom. 4-7 punkten är därmed i en annan ställning. Sådana påföljder kan också ha tämligen stor ekonomisk betydelse. Eftersom bestämmandet av påföljder ohjälpligen är förknippat med både prövning i enskilda fall och helhetsprövning, är det inte förenligt med kraven i 21 § i grundlagen att sådana beslut kan verkställas omedelbart. Därför föreslås det att marknadsdomstolens beslut om gottgörelse, påföljdsavgift, ogiltig-

hetspåföljd och förkortning av kontraktsperioden ska kunna verkställas först efter att marknadsdomstolens beslut har vunnit laga kraft, antingen på grund av att ändring inte har sökts i beslutet eller för att ärendet till följd av ändringssökande har avgjorts slutligt av högsta förvaltningsdomstolen.

I en situation där marknadsdomstolen bestämmer såväl realmedel som gottgörelse, påföljdsavgift, ogiltighetspåföljd eller förkortning av kontraktsperioden, kan beslutet i fråga om realmedlen, trots ändringssökandet, omedelbart verkställas. I fråga om de övriga påföljderna kan beslutet verkställas först efter att det har fått laga kraft.

I 2 mom. bestäms att Rättsregistercentralen är skyldig att sörja för verkställandet av ett beslut som gäller påföljdsavgift. Rättsregistercentralen svarar också för administreringen av andra motsvarande påföljder som tilldöms staten. I momentet bestäms dessutom att Rättsregistercentralen ska underrättas om marknadsdomstolens och högsta förvaltningsdomstolens beslut att bestämma en påföljdsavgift.

107 §. Skadestånd. Paragrafen motsvarar till sitt innehåll 84 § i den gällande lagen. Bestämmelsen och de närmare motiven till den baserar sig i sin nuvarande form på regeringens proposition gällande upphandlingslagen och försörjningslagen (RP 50/2006 rd).

108 §. Att lämna uppgifter. I paragrafen föreskrivs om de upphandlande enheternas skyldighet att lämna statistiska och andra uppgifter som gäller en upphandling. Paragrafen motsvarar i huvudsak 85 § i den nuvarande upphandlingslagen. I 1 mom. ändras hänvisningen till handels- och industriministeriet till en hänvisning till arbets- och näringsministeriet. Bestämmelsen i 85 § 2 mom. i den nuvarande lagen om offentligheten för evangelisk-lutherska kyrkans och dess församlingars handlingar föreslås bli flyttad till 84 § 4 mom. som gäller tillämpningen av bestämmelser om handlingars offentlighet, varvid 2 mom. kommer att innehålla den bestämmelse om bemyndigande att utfärda förordning av statsrådet som nu finns i 3 mom. i den gällande lagen.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser. Lagen föreslås träda i kraft den 20 december 2009.

De nya rättsskyddsförfaranden som föreskrivs i lagen ska i sin helhet tillämpas på sådana upphandlingsförfaranden som har inletts efter att lagen har trätt i kraft. I momentet bestäms närmare vad som avses med inledande av ett upphandlingsförfarande. Inledandet av ett upphandlingsförfarande definieras på samma sätt som när upphandlingslagen trädde i kraft. Den nya regleringen innebär att t.ex. ogiltighetspåföljd för ett kontrakt inte kan påföras förrän i samband med en sådan upphandling som har inletts efter att lagen har trätt i kraft.

Det finns behov av att i lagen särskilt föreskriva hur behandlingen av ärenden som gäller ändringssökande och som är anhängiga i marknadsdomstolen och förvaltningsdomstolen och hör till tillämpningsområdet för lagen samt behandlingen av besvär som gäller upphandlingsförfarandet och som är anhängiga i högsta förvaltningsdomstolen ska slutföras. Behandlingen av dessa ärenden slutförs med iakttagande av de bestämmelser som gällde vid lagens ikraftträdande. De besvär som är anhängiga i högsta förvaltningsdomstolen grundar sig processuellt på förvaltningsprocesslagen samt på den upphandlingslag som gällde vid den nya lagens ikraftträdande och på den tidigare upphandlingslagen, och därför ska behandlingen av dem slutföras med iakttagande av de bestämmelser som gällde vid lagens ikraftträdande. Lagens ikraftträdande ger sålunda inte anledning till några ändringar i fråga om behandlingen av de ärenden som är anhängiga i marknadsdomstolen eller någon annan domstol när lagen träder i kraft. Även på dessa ärenden tillämpas emellertid de bestämmelser enligt vilka fastställandet av en påföljd, föreläggandet av ett vite eller en förpliktelse att ersätta rättegångskostnader kan riktas mot en upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar. Till dessa delar är det främst fråga om att klarlägga rättspraxis. Likaså tillämpas de nya bestämmelserna om vem som ska bära rättegångskostnaderna.

I de ändringar som gäller de processuella bestämmelserna har man å andra sidan utgått

från att bestämmelserna i allmänhet blir omedelbart tillämpliga. Därför ska rättsmedlet i alla sådana upphandlingsbeslut som fattas eller sådana åtgärder som har vidtagits i den upphandlande enhetens upphandlingsförfarande efter att lagen har trätt i kraft och som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning vara besvär hos marknadsdomstolen, oberoende av om upphandlingsförfarandet har inletts innan lagen trädde i kraft. I sådana upphandlingsbeslut eller andra motsvarande överklagbara beslut om åtgärder som fattas efter att lagen har trätt i kraft kan ändring inte längre sökas genom rättelseyr-

kande och efterföljande besvär med stöd av de rättsmedel som anges i kommunallagen. Detsamma gäller förbudet att tillämpa förvaltningsbesvär. Begränsningen att anför kyrkobesvär och ikraftträdandet av begränsningen kommer att regleras särskilt i kyrkolagen, varför det inte bestäms något om detta i övergångsbestämmelserna. På sådana upphandlingsförfaranden som har inletts tidigare och i vilka upphandlingsbeslutet fattas efter att lagen har trätt i kraft tillämpas med stöd av övergångsbestämmelsen 74, 80–93, 99, 100, 102 och 103 § i lagen.

1.2 Lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster

1 §. Syfte och tillämpningsområde. I 2 mom. anges att syftet med lagen är att genomföra försörjningsdirektivet och andra rättsmedelsdirektivet som gäller rättsmedel i fråga om upphandling. Det föreslås att momentet kompletteras med en hänvisning till rättsskyddsdirektivet.

10 §. Kontrakt som omfattar flera typer av verksamhet. Paragrafen motsvarar till sitt innehåll 10 § i den gällande lagen. Det föreslås att hänvisningen till lagen om offentlig upphandling kompletteras med författningsnumret och den etablerade författningsrubriken (*upphandlingslagen*).

18 §. Undantag från tillämpningsområdet i fråga om tjänsteupphandling. I paragrafen föreskrivs om undantag från tillämpningsområdet vid viss tjänsteupphandling.

Det föreslås att till 3 mom. fogas en hänvisning om att vid sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B till upphandlingslagen tillämpas bestämmelsen i 23 § om annonsering om direktupphandling. Det föreslås att av påföljderna enligt rättsskyddsdirektivet ska påföljdsavgiften och förkortningen av kontraktperioden även gälla sådana B-tjänster i situationer där en upphandlande enhet har genomfört en direktupphandling i strid med lagen. En upphandlande enhet bör då ha möjlighet att på förhand annonsera om sina direktupphandlingar på motsvarande sätt som t.ex. i fråga om upphandling av primära tjänster enligt bilaga A.

Dessutom fogas till momentet hänvisningar om tillämpningen av bestämmelserna i 7 och 8 kap. på B-tjänster. Tillägget är tekniskt och motsvarar i tillämpliga delar bestämmelsen om tillämpningsområdet i 21 § 2 och 3 mom. i upphandlingslagen.

23 §. Annonser om upphandling. I paragrafen föreskrivs om hur upphandlingsannonser sänds för publicering. Det föreslås att ordalydelsen i den hänvisning till en förenklad annons som finns i 1 mom. konkretiseras så att det till momentet fogas en precisering om

att det är fråga om en förenklad annons om ett dynamiskt inköpssystem. Till momentet fogas också ett omnämnande av en annons om direktupphandling. Enligt artikel 2d.4 i rättsskyddsdirektivet kan en upphandlande enhet frivilligt offentliggöra ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning innan ett upphandlingskontrakt har slutits. Annonseringsförfarandet vid direktupphandling utgör inte någon skyldighet för den upphandlande enheten, utan är ett alternativ när det gäller att öka öppenheten om upphandlingen och styra effekterna av rättsmedlen.

Det föreslås att 2 mom. ändras tekniskt så att det innehåller en hänvisning till arbets- och näringsministeriet i stället för handels- och industriministeriet.

I 3 mom. finns det ett bemyndigande om att närmare bestämmelser kan utfärdas genom förordning av statsrådet. Det föreslås att till momentet fogas en hänvisning till rättsskyddsdirektivet samt att ordalydelsen ändras så att bestämmelsen om bemyndigande utöver annonseringsskyldigheten även ska omfatta de omständigheter som gäller frivillig annonsering om direktupphandling.

7 kap. Upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet

58 §. Upphandlingsbeslut. Paragrafen ska i regel motsvara 58 § 1 mom. i den gällande försörjningslagen med den skillnaden att bestämmelserna om motiveringen av beslutet preciseras. Dessutom föreslås det att det i paragrafen ska föreskrivas om situationer där en upphandlande enhet inte är skyldig att fatta upphandlingsbeslut. Enligt förslaget ska det vara möjligt att avvika från förfarandet med att fatta upphandlingsbeslut i situationer där den upphandlande enhetens avgörande föregås av ett visst skede i ett tidigare upphandlingsbeslut. Då har anbudssökanden och anbudsgivaren kunnat bedöma om förpliktelserna i lagen har iakttagits i förfarandet. Av-

sikten är att ett upphandlingsbeslut inte ska behöva fattas och delges på det sätt som förutsätts i denna lag i situationer där behovet av rättsskydd redan har bedömts på nämnda sätt.

I 1 mom. föreskrivs om den upphandlande enhetens skyldighet att fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning och om det avgörande som avslutar upphandlingsförfarandet. Beslutet ska motiveras. Momentet motsvarar till sitt innehåll bestämmelsen i den gällande lagen. Ett skriftligt upphandlingsbeslut bör alltid fattas om det avgörande som avslutar upphandlingsförfarandet. Avgöranden som påverkar kandidaternas och anbudsgivarnas ställning kan också fattas stegvis under upphandlingsförfarandets gång. Avgörandena kan gälla t.ex. kandidaternas eller anbudsgivarnas lämplighet, huruvida anbudet överensstämmer med anbudsförfrågan eller vid förhandlingar som framskrider steg för steg de anbud som medverkar i förhandlingarna. Den upphandlande enheten bör fatta ett motiverat skriftligt beslut om även dessa avgöranden.

I 2 mom. bestäms om motiveringen till beslutet. Förslaget grundar sig på artikel 2a.2 i rättsskyddsdirektivet. Den upphandlande enheten bör antingen i upphandlingsbeslutet eller i andra handlingar som anknyter till delgivningen av beslutet redogöra för de omständigheter som påverkat avgörandet så exakt att kandidaten eller anbudsgivaren med stöd av beslutet eller motiveringen till det kan bedöma huruvida förpliktelseerna enligt lagen har uppfyllts.

Omständigheter som påverkat avgörandet är t.ex. de grunder enligt vilka den upphandlande enheten har bedömt kandidatens eller anbudsgivarens lämplighet eller enligt vilka ett anbud har ansetts strida mot anbudsförfrågan. Med tanke på en jämförelse av anbudet bör grunderna framställas med sådan exakthet att det för anbudsgivarna framgår hur deras anbud placerar sig i förhållande till andra anbud i anbudstävlingen. Av anbudsjämförelsen bör det tydligt framgå för alla anbud vidkommande hur de har bedömts med avseende på var och en av jämförelsegrunderna. Av anbudsjämförelsen bör det framgå t.ex. vilka konkreta omständigheter i

anbudet som har utgjort grund för jämförelsen med avseende på var och en av jämförelsegrunderna och vad som utgjort grunden för skillnaderna i poäng. Dessutom ska upphandlingsbeslutet eller de handlingar som hänför sig till det innehålla uppgifter om hur lång väntetiden är. Bestämmelsen grundar sig på andra strecksatsen i artikel 2a.2 i rättsskyddsdirektivet. Meddelandet om längden på väntetiden är viktig särskilt för utländska anbudsgivare. Väntetiden bör också anges om den upphandlande enheten iakttar väntetiden, fastän den med stöd av 63 § kan medges undantag från iakttagande av väntetid.

Enligt 3 mom. behöver ett beslut enligt denna paragraf inte fattas om upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 26 §, om en tilläggsbeställning som avses i 30 § och inte om en temporär organisering av upphandling för den tid ändringssökandet pågår. Avsikten är att den temporära organiseringen av upphandlingen ska regleras mer flexibelt än den egentliga upphandlingen, på det sätt som föreslås i 93 § i upphandlingslagen. I dessa situationer riktar sig behovet av rättsskydd primärt mot den upphandling som är föremål för överklagande, varvid man i besluten vid temporära arrangemang ska kunna avvika från de krav som föreskrivs i försörjningslagen.

På ramavtal tillämpar upphandlande enheter inom försörjningssektorerna vad som bestäms i 26 § i denna lag. Till skillnad från upphandlingslagen förutsätts i försörjningslagen inte att upphandling som grundar sig på ramavtal ska konkurrensutsättas. I försörjningslagen finns inte heller någon skyldighet att konkurrensutsätta en enskild upphandling mellan de leverantörer som omfattas av ramavtalet om inte alla villkor för ramavtalet har fastställts. Detta skiljer sig från skyldigheten i 32 § 3 mom. i upphandlingslagen att konkurrensutsätta upphandling som grundar sig på ramavtal. Inom försörjningssektorerna är direktupphandling möjlig då det gäller leverantörer som omfattas av ramavtal om annonseringen om ramavtalet har gjorts enligt 23 § och om de som deltar i ramavtalet har valts enligt 24 §. I samband med upprättande av ramavtal inom försörjningssektorerna fattas ett upphandlingsbeslut, men inget separat

skriftligt beslut behöver fattas om direktupphandling som grundar sig på ett ramavtal.

I bestämmelsen om tilläggsbeställning är det fråga om en situation där den upphandlande enheten gör en ny upphandling hos den ursprungliga leverantören antingen som en tilläggsbeställning eller som ett nytt projekt som motsvarar den tidigare upphandlingen. I 30 § 1 mom. anges det att i fråga om upphandling av varor är en tilläggsbeställning i anslutning till en tidigare leverans möjlig, om ett byte av leverantör skulle leda till opropor­tionerligt stora tekniska svårigheter eller oförenlighet. I fråga om tjänster och entreprenader kan tilläggsbeställningar enligt 30 § 2 mom. göras i situationer där en tilläggsbeställning av skäl som inte kunde förutses har visat sig nödvändig för att tjänsten ska kunna utföras eller entreprenaden genomföras. I 30 § 3 mom. anges det att den upphandlande enheten hos den ursprungliga leverantören kan göra en sådan ny upphandling av en tjänst eller entreprenad som motsvarar en tidigare upphandling i situationer där möjligheten till tilläggsbeställningar har nämnts i den ursprungliga upphandlingsannonsen och tilläggsbeställningen har beaktats i det uppskattade värdet av upphandlingen.

I de situationer som nämns i 30 § i lagen är det i praktiken fråga om att den upphandlande enhetens verksamhet ska fortsätta smidigt inom ramen för grunderna för direktupphandling. I alla nämnda situationer har tilläggsbeställningen föregåtts av ett upphandlingsförfarande och upphandlingsbeslut i anslutning till den ursprungliga upphandlingen, och då har anbudsgivarna kunnat använda sig av rättsmedel i fråga om dessa avgöranden.

Den upphandlande enheten bör dock beakta att ogiltighetsregleringen för ett upphandlingskontrakt kommer att gälla alla slag av olagliga direktupphandlingssituationer, även tilläggsbeställningar enligt 30 § i lagen (2d.1 punkt a i rättsskyddsdirektivet). Om den upphandlande enheten är osäker på hur 30 § i lagen ska tillämpas, rekommenderas det därför i fråga om tilläggsbeställningar att det fattas ett separat upphandlingsbeslut om tilläggsbeställningen och att beslutet publiceras i Europeiska unionens officiella tidning på det sätt som anges i 64 §.

59 §. Besvärсанvisning och rättelseanvisning. Bestämmelsen om besvärсанvisning baserar sig främst på 58 § i den gällande lagen. Den nya bestämmelsen motsvarar den gällande regleringen i övrigt med den skillnaden att ett ärende, i stället för genom ansökan, framöver ska föras till marknadsdomstolen genom besvär. I fråga om rättsmedel inom försörjningssektorerna kommer motsvarande bestämmelser i upphandlingslagen att tillämpas. Bestämmelser om besvär finns i 85 § i upphandlingslagen.

Enligt 1 mom. bör den upphandlande enheten till sitt upphandlingsbeslut foga en besvärсанvisning där det redogörs för hur ärendet förs till marknadsdomstolen för behandling. Innehållet i besvärсанvisningen preciseras så att den upphandlande enheten ska meddela sin kontaktinformation så att den som söker ändring i ett upphandlingsbeslut kan meddela den upphandlande enheten att ärendet har förts till marknadsdomstolen för behandling. Till beslutet ska också fogas en rättelseanvisning i vilken redogörs för hur ett ärende kan föras till den upphandlande enheten för ny behandling i form av upphandlingsrättelse. I fråga om upphandlingsrättelse tillämpas motsvarande bestämmelser i upphandlingslagen. En upphandlingsrättelse är ett nytt rättsmedel och närmare bestämmelser om innehållet i den föreslås ingå i 80-83 § i upphandlingslagen.

Det föreslås att i 2 mom. tas in en förtydligande hänvisning till 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) i vilket det föreskrivs om de uppgifter som ska ingå i en besvärсанvisning samt om rättelse av besvärсанvisning. På motsvarande sätt ska på utfärdande och rättelse av en rättelseanvisning tillämpas bestämmelserna i 3 kap. i förvaltningslagen (434/2003).

Enligt förvaltningsprocesslagen ska man låta rätta en besvärсанvisning inom besvärstiden, varvid den besvärstid som står till förfogande förlängs med den tid som anges i den nya besvärсанvisningen. Ändringssökanden ska följa den erhållna nya besvärсанvisningen och den tidsfrist som anges i den. Eftersom det i upphandlingslagen ska införas bestämmelser om besvärstiden både i det fallet att besvärсанvisningen har varit korrekt (87 § 1 och 2 mom. i upphandlingslagen) och

i det fallet att besväransvisningen har varit på något sätt bristfällig (87 § 3 mom. i upphandlingslagen), ska vid tillämpningen av upphandlingslagen beaktas att den nya maximtid som har bestämts för ändringssökandet inte överskrids genom att man låter rätta besväransvisningen. Man ska alltså i princip låta rätta en bristfällig och oriktig besväransvisning inom den normala besvärstiden efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet. Det finns dock ingenting som hindrar att en rättelse inom systemet enligt upphandlingslagen inte är så exakt bundet till besvärstiden som enligt förvaltningsprocesslagen, om bara ändringssökandet lämnas in till marknadsdomstolen senast inom 6 månader. För marknadsdomstolen återstår att avgöra om besvären då har anhängiggjorts inom rätt tid.

60 §. Delgivning av ett upphandlingsbeslut. I paragrafen bestäms om delgivning av upphandlingsbeslut och sådana handlingar i anslutning till dem som gäller ändringssökande, dvs. besväransvisning och rättelseanvisning, samt om tidpunkten för delgivningen. Det huvudsakliga delgivningssättet föreslås vara elektronisk delgivning, som grundar sig på de vanligaste elektroniska ärendehanteringssätt som de olika parterna i upphandlingsförfarandet har till sitt förfogande, dvs. elektronisk post och telefax. Som ett alternativ till elektronisk delgivning kan man fortfarande tillämpa delgivning per brev och i fråga om den preciseras regleringen av tidpunkten för delfående.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besväransvisning och rättelseanvisning skriftligen delges dem som saken gäller. Dessa handlingar ska i första hand delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har meddelat den upphandlande enheten. I praktiken betyder detta en e-postadress eller ett telefaxnummer. Vid användning av en sådan elektronisk kontaktinformation anses anbudssökanden eller anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna den dag då det elektroniska dokument som gäller saken står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat så att det elektroniska meddelandet kan hanteras.

I momentet avses med elektroniskt meddelande och elektroniska handlingar detsamma som i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet (13/2003), som tillämpas som sådan även på de upphandlande enheternas verksamhet till den del deras verksamhet gäller hantering av förvaltningsärenden eller ärenden som kan jämföras med dem. Enligt 4 § 2 punkten i nämnda lag avses med elektroniskt meddelande information som har sänts med en elektronisk dataöverföringsmetod och som vid behov kan sparas i skriftlig form. Enligt 3 punkten i samma moment avses med elektroniskt dokument ett elektroniskt meddelande som hänför sig till anhängiggörandet eller behandlingen av ett ärende eller till delgivningen av ett beslut.

I momentet nämns eller definieras begreppet elektronisk dataöverföringsmetod inte särskilt. Definitionen på elektronisk dataöverföringsmetod finns i 4 § 1 punkten i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet. I nämnda lag avses med elektronisk dataöverföringsmetod telefax och teletjänster, såsom elektroniska blanketter, elektronisk post och rätten att använda elektroniska datasystem, samt andra på elektronisk teknik baserade metoder där data förmedlas via en trådlös överföringskanal eller kabel. Elektronisk post som avses i definitionen kan vara en tjänst i ett datanät där användarna kan sända meddelanden till varandra som registreras i mottagarens användarspecifika datafiler, eller också en webbaserad e-post som används på en webbsida utan ett e-postprogram och som inte är bunden till en Internet-tjänsteleverantör. Med elektronisk post kan å andra sidan också avses en sådan teletjänst som möjliggör sändande och mottagande av e-post med en mobiltelefon, fastän ärendehantering via en fast telefonanslutning eller mobiltelefon egentligen inte hör till tillämpningsområdet för lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet.

Avsikten är att man i upphandlingsförfarandet ska betrakta den elektroniska kontaktinformationen som ett allmänt alternativ för elektronisk kommunikation på så sätt att dess tekniska bakgrund eller utveckling inte påverkar användningen av denna metod. I prak-

tiken har de upphandlande enheterna redan i viss mån övergått till att använda sådan elektronisk delgivning som avses här, fastän förfarandet har saknat stöd i lag. I marknadsdomstolens tillämpningspraxis har man inte fäst uppmärksamhet vid delgivningssättet, om tidpunkten för delfäendet har kunnat fastställas och delgivningssättet inte har påverkat den utsatta tiden för att lämna in ansökan till marknadsdomstolen.

Det elektroniska delgivningssätt som avses i lagförslaget avviker från den bevisliga elektroniska delgivning om vilken bestäms i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet. Å andra sidan förutsätts ett bevisligt delgivningssätt inte i förvaltningslagen, där det huvudsakliga delgivningssättet är så kallad vanlig delgivning som sker per brev. Dessutom ska det beaktas att det i ett upphandlingsförfarande är fråga om företag och näringsidkare eller yrkesutövare som har tillgång till den apparatur som krävs för elektronisk kommunikation. Eftersom den elektroniska delgivningen i samband med ett upphandlingsbeslut inte heller i så hög grad som inom vissa andra ärendekategorier är förknippad med sådana sekretessbelagda handlingar som avses i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) eller någon annan lag, kan en elektronisk kontaktinformation som lämnas av en part som deltar i upphandlingsförfarandet anses vara en sådan lämplig metod för delgivning i denna miljö som på ett tillräckligt sätt också beaktar de skyddsbehov som hänför sig till sekretessen.

I 1 mom. föreskrivs också om tidpunkten för delfäende av ett dokument som sänts med hjälp av elektronisk kontaktinformation. Föreskriften motsvarar i stort sett de bestämmelser om ankomsttidpunkt för ett elektroniskt meddelande som finns i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet när meddelandet sänds till en myndighet. Enligt momentet anses anbudssökanden eller anbudsgivaren ha fått del av ett meddelande med ett elektroniskt dokument och kompletterande handlingar den dag då det elektroniska meddelandet står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat, så att meddelandet kan hanteras. Vid elektronisk kommunikation har man utgått

från att tidpunkten för delfäende med beaktande av den använda apparaturens tekniska särdrag är den dag då meddelandet har sänts. Med den behandling som anges i momentet avses teknisk behandling av det sända meddelandet, dvs. att meddelandet med handlingar fås i läsbar form. Också i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet avses med behandling teknisk behandling.

I momentet föreskrivs dessutom om möjligheten att framlägga motbevis om tidpunkten för delfäendet i situationer där ett elektroniskt meddelande har nått mottagaren vid en senare tidpunkt på grund av att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller av någon annan motsvarande orsak. För att underlätta mottagarens möjligheter att framlägga motbevis föreslås det att den upphandlande enheten ska vara skyldig att vid elektronisk delgivning i sitt meddelande särskilt ange dagen för avsändandet av meddelandet. Då kan mottagaren efter att ha fått meddelandet försäkra sig om att det inte har skett något särskilt dröjsmål mellan tiden för avsändandet och mottagandet av meddelandet.

I 2 mom. bestäms om en alternativ delgivningsform, dvs. delgivning per brev. Då sker delgivningen i överensstämmelse med vad som föreskrivs om vanlig delgivning i 59 § i förvaltningslagen. I 59 § 2 mom. i förvaltningslagen anges att mottagaren anses ha fått del av ärendet den sjunde dagen efter det att brevet avsändes, om inte något annat visas. Enligt 59 § 2 mom. i förvaltningslagen anses ett ärende dock ha kommit till en myndighets kännedom den dag då brevet anlände. Den sistnämnda bestämmelsen är av betydelse särskilt i sådana situationer där en upphandlande enhet sänder en uppgift om sitt beslut även till en myndighet som har besvärsrätt enligt lagen. Enligt 54 § i förvaltningslagen ska ett beslut som en myndighet har fattat utan dröjsmål delges en part och andra kända som har rätt att söka rättelse i det eller att överklaga det genom besvär. Den upphandlande enheten har motsvarande skyldighet att delge även en myndighet ett upphandlingsbeslut som den fattat i sådana fall där myndigheten har besvärsrätt i saken.

I momentet preciseras tidpunkten för delfäendet i fråga om delgivning per brev på så sätt att på finska ändras den nuvarande ordalydelsen "seitsemän päivän kuluttua" så att den motsvarar ordalydelsen "seitsemäntenä päivänä" enligt förvaltningslagen. Ändringen berör inte den svenska texten. Orsaken till preciseringen är den att det är möjligt att uttrycket "seitsemän päivän kuluttua", som också ingår i kommunallagen, på grund av språkliga orsaker kan tolkas så att delgivningen sker först efter det att sju dagar har förflutit från det att brevet sändes, dvs. på den åttonde dagen. I tillämpningspraxis har denna skillnad i ordalydelse klart föranlett en del problem. Dessutom föreslås det att bevisbördan i anslutning till presumptionsbestämmelsen på sju dagar preciseras så att bevisbördan enbart ska gälla den omständighet att delgivningen de facto har skett vid en senare tidpunkt än inom sju dagar. Ändringen förtydligar den omständigheten att tidpunkten för delfäendet fastställs på ett kalkylmässigt sätt och att det i en vanlig tillämpningssituation inte är skäl att ens börja klarlägga saken. Sålunda saknar det också relevans att den som saken gäller själv lägger fram uppgifter om den faktiska tidpunkten för delfäendet, om inte delfäendet har skett vid en senare tidpunkt än vad som förutsätts i presumptionsbestämmelsen.

61 §. Slutande av upphandlingskontrakt. I paragrafen bestäms i överensstämmelse med 59 § i den gällande lagen om den upphandlande enhetens skyldighet att sluta ett upphandlingskontrakt efter att ett upphandlingsbeslut fattats.

I fråga om regleringen av upphandlingsförfarandena är det med tanke på de tillgängliga rättsmedlen av betydelse hur ett kontrakt uppstår. I fråga om rättsmedel inom försörjningssektorerna kommer motsvarande bestämmelser i upphandlingslagen att tillämpas. Innan ett kontrakt sluts kan marknadsdomstolen bestämma att ett fel som uppstått under upphandlingsförfarandet eller upphandlingsbeslutet ska korrigeras på det sätt som avses i 94 § i upphandlingslagen. Ett upphandlingskontrakt får inte slutas förrän den väntetid som anges i 62 § i lagen har förflutit efter delgivningen av upphandlingsbeslutet. Enligt förslaget ålägger marknads-

domstolen den upphandlande enheten att betala en påföljdsavgift för en väntetidsförseelse på det sätt som anges i 98 § i upphandlingslagen. I de allmänna domstolarnas rättspraxis anses ett upphandlingskontrakt ha uppstått genom delgivningen av upphandlingsbeslutet (*HD 6.7.2007 nr 1857*). Med tanke på tillämpningen av de rättsmedel som gäller för upphandlingarna är linjedragningen problematisk. Av de skäl som nämns ovan föreslås det att det i försörjningslagen tas in en specialbestämmelse om tillkomsten av ett upphandlingskontrakt, så att rättsmedlen enligt lagen ska kunna utnyttjas effektivt. Enligt paragrafen ska enligt 58 § i den gällande lagen om upphandlingen efter upphandlingsbeslutet slutas ett separat skriftligt upphandlingskontrakt. Avsikten är att ett kontrakt uppstår genom en uttrycklig viljeförklaring av den upphandlande enheten och anbudsgivaren, vilket sker genom undertecknande av ett skriftligt upphandlingskontrakt.

Ett upphandlingskontrakt ska inte utan särskild orsak uppstå endast genom delgivning av ett upphandlingsbeslut. I EG-domstolens avgörande i ärendet *C-81/98 (Alcatel Austria m.fl.)* ansågs det att medlemsstaternas lagstiftning inte borde ha tolkats så att delgivning av anbudsförfarandet innebar att ett kontrakt hade uppstått. En sådan tolkning hindrar erhållandet av ett effektivt rättsskydd. I 94 § 2 mom. i upphandlingslagen ska föreskrivas om bestämmande av påföljder i situationer där ett skriftligt kontrakt inte har slutits, men upphandlingen har börjat genomföras.

För att undvika tolkningssituationer gällande uppkomsten av kontraktet rekommenderas det att den upphandlande enheten senast i samband med delgivningen av upphandlingsbeslutet meddelar att ett upphandlingskontrakt inte uppstår genom upphandlingsbeslutet. Samtidigt ska den upphandlande enheten meddela vilka avsikterna är för att vid en senare tidpunkt sluta ett upphandlingskontrakt mellan parterna.

62 §. Väntetid. Paragrafen grundar sig på artikel 2a i rättsskyddsdirektivet och 59 § i den gällande försörjningslagen. Upphandlingskontraktet får slutas och beslut verkställas tidigast 21 dagar efter det att sökanden har fått eller anses ha fått del av beslutet, be-

svärsanvisningen och övriga handlingar. Väntetidens längd motsvarar nuläget. Vid fastställandet av längden på väntetiden har man inte bara beaktat den tidsfrist på 14 dygn för att föra ärendet till marknadsdomstolen, utan också den tid på sju dagar under vilken den upphandlande enheten har möjlighet att klarlägga när besvärprocessen och de uppskjutande verkningarna av besvärsförfarandet har börjat. Skyldigheten att iaktta väntetiden gäller således också sekundär upphandling enligt bilaga B till försörjningslagen.

I 2 mom. konstateras att väntetid inte ska tillämpas på direktupphandling enligt 29 och 30 §. Avsikten med bestämmelsen är att klarlägga att tidsfristen mellan upphandlingsbeslutet och upphandlingskontraktet vid direktupphandling, för att ändringssökande ska vara effektivt, regleras på ett annat sätt än vid upphandling som grundar sig på anbudsförfarande. Vid direktupphandling förutsätter rättsskyddsdirektivet att en annons publiceras innan upphandlingskontraktet sluts, för att bestämmelserna om ogiltighet inte ska tillämpas. Om annonsförfarandet och den tidsfrist som hänför sig till det föreskrivs nedan i 64 §.

I fråga om rättsmedel inom försörjningssektorerna kommer motsvarande bestämmelser i upphandlingslagen att tillämpas. I 3 mom. ingår en hänvisning till 90 § i upphandlingslagen i vilken bestäms om hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt. Om marknadsdomstolen avgör verkställighetsärendet eller fäller ett avgörande i huvudsaken innan väntetiden har löpt ut, ska den upphandlande enheten iaktta väntetiden trots marknadsdomstolens beslut. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att alla parter har effektiva rättsmedel till sitt förfogande oberoende av de avgöranden som meddelats i besvär som anförts av andra parter.

63 §. Undantag från bestämmelserna om väntetid. Paragrafen motsvarar artikel 2b i rättsskyddsdirektivet. I paragrafen definieras de situationer där den väntetid som anges i 62 § inte behöver iakttas. Iakttagandet av väntetiden kan i de situationer som anges i paragrafen påverka den effektivitet och smidighet som eftersträvas med upphandlingsförfarandet.

Enligt paragrafen kan undantag från iakttagandet av väntetid göras i sådana fall där ett upphandlingskontrakt sluts mellan den enda anbudsgivare som uppfyllt de formella kraven för anbudsförfarandet och en leverantör som uppfyller de minimikrav som uppställts enligt 48—52 §. Dessutom förutsätts det att sådana anbudsgivare eller kandidater vilkas ställning påverkas av valet av avtalspartner inte längre deltar i anbudsförfarandet.

Undantaget lämpar sig för främst sådana situationer där endast ett företag har varit intresserat av att delta i anbudstävlingen eller där kandidater eller anbudsgivare som har uteslutits under anbudsförfarandet eller som har lämnat in anbud som förkastats i ett tidigare skede av förfarandet har kunnat söka ändring i ett avgörande om uteslutning eller förkastande i ett tidigare skede.

Till skillnad från ramavtal som hör till upphandlingslagens tillämpningsområde, förutsätts inom försörjningssektorerna enligt 58 § i denna lag inget separat upphandlingsbeslut vid upphandling som grundar sig på ramavtal. Av denna orsak finns det vid dessa upphandlingar inget behov av att föreskriva om väntetid som föregår ett upphandlingskontrakt.

64 §. Annonsering om direktupphandling samt slutande av upphandlingskontrakt. I paragrafen bestäms om frivillig annonsering om direktupphandling. Paragrafen är ny och grundar sig på artikel 2d.4 i rättsskyddsdirektivet.

Syftet med bestämmelsen är att öka öppenheten vid direktupphandling och förbättra effektiviteten av rättsmedlen innan ett upphandlingskontrakt sluts. Enligt förslaget kan den upphandlande enheten innan upphandlingskontraktet har slutits sända en annons om direktupphandlingen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning. Annonsförfarandet är bundet till bestämmelserna om ett upphandlingskontrakts ogiltighet enligt rättsskyddsdirektivet. Regleringen av öppenheten i fråga om direktupphandling och regleringen av ogiltighet i fråga om kontrakt är alternativa på så sätt att publicering av en annons om direktupphandling och iakttagandet av väntetiden enligt paragrafen efter att annonsen publicerats hindrar besvärsmyndigheterna från att förklara upphandlingskontraktet

ogiltigt, fastän det vid en senare tidpunkt skulle framgå att det inte har funnits någon laglig grund för direktupphandlingen (artikel 2d.1 och 2d.4 i rättsskyddsdirektivet).

I fråga om ändringssökande inom försörjningssektorerna tillämpas bestämmelserna i upphandlingslagen. Till stöd för regleringen enligt rättsskyddsdirektivet föreslås det att det nationellt föreskrivs att besvär som gäller direktupphandling bör anföras inom besvärstiden på 14 dagar på det sätt som anges i 87 § i upphandlingslagen. Genom att iaktta annonsförfarandet och tidsfristen kan den upphandlande enheten sålunda säkerställa att upphandlingskontraktets bindande verkan inte kan påverkas genom sökande av ändring.

Bestämmelser om villkoren för direktupphandling finns i 29 och 30 § i försörjningslagen. I en annons om direktupphandling ska utöver namnet på och kontaktinformationen till den upphandlande enheten åtminstone finnas en beskrivning av föremålet för upphandlingen, uppgifter om direktupphandlingsgrunden och om den anbudsgivare till vars förmån upphandlingsbeslutet har fattats (artikel 3a i rättsskyddsdirektivet). Annonserna ska utfärdas på standardformulär som fastställts i kommissionens förordning (EG) nr 1564/2004 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG (*förordningen om standardformulär*). Europeiska kommissionen bereder en ändring av förordningen om standardformulär så, att för meddelanden om direktupphandling fastställs ett eget standardformulär. I praktiken ska en annons om direktupphandling lämnas in för publicering i det nationella elektroniska systemet för upphandlingsannonser på Internet-adressen www.hankintailmoitukset.fi. Därifrån vidaresänds annonserna i elektronisk form för publicering i Europeiska unionens officiella tidning. I upphandlingsförordningen (614/2007) föreskrivs närmare om detaljerna i upphandlingsförfarandet.

När annonsen har publicerats ska den upphandlande enheten iaktta tidsfristen på 14 dagar innan den kan sluta ett upphandlingskontrakt. Tidsfristen för slutande av upphandlingskontraktet räknas från det att an-

nonsen har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning. Tidsfristen är kortare än den väntetid som avses i 62 §, eftersom det på grund av karaktären av direktupphandlingar ofta finns ett behov att sluta upphandlingskontraktet snabbt efter upphandlingsbeslutet. Anhängiggörandet av besvaren vid marknadsdomstolen skjuter upp slutandet av upphandlingskontraktet på det sätt som föreslås i 90 § i upphandlingslagen. Det är skäl att den upphandlande enheten kontrollerar eventuella anhängiggjorda besvär vid marknadsdomstolen innan ett upphandlingskontrakt sluts.

65 §. Upphandlingsrättelse. I fråga om upphandlingsrättelse tillämpas bestämmelserna i upphandlingslagen. Bestämmelser om hur en upphandlingsrättelse anhängiggörs, hur behandlingen av en upphandlingsrättelse påverkar behandlingen i marknadsdomstolen och tillämpningen av upphandlingsrättelsen på andra upphandlingar finns i 80–83 § i upphandlingslagen. Tillämpningen av 83 §, dvs. upphandlingsrättelse, på andra upphandlingar än dem som hör till lagens tillämpningsområde ska dock vara snävare inom försörjningssektorerna, så att tillämpningen begränsas till upphandlande enheter som är myndigheter och andra upphandlande enheter som jämföras med dem. De företag som verkar inom försörjningssektorerna har uppgifter som till sin art är till den grad annorlunda att det inte för deras vidkommande är naturligt att föreskriva om rättelseförfarandet vid upphandling som faller utanför försörjningssektorernas tillämpningsområde.

66 §. Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet. Paragrafen motsvarar till sitt innehåll 60 § i den gällande lagen. I sin nuvarande form grundar sig bestämmelsen och den närmare motiveringen till den på det utlåtande av förvaltningsutskottet (FvUU 25/2006 rd) som gavs om den regeringsproposition (RP 50/2006 rd) som ledde till att upphandlingslagen och försörjningslagen stiftades.

67 §. Ändringssökande och påföljder. I fråga om ändringssökande och påföljder tillämpas motsvarande bestämmelser i upphandlingslagen endast till den del de lämpar sig för tillämpningsområdet för försörjningslagen. Bestämmelser om ändringssökande och

påföljder finns i 85—107 § i upphandlingslagen.

68 §. Att lämna uppgifter. I paragrafen föreskrivs om de upphandlande enheternas skyldighet att lämna statistiska och andra uppgifter som gäller en upphandling. Paragrafen motsvarar i stort sett 62 § i den gällande upphandlingslagen. I 1 mom. ändras hänvisningen till handels- och industriministeriet till en hänvisning till arbets- och näringsministeriet.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser. Lagen föreslås träda i kraft den 20 december 2009. Åtgärder som verkställigheten av lagen förutsätter får vidtas innan lagen träder i kraft.

De nya rättsskyddsförfaranden som föreskrivs i lagen ska i sin helhet tillämpas på sådana upphandlingsförfaranden som har inletts efter att lagen har trätt i kraft. I momentet bestäms närmare vad som avses med inledande av ett upphandlingsförfarande. Inledandet av ett upphandlingsförfarande definieras på samma sätt som när upphandlingslagen trädde i kraft. Den nya regleringen innebär att t.ex. ogiltighetspåföljd för ett kontrakt inte kan påföras förrän i samband med en sådan upphandling som har inletts efter att lagen har trätt i kraft.

Det finns behov av att i lagen särskilt föreskriva hur behandlingen av ärenden som gäller ändringssökande och som är anhängiga i marknadsdomstolen och förvaltningsdomstolen och hör till tillämpningsområdet för lagen samt behandlingen av besvär som gäller upphandlingsförfarandet och som är anhängiga i högsta förvaltningsdomstolen ska slutföras. Behandlingen av dessa ärenden slutförs med iakttagande av de bestämmelser som gällde vid lagens ikraftträdande. De besvär som är anhängiga i högsta förvaltningsdomstolen grundar sig processuellt på förvaltningsprocesslagen samt på den försörjningslag som gäller vid den nya lagens ikraftträdande och på den tidigare upphandlingslagen, och därför ska behandlingen av

dem slutföras med iakttagande av de bestämmelser som gäller vid lagens ikraftträdande. Lagens ikraftträdande ger sålunda inte anledning till några ändringar i fråga om behandlingen av de ärenden som är anhängiga i marknadsdomstolen eller någon annan domstol när lagen träder i kraft. Även på dessa ärenden tillämpas emellertid de bestämmelser enligt vilka fastställandet av en påföljd, föreläggandet av ett vite eller en förpliktelse att ersätta rättegångskostnader kan riktas mot en upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar. Till dessa delar är det främst fråga om att klarlägga rättspraxis. Likaså tillämpas de nya bestämmelserna om förordnande av rättegångskostnader.

I de ändringar som gäller de processuella bestämmelserna har man å andra sidan utgått från att bestämmelserna i allmänhet blir omedelbart tillämpliga. Därför ska rättsmedlet i alla sådana upphandlingsbeslut som fattas eller sådana åtgärder som har vidtagits i den upphandlande enhetens upphandlingsförfarande efter att lagen har trätt i kraft och som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning vara besvär hos marknadsdomstolen, oberoende av om upphandlingsförfarandet har inletts innan lagen trädde i kraft. I sådana upphandlingsbeslut eller andra motsvarande överklagbara beslut om åtgärder som fattas efter att lagen har trätt i kraft kan ändring inte längre sökas genom rättelseyrkande och efterföljande besvär med stöd av de rättsmedel som anges i kommunallagen. Detsamma gäller förbudet att tillämpa förvaltningsbesvär. Begränsningen att anför kyrkobesvär och ikraftträdandet av begränsningen kommer att regleras särskilt i kyrkolagen, varför det inte bestäms något om detta i övergångsbestämmelserna. På sådana upphandlingsförfaranden som har inletts tidigare och i vilka upphandlingsbeslutet fattas efter att lagen har trätt i kraft tillämpas med stöd av övergångsbestämmelsen 59, 65 och 67 i lagen.

1.3 Marknadsdomstolslagen

1 §. *Marknadsdomstolens behörighet och verksamhetsställe.* I 1 mom. bestäms om marknadsdomstolens huvudsakliga kategorier av mål. Det föreslås att den hänvisning till den upphävda, tidigare upphandlingslagen som finns i 1 mom. 2 punkten ändras till en hänvisning till den gällande upphandlingslagen och att punkten kompletteras med en hänvisning till den gällande försörjningslagen.

9 §. *Domförhet.* I 1 mom. bestäms om de ärenden som en lagfaren ledamot av marknadsdomstolen ensam får avgöra. Till sådana avgöranden hör processuella avgöranden, såsom avvisande av beslut, samt avgöranden där det är fråga om återkallande av ett krav på rättsskydd eller avgörande av ett ärende som gäller verkställighet. I momentet nämns särskilt ärenden som avses i 20 a § i lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992) och som gäller beviljande av tillstånd åt kommissionen att förrätta inspektion enligt rådets förordning (EG) nr 1/2003 i lokaler som omfattas av hemfriden.

Det föreslås att momentet ändras för att klargöra att behörigheten för en domare omfattar de i momentet avsedda processuella avgörandena i sin helhet. Formuleringen i den gällande lagen kan tolkas så att meddelande av avgörande om kostnaderna i huvudsaken hindrar användningen av en sammansättning med en ledamot. Samtidigt ses ordalydelsen i momentet över så att den omfattar alla slag av verkställighetsavgöranden. Ändringen är nödvändig i synnerhet med tanke på reformen av rättsskyddssystemet för offentlig upphandling, eftersom en del av marknadsdomstolens verkställighetsavgöranden i framtiden kommer att gälla tillåtande av verkställighet och inte förbud eller avbrytande av verkställighet.

Momentets sista mening preciseras så att marknadsdomstolen är behörig att avgöra ett ärende som avses i momentet även i en sammansättning med högst tre lagfarna ledamöter och inte bara i en sammansättning med en lagfaren ledamot. Bestämmelsen hindrar naturligtvis inte att ett mål också kan överföras för avgörande till ett eventuellt förstärkt

sammanträde eller till plenum, om avgörandet ändrar avgörandepraxis eller ärendet i övrigt är en principiellt betydelsefull tolkningsfråga.

Bestämmelser om marknadsdomstolens sammansättning med en ledamot finns inte bara i marknadsdomstolslagen utan också i lagen om offentlighet vid rättegång i förvaltningsdomstolar (381/2007). Enligt 19 § 1 mom. 2 punkten i nämnda lag är marknadsdomstolen i likhet med andra förvaltningsdomstolar behörig att i en sammansättning med en lagfaren ledamot avgöra frågor som gäller offentlighet vid rättegång i behandlingsordningen för förvaltningsprocessärenden. Då är det vanligen fråga om en begäran om en handling, som ska avgöras som ett förvaltningsprocessärende. Andra avgöranden om offentlighet kan domstolen fatta också i en sammansättning utan sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla med stöd av 19 § 2 mom. i nämnda lag.

10 §. *Förstärkt sammanträde.* Enligt den gällande lagen behandlas upphandlingsärenden i marknadsdomstolen i sammansättningar med en, två eller tre lagfarna ledamöter eller i förstärkt sammanträde. I upphandlingsärenden kan också sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla delta, men under de senaste åren har detta inte ansetts vara nödvändigt med hänsyn till den rättsliga karaktären av de tolkningsfrågor som avgjorts. Eftersom det förstärkta sammanträdet enligt gällande lagstiftning endast kan förstärkas med en ledamot jämfört med den vanliga sammansättningen med tre ledamöter, ger det förstärkta sammanträdet i sin nuvarande form inte något nämnvärt mervärde för avgörandena. Eftersom det i marknadsdomstolen inte heller har varit möjligt att avgöra rättskipningsärenden i plenum, har marknadsdomstolen varit tvungen att i frågor av principiell betydelse fatta linjeavgöranden i relativt små sammansättningar jämfört med andra förvaltningsdomstolar.

I 1 mom. föreslås bestämmelser om det förstärkta sammanträdet sammansättning. Det föreslås att bestämmelserna om det förstärkta sammanträdet ändras så att det förstärkta sammanträdet i huvudsak ska bestå enbart av lagfarna ledamöter som vid de förstärkta sammanträdena ska vara fem till antalet. En-

ligt momentet kan också ledamöter med uppdraget som bisyssla delta i det förstärkta sammanträdet, så att deras antal är mellan en och tre. Eftersom bestämmelsen om det förstärkta sammanträdet gäller alla kategorier av mål som marknadsdomstolen avgör, tillämpas denna möjlighet dock främst i andra ärenden än upphandlingsärenden. Dock vill man inte heller utesluta användningen av ledamöter med uppdraget som bisyssla i samband med upphandlingsärenden.

I 2 mom. bestäms om överförandet av ärenden till förstärkt sammanträde. Till förstärkt sammanträde kan överföras både ärenden som redan har behandlats i normal sammansättning och ärenden som tidigare inte har behandlats i någon sammansättning. Behörighet att fatta beslut om överföring har, såsom tidigare, överdomaren. Till skillnad från gällande lag är också överdomarens ställföreträdare behörig i dennes ställe. Ett villkor för överföring är att marknadsdomstolens avgörande innebär avvikelse från tidigare praxis eller det är fråga om ett ärende som har principiell betydelse med tanke på tillämpningen av lag. Villkoren för överföring motsvarar således gällande lag.

I 3 mom. bestäms att överdomaren eller dennes ställföreträdare ska utse de ledamöter som ska delta i behandlingen av ärendet i samband med att de beslutar att ett ärende ska överföras till förstärkt sammanträde. Om sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla behövs i ärendet, ska överdomaren eller dennes ställföreträdare samtidigt utse dessa. I lagen föreskrivs inte närmare om på vilka grunder ledamöterna utses. Eftersom domstolen för närvarande inte arbetar i avdelningar som den enligt marknadsdomstolslagen kan göra, är det naturligt att ledamöterna utses bland alla ledamöter i ordinarie tjänst och visstidstjänst vid domstolen. Ledamöterna kan utses t.ex. genom lottning eller genom schema som gjorts upp på förhand. Om ärendet redan har behandlats i någon annan sammansättning, ska de ledamöter och ledamöter med uppdraget som bisyssla som deltagit i den tidigare behandlingen utses att också delta i behandlingen vid det förstärkta sammanträdet.

11 §. Plenum. I paragrafen bestäms om marknadsdomstolens plenum som kan be-

handla inte bara förvaltningsärenden utan också rättskipningsärenden. Enligt 12 § 1 mom. i den gällande lagen hålls i marknadsdomstolen plenum endast för förvaltningsärenden, t.ex. för beslut i utnämningsärenden. Eftersom de ärenden som omfattas av domstolens behörighet är många och det kan vara fråga om ärenden av stor juridisk betydelse är behandling av rättskipningsärenden i plenum nödvändig då principiella linjeavgöranden fattas.

I 1 mom. konstateras att plenum kan hållas för behandling av förvaltningsärenden och rättskipningsärenden.

I 2 mom. bestäms om vem som fattar beslut om att överföra ett rättskipningsärende till plenum och under vilka förutsättningar detta kan göras. På motsvarande sätt som vid förstärkta sammanträden är det i princip möjligt att överföra ett sådant ärende till plenum för avgörande som inte behandlats tidigare. Eftersom överdomaren eller dennes ställföreträdare kan överföra endast sådana ärenden till plenum som kan vara av principiell betydelse med tanke på tillämpningen av lag, avancerar ärendet ändå troligen till plenum då man i en normal sammansättning konstaterar att ärendet är juridiskt krävande. Skillnaden mellan att överföra ärendet till behandling i förstärkt sammanträde är att man i det förstärkta sammanträdet kan avgöra också sådana ärenden där det snarare är fråga om att ändra en vedertagen tolkningslinje än t.ex. om en ny principiell tolkningsfråga.

I 3 mom. bestäms om justitieministeriets bemyndigande att utfärda förordning som i den gällande lagen finns i 12 § 1 mom. I den gällande lagen omfattar bemyndigandet att utfärda förordning endast behandling av förvaltningsärenden i plenum. Innehållet i bemyndigandet är således detsamma eftersom bemyndigandet att utfärda förordning endast gäller behandling av förvaltningsärenden i plenum. Behandlingen av rättskipningsärenden i plenum grundar sig på den materiella och förfarandemässiga lagstiftning som tillämpas, och därför behövs till denna del inget bemyndigande att utfärda förordning.

12 §. Plenumets domförhet. I paragrafen bestäms om plenumets domförhet vid behandling av förvaltningsärenden och rättskipningsärenden.

Den domförhet om vilken det föreskrivs i 1 mom. motsvarar 12 § 1 mom. i den gällande lagen till den del att överdomaren eller dennes ställföreträdare är ordförande för båda plenum och att minst hälften av domstolens ledamöter i ordinarie tjänst eller visstidstjänst deltar i plenum. För närvarande finns vid marknadsdomstolen dubbelt fler ledamöter i visstidstjänst än i ordinarie tjänst.

Plenum kan bestå av enbart lagfarna ledamöter i marknadsdomstolen. Om ärendet till sin juridiska natur emellertid är sådant att en eller flera sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla enligt marknadsdomstolslagen deltar i dess avgörande, deltar ledamöterna med uppdraget som bisyssla enligt 2 mom. också i behandlingen i plenum. Om ärendet redan har behandlats i en annan sammansättning, ska de ledamöter och således också de ledamöter med uppdraget som bisyssla som ingick i sammansättningen också ingå i sammansättningen i plenum. Om inga sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla tidigare har deltagit i behandlingen och sådana behövs för behandlingen av ärendet beslutar överdomaren eller dennes ställföreträdare om vilka sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla som ska delta i behandlingen av ärendet. I lagen finns inga närmare bestämmelser om hur ledamöter med uppdraget som bisyssla ska utses till sammansättningen. I praktiken kan ledamöterna med uppdraget som bisyssla väljas genom lottning eller genom ett schema som gjorts upp på förhand.

Ikraftträdande. Eftersom regleringen av sammansättningen vid förstärkta sammanträden ändras enligt marknadsdomstolslagen, tillämpas bestämmelserna i den gällande lagen på sådana förstärkta sammanträden till vilka ärenden har överförts innan denna lag har trätt i kraft.

2 Närmare bestämmelser och föreskrifter

Till följd av de föreslagna ändringarna behöver också upphandlingsförordningen ändras. Upphandlingsförordningen innehåller

närmare bestämmelser om annonseringsskyldigheterna, de kommunikationsmedel som används för att sända annonserna, innehållet i annonserna, publiceringen av dem samt övriga faktorer i anknytning till annonseringen.

Enligt 4 och 8 § i upphandlingsförordningen ska upphandlande enheter sända annonserna om upphandling för publicering via det nationella annonseringssystemet på Internet-adressen www.hankintailmoitukset.fi (HIL-MA). Den föreslagna frivilliga annonsen om direktupphandling kräver noggrannare bestämmelser om annonseringsförfarandet i samband med det. Genom förordning av statsrådet ska det utfärdas bestämmelser om att annonser om direktupphandling bör sändas för publicering via det nationella annonseringssystemet.

3 Ikraftträdande

Enligt rättsskyddsdirektivet ska medlemsstaterna sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet senast den 20 december 2009.

De nya rättsskyddsförfaranden som det föreskrivs om i lagarna tillämpas i sin helhet på sådana upphandlingsförfaranden som har inletts efter lagens ikraftträdande.

4 Förhållande till grundlagen samt lagstiftningsordning

Det föreslås att rättsskyddssystemet som gäller offentlig upphandling ändras så att ärenden inte längre anhängiggörs vid marknadsdomstolen genom ansökan utan genom besvär. Det föreslås att rättsskyddssystemet dessutom ändras så att marknadsdomstolens separat fattade beslut att temporärt förbjuda, avbryta eller tillåta verkställigheten av upphandlingsförfaranden inte längre får överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. I upphandlingslagen ska däremot föreskrivas särskilt om att marknadsdomstolen trots ett tidigare beslut kan ta ärendet till ny behandling.

Upphandlingsbeslut som görs på grundval av ett ramavtal enligt 32 § i upphandlingslagen får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen, om inte marknadsdomstolen tar ärendet till behandling och beviljar ändringssökanden behandlingstillstånd för det enligt upphandlingslagen. Ärenden på vilka tillämpas behandlingstillstånd i marknadsdomstolen får inte överklagas genom besvär om inte högsta förvaltningsdomstolen i sin tur beviljar besvärstillstånd enligt grunderna i 13 § 2 mom. i förvaltningsprocesslagen i sådana fall där marknadsdomstolen inte har beviljat behandlingstillstånd.

Användningen av rättsmedel ska dessutom begränsas så att tröskelvärdena för de upphandlingar som hör till marknadsdomstolens behörighet fördubblas jämfört med de nuvarande nationella tröskelvärdena, förutom när det gäller byggtreprenader och byggkoncessioner, där man föreslår en mindre höjning av tröskelvärdet, från 100 000 euro till 150 000 euro. Upphandlingar som understiger dessa nya tröskelvärden ska inte längre kunna föras till marknadsdomstolen för prövning. Vid upphandlingar som inte hör till marknadsdomstolens behörighet ska rättsmedlen utöver upphandlingsrättelse vara allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel.

Rättsskyddssystemet som gäller offentlig upphandling görs tydligare så att det inte längre är möjligt att i upphandlingsärenden samtidigt använda rättsmedel både enligt upphandlingslagen och enligt den allmänna förvaltningsrättsliga lagstiftningen. Lagtekniskt genomförs detta separat i fråga om kyrkolagen. I upphandlingslagen föreskrivs i övrigt om besvärshänsyn som omfattar inte bara förvaltningsbesvär utan också kommunalbesvär. När det gäller kommunalbesvär omfattar besvärshänsynen både rättelseyrkande och överklagande. Begränsningen av rättsmedel påverkar inte kommunens möjligheter att även i fortsättningen använda sin rätt att ta upp upphandlingsärenden till behandling och fatta ett nytt beslut.

De olika parterna i upphandlingsförfarandet och de upphandlande enheterna får tillgång till ett nytt rättelsemedel som kallas upphandlingsrättelse som kan tillämpas på upphandling som inte omfattas av upphandlingslagen. Ett beslut som fattats med anled-

ning av en upphandlingsrättelse får dock inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen. Ändringen utvidgar inte de upphandlingsärenden som omfattas av marknadsdomstolens behörighet.

Tidsmässigt kan upphandlingsrättelse användas samtidigt med det överklagande som avses i upphandlingslagen, varvid det kan uppstå situationer där den upphandlande enheten till följd av en upphandlingsrättelse upphäver ett eget felaktigt beslut. Med tanke på dessa situationer föreskrivs för marknadsdomstolen en möjlighet att avsluta behandlingen av sådana ärenden utan att fälla ett motiverat avgörande.

Förutsättningen för användning av upphandlingsrättelse är vilket fel som helst som skett vid upphandlingsförfarandet. Eftersom det nya beslut som fattas med anledning av en upphandlingsrättelse vanligen kan överklagas som ett nytt upphandlingsbeslut, är ett samtycke från den part vars rätt eller fördel det nya beslutet kommer att inverka ofördelaktigt på inte ett villkor för användning av upphandlingsrättelse.

I de bestämmelser som redogörs för ovan är det fråga om bedömningen av sådana faktorer som gäller förverkligandet av rättsskyddet enligt 21 § 1 och 2 mom. i grundlagen. Ett gemensamt syfte med ändringarna är att påskynda behandlingen av upphandlingsärenden, särskilt i marknadsdomstolen, för att säkerställa ett bättre rättsskydd för parterna inom upphandlingsförfarandet. Kravet på snabba och effektiva rättsmedel bygger också som sådant på de direktiv som tillämpas vid upphandlingsförfarandet. Indirekt kan lagstiftning som främjar klarhet och snabbhet i användningen av rättsmedel samtidigt främja den rätt till utövande av näring och yrke som avses i 18 § 1 mom. i grundlagen och det allmänna skyldighet att säkerställa sysselsättning och vars och ens rätt till social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster samt rätt till bostad som avses i 18 § 2 mom. och 19 § 3 och 4 mom. i grundlagen.

Enligt 21 § 1 mom. i grundlagen har var och en rätt att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en domstol eller någon annan myndighet som är behörig enligt lag samt att få ett beslut som gäller hans eller hennes rättigheter och skyl-

digheter behandlat vid domstol eller något annat oavhängigt rättsskipningsorgan. Enligt 21 § 2 mom. i grundlagen ska offentligheten vid handläggningen, rätten att bli hörd, rätten att få motiverade beslut och rätten att söka ändring samt andra garantier för en rättvis rättegång och god förvaltning tryggas genom lag.

I grundlagsutskottets utlåtandep Praxis har rätten att överklaga myndigheters beslut betraktats som en rättighet enligt 21 § 1 mom. i grundlagen. Enligt vedertagen utlåtandep Praxis förutsätter 21 § 1 mom. i grundlagen att rätten att överklaga ska säkerställas i ett ärende där ett beslut eller ett annat ställningstagande av en myndighet gäller någons i lagstiftningen noga avgränsade rätt eller skyldighet (senast i utlåtandep Praxis t.ex. GrUU 18/2007 rd och GrUU 51/2006 rd).

Av de ändringar som föreslås ovan påverkas ändringssökandet vid första instans av förbuden att använda parallella allmänna förvaltningsrättsliga rättsskyddsförfaranden (102 § 2 mom. i förslaget till ändring av upphandlingslagen) och av förbudet att anföra besvär hos marknadsdomstolen över ärenden som har förts till domstolen och som gäller beslut om verkställighet som meddelats vid första instans (103 § 2 mom. i förslaget till ändring av upphandlingslagen). Det är också fråga om att begränsa rätten att söka ändring vid första instans till den del ändring inte kan sökas genom besvär i separata upphandlingsbeslut som görs på grundval av ett ramavtal enligt 32 § i upphandlingslagen om inte marknadsdomstolen beviljar behandlingstillstånd i ärendet (102 § 1 mom. i förslaget till ändring av upphandlingslagen).

Begränsningen i rätten att söka ändring ska till sin verkliga innebörd också jämföras med det förslag till bestämmelse i 82 § 2 mom. i förslaget till ändring av upphandlingslagen som gäller marknadsdomstolens möjlighet att, utan att fälla ett avgörande, anföra ett ärende som den upphandlande enheten själv har rättat i ett separat förfarande för upphandlingsrättelse. När det gäller den senare begränsningen är det också fråga om rätten enligt 21 § 2 mom. i grundlagen att få ett motiverat beslut. Med beaktande av upphandlingsrättelsens användningsområde begränsas rätten att söka ändring också i 83 § i

förslaget till ändring av upphandlingslagen, enligt vilken ett sådant upphandlingsärende som inte omfattas av upphandlingslagens tillämpningsområde eftersom upphandlingen understiger det nationella tröskelvärdet eller som i övrigt inte omfattas av upphandlingslagen inte kan föras till marknadsdomstolen genom besvär.

Grundlagsutskottet har i sin tolkningspraxis ansett att 21 § 2 mom. i grundlagen inte ska hindra att det föreskrivs om smärre undantag också från rätten att söka ändring eller rätten att få ett motiverat beslut, så länge undantagen inte påverkar rättens ställning som huvudregel eller i enskilda fall äventyrar individens rättssäkerhet (t.ex. GrUU 48/2006 rd, GrUU 10/2006 rd och GrUU 8/2008 rd).

Utskottet har i sitt utlåtande GrUU 2/2009 rd om regeringens proposition (RP 233/2008 rd) med förslag till lag om gottgörelse för dröjsmål vid rättegång och till vissa lagar som har samband med den betonat att man vid bedömningen av om begränsningen i rätten att söka ändring är ringa kan fästa uppmärksamhet vid om begränsningen i rätten att söka ändring påverkar en ny behandling av ärendet vid den domstol där ärendet är anhängigt. I fråga om de begränsningar i rätten att söka ändring som nu föreslås är begränsningen i rätten att överklaga beslut som gäller verkställighet av just denna typ, vilket innebär att ärendet kan föras till marknadsdomstolen för ny behandling. Med stöd av förvaltningsprocesslagen kan marknadsdomstolen också på tjänstens vägnar anses ha en sådan skyldighet om marknadsdomstolen får kännedom om någonting sådant som kan inverka på innehållet i det tidigare givna avgörandet om verkställighet.

Förbudet mot parallella rättsmedel innebär att behandlingen av ett upphandlingsärende inte ska fördröjas till följd av att ärendet förs till två olika domstolsinstanser (till marknadsdomstolen i behandlingsordningen för upphandlingsärenden och till förvaltningsdomstolen som kommunalbesvär eller förvaltningsbesvär). I praktiken har besvär riktats till förvaltningsdomstolslinjen vanligen på den formella grunden att jäviga personer deltagit i behandlingen av ärendet i den kommunala upphandlande enheten. I marknadsdomstolens process kan jävigheten dock

bedömas som en prejudiciell fråga med direkt tillämpande av jävsbestämmelserna eller som en fråga om upphandlingsförfarandets icke-diskriminering och objektivitet. Det är således inte nödvändigt att bedriva en separat process. Motsvarande aspekt omfattar också alla andra sådana prejudiciella frågor som gäller upphandlingsförfarandet inom det kommunala beslutsfattandet och som i sista hand kan bedömas utifrån aspekter om upphandlingsförfarandets icke-diskriminering och objektivitet.

I praktiken utövas den särskilda allmänna förvaltningsrättsliga besvärsrätten i förvaltningsdomstolen av parter i upphandlingsförfarandet, vilket innebär att anknytningen mellan möjligheten att söka ändring och den i grundlagen likaså säkerställda kommunala självstyrelsen (121 § i grundlagen) liksom de kommunalbesvär med nära anknytning därtill som används som besvärssystem är liten. Dessutom bör det beaktas att ändring enligt kommunallagen inte kan sökas i beslut av en kommunal upphandlingsenhet på ändamåls-enlighetsgrunder, dvs. exempelvis på den grunden att upphandlingsförfarandet inte skulle ha fått inledas.

På ovan nämnda grunder kan det nya besvärsubudet, med vilket användningen av allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel vid upphandling som omfattas av upphandlingslagen utsluts, anses uppfylla kraven enligt 21 § 2 mom. i grundlagen.

Enligt 86 § 3 mom. i förslaget till ändring av upphandlingslagen begränsas rätten att söka ändring i en upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 32 § i upphandlingslagen genom en ny typ av begränsning då behandlingstillstånd i marknadsdomstolen tas i bruk. Till sådan upphandling som omfattas av behandlingstillstånd hör upphandling som genomförs separat enligt tidigare konkurrensutsatta ramavtal. För upphandling som grundar sig på ramavtal finns i lagförslaget också andra undantag från upphandlingsförfarandet som gäller fattandet av separata upphandlingsbeslut och motiverandet av sådana.

I rättsskyddsdirektivet, som gäller upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, har rättsmedlen för upphandling som grundar sig på ramavtal inte begränsats. I EG-

domstolens rättspraxis (t.ex. mål C-26/03 Stadt Halle och RPL Lochau, dom av den 11 januari 2005, REG, s. I-1, 22—41 punkten) har det ansetts att sådana beslut av den upphandlande myndigheten som gäller upphandlingsförfarande och som kan ha rättslig verkan ska bli föremål för rättslig prövning, oberoende av beslutens art eller innehåll eller beslutstidpunkten.

Genom en sådan tolkningsanvisning kan man dra den slutsatsen att man också i samband med upphandling som grundar sig på ramavtal ska erbjuda en möjlighet att få ärendet prövat av domstol om en part anser att upphandlingen inte har genomförts korrekt i enlighet med ramavtalet. Det föreslagna behandlingstillståndet uppfyller det krav på behandling i domstol som finns i 21 § 1 mom. i grundlagen och i gemenskapsrätten. Med beaktande av gemenskapsrättens effektivets- och likvärdighetsprinciper omfattar den föreslagna bestämmelsen om behandlingstillstånd all upphandling som grundar sig på ramavtal. Behandlingstillståndet erbjuder samtidigt domstolen en möjlighet att fatta beslut i ärendet utan att verkställa en fullständig undersökning i en situation där den upphandling som har förts till domstolen grundar sig på ett ramavtal.

Marknadsdomstolen prövningsrätt och samtidigt möjligheterna för parterna i upphandlingsförfarandet att föra ett avgörande som träffats i upphandlingsförfarandet till specialdomstolen för prövning ska begränsas genom nya nationella tröskelvärden. Begränsningen innebär dock inte att anbudssökandena och anbudsgivarna inte alls skulle ha rättsmedel till sitt förfogande. Vid upphandling som understiger det nationella tröskelvärdet ska utöver upphandlingsrättelse användas allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel (speciellt kommunalbesvär). Vid användningen av allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel kan ett upphandlingsbeslut upphävas på den grunden att den upphandlande enhetens beslut är diskriminerande eller ojämnt. Förvaltningsdomstolen har också för träffande av ett sådant här avgörande, som kan jämföras med användningen av realmedel, medel att förbjuda eller avbryta verkställandet. Användningen av allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel begränsas

dock av det faktum att de närmast används av sådana upphandlande enheter som är myndigheter. Dessutom ska vid upphandling som understiger det nationella tröskelvärdet inte användas gottgörelse och inte heller andra administrativa påföljder som avses i upphandlingslagen.

Vid upphandlingar som understiger det nationella tröskelvärdet blir alltså de upphandlingar där den upphandlande enheten är en juridisk person i bolagsform utanför tillämpningsområdet för de rättsmedel som leder till domstol. Enligt utredningar som har gjort som marknadsdomstolens avgöranden representerar sådana upphandlingar endast en liten del av alla upphandlingar som har förts till domstolen.

Med beaktande av de motiveringar som anges ovan är de begränsningar i rätten att överklaga i första instans till sin juridiska karaktär sådana att de kan anses uppfylla de synpunkter som grundlagsutskottet lägger fram i sin utlåtandepraxis om tolkningen av 21 § 1 mom. i grundlagen.

I propositionen föreslås också att besvärstillstånd ska användas vid överklagande av marknadsdomstolens beslut i ett ärende där marknadsdomstolen i ett upphandlingsärende som grundar sig på ramavtal inte har beviljat behandlingstillstånd. Till denna del ska förslaget granskas med hänsyn till 21 § 2 mom. i grundlagen.

Grundlagsutskottet har i sin utlåtandepraxis ansett att systemet med besvärstillstånd inte i sig strider mot 21 § i grundlagen. Däremot har utskottet påpekat att systemet är en exceptionell lösning i förvaltningsprocessen och betonat att inställningen till att utvidga systemet till att omfatta nya ärendekategorier ska vara återhållsam (t.ex. GrUU 19/2002 rd, GrUU 4/2004 rd, GrUU 4/2005 rd och GrUU 37/2005 rd).

Grundlagsutskottet har i sitt utlåtande GrUU 33/2006 rd fäst uppmärksamhet vid synpunkter på om det genom bestämmelser om besvärstillstånd går att minska antalet besvär som leder till avgörande i sak vid högsta förvaltningsdomstolen i de ärendekategorier där de metoder för överklagande som föregår högsta förvaltningsdomstolen i de flesta fall kan anses vara tillräckliga med tanke på rättssäkerheten. Som exempel har i utskottets

tolkningspraxis av hävd nämnts ärenden som är av förhållandevis liten ekonomisk betydelse och som ur juridiskt perspektiv är relativt enkla eller där det redan finns en vedertagen rättspraxis (t.ex. GrUU 37/2005 rd).

Det karakteristiska för upphandlingsärenden är att de främst gäller de i upphandlingsförfarandet deltagande enheternas ekonomiska fördelar. Ur den upphandlande enhetens synvinkel kan frågan också till stor del bedömas som ekonomisk verksamhet som dock ofta är förknippad med frågan om den upphandlande enhetens myndighetsförpliktelser eller att som annan offentlig aktör säkerställa eller producera vissa tjänster. Upphandlingsärenden påverkas därför av särskilda krav på behandling i brådskande ordning som inte beaktas tillräckligt väl om beslutet om upphandlingsförfarandet i en ärendekategori med ringa juridiska betydelse behandlas vid fullständig handläggning i två domstolsinstanser. På dessa grunder bör det anses att det finns godtagbara orsaker till att, med hänsyn till de allmänna principerna om begränsning av de grundläggande fri- och rättigheterna via systemet med besvärstillstånd, begränsa det fortsatta ändringssökandet när det gäller upphandling som grundar sig på ramavtal.

Till upphandlingslagen fogas nya påföljder: ogiltighetspåföljd, förkortning av kontraktsperioden och bestämmande av påföljdsavgift. När det gäller ogiltighetspåföljd riktas påföljden i enlighet med rättsskyddsdirektivet mot upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet på de villkor som i övrigt anges i rättsskyddsdirektivet. Förkortningen av kontraktsperioden och bestämmandet av en påföljdsavgift grundar sig också på rättsskyddsdirektivets bestämmelser om alternativa sanktioner.

Påföljderna av typen ogiltighetspåföljd och förkortning av kontraktsperioden bör granskas i förhållande till det egendomsskydd som avses i 15 § i grundlagen. Enligt vedertagen praxis i EG-domstolen är egendomen skyddad som en grundläggande rättighet också i de allmänna rättsliga principer som gemenskapsrätten omfattar och också i primärrätten i artikel 6.2 i EU-fördraget, där det hänvisas till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och medlemsstater-

nas gemensamma konstitutionella traditioner (GrUU 25/2005 rd).

Eftersom påföljderna i fråga bestäms enligt förvaltningsprocessordningen som administrativa påföljder bör de också granskas i förhållande till de krav på påföljdens exakthet som gäller administrativa påföljder. Kravet på exakta påföljder kan i sin tur härledas ur den straffrättsliga legalitetsprincipen i grundlagen. Kravet på att lagstiftningen ska vara exakt hänför sig i synnerhet till att ekonomiska aktörer ska ha möjlighet att på förhand bedöma sannolikheten för påföljder när de planerar sin verksamhet, också då det är fråga om administrativa sanktioner.

Enligt tolkningspraxis för 15 § i grundlagen har grundlagsskyddet av egendom också ansetts omfatta avtalsförhållandens fortbestånd, även om förbudet att göra retroaktiva ingrepp i avtalsförhållanden inte är absolut i utskottets praxis (t.ex. GrUU 28/1994 rd, GrUU 37/1998 rd, GrUU 63/2002 rd). Bakom skyddet för förmögenhetsrättsliga rättshandlingars giltighet ligger tanken att skydda rättsobjektens motiverade förväntningar i ekonomiska frågor (t.ex. GrUU 48/1998 rd, GrUU 33/2002 rd, GrUU 21/2004 rd). Skyddet för sådana förväntningar har i utskottets praxis ansetts omfatta rätten att lita på att den lagstiftning som reglerar rättigheter och skyldigheter som är viktiga med avseende på att avtalsförhållandet består och att denna typ av frågor inte kan regleras på ett sätt som i oskäligt hög grad försämrar parternas rättsliga ställning (t.ex. GrUU 21/2004 rd). Utskottet har också gjort en bedömning av denna typ av bestämmelser som intervenerar i egendomsskyddet med avseende på de allmänna villkoren för begränsning av de grundläggande fri- och rättigheterna, till exempel om målen är acceptabla eller om bestämmelserna följer proportionalitetsprincipen (t.ex. GrUU 13/2003 rd, GrUU 56/2005 rd och GrUU 42/2006 rd).

Den föreslagna reglering som påverkar avtalsförhållandenas fortbestånd bör bedömas utifrån de allmänna förutsättningarna för begränsningar i de grundläggande fri- och rättigheterna. I rättsskyddsdirektivet och förslaget till ändring av upphandlingslagen är ogiltighetspåföljden och ett av alternativen till den, förkortningen av kontraktperioden, så-

dana påföljder genom vilka man strävar efter att hindra i synnerhet olaglig direktupphandling och säkerställa användningen av s.k. reella medel under behandlingen i marknadsdomstolen. Hindrandet av direktupphandling och säkerställandet av användningen av reella medel kan anses vara godtagbara skäl med avseende på de allmänna villkoren för begränsning av de grundläggande fri- och rättigheterna.

Med tanke på proportionalitetsprincipen ska det beaktas att den upphandlande enheten har möjlighet att genom sin egen verksamhet undvika ogiltighetspåföljder genom att publicera en sådan förhandsannons om upphandlingen som avses i 79 § 1 mom. i förslaget till ändring av upphandlingslagen. I övriga fall av tillämpning kommer proportionalitetsprincipen till uttryck genom att ogiltighet inte kan bestämmas ens i alla väntetidsförseelser även om det är fråga om en upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, om de orsaker som anges i 78 § i förslaget till ändring av upphandlingslagen påverkar den upphandlande enhetens förfarande. Vid en väntetidsförseelse krävs dessutom att den upphandlande enheten har begått ett sådant annat fel i upphandlingsförfarandet som har påverkat sökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet.

Med tanke på ogiltighetspåföljdens exakthet liksom på dess proportionalitet bör det dessutom beaktas att konsekvenserna av ogiltighetspåföljder enligt 96 § i förslaget till ändring av upphandlingslagen gäller sådana kontraktsförpliktelser som inte uppfyllts. Med tanke på proportionalitetsprincipen har det också en egen betydelse att det i lagen finns en särskild bestämmelse om domstolens prövningsrätt för att den sammanlagda effekten av olika påföljder inte ska bli oskälig (99 § 2 mom. i förslaget till ändring av upphandlingslagen). Oskäligheten hos de sammanlagda effekterna beaktas dessutom med tanke på både den upphandlande enheten och dess kontraktspart.

Av de påföljder som avses i förslaget till ändring av upphandlingslagen är gottgörelsen en nationell påföljd som bygger på tidigare lagstiftning. Den har drag av både skadestånd och administrativ sanktion.

Grundlagsutskottet har i sin utlåtandepraxis ansett att bl.a. den påföljdsavgift som avses i lagen om förhindrande av miljöförorening från fartyg ska förstås som en administrativ påföljd med karaktär av sanktion (GrUU 32/2005 rd). Eftersom avgiften enligt utskottet inbegrep utövande av makt i betydande utsträckning måste grunderna för den enligt 2 § 3 mom. i grundlagen föreskrivas genom lag. I nämnda utlåtande ansågs detta kräva att lagen innehåller klara och specifika bestämmelser om bl.a. betalningsskyldighet och grunderna för avgiftsbeloppet samt om den betalningsskyldiges rättsskydd. Också grunderna för lagens verkställighet skulle skrivas in i lag.

Till följd av att gottgörelsen har drag av administrativ sanktion föreslås det i regeringspropositionen att det för gottgörelsen bestäms ett maximibelopp som är i relation till värdet av upphandlingen, men som av särskilda skäl dock kan överskridas. Den föreslagna övre gränsen (10 procent av upphandlingens värde) motsvarar gängse rättspraxis. I övrigt kvarstår förutsättningarna för bestämmande av gottgörelse och möjligheterna att använda rättsmedel som i den gällande lagen.

Med beaktande av den juridiska karaktären hos gottgörelsen är det inte möjligt att fastställa en fast övre gräns för den. Således är sådan reglering som fastställer en övre gräns men som samtidigt tillåter ett överskridande av gränsen av särskilda skäl att betrakta som tillräcklig med beaktande av 2 § 3 mom. i grundlagen. Med tanke på regleringens proportionalitet är också de bestämmelser betydelsefulla som avses ovan och som gäller beaktandet av att den sammanlagda effekten av påföljderna inte får bli oskäligen.

Beslut om de s.k. reella medel som marknadsdomstolen bestämmer med stöd av 94 § 1 mom. 1—3 punkten i förslaget till ändring av upphandlingslagen kan verkställas omedelbart. Däremot kan andra påföljder i samband med ett upphandlingsförfarande — gottgörelse, ogiltighetspåföljd, förkortning av kontraktperioden och påföljdsavgift — verkställas först när de grundar sig på ett lagakraftvunnet beslut.

Verkställbarheten av de påföljder som marknadsdomstolen bestämt ska enligt utskottets utlåtandepraxis bedömas med tanke

på 21 § i grundlagen (t.ex. GrUU 4/2004 rd och GrUU 32/2005 rd). I utskottets utlåtandepraxis har de administrativa sanktionernas direkta verkställbarhet bedömts bl.a. med tanke på hur flexibla bestämmelser eller på en hurdan helhetsbedömning, i synnerhet av omständigheterna eller av fallets särdrag, bestämmandet av sanktionen grundar sig på i lagen. Utskottet ansåg i sitt utlåtande GrUU 4/2004 rd att lagförslaget kan behandlas i vanlig lagstiftningsordning om det som villkor för att ta ut påföljdsavgift föreskrivs att beslut om att påföra avgift har vunnit laga kraft. Enligt utskottet fick man på detta sätt genom rättsmedel adekvata garantier för att rättssäkerheten blivit tillbörligen tillgodosedd.

Den direkta verkställbarheten av marknadsdomstolens beslut ska bedömas med beaktande av att upphandlingsförfarandet påverkas av särskilda krav på behandling i brådskande ordning som kommer från både deltagarna i upphandlingsförfarandet och den upphandlande enheten. Följaktligen är sådana beslut av marknadsdomstolen där den upphandlande enheten förpliktats att rätta upphandlingsförfarandet eller konkurrensutsätta upphandlingen på nytt inte likvärda med sådana beslut av marknadsdomstolen genom vilka den upphandlande enheten påförs ekonomiska administrativa påföljder eller där de ekonomiska administrativa påföljderna också kommer att påverka den part som erhållit kontraktet. Konsekvenserna av sådana ekonomiska påföljder kan också vara mycket stora. Eftersom bestämmandet av påföljder ofrånkomligen är förknippat med såväl bedömning i enskilda fall som helhetsbedömning överensstämmer direkt verkställbarhet hos besluten inte riktigt med kraven i 21 § i grundlagen. Med hänsyn till kraven i 21 § i grundlagen bör det föreslagna nya systemet för verkställighet anses godtagbart för hela lagförslaget del.

Den ogiltighetspåföljd som avses i propositionen är en administrativ påföljd som bygger på rättsskyddsdirektivet och EG-domstolens rättspraxis och som i sig hänför sig till avtalsförhållanden. Bestämmandet av en sådan påföljd görs i marknadsdomstolen i den vanliga behandlingsordningen för upphandlingsärenden, dvs. i förvaltningsprocessordning. I för-

valtningsprocessordning behandlas också alla andra påföljder som kan klassificeras som administrativa påföljder, alltså också de alternativa påföljderna till ogiltighetspåföljden: förkortning av kontraktperioden och bestämmande av påföljdsavgift. Propositionen ska till denna del bedömas med beaktande av 21, 98 och 99 § i grundlagen.

Domstolarnas huvudindelning definieras i 3 § 3 mom. i grundlagen, enligt vilket den dömande makten utövas av oberoende domstolar, i högsta instans av högsta domstolen och högsta förvaltningsdomstolen. Enligt 98 § 1 mom. i grundlagen är högsta domstolen, hovrätterna och tingsrätterna allmänna domstolar. Enligt 2 mom. i nämnda paragraf är högsta förvaltningsdomstolen och de regionala förvaltningsdomstolarna allmänna förvaltningsdomstolar. Enligt 99 § 1 mom. i grundlagen utövas den högsta domsrätten i tviste- och brottmål av högsta domstolen och i förvaltningsmål av högsta förvaltningsdomstolen.

Grundlagsutskottet har betonat att överklagande i ett beslut av en förvaltningsmyndighet som gäller bestämmandet av en administrativ påföljdsavgift till sin karaktär är ett ärende som ska behandlas i förvaltningsprocessordning eftersom bestämmandet av påföljdsavgift grundar sig på utövande av of-

fentlig makt (GrUU 47/2005 rd). I det föreslagna systemet sköts bestämmandet av administrativa påföljder av marknadsdomstolen som första instans i ett förfarande som blir anhängigt som ändringssökande av den upphandlande myndighetens beslut eller åtgärd. Marknadsdomstolens beslut om administrativa påföljder överklagas hos högsta förvaltningsdomstolen. Då de bestämmelser som tillämpas på förfarandet och ett säkerställande av ändringssökandet beaktas medför behandlingen av de administrativa påföljderna inga konstitutionella problem med avseende på det behöriga förfarande som säkerställs i 21 § i grundlagen eller den arbetsfördelning mellan domstolarna som avses i 98 eller 99 § i grundlagen.

Med stöd av vad som anförts ovan anses det att de lagförslag som ingår i propositionen kan behandlas i vanlig lagstiftningsordning. På grund av de konstitutionella synpunkter som hänför sig till propositionen anser regeringen det dock vara motiverat att ett utlåtande om propositionen begärs av grundlagsutskottet.

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

1.

Lag**om ändring av lagen om offentlig upphandling**

I enlighet med riksdagens beslut

ändras i lagen av den 30 mars 2007 om offentlig upphandling (348/2007) 1 § 3 mom., 15 §, 21 § 3 mom., 35 §, 73 § och kapitelrubriken före 73 § samt 74 och 75 §, 76 § och kapitelrubriken före 76 § samt 77—85 §, och

fogas nya mellanrubriker före de ändrade 73, 76, 80 och 84 § och till lagen nya 86—108 §, samtidigt som den ändrade kapitelrubriken före den nuvarande 76 § flyttas framför den ändrade 85 §, kapitelrubriken före den nuvarande 85 § flyttas framför den nya 108 §, den nuvarande 86 § blir en ny 109 § och den nuvarande 87 § blir en ny 110 §, som följer:

1 §

Lagens syfte

Genom denna lag genomförs

1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, nedan *upphandlingsdirektivet*,

2) rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, nedan *rättsmedelsdirektivet*, och

3) Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, nedan *rättsskyddsdirektivet*.

15 §

Nationella tröskelvärden

Denna lag tillämpas inte

1) på varu- eller tjänsteupphandling, projektävlingar eller tjänstekoncessioner, om upphandlingens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt är mindre än 30 000 euro,

2) med avvikelse från vad som föreskrivs om tjänsteupphandling i 1 punkten på hälsovårds- och socialtjänster enligt bilaga B (grupp 25) till denna lag och på utbildningstjänster enligt bilaga B, om utbildningstjänsterna anskaffas i enlighet med 6 kap. 3 § i lagen om offentlig arbetskraftsservice (1295/2002) som gemensam anskaffning med arbetsgivaren, om upphandlingens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt är mindre än 100 000 euro, samt

3) på byggentreprenader och byggkoncessioner, om upphandlingens uppskattade vär-

de exklusive mervärdesskatt är mindre än 150 000 euro.

21 §

Bestämmelser som tillämpas på varu- och tjänsteupphandling, tjänstekoncessioner och byggtreprenader

När tjänsteupphandlingar enligt bilaga B överstiger EU- tröskelvärden som anges i 16 § 1 mom. 1 eller 2 punkten tillämpas dessutom det som föreskrivs i 35 § om annonseringsskyldighet i efterhand och annonsering om direktupphandling samt i 44—46 § om tekniska specifikationer, tekniska specifikationer som gäller miljöegenskaper och bevis som anbudsgivaren lägger fram.

35 §

Annonser om upphandling

En upphandlande enhet ska sända en förhandsannons, en upphandlingsannons, en annons om projekttävling, en annons om byggkoncession och en annons i efterhand för publicering. En upphandlande enhet kan också sända en annons om direktupphandling för publicering. Om koncessionshavare inte är en upphandlande enhet ska koncessionshavare dessutom sända en upphandlingsannons om byggtreprenad som grundar sig på en byggkoncession för publicering.

Arbets- och näringsministeriet bestämmer vem upphandlingsannonserna ska sändas till för publicering.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om annonsskyldigheten enligt 1 mom., de kommunikationsmedier som används för att sända annonserna, innehållet i och publiceringen av annonserna samt sådana övriga omständigheter i samband med annonseringen av upphandling, som förutsätts i upphandlingsdirektivet, i rättsskyddsdirektivet och nationellt.

10 kap.

Upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet

Upphandlingsbeslut och delgivning

73 §

Upphandlingsbeslut

Den upphandlande enheten ska fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Beslutet ska motiveras.

De faktorer som väsentligen har påverkat avgörandet ska framgå av beslutet eller av de övriga handlingarna som hänför sig till beslutet. Sådana faktorer är åtminstone grunderna för att en anbudssökande, en anbudsgivare eller ett anbud har förkastats och de grunder på vilka de godkända anbuden har jämförts. I ett beslut som gäller konkurrensutsättning av en upphandling som grundar sig på ramavtal är det tillräckligt att konstatera de faktorer som visar att kriterierna för val och jämförelse av anbud har tillämpats på det sätt som förutsätts i 32 §. Om det vid upphandlingen ska iakttas en väntetid som avses i 77 §, ska det dessutom av beslutet eller av de handlingar som hänför sig till det framgå när upphandlingskontraktet kan slutas.

En upphandlande enhet behöver inte fatta ett beslut som avses i denna paragraf om en tilläggsbeställning som avses i 28 § eller om en temporär organisering av upphandling som avses i 93 §.

Vid upphandling som grundar sig på ramavtal behöver den upphandlande enheten inte fatta ett beslut som avses i denna paragraf, om

1) upphandlingen görs på de villkor som har fastställts i ramavtalet utan konkurrensutsättning, eller

2) upphandlingens värde vid konkurrensut-sättning som grundar sig på ramavtalet inte överstiger EU-tröskelvärdet.

74 §

Besvärсанvisning och rättelseanvisning

Den upphandlande enheten ska till sitt beslut foga en besvärсанvisning, där det redogörs för möjligheterna att föra ärendet till marknadsdomstolen, den upphandlande enhetens kontaktinformation för den annons som avses i 88 § samt anvisningar om användning av rättelsemedel (*rättelseanvisning*), där det redogörs för hur anbudssökanden eller anbudsgivaren kan föra ärendet för ny behandling i form av upphandlingsrättelse.

På utfärdande och rättelse av besvärсанvisningar och rättelseanvisningar tillämpas annars för besvärens del bestämmelserna i 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) och för rättelseanvisningens del bestämmelserna i 7 kap. i förvaltningslagen (434/2003).

75 §

Delgivning av ett upphandlingsbeslut

Den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besvärсанvisning och rättelseanvisning ska skriftligen delges dem som saken gäller. Beslutet jämte ovan nämnda handlingar delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har meddelat den upphandlande enheten. Vid användning av den elektroniska kontaktinformationen anses anbudssökanden och anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna den dag det elektroniska meddelandet med dokumenten står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat på ett sådant sätt att meddelandet kan hanteras. Dagen för avsändandet av meddelandet anses

vara en sådan tidpunkt, om det inte ges en tillförlitlig redogörelse om att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller om en motsvarande omständighet som har lett till att det elektroniska meddelandet har nått mottagaren vid en senare tidpunkt. Vid elektronisk delgivning ska den upphandlande enheten i sitt meddelande särskilt ange dagen för avsändandet av meddelandet.

Beslutet med motivering samt besvärсанvisningen och rättelseanvisningen kan också delges i ett vanligt brev i enlighet med bestämmelserna i förvaltningslagen. Anbudssökanden och anbudsgivaren anses ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna på den sjunde dagen efter avsändandet, om inte anbudssökanden eller anbudsgivaren visar att delgivningen har skett vid en senare tidpunkt.

Upphandlingskontrakt

76 §

Slutande av upphandlingskontrakt

Efter att upphandlingsbeslutet har fattats ska den upphandlande enheten sluta ett upphandlingskontrakt. Upphandlingskontraktet uppstår genom undertecknande av ett skriftligt kontrakt.

77 §

Väntetid

Vid upphandling som överstiger i 16 § angivna EU-tröskelvärden får upphandlingskontrakt slutas tidigast 21 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått eller anses ha fått del av beslutet och besvärсанvisningen (*väntetid*).

Väntetid tillämpas inte på direktupphandling.

Bestämmelser om hur ändringssökandet påverkar slutandet av upphandlingskontrakt finns i 90 §.

78 §

Undantag från bestämmelserna om väntetid

Väntetid behöver inte iakttas, om

1) kontraktet gäller upphandling som görs på grundval av ett ramavtal enligt 32 §,

2) upphandlingskontraktet sluts med den enda anbudsgivaren som lämnar ett godtagbart anbud och det i anbudsförfarandet inte längre deltar andra anbudsgivare eller anbudssökande vars ställning kan påverkas av valet av avtalspartner.

79 §

Annonsering om direktupphandling samt slutande av upphandlingskontrakt

Vid direktupphandling som överstiger i 16 § angivna EU- tröskelvärden får den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet, innan upphandlingskontraktet sluts, sända en annons om direktupphandlingen för publicering. Upphandlingskontraktet kan då slutas tidigast 14 dagar efter det att annonsen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning.

Upphandlingsrättelse

80 §

Hur en upphandlingsrättelse görs

Den upphandlande enheten kan själv undanröja sitt felaktiga beslut eller återkalla en annan åtgärd som har rättsliga följder för anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ställning och avgöra ärendet på nytt (*upphandlingsrättelse*), om beslutet eller åtgärden grundar sig på ett fel i tillämpningen av lagen.

Rättelse av ett beslut eller en åtgärd förutsätter inte parts samtycke. Ett beslut eller en

åtgärd kan dock inte rättas i form av upphandlingsrättelse, om ett upphandlingskontrakt har slutits.

81 §

Hur en upphandlingsrättelse anhängiggörs

Den upphandlande enheten kan ta upp en upphandlingsrättelse till behandling på eget initiativ eller på yrkande av part. Den upphandlande enheten ska omedelbart meddela dem som saken gäller att en upphandlingsrättelse har anhängiggjorts.

Part ska framställa yrkande inom 14 dagar efter det att ha del av den upphandlande enhetens beslut eller åtgärd. Den upphandlande enheten kan själv åta sig att rätta upphandlingsbeslutet eller åtgärden inom 60 dagar efter det att det beslut har fattats eller den åtgärd har vidtagits som är föremål för upphandlingsrättelsen.

Överklagande till marknadsdomstolen hindrar inte att en upphandlingsrättelse görs eller behandlas. En upphandlingsrättelse kan även gälla den upphandlande enhetens lagakraftvunna beslut, om ärendet inte har förts till marknadsdomstolen.

82 §

Hur behandlingen av en upphandlingsrättelse påverkar behandlingen i marknadsdomstolen

Anhängiggörande och behandling av en upphandlingsrättelse påverkar inte den tidsfrist under vilken part med stöd av denna lag har rätt att överklaga genom besvär hos marknadsdomstolen.

Om ett beslut eller en åtgärd som ska rättas har överklagats hos marknadsdomstolen, ska marknadsdomstolen underrättas om upptagandet av ärendet till behandling såsom upphandlingsrättelse och tillställas beslutet i ärendet. Vid behandlingen av en upphand-

lingsrättelse kan den upphandlande enheten förbjuda verkställigheten av beslutet eller åtgärden eller bestämma att den ska avbrytas. Marknadsdomstolen ska underrättas om att verkställigheten har förbjudits eller avbrutits, om ändring har sökts i ärendet genom besvär hos marknadsdomstolen.

Om den upphandlande enheten rättar sitt upphandlingsbeslut eller någon annan av sina åtgärder genom upphandlingsrättelse, så att den som har överklagat hos marknadsdomstolen inte längre är i behov av rättsskydd och inte har behov av att få ett motiverat beslut, kan marknadsdomstolen avskriva ett sådant ärende från vidare behandling utan att fälla ett avgörande i huvudsaken.

83 §

Tillämpningen av en upphandlingsrättelse på andra upphandlingar

En upphandlingsrättelse tillämpas även på sådan rättelse av den upphandlande enhetens beslut eller andra åtgärder i upphandlingsförfarandet som denna lag inte annars tillämpas på. Ett beslut som fattas med anledning av en sådan upphandlingsrättelse får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen.

Upphandlingsdokumentens offentlighet

84 §

Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet

Lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) tillämpas på offentligheten i fråga om den upphandlande enhetens handlingar och de avgifter som tas ut för dessa handlingar samt på parts rätt att ta del av handlingarna, om enheten är en myndighet som avses i 4 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller om den upphandlande enheten på grundval av en be-

stämmelse någon annanstans i lag är skyldig att följa den lagen.

På rätten för den som deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av någon annan än en upphandlande enhet enligt 1 mom. att ta del av handlingar som enheten har upprättat och fått för handläggningen av anbudet och på tystnadsplikten för anställda vid den upphandlande enheten. Som tillämpas det i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet föreskrivs om parts rätt att ta del av en handling, när en handling blir offentlig samt behandling och avgörande av ett ärende som gäller rätt att få ta del av en handling.

Ett beslut av den upphandlande enheten som gäller rätten att ta del av en handling får överklagas i enlighet med 33 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Behörig förvaltningsdomstol vid besvär över beslut av andra upphandlande enheter än de som är myndigheter är den förvaltningsdomstol i vars domkrets den upphandlande enheten finns.

I kyrkolagen (1954/1993) föreskrivs om offentlighet för evangelisk-lutherska kyrkans och dess församlingars handlingar.

11 kap.

Ändringssökande och påföljder

85 §

Vem får söka ändring

Ett ärende om upphandling kan föras till marknadsdomstolen av den som ärendet gäller genom anförande av besvär.

Ett ärende kan dessutom föras till marknadsdomstolen genom besvär

1) av arbets- och näringsministeriet, om ärendet gäller gemenskapens tillsynsförfarande,

2) av en sådan statlig eller kommunal myndighet eller någon annan aktör som har beviljat projektstöd för genomförande av ett byggnadsprojekt, om det gäller ett ärende som avses i 13 §.

86 §

Föremål för ändringssökande

Ett sådant beslut av en upphandlande enhet som avses i denna lag eller en åtgärd som har vidtagits i den upphandlande enhetens upphandlingsförfarande och som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning kan genom besvär föras till marknadsdomstolen.

Ett sådant beslut eller någon annan åtgärd av en upphandlande enhet som gäller enbart beredningen av ett upphandlingsförfarande kan inte föras till marknadsdomstolen genom besvär.

I en upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 32 § i denna lag får ändring inte sökas genom besvär, om inte marknadsdomstolen beviljar behandlingstillstånd i ärendet. Tillstånd ska beviljas, om

1) det är viktigt att pröva ärendet med tanke på tillämpningen av lagen i andra likadana ärenden eller

2) det finns ett vägande skäl som hänför sig till den upphandlande enhetens förfarande.

87 §

Tid för ändringssökande

Om inte något annat föreskrivs i denna paragraf, ska besvär anföras skriftligen inom 14 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet jämte besvärсанvisning.

Om den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet med stöd av 78 § 1 punkten har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden, ska besvär anföras inom 30 dagar efter det att anbudsgivaren har fått del av beslutet jämte besvärсанvisning.

Besvär ska lämnas in till marknadsdomstolen senast sex månader efter det att upphandlingsbeslutet har fattats, om anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet jämte besvärсанvisning och

upphandlingsbeslutet har varit bristfälligt eller besvärсанvisningen har varit bristfällig.

Om den upphandlande enheten har sänt en annons om direktupphandling för publicering i Europeiska unionens officiella tidning, ska besvär anföras inom 14 dagar efter det att annonsen har publicerats.

Om en annons som avses i 4 mom. inte har publicerats, ska besvär över direktupphandling anföras

1) inom 30 dagar efter det att en annons i efterhand om direktupphandlingen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning, eller

2) senast sex månader efter det att upphandlingskontraktet har slutits.

88 §

Underrättelse om ändringssökandet till den upphandlande enheten samt förteckning över upphandlingsärenden

Den som söker ändring i ett upphandlingsärende ska skriftligen underrätta den upphandlande enheten om att ärendet förs till marknadsdomstolen.

Underrättelsen ska lämnas in till den upphandlande enheten senast då besvären över upphandlingen lämnas in till marknadsdomstolen. Underrättelsen ska lämnas in på den adress som den upphandlande enheten har uppgett.

Marknadsdomstolen ska föra och publicera en så omfattande och aktuell förteckning som möjligt över de upphandlingsärenden som har inletts vid marknadsdomstolen.

89 §

Den upphandlande enheten som motpart samt ersättning av rättegångskostnader

Vid behandlingen av ett upphandlingsärende anses den upphandlande enheten som den överklagande partens eller myndighetens motpart.

På ersättningen av rättegångskostnaderna i ett upphandlingsärende tillämpas bestämmelserna i 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen.

När skyldigheten att ersätta motpartens rättegångskostnader tillämpas på den upphandlande enheten vad som föreskrivs om en myndighet eller annan offentlig part i 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen. Om den upphandlande enheten inte är en myndighet eller en juridisk person, kan skyldigheten att ersätta motpartens rättegångskostnader åläggas en myndighet eller en juridisk person som deltar i eller hör till den upphandlande enheten. Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsförfarandet på andra upphandlande enheters vägnar, kan skyldigheten att ersätta rättegångskostnader åläggas upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar.

90 §

Hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt

Vid upphandling där en väntetid eller en i 79 § avsedd tidsfrist ska iakttas får den upphandlande enheten inte sluta ett upphandlingskontrakt, om ärendet har förts till marknadsdomstolen.

Om marknadsdomstolen avgör frågan om verkställighet eller fäller ett avgörande i huvudsaken innan väntetiden eller den tidsfrist som avses i 79 § har löpt ut, ska den upphandlande enheten iakttä väntetiden eller den tidsfrist som avses i 79 § trots marknadsdomstolens beslut.

91 §

Marknadsdomstolens temporära beslut

Om besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen kan den temporärt förbjuda, avbryta eller tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet eller annars be-

stämma att upphandlingsförfarandet temporärt ska avbrytas för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Vid beslut om en åtgärd enligt 1 mom. ska marknadsdomstolen fästa uppmärksamhet vid att åtgärden inte orsakar större skada för motparten, för andra personers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför.

En lagfaren medlem av marknadsdomstolen kan ensam besluta om temporära åtgärder.

92 §

Den upphandlande enhetens temporära förbindelse

Om besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen kan den upphandlande enheten ge marknadsdomstolen en skriftlig förbindelse om att inte verkställa upphandlingsbeslutet så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen.

Om den upphandlande enheten ger marknadsdomstolen en förbindelse som avses i 1 mom., meddelar marknadsdomstolen inte utan särskild orsak beslut om krav på ett temporärt förbud att verkställa upphandlingsbeslutet.

93 §

Temporär organisering av upphandling

Om besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen, kan den upphandlande enheten temporärt organisera upphandlingen genom att göra sin beställning hos den som har deltagit i upphandlingsförfarandet eller hos den tidigare leverantören, om inte upphandlingen på grund av sin art kan skjutas upp för den tid som ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

En temporär organisering av upphandlingen får inte hindra att marknadsdomstolen på ändringssökandens yrkande kan besluta att

1) den upphandlande enhetens beslut delvis eller helt upphävs,

2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iakttä ett oriktigt förfarande, eller

3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande.

94 §

Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen

Om det vid en upphandling har förfarits i strid med denna lag eller bestämmelser som utfärdats med stöd av denna lag eller i strid med Europeiska gemenskapens lagstiftning eller Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling, kan marknadsdomstolen

1) helt eller delvis undanröja ett beslut av en upphandlande enhet,

2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars följa ett oriktigt förfarande,

3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande,

4) ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, om förfarandet hade varit felfritt,

5) bestämma en ogiltighetspåföljd för den upphandlande enheten,

6) bestämma att den upphandlande enheten ska betala staten en påföljdsavgift,

7) förkorta kontraktperioden för upphandlingskontraktet så att perioden löper ut efter en tid som marknadsdomstolen bestämmer.

I 95—98 § föreskrivs om bestämmande av påföljder som avses i 1 mom. 4—7 punkten. Marknadsdomstolen kan när dessa påföljder bestäms anse att ett upphandlingskontrakt har uppstått på grund av omständigheterna, om den upphandlande enheten uttryckligen har börjat genomföra upphandlingen.

Ogiltighetspåföljd, påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden kan bestämmas endast vid upphandling som överstiger i 16 § angivna EU- tröskelvärden. Ogiltighets-

påföljd kan dock inte bestämmas vid tjänsteupphandling enligt bilaga B.

95 §

Gottgörelse

Gottgörelse kan påföras, om en åtgärd som avses i 94 § 1 mom. 1—3 punkten kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför eller om besvären har lämnats in först efter det att upphandlingskontraktet slutits. När gottgörelse påförs ska hänsyn tas till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till, värdet av den upphandling som är föremål för besvär och de kostnader och den skada som sökanden orsakats. Marknadsdomstolen kan dock avstå från att påföra gottgörelse, om den upphandlande enheten har avhållit sig från att verkställa upphandlingsbeslutet under den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Gottgörelsebeloppet får inte utan särskilda skäl överstiga 10 procent av upphandlingskontraktets värde.

96 §

Ogiltighetspåföljd

Marknadsdomstolen kan bestämma att upphandlingskontraktet är ogiltigt, om

1) den upphandlande enheten har gjort en direktupphandling utan en sådan grund som nämns i denna lag och vid upphandlingen inte förfarit på det sätt som avses i 79 §,

2) den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iakttas vid upphandlingen,

3) den upphandlande enheten i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande.

I de situationer som avses i 1 mom. 2 och 3 punkten förutsätts dessutom att den upphand-

lande enheten har gjort sig skyldig till ett annat fel som strider mot denna lag och som har påverkat ändringssökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet.

Om den upphandlande enheten med stöd av 78 § vid konkurrensutsättning som grundar sig på ett ramavtal har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden och om förfarandet vid konkurrensutsättningen strider mot 32 § 2 eller 3 mom., så att felet har påverkat ändringssökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet, kan marknadsdomstolen förklara upphandlingskontraktet ogiltigt.

Marknadsdomstolen beslutar vilka av kontraktets förpliktelser ogiltighetspåföljden gäller. En ogiltighetspåföljd kan endast gälla kontraktsförpliktelser som parterna i upphandlingskontraktet ännu inte har uppfyllt.

97 §

När ogiltighetspåföljd inte bestäms

I de fall som avses i 96 § kan marknadsdomstolen avstå från att bestämma en ogiltighetspåföljd av tvingande hänsyn till det allmänna intresset. Ekonomiska fördelar som direkt hänför sig till kontraktet kan anses vara tvingande hänsyn endast om kontraktets ogiltighet skulle ha exceptionellt oskäligen följder.

98 §

Påföljdsavgift och förkortning av kontraktsperioden

Marknadsdomstolen kan bestämma att den upphandlande enheten betalar staten en påföljdsavgift, om

1) marknadsdomstolen har bestämt en ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet,

2) den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iaktas vid upphandlingen,

3) den upphandlande enheten i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fast-

än upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande, eller

4) marknadsdomstolen av tvingande hänsyn till det allmänna intresset i enlighet med 97 § har avstått från att bestämma en ogiltighetspåföljd för kontraktet.

I det fall som avses ovan i 1 mom. 4 punkten kan marknadsdomstolen utöver eller i stället för att bestämma en påföljdsavgift förkorta upphandlingskontraktets giltighetstid så att den upphör efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen.

Marknadsdomstolen kan för en tjänsteupphandling enligt bilaga B till denna lag, när upphandlingens värde överstiger i 16 § angivna EU- tröskelvärden, ålägga den upphandlande enheten att betala staten en påföljdsavgift eller förkorta kontraktsperioden så att upphandlingskontraktet upphör efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen, om den upphandlande enheten

1) har gjort en direktupphandling utan en sådan grund som nämns i denna lag och vid upphandlingen inte förfarit på det sätt som avses i 79 §,

2) har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iaktas vid upphandlingen,

3) i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande, eller

4) med stöd av 78 § vid konkurrensutsättning som grundar sig på ett ramavtal har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden och om förfarandet vid konkurrensutsättningen strider mot 32 § 2 eller 3 mom., så att felet har påverkat ändringssökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet.

I de situationer som avses i 3 mom. 2 och 3 punkten förutsätter för en förkortning av kontraktsperioden dessutom att den upphandlande enheten har gjort sig skyldig till ett annat fel som strider mot denna lag och som har påverkat sökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet.

När en påföljd bestäms av marknadsdomstolen ska denna ta hänsyn till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till och värdet av den upphandling som är föremål för besvär.

Påföljdsavgiftens belopp får inte överstiga 10 procent av upphandlingskontraktets värde.

99 §

Riktande och samverkan av påföljder

Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsförfarandet på andra upphandlande enheters vägnar, kan marknadsdomstolen besluta att den påföljd som den har bestämt ska bäras av den upphandlande enhet som har agerat på de andra upphandlande enheternas vägnar. Om en upphandlande enhet som inte själv är en myndighet eller en juridisk person har ansvarat för upphandlingsförfarandet, det beslutas att påföljden ska bäras av en upphandlande enhet som har deltagit i en sådan upphandlande enhets verksamhet och som är en myndighet eller en juridisk person.

När marknadsdomstolen bestämmer om påföljder som avses i denna lag ska den beakta att samverkan av påföljderna inte får bli oskälig för den upphandlande enheten eller dess kontraktspart.

100 §

Vite

Marknadsdomstolen kan förena ett förbud eller ett åläggande enligt denna lag med vite. I viteslagen (1113/1990) föreskrivs om föreläggande och utdömande av vite.

Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsbeslutet eller någon annan åtgärd på andra upphandlande enheters vägnar, kan marknadsdomstolen rikta vitet mot den upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar. Om en upphandlande enhet som inte själv är en myndighet eller en juridisk person har ansvarat för upphandlingsförfarandet, kan vitet riktas mot en upphandlande enhet som har deltagit i en sådan upphandlande enhets verk-

samhet och som är en myndighet eller en juridisk person.

101 §

Delgivning av marknadsdomstolens beslut

Marknadsdomstolens beslut jämte besvär-anvisning delges bevisligen på det sätt som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen.

Med ändringssökandens och den upphandlande enhetens samtycke kan marknadsdomstolens beslut jämte besvär-anvisning delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som dessa parter har meddelat marknadsdomstolen.

Vid användning av den elektroniska kontaktinformationen anses ändringssökanden och den upphandlande enheten ha fått del av beslutet jämte besvär-anvisning den dag det elektroniska meddelandet har anlänt till mottagarens mottagarapparat, så att meddelandet kan hanteras. På elektronisk delgivning tilllämpas i övrigt vad som föreskrivs i 75 § 1 mom.

102 §

Besvärsförbud

I ett ärende som hör till marknadsdomstolens behörighet får ändring inte sökas med stöd av kommunallagen (365/1995) eller förvaltningsprocesslagen.

103 §

Sökande av ändring i marknadsdomstolens beslut

Marknadsdomstolens beslut får överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen i den ordning som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen.

Ett sådant beslut av marknadsdomstolen som avses i 91 § 1 mom. får inte överklagas

genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. Marknadsdomstolens beslut hindrar inte att ärendet förs till marknadsdomstolen för nytt avgörande, om grunderna för det tidigare beslutet förändras.

Om marknadsdomstolen har beslutat att inte bevilja ett behandlingstillstånd som avses i 86 § 3 mom., får det beslutet överklagas genom besvär endast om högsta förvaltningsdomstolen beviljar besvärstillstånd.

104 §

Sökande av ändring i upphandlingsbeslut av myndigheter inom kyrkan

I kyrkolagen föreskrivs om sökande av ändring i beslut av myndigheter inom den evangelisk-lutherska kyrkan.

105 §

Tillämpning av förvaltningsprocesslagen

På besvär tillämpas i övrigt förvaltningsprocesslagen, om inte något annat föreskrivs i denna lag.

106 §

Verkställighet av beslut

Marknadsdomstolens beslut där en påföljd som avses i 94 § 1 mom. 1—3 punkten har bestämts, ska iakttas trots ändringssökande, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat. Marknadsdomstolens beslut att bestämma en påföljd som avses i 94 § 1 mom. 4—7 punkten kan verkställas endast med stöd av ett lagakraftvunnet beslut.

Rättsregistercentralen sörjer för att beslutet om påföljdsavgift verkställs. Rättsregister-

centralen ska underrättas om marknadsdomstolens och högsta förvaltningsdomstolens beslut om påföljdsavgifter.

107 §

Skadestånd

Den som genom ett förfarande som strider mot denna lag eller bestämmelser som utfärdats med stöd av denna lag, Europeiska gemenskapens lagstiftning eller Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling orsakar en anbudssökande, anbudsgivare eller leverantör skada är skyldig att ersätta skadan.

När skadeståndskravet gäller kostnader som uppkommit på grund av anbudsförfarandet är det för utdömande av skadestånd dock tillräckligt att anbudssökanden eller anbudsgivaren leder ett oriktigt förfarande som avses i 1 mom. i bevis och att anbudssökanden eller anbudsgivaren om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

Behörig domstol i de ärenden som avses i 1 och 2 mom. är en underrätt som bestäms i enlighet med 10 kap. i rättegångsbalken.

12 kap.

Särskilda bestämmelser

108 §

Att lämna uppgifter

Oberoende av vad som i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller någon annan lag bestäms om sekretess ska den upphandlande enheten för tillsyn över upphandlingar och informationsutbyte i den omfattning som förutsätts i gemenskapens lagstiftning lämna statistiska och andra uppgifter till myndigheterna i Finland och Europe-

iska unionens institutioner om olika skeden i sin upphandling och om de upphandlingar den företagit. Oberoende av sekretessbestämmelserna har arbets- och näringsministeriet rätt att vidarebefordra uppgifter som ministeriet fått på basis av denna lag till Europeiska gemenskapens myndigheter.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de i 1 mom. avsedda skyldigheterna beträffande statistikföring som nämns i artiklarna 75 och 76 i upphandlingsdirektivet samt om den upphandlande enhetens skyldighet att upprätta i artikel 43 i upphandlingsdirektivet avsedda utredningar om upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut och sammanställa annan information som ska sändas till Europeiska unionens institutioner.

Denna lag träder i kraft den 20 .

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan denna lag har trätt i kraft, ska de bestämmelser som gällde vid ikraftträdandet tillämpas på upphandlingen. Upphandlingsförfarandet anses ha inletts vid tidpunkten för publicering av upphandlingsannonser. Vid upphandling som inte förutsätter publicering av en upphandlingsannons anses upphandlingen ha inletts vid tidpunkten för avsökande av anbudsförfrågan eller inbjudan att för-

handla vid inledande av förhandlingarna med leverantörerna.

Oberoende av vad som föreskrivs i 2 mom. ska på behandlingen av ärenden som är anhängiga i marknadsdomstolen, förvaltningsdomstolen och högsta förvaltningsdomstolen vid ikraftträdandet av denna lag dock det tillämpas som i denna lag föreskrivs om inrikande av påföljd, vite och skyldigheten att ersätta rättegångskostnader samt bestämmande av rättegångskostnader.

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan lagen har trätt i kraft och den upphandlande enheten efter ikraftträdande vid upphandlingsförfarandet fattar ett sådant beslut eller vidtar en sådan åtgärd som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning, ska på upphandlingsbeslutet och på behandlingen av ärendet i marknadsdomstolen med avvikelse från 2 mom. tillämpas 74, 80—93, 99, 100, 102 och 103 § i denna lag. Bestämmelserna i denna lag om riktande av påföljd, vite och skyldighet att ersätta rättegångskostnader tillämpas dessutom i marknadsdomstolen på ansökningar som anhängiggörs efter lagens ikraftträdande och gäller upphandlingsbeslut som har fattats före ikraftträdandet.

Åtgärder som verkställigheten av lagen förutsätter får vidtas innan den träder i kraft.

2.

Lag**om ändring av lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster**

I enlighet med riksdagens beslut

ändras i lagen av den 30 mars 2007 om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007) 1 § 2 mom., 10 § 2 mom., 18 § 3 mom., 23 § samt 58 § och kapitelrubriken före 58 § och 59—62 § samt

fogas nya mellanrubriker före de ändrade 58 och 61 §, till lagen nya 63—68 § och nya mellanrubriker före de nya 65 och 66 §, samtidigt som kapitelrubriken före den ändrade 61 § flyttas före den nya 67 § och den nuvarande 63 § blir en ny 69 § och den nuvarande 64 § blir en ny 70 § som följer:

1 §

Syfte och tillämpningsområde

Genom denna lag genomförs

1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, nedan *försörjningsdirektivet*,

2) 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 telekommunikations-

sektorerna, nedan *andra rättsmedelsdirektivet*, samt

3) Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, nedan *rättsskyddsdirektivet*.

10 §

Kontrakt som omfattar flera typer av verksamhet

Om en av dessa verksamheter omfattas av tillämpningsområdet för denna lag och en annan av tillämpningsområdet för lagen om offentlig upphandling (348/2008), nedan

upphandlingslagen, och om det är omöjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som upphandlingen huvudsakligen gäller, ska upphandlingen göras enligt upphandlingslagen.

da annonserna och övriga faktorer i anknytning till annonseringen om upphandlingen, vilka avses i försörjningsdirektivet och rättskyddsdirektivet.

7 kap.

18 §

Undantag från tillämpningsområdet i fråga om tjänsteupphandling

När upphandlingen endast gäller de tjänster som förtecknas i bilaga B eller dessa tjänster tillsammans med tjänsterna enligt bilaga A på så sätt att värdet av tjänsterna enligt bilaga B överstiger värdet av tjänsterna enligt bilaga A, tillämpas endast bestämmelserna om tekniska specifikationer i 40 och 41 §, bestämmelserna om annons i efterhand och annonsering om direktupphandling i 23 §, bestämmelserna om upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet i 7 kap. och bestämmelserna om rättsmedel och särskilda bestämmelser i 8 kap.

23 §

Annonser om upphandling

Den upphandlande enheten ska sända en förhandsannons, en upphandlingsannons, en annons om projekttävling, en annons rörande leverantörsregister, en annons i efterhand och en förenklad annons om ett dynamiskt inköpssystem för publicering. En upphandlande enhet kan också sända en annons om direktupphandling för publicering.

Upphandlingsannonserna ska sändas för publicering till den som arbets- och näringsministeriet fastställer.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de annonserings-skyldigheter, såsom innehållet i annonserna och publiceringen av dem samt om de kommunikationsmedier som används för att sän-

Upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet

Upphandlingsbeslut och delgivning

58 §

Upphandlingsbeslut

Den upphandlande enheten ska fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Beslutet ska motiveras.

De faktorer som väsentligen har påverkat avgörandet ska framgå av beslutet eller av de övriga handlingarna som hänför sig till beslutet. Sådana faktorer är åtminstone grunderna för att en anbudssökande, en anbudsgivare eller ett anbud har förkastats och de grunder på vilka de godkända anbuden har jämförts. Av motiveringen ska dessutom framgå när upphandlingskontraktet kan slutas.

En upphandlande enhet behöver inte fatta ett beslut som avses i denna paragraf om upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 26 §, om en tilläggsbeställning som avses i 30 § eller om en temporär organisering av upphandling som avses i 93 § i upphandlingslagen.

59 §

Besväransvisning och rättelseanvisning

Den upphandlande enheten ska till sitt beslut foga en besväransvisning, där det redo-

görs för möjligheterna att föra ärendet till marknadsdomstolen och meddelas till vilken adress hos den upphandlande enheten ändringssökanden i ett upphandlingsärende ska meddela att ärendet förs till marknadsdomstolen samt anvisningen om användning av rättsmedel (*rättelseanvisning*), där det redogörs för hur anbudsansökaren eller anbudsgivaren kan föra ärendet för ny behandling i form av upphandlingsrättelse.

På utfärdande och rättelse av besväransvisningar och rättelseanvisningar tillämpas annars för besvärens del bestämmelserna i 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) och för rättelseanvisningens del bestämmelserna i 7 kap. i förvaltningslagen (434/2003).

60 §

Delgivning av ett upphandlingsbeslut

Den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besväransvisning och rättelseanvisning ska skriftligen delges dem som saken gäller. Beslutet jämte ovan nämnda handlingar delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har meddelat den upphandlande enheten. Vid användning av den elektroniska kontaktinformationen anses anbudssökanden och anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna den dag det elektroniska meddelandet med dokumenten står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat på ett sådant sätt att meddelandet kan hanteras. Dagen för avsändandet av meddelandet anses vara en sådan tidpunkt, om det inte ges en tillförlitlig redogörelse om att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller om en motsvarande omständighet, som har lett till att det elektroniska meddelandet har nått mottagaren vid en senare tidpunkt. Vid elektronisk delgivning ska den upphandlande enheten i sitt meddelande särskilt ange dagen för avsändandet av meddelandet.

Beslutet med motivering samt besväransvisningen och rättelseanvisningen kan också delges i ett vanligt brev i enlighet med bestämmelserna i förvaltningslagen. Anbudssö-

kanden och anbudsgivaren anses ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna på den sjunde dagen efter avsändandet, om inte anbudssökanden eller anbudsgivaren visar att delgivningen har skett vid en senare tidpunkt.

Upphandlingskontrakt

61 §

Slutande av upphandlingskontrakt

Efter att upphandlingsbeslutet har fattats ska den upphandlande enheten sluta ett upphandlingskontrakt. Upphandlingskontraktet uppstår genom undertecknande av ett skriftligt kontrakt.

62 §

Väntetid

Ett upphandlingskontrakt kan slutas tidigast 21 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått eller anses ha fått del av beslutet och besväransvisningen (*väntetid*).

Väntetid tillämpas inte på direktupphandling.

Bestämmelser om hur ändringssökandet påverkar verkställigheten av upphandlingsbeslutet finns i 90 § i upphandlingslagen.

63 §

Undantag från bestämmelserna om väntetid

Väntetid behöver inte iakttas, om upphandlingskontraktet sluts med den enda anbudsgivaren som lämnat ett godtagbart anbud och det i anbudsförfarandet inte längre deltar andra anbudsgivare eller anbudssökande vars ställning kan påverkas av valet av avtalspartner.

64 §

Annonsering om direktupphandling samt slutande av upphandlingskontrakt

Vid direktupphandling kan den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet, innan upphandlingskontraktet sluts, sända en annons om direktupphandlingen för publicering. Upphandlingskontraktet kan då slutas tidigast 14 dagar efter det att annonsen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning.

Upphandlingsrättelse

65 §

Upphandlingsrättelse

På upphandling som omfattas av tillämpningsområdet för denna lag tillämpas på motsvarande sätt bestämmelserna om upphandlingsrättelse i 80—83 § i lagen om offentlig upphandling. På upphandlande enheter som avses i 5 § mom. i denna lag tillämpas 83 § i upphandlingslagen.

Upphandlingsdokumentens offentlighet

66 §

Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet

Lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (62/1999) tillämpas på offentlighet för den upphandlande enhetens handlingar och de avgifter som tas ut för dessa samt på en parts rätt att ta del av handlingarna, om enheten är en myndighet som avses i 4 § i den lagen eller om den på grundval av en bestämmelse någon annanstans i lag är skyldig

att följa lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet.

Det som lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet föreskriver om en parts rätt att ta del av en handling, när en handling blir offentlig samt behandling och avgörande av ett ärende som gäller rätt att få ta del av en handling tillämpas på rätten för den som deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av någon annan än en upphandlande enhet enligt 1 mom. att ta del av handlingar som enheten har upprättat och fått för handläggningen av anbudet och på tystnadsplikten för anställda vid den upphandlade enheten.

Ett beslut av den upphandlade enheten som gäller rätten att ta del av en handling får överklagas i enlighet med 33 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Behörig förvaltningsdomstol i överklaganden som gäller beslut av andra upphandlade enheter än de som är myndigheter är den förvaltningsdomstol i vars domkrets den upphandlande enheten finns.

8 kap

Rättsmedel av särskilda bestämmelser

67 §

Ändringssökande och påföljder

På upphandling som omfattas av tillämpningsområdet för denna lag tillämpas på motsvarande sätt bestämmelserna om överklagande och påföljder i 11 kap. i lagen om offentlig upphandling.

68 §

Att lämna uppgifter

Oberoende av vad som i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller någon annan lag bestäms om sekretess ska den upphandlande enheten för tillsyn över upphandlingar och informationsutbyte i den omfattning som förutsätts i gemenskapens lag-

stiftning lämna statistiska och andra uppgifter till myndigheterna i Finland och Europeiska unionens institutioner om olika skeden i sin upphandling och om de upphandlingar den företagit. Oberoende av sekretessbestämmelserna har arbets- och näringsministeriet rätt att vidarebefordra uppgifter som ministeriet fått på basis av denna lag till Europeiska gemenskapens myndigheter.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de i 1 mom. avsedda skyldigheterna beträffande statistikföring som nämns i artikel 67 i försörjningsdirektivet samt om den upphandlande enhetens skyldighet att upprätta i artiklarna 19, 20, 23, 49 och 50 i försörjningsdirektivet avsedda utredningar om upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut och sammanställa annan information som ska sändas till Europeiska unionens institutioner.

Denna lag träder i kraft den 20 .

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan denna lag har trätt i kraft, ska de bestämmelser som gällde vid ikraftträdandet tillämpas på upphandlingen. Upphandlingsförfarandet anses ha inletts vid tidpunkten för publicering av upphandlingsannonsen. Vid upphandling som inte förutsätter publicering av en upphandlingsannons anses upphandlingen ha inletts vid tidpunkten för avsändande av anbudsförfrågan eller inbjudan att förhandla eller vid inledande av förhandlingar med leverantörerna.

Oberoende av vad som föreskrivs i 2 mom. ska behandlingen av ärenden som är anhängiga i marknadsdomstolen, förvaltningsdomstolen och högsta förvaltningsdomstolen vid ikraftträdandet av denna lag slutföras med iakttagande av bestämmelser som gällde vid ikraftträdande. På behandlingen av ett sådant ärende tillämpas dock vad som föreskrivs i de bestämmelser som avses i 67 § om riktande av påföljd, vite och skyldighet att ersätta rättegångskostnader samt bestämmande av rättegångskostnader.

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan före ikraftträdandet av denna lag och den upphandlande enheten efter ikraftträdande vid upphandlingsförfarandet fattar ett sådant beslut eller vidtar en sådan åtgärd som påverkar anbudssökandens ställning, ska med avvikelse från 2 mom. 59, 65 och 67 § i denna lag tillämpas på upphandlingsbeslutet och behandlingen i marknadsdomstolen. I nämnda 67 § avsedda bestämmelser om riktande av påföljd, vite och skyldighet att ersätta rättegångskostnader samt om bestämmande av rättegångskostnader ska dessutom tillämpas på ansökningar som blir anhängiga i marknadsdomstolen efter det att denna lag har trätt i kraft, om ansökningarna gäller upphandlingsbeslut som har fattats före ikraftträdandet.

Åtgärder som verkställigheten av denna lag förutsätter får vidtas innan lagen träder i kraft.

3.

Lag**om ändring av marknadsdomstolslagen**

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i marknadsdomstolslagen av den 28 december 2001 (1527/2001) 1 § 1 mom. 2 punkten, 9 § 1 mom. och 10–12 §,
 av dem 1 § 1 mom. 2 punkten sådan den lyder i lag 1173/2004 och 9 § 1 mom. sådant det lyder i lag 320/2004, som följer:

1 §

Marknadsdomstolens behörighet och verksamhetsställe

Marknadsdomstolen behandlar de ärenden som hör till dess behörighet enligt

2) lagen om offentlig upphandling (348/2007) och lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007),

mot får också ensam besluta om verkställigheten och de åtgärder som behövs i beredningen ett ärende. Dessutom får en lagfaren ledamot ensam avgöra ärenden som avses i 20 a § i lagen om konkurrensbegränsningar. Marknadsdomstolen är behörig att avgöra ärenden som avses i detta moment även i en sammansättning med två eller tre lagfarna ledamöter.

10 §

Förstärkt sammanträde

9 §

Domförhet

En lagfaren ledamot vid marknadsdomstolen får ensam fatta beslut i sådana fall då besvär eller en ansökan återtas eller då ett ärende avvisas eller avskrivs. En lagfaren leda-

Marknadsdomstolen kan hålla förstärkt sammanträde som är domfört med fem lagfarna ledamöter. Om ärendet till sin juridiska natur är sådant att en sakkunnigledamot med uppdraget som bisyssla ska delta i behandlingen, ska det i det förstärkta sammanträdet delta minst en och högst tre sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla.

För att säkerställa en enhetlig rättskipning kan överdomaren eller dennes ställföreträdare överföra ett rättskipningsärende till förstärkt sammanträde, om avgörandet kan komma att innebära avvikelser från tidigare praxis eller ärendet kan vara av principiell betydelse med tanke på tillämpning av lag.

När överdomaren eller dennes ställföreträdare beslutar att ett ärende ska överföras till förstärkt sammanträde ska han eller hon samtidigt utse de lagfarna ledamöter och sakkunnigledamöter som ska delta i behandlingen av ärendet. De ledamöter och sakkunnigledamöter som har deltagit i den tidigare behandlingen av ärendet deltar i behandlingen av ärendet också vid det förstärkta sammanträdet.

11 §

Plenum

I marknadsdomstolen hålls plenum för behandling av rättskipningsärenden och förvaltningsärenden.

För att säkerställa en enhetlig rättskipning kan överdomaren eller dennes ställföreträdare överföra ett rättskipningsärende till plenum, om avgörandet kan vara av principiell betydelse med tanke på tillämpning av lag.

Bestämmelser om behandling av förvaltningsärenden i plenum utfärdas genom förordning av justieministeriet.

12 §

Plenumets domförhet

Marknadsdomstolen är för behandling av förvaltningsärenden och rättskipningsärenden domför i plenum i en sammansättning där överdomaren eller dennes ställföreträdare är ordförande och minst hälften av marknadsdomstolens lagfarna ledamöter deltar i behandlingen.

Om ett ärende som överförts till rättskipningsplenum till sin juridiska natur är sådant att en sakkunnigledamot med uppdraget som bisyssla deltar i behandlingen, deltar i plenumet utöver de lagfarna ledamöterna minst en och högst tre sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla. De ledamöter och sakkunnigledamöter som har deltagit i den tidigare behandlingen av ärendet deltar i behandlingen i plenum. Överdomaren eller dennes ställföreträdare förordnar i övrigt de sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla som deltar i behandlingen av ärendet.

Denna lag träder i kraft den 20 .

Om beslut om att ärende ska behandlas vid förstärkt sammanträde har fattats i innan lagen har trätt i kraft, ska de bestämmelser som gällde vid ikraftträdandet tillämpas på ärendet.

Helsingfors den 9 oktober 2009

Republikens President

TARJA HALONEN

Arbetsminister *Anni Sinnemäki*

*Bilagor
Parallelltexter*

1.

Lag

om ändring av lagen om offentlig upphandling

I enlighet med riksdagens beslut

ändras i lagen av den 30 mars 2007 om offentlig upphandling (348/2007) 1 § 3 mom., 15 §, 21 § 3 mom., 35 §, 73 § och kapitelrubriken före 73 § samt 74 och 75 §, 76 § och kapitelrubriken före 76 § samt 77—85 §, och

fogas nya mellanrubriker före de ändrade 73, 76, 80 och 84 § och till lagen nya 86—108 §, samtidigt som den ändrade kapitelrubriken före den nuvarande 76 § flyttas före den ändrade 85 §, kapitelrubriken före den nuvarande 85 § flyttas före den nya 108 §, den nuvarande 86 § blir en ny 109 § och den nuvarande 87 § blir en ny 110 § som följer:

Gällande lydelse

Föreslagen lydelse

1 §

1 §

Lagens syfte

Lagens syfte

Genom denna lag genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, nedan *upphandlingsdirektivet*, och rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg-

Genom denna lag genomförs
1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, nedan *upphandlingsdirektivet*,
2) rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för

och anläggningsarbeten, nedan *rättsmedelsdirektivet*

prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, nedan *rättsmedelsdirektivet*, och

3) *Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, nedan rättskyddsdirektivet.*

15 §

Nationella tröskelvärden

Denna lag tillämpas inte

1) på varu- eller tjänsteupphandling, projektävlingar eller tjänstekoncessioner, om upphandlingens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt understiger 15 000 euro,

2) avvikande från vad 1 punkten anger om tjänsteupphandling, på hälsovårds- och socialtjänster enligt bilaga B (grupp 25) till denna lag och på tjänster enligt bilaga B, vilka anskaffas i enlighet med 6 kap. 3 § i lagen om offentlig arbetskraftsservice (1295/2002) som gemensam anskaffning med arbetsgivaren, om anskaffningens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt understiger 50 000 euro, samt

3) på byggentreprenader och byggkoncessioner, om upphandlingens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt understiger 100 000 euro.

15 §

Nationella tröskelvärden

Denna lag tillämpas inte

1) på varu- eller tjänsteupphandling, projektävlingar eller tjänstekoncessioner, om upphandlingens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt är *mindre än 30 000 euro*,

2) med avvikelse från vad som föreskrivs om tjänsteupphandling i 1 punkten på hälsovårds- och socialtjänster enligt bilaga B (grupp 25) till denna lag och på *utbildningstjänster* enligt bilaga B, om *utbildningstjänsterna* anskaffas i enlighet med 6 kap. 3 § i lagen om offentlig arbetskraftsservice (1295/2002) som gemensam anskaffning med arbetsgivaren, om upphandlingens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt är *mindre än 100 000 euro*, samt

3) på byggentreprenader och byggkoncessioner, om upphandlingens uppskattade värde exklusive mervärdesskatt är *mindre än 150 000 euro*.

21 §

Bestämmelser som tillämpas på varu- och tjänsteupphandling, tjänstekoncessioner och byggentreprenader

På de tjänsteupphandlingar enligt bilaga B som överstiger det EU-tröskelvärde som avses i 16 § 1 mom. 1 eller 2 punkten tillämpas dessutom det som i 35 § sägs om annonseringsskyldighet i efterhand samt i 44–46 § om tekniska specifikationer, tekniska specifikationer som gäller miljöegenskaper och bevis

21 §

Bestämmelser som tillämpas på varu- och tjänsteupphandling, tjänstekoncessioner och byggentreprenader

När tjänsteupphandlingar enligt bilaga B överstiger EU- tröskelvärden som anges i 16 § 1 mom. 1 eller 2 punkten tillämpas dessutom det som föreskrivs i 35 § om annonseringsskyldighet i efterhand och annonsering om direktupphandling samt i 44–46 § om tekniska specifikationer, tekniska specifika-

*Gällande lydelse**Föreslagen lydelse*

som anbudsgivaren lägger fram.

tioner som gäller miljöegenskaper och bevis som anbudsgivaren lägger fram.

35 §

35 §

*Annonseringsskyldighet**Annonser om upphandling*

En upphandlande enhet skall sända en förhandsannons, en upphandlingsannons, en annons om projekttävling, en annons om byggkoncession och en annons i efterhand för publicering på det sätt som statsrådet närmare bestämmer genom förordning. En koncessionshavare som inte är en upphandlande enhet skall dessutom sända en upphandlingsannons om byggentreprenad som grundar sig på en byggkoncession för publicering.

En upphandlande enhet ska sända en förhandsannons, en upphandlingsannons, en annons om projekttävling, en annons om byggkoncession och en annons i efterhand för publicering. *En upphandlande enhet kan också sända en annons om direktupphandling för publicering.* Om koncessionshavare inte är en upphandlande enhet ska koncessionshavare dessutom sända en upphandlingsannons om byggentreprenad som grundar sig på en byggkoncession för publicering.

Upphandlingsannonserna skall skickas för publicering till den som handels- och industriministeriet fastställer.

Arbets- och näringsministeriet bestämmer vem upphandlingsannonserna ska sändas till för publicering.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de skyldigheter att annonsera, de kommunikationsmedier som används för att skicka annonserna, innehållet i annonserna, publiceringen av dem samt övriga faktorer i anknytning till annonseringsskyldigheten, vilka avses i denna paragraf och anges i upphandlingsdirektivet.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om annonsskyldigheten enligt *1 mom.*, de kommunikationsmedier som används för att sända annonserna, innehållet i och publiceringen av annonserna samt sådana övriga omständigheter i samband med annonseringen av upphandlingen, *som förutsätts i upphandlingsdirektivet, i rättsskyddsdirektivet och nationellt.*

10 kap

10 kap

Upphandlingsbeslut och upphandlingskontrakt**Upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlig***Upphandlingsbeslut och delgivning*

73 §

73 §

*Upphandlingsbeslut och delgivning**Upphandlingsbeslut*

Den upphandlande enheten skall fatta ett

Den upphandlande enheten ska fatta ett

skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Till beslutet, som skall motiveras, skall fogas en skriftlig anvisning om hur ärendet kan föras till marknadsdomstolen (anvisning om hur man söker ändring). Beslutet jämte motivering och anvisningen om hur man söker ändring skall skriftligen delges de parter som saken gäller. Anbudssökandena och anbudsgivarna anses, om inte något annat visas, ha fått del av beslutet och anvisningen om hur man söker ändring den sjunde dagen efter det att handlingarna sändes.

I fråga om anvisningen om hur man söker ändring gäller i tillämpliga delar bestämmelserna om besvärshanvisning i 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996).

skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Beslutet ska motiveras.

De faktorer som väsentligen har påverkat avgörandet ska framgå av beslutet eller av de övriga handlingarna som hänför sig till beslutet. Sådana faktorer är åtminstone grunderna för att en anbudssökande, en anbudsgivare eller ett anbud har förkastats och de grunder på vilka de godkända anbuden har jämförts. I ett beslut som gäller konkurrensutsättning av en upphandling som grundar sig på ramavtal är det tillräckligt att konstatera de faktorer som visar att kriterierna för val och jämförelse av anbud har tillämpats på det sätt som förutsatts i 32 §. Om det vid upphandlingen ska iakttas en väntetid som avses i 77 §, ska det dessutom av beslutet eller av de handlingar som hänför sig till det framgå när upphandlingskontraktet kan slutas.

En upphandlande enhet behöver inte fatta ett beslut som avses i denna paragraf om en tilläggsbeställning som avses i 28 § eller om en temporär organisering av upphandling som avses i 93 §.

Vid upphandling som grundar sig på ramavtal behöver den upphandlande enheten inte fatta ett beslut som avses i denna paragraf, om

1) upphandlingen görs på de villkor som har fastställts i ramavtalet utan konkurrensutsättning, eller

2) upphandlingens värde vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtalet inte överstiger EU-tröskelvärdet.

(se 74 § Besvärshanvisning och rättelseanvisning)

74 §

Slutande av upphandlingskontrakt

Efter det att upphandlingsbeslutet har fattats skall den upphandlande enheten sluta ett skriftligt kontrakt om upphandlingen. Vid upphandling som överstiger ett EU-tröskelvärde enligt 16 § får upphandlingskon-

(se 76 § Slutande av upphandlingskontrakt)

traktet slutas och beslut verkställas tidigast 21 dagar efter det att anbudssökandena och anbudsgivarna har fått eller anses ha fått del av beslutet och anvisningen om hur man söker ändring. Upphandlingskontraktet kan emellertid också slutas tidigare om detta av ett tvingande allmänintresse eller av oförutsebara skäl som inte beror på den upphandlande enheten är absolut nödvändigt.

75 §

Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet

(se 84 § Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet och 104 § Att överklaga upphandlingsbeslut av myndigheter inom kyrkan)

Lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) tillämpas på offentlighet för den upphandlande enhetens handlingar och de avgifter som tas ut för dessa samt på en parts rätt att ta del av handlingarna, om enheten är en myndighet som avses i 4 § i den lagen eller om den på grundval av en bestämmelse någon annanstans i lag är skyldig att följa lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet.

Det som lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet föreskriver om en parts rätt att ta del av en handling, när en handling blir offentlig samt behandling och avgörande av ett ärende som gäller rätt att få ta del av en handling tillämpas på rätten för den som deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av någon annan än en upphandlande enhet enligt 1 mom. att ta del av handlingar som enheten har upprättat och fått för handläggningen av anbudet och på tystnadsplikten för anställda vid den upphandlade enheten.

Ett beslut av den upphandlade enheten som gäller rätten att ta del av en handling får överklagas i enlighet med 33 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Behörig förvaltningsdomstol i överklaganden som gäller beslut av andra upphandlade enheter än de som är myndigheter är den förvaltningsdomstol i vars domkrets den upphandlande enheten finns.

Kyrkolagen tillämpas på överklagande i beslut av myndigheter inom den evangelisk-lutherska kyrkan.

(se 73 § Upphandlingsbeslut och delgivning)

74 §

Besvärсанvisning och rättelseanvisning

Den upphandlande enheten ska till sitt beslut foga en besvärсанvisning, där det redogörs för möjligheterna att föra ärendet till marknadsdomstolen, den upphandlande enhetens kontaktinformation för den annons som avses i 88 § samt anvisningar om användning av rättsmedel (rättelseanvisning), där det redogörs för hur anbudssökanden eller anbudsgivaren kan föra ärendet för ny behandling i form av upphandlingsrättelse.

På utfärdande och rättelse av besvärсанvisningar och rättelseanvisningar tillämpas annars för besvärens del bestämmelserna i 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) och för rättelseanvisningens del bestämmelserna i 7 kap. i förvaltningslagen (434/2003).

(se 73 § Upphandlingsbeslut och delgivning)

75 §

Delgivning av ett upphandlingsbeslut

Den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besvärсанvisning och rättelseanvisning ska skriftligen delges dem som saken gäller. Beslutet jämte ovan nämnda handlingar delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har meddelat den upphandlande enheten. Vid användning av den elektroniska kontaktinformationen anses anbudssökanden och anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna den dag det elektroniska meddelandet med dokumenten står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat på ett sådant sätt att meddelandet kan hanteras. Dagen för avsändandet av meddelandet anses vara en sådan tidpunkt, om det inte ges en tillförlitlig redogörelse om att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller om en motsvarande omständighet som

har lett till att det elektroniska meddelandet har nått mottagaren vid en vid en senare tidpunkt. Vid elektronisk delgivning ska den upphandlande enheten i sitt meddelande särskilt ange dagen för avsändandet av meddelandet.

Beslutet med motivering samt besvärсанvisningen och rättelseanvisningen kan också delges i ett vanligt brev i enlighet med bestämmelserna i förvaltningslagen. Anbudssökanden och anbudsgivaren anses ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna på den sjunde dagen efter avsändandet, om inte anbudssökanden eller anbudsgivaren visar att delgivningen har skett vid en senare tidpunkt.

(se 74 § Slutande av upphandlingskontrakt)

Upphandlingskontrakt

76 §

Slutande av upphandlingskontrakt

Efter att upphandlingsbeslutet har fattats ska den upphandlande enheten sluta ett upphandlingskontrakt. Upphandlingskontraktet uppstår genom undertecknande av ett skriftligt kontrakt.

(se 74 § Slutande av upphandlingskontrakt)

77 §

Väntetid

Vid upphandling som överstiger i 16 § angivna EU- tröskelvärden får upphandlingskontrakt slutas tidigast 21 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått eller anses ha fått del av beslutet och besvärсанvisningen (**väntetid**).

Väntetid tillämpas inte på direktupphandling.

Bestämmelser om hur ändringssökandet påverkar slutandet av upphandlingskontrakt finns i 90 §.

(se 74 § Slutande av upphandlingskontrakt)

78 §

Undantag från bestämmelserna om väntetid

Väntetid behöver inte iakttas, om

1) kontraktet gäller upphandling som görs på grundval av ett ramavtal enligt 32 §,

2) upphandlingskontraktet sluts med den enda anbudsgivaren som lämnar ett godtagbart anbud och det i anbudsförfarandet inte längre deltar andra anbudsgivare eller anbudssökande vars ställning kan påverkas av valet av avtalspartner.

79 §

Annonsering om direktupphandling samt slutande av upphandlingskontrakt

Vid direktupphandling som överstiger i 16 § angivna EU- tröskelvärden får den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet, innan upphandlingskontraktet sluts, sända en annons om direktupphandlingen för publicering. Upphandlingskontraktet kan då slutas tidigast 14 dagar efter det att annonsen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning.

Upphandlingsrättelse

80 §

Hur en upphandlingsrättelse görs

Den upphandlande enheten kan själv undanröja sitt felaktiga beslut eller återkalla en annan åtgärd som har rättsliga följder för anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ställning och avgöra ärendet på nytt (upphandlingsrättelse), om beslutet eller åtgärden grundar sig på ett fel i tillämpningen av la-

gen.

Rättelse av ett beslut eller en åtgärd förutsätter inte parts samtycke. Ett beslut eller en åtgärd kan dock inte rättas i form av upphandlingsrättelse, om ett upphandlingskontrakt har slutits.

81 §

Hur en upphandlingsrättelse anhängiggörs

Den upphandlande enheten kan ta upp en upphandlingsrättelse till behandling på eget initiativ eller på yrkande av part. Den upphandlande enheten ska omedelbart meddela dem som saken gäller att en upphandlingsrättelse har anhängiggjorts.

Part ska framställa yrkande inom 14 dagar efter det att ha del av den upphandlande enhetens beslut eller åtgärd. Den upphandlande enheten kan själv åta sig att rätta upphandlingsbeslutet eller åtgärden inom 60 dagar efter det att det beslut har fattats eller den åtgärd har vidtagits som är föremål för upphandlingsrättelsen.

Överklagande till marknadsdomstolen hindrar inte att en upphandlingsrättelse görs eller behandlas. En upphandlingsrättelse kan även gälla den upphandlande enhetens lagkraftvunna beslut, om ärendet inte har förts till marknadsdomstolen.

82 §

Hur behandlingen av en upphandlingsrättelse påverkar behandlingen i marknadsdomstolen

Anhängiggörande och behandling av en upphandlingsrättelse påverkar inte den tidsfrist under vilken part med stöd av denna lag har rätt att överklaga genom besvär hos marknadsdomstolen.

Om ett beslut eller en åtgärd som ska rättas har överklagats hos marknadsdomstolen, ska marknadsdomstolen underrättas om upp-

tagandet av ärendet till behandling såsom upphandlingsrättelse och tillställas beslutet i ärendet. Vid behandlingen av en upphandlingsrättelse kan den upphandlande enheten förbjuda verkställigheten av beslutet eller åtgärden eller bestämma att den ska avbrytas. Marknadsdomstolen ska underrättas om att verkställigheten har förbjudits eller avbrutits, om ändring har sökts i ärendet genom besvär hos marknadsdomstolen.

Om den upphandlande enheten rättar sitt upphandlingsbeslut eller någon annan av sina åtgärder genom upphandlingsrättelse, så att den som har överklagat hos marknadsdomstolen inte längre är i behov av rättskydd och inte har behov av att få ett motiverat beslut, kan marknadsdomstolen avskriva ett sådant ärende från vidare behandling utan att fälla ett avgörande i huvudsaken.

83 §

Tillämpningen av en upphandlingsrättelse på andra upphandlingar

En upphandlingsrättelse tillämpas även på sådan rättelse av den upphandlande enhetens beslut eller andra åtgärder i upphandlingsförfarandet som denna lag inte annars tillämpas på. Ett beslut som fattas med anledning av en sådan upphandlingsrättelse får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen.

(se 75 § Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet och 85 § Att lämna uppgifter)

Upphandlingsdokumentens offentlighet

84 §

Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet

Lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) tillämpas på offentligheten i fråga om den upphandlande enhetens handlingar och de avgifter som tas ut för

dessa handlingar samt på parts rätt att ta del av handlingarna, om enheten är en myndighet som avses i 4 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller om den upphandlande enheten på grundval av en bestämmelse någon annanstans i lag är skyldig att följa den lagen.

På rätten för den som deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av någon annan än en upphandlande enhet enligt 1 mom. att ta del av handlingar som enheten har upprättat och fått för handläggningen av anbudet och på tystnadsplikten för anställda vid den upphandlade enheten.

Som tillämpas det i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet föreskrivs om parts rätt att ta del av en handling, när en handling blir offentlig samt behandling och avgörande av ett ärende som gäller rätt att få ta del av en handling.

Ett beslut av den upphandlade enheten som gäller rätten att ta del av en handling får överklagas i enlighet med 33 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Behörig förvaltningsdomstol vid besvär över beslut av andra upphandlade enheter än de som är myndigheter är den förvaltningsdomstol i vars domkrets den upphandlande enheten finns.

I kyrkolagen (1954/1993) föreskrivs om offentlighet för evangelisk-lutherska kyrkans och dess församlingars handlingar.

11 kap

Rättsmedel

76 §

Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen

(se 94 § Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen)

Om det vid en upphandling har förfarits i strid med denna lag eller med stöd av bestämmelser utfärdade enligt den eller i strid med Europeiska gemenskapens lagstiftning eller Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling, kan marknadsdomsto-

len på ansökan

1) helt eller delvis undanröja ett beslut av en upphandlande enhet,

2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars följa ett oriktigt förfarande,

3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande, eller

4) ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, om förfarandet hade varit felfritt.

Gottgörelse kan påföras, om en åtgärd som avses i 1 mom. 1–3 punkten kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden skulle medföra eller om ansökan gjorts först efter det att upphandlingskontraktet slutits. När gottgörelse påförs skall hänsyn tas till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till, upphandlingens totala värde och de kostnader och den skada som sökanden orsakats.

77 §

(se 86 § Föremål för ändringssökande och 87 § Tid för ändringssökande)

Att föra ärenden till marknadsdomstolen

En ansökan som avses i 76 § 1 mom. skall göras skriftligen. Ansökan skall göras inom 14 dagar från det att en anbudssökande eller anbudsgivare *skriftligen* har fått del av det beslut som avses i 73 § 1 mom. samt en anvisning om hur man söker ändring. Att ett upphandlingskontrakt slutits utgör inget hinder för att ansökan behandlas.

78 §

(se 85 § Berättigade att söka ändring)

Parter

Ett ärende om upphandling kan göras anhängigt vid marknadsdomstolen av den som ärendet gäller.

Ett ärende kan dessutom föras till mark-

nadsdomstolen av handels- och industriministeriet, om det gäller gemenskapens tillsynsförfarande. I ärenden som avses i 13 § kan ärendet föras till marknadsdomstolen även av en sådan statlig eller kommunal myndighet eller annan aktör som har beviljat projektstöd för genomförandet av byggnadsprojektet.

79 §

Temporära förbud

(se 93 § Temporär organisering av upphandling)

Efter det att en ansökan som avses i 76 § 1 mom. har gjorts kan marknadsdomstolen temporärt förbjuda eller avbryta verkställigheten av ett beslut eller i övrigt bestämma att upphandlingen temporärt skall avbrytas för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen. Ett förbud som avses i 76 § 1 mom. 2 punkten och ett åliggande som avses i 3 punkten kan också utfärdas temporärt för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Vid beslut om en åtgärd enligt 1 mom. skall marknadsdomstolen fästa uppmärksamhet vid att åtgärden inte orsakar större skada för motparten, för andra personers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför.

Marknadsdomstolens överdomare eller en marknadsrättsdomare kan i brådska fall besluta om temporära åtgärder enligt 1 mom.

80 §

Hörande och annat förfarande

Marknadsdomstolen får inte utfärda temporärt förbud eller avbrytande i ett upphandlingsärende och inte heller avgöra ett ärende utan att den upphandlande enheten och andra som saken gäller ges möjlighet att bli hörda. Om syftet med en temporär åtgärd som behövs i ett ärende i annat fall kan äventyras, kan åtgärden dock vidtas utan att sådan möjlighet att bli hörd ges.

Marknadsdomstolen kan ålägga en part att infinna sig till ett sammanträde och att lägga fram handlingar som klarlägger det aktuella ärendet. Om skyldigheten inte fullgörs eller

om parten utan laga förfall uteblir från marknadsdomstolens sammanträde, kan parten vid vite föreläggas att lägga fram handlingarna eller att infinna sig till ett sammanträde.

Vid behandlingen av ett ärende som hör till marknadsdomstolens behörighet tillämpas i övrigt vad som bestäms i förvaltningsprocesslagen, dock inte 74 § 3 mom. i nämnda lag.

81 §

(se 100 § Vite)

Vite

Marknadsdomstolen kan förena ett förbud enligt 76 § 1 mom. 2 punkten och ett åläggande enligt 76 § 1 mom. 3 punkten med vite. *Marknadsdomstolen kan förelägga vite också när den med stöd av 79 § 1 mom. bestämmer att upphandlingen temporärt skall avbrytas för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen samt när den med stöd av 79 § 2 mom. temporärt utfärdar ett förbud som avses i 76 § 1 mom. 2 punkten eller ett åläggande som avses i 76 § 1 mom. 3 punkten för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen. På föreläggande och utdömande av vite tillämpas viteslagen (1113/1990).*

82 §

(se 102 § Besvärsförbud)

Besvärsförbud

I ett ärende som hör till marknadsdomstolens behörighet får ändring inte sökas genom besvär med stöd av kommunallagen (365/1995) eller förvaltningsprocesslagen på den grunden att beslutet strider mot denna lag.

83 §

(se 103 § Att överklaga marknadsdomstolens beslut och 106 § 1 mom.)

Att överklaga marknadsdomstolens beslut

Ändring i marknadsdomstolens beslut får sökas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen i den ordning som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen. Marknadsdomstolens

beslut skall trots besvär iakttas, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat.

84 §

(se 107 § Skadestånd)

Skadestånd

Den som genom förfarande som strider mot denna lag eller med stöd av den utfärdade bestämmelser, Europeiska gemenskapens lagstiftning eller Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling orsakar en anbudssökande, anbudsgivare eller leverantör skada är skyldig att ersätta skadan.

När skadeståndskravet gäller de kostnader som uppkommit på grund av anbudsförfarandet är det för utdömande av skadestånd dock tillräckligt att anbudssökanden eller anbudsgivaren leder i bevis ett oriktigt förfarande som avses i 1 mom. och att anbudssökanden eller anbudsgivaren, om förfarandet hade varit felfritt, skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

Behörig domstol i de ärenden som avses i 1 och 2 mom. är en underrätt i enlighet med 10 kap. i rättegångsbalken.

(se 78 § Parter)

11 kap

Ändringssökande och påföljder

85 §

Berättigade att söka ändring

Ett ärende om upphandling kan göras anhängigt vid marknadsdomstolen genom besvär av den som ärendet gäller.

Ett ärende kan dessutom föras till marknadsdomstolen genom *besvär*

1) av *arbets- och näringsministeriet*, om ärendet gäller gemenskapens tillsynsförfarande,

2) också av en sådan statlig eller kommunal myndighet eller någon annan aktör som har beviljat projektstöd för genomförande av ett

byggnadsprojekt, om det gäller ett ärende som avses i 13 §.

85 §

Att lämna uppgifter

(se 108 § Att lämna uppgifter och 84 § Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet)

Utan hinder av vad i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller någon annan lag bestäms om sekretess skall den upphandlande enheten för tillsyn över upphandlingar och informationsutbyte i den omfattning som förutsätts i gemenskapens lagstiftning lämna statistiska och andra uppgifter till myndigheterna i Finland och Europeiska unionens institutioner om olika skeden i sin upphandling och om de upphandlingar den företagit. Utan hinder av sekretessbestämmelserna har handels- och industriministeriet rätt att vidarebefordra uppgifter som ministeriet fått på basis av denna lag till Europeiska gemenskapens myndigheter.

Angående offentligheten för evangelisk-lutherska kyrkans och dess församlingars handlingar gäller vad som särskilt föreskrivs om detta i kyrkolagen.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de i 1 mom. avsedda skyldigheterna beträffande statistikföring som nämns i artiklarna 75 och 76 i upphandlingsdirektivet samt om den upphandlande enhetens skyldighet att upprätta i artikel 43 i upphandlingsdirektivet avsedda protokoll om upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut och sammanställa annan information som skall sändas till Europeiska unionens institutioner.

86 §

Föremål för ändringssökande

Ett sådant beslut av en upphandlande enhet som avses i denna lag eller en åtgärd som har vidtagits i den upphandlande enhetens upphandlingsförfarande och som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning kan genom besvär föras till marknads-

domstolen.

Ett sådant beslut eller någon annan åtgärd av en upphandlande enhet som gäller enbart beredningen av ett upphandlingsförfarande kan inte föras till marknadsdomstolen genom besvär.

I en upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 32 § i denna lag får ändring inte sökas genom besvär, om inte marknadsdomstolen beviljar behandlingstillstånd i ärendet. Tillstånd ska beviljas, om

1) det är viktigt att pröva ärendet med tanke på tillämpningen av lagen i andra likadana ärenden eller

2) det finns ett vägande skäl som hänför sig till den upphandlande enhetens förfarande.

(se 77 § Att föra ärenden till marknadsdomstolen)

87 §

Tid för ändringssökande

Om inte något annat föreskrivs i denna paragraf, ska besvär anföras skriftligen inom 14 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet jämte besvärсанvisning.

Om den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet med stöd av 78 § 1 punkten har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden, ska besvär anföras inom 30 dagar efter det att anbudsgivaren har fått del av beslutet jämte besvärсанvisning.

Besvär ska lämnas in till marknadsdomstolen senast sex månader efter det att upphandlingsbeslutet har fattats, om anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet jämte besvärсанvisning och upphandlingsbeslutet har varit bristfälligt eller besvärсанvisningen har varit bristfällig.

Om den upphandlande enheten har sänt en annons om direktupphandling för publicering i Europeiska unionens officiella tidning, ska besvär anföras inom 14 dagar efter det att annonsen har publicerats.

Om en annons som avses i 4 mom. inte har publicerats, ska besvär över direktupphandling anföras

1) inom 30 dagar efter det att en annons i efterhand om direktupphandlingen har publicerats i Europeiska unionens officiella tid-

ning, eller

2) senast sex månader efter det att upphandlingskontraktet har slutits.

88 §

Underrättelse om ändringssökandet till den upphandlande enheten samt förteckning över upphandlingsärenden

Den som söker ändring i ett upphandlingsärende ska skriftligen underrätta den upphandlande enheten om att ärendet förs till marknadsdomstolen.

Underrättelsen ska lämnas in till den upphandlande enheten senast då besvären över upphandlingen lämnas in till marknadsdomstolen. Underrättelsen ska lämnas in på den adress som den upphandlande enheten har uppgett.

Marknadsdomstolen ska föra och publicera en så omfattande och aktuell förteckning som möjligt över de upphandlingsärenden som har inletts vid marknadsdomstolen.

89 §

Den upphandlande enheten som motpart samt ersättning av rättegångskostnader

Vid behandlingen av ett upphandlingsärende anses den upphandlande enheten som den överklagande partens eller myndighetens motpart.

På ersättningen av rättegångskostnaderna i ett upphandlingsärende tillämpas bestämmelserna i 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen.

När skyldigheten att ersätta motpartens rättegångskostnader tillämpas på den upphandlande enheten vad som föreskrivs om en myndighet eller annan offentlig part i 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen. Om den upphandlande enheten inte är en myndighet eller en juridisk person, kan skyldighet att ersätta motpartens rättegångskostnader

åläggas en myndighet eller en juridisk person som deltar i eller hör till den upphandlande enheten. Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsförfarandet på andra upphandlande enheters vägnar, kan skyldighet att ersätta rättegångskostnader åläggas upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar.

90 §

Hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt

Vid upphandling där en väntetid eller en i 79 § avsedd tidsfrist ska iakttas får den upphandlande enheten inte sluta ett upphandlingskontrakt, om ärendet har förts till marknadsdomstolen.

Om marknadsdomstolen avgör frågan om verkställighet eller fäller ett avgörande i huvudsaken innan väntetiden eller den tidsfrist som avses i 79 § har löpt ut, ska den upphandlande enheten iakttä väntetiden eller den tidsfrist som avses i 79 § trots marknadsdomstolens beslut.

(se 79 § Temporära förbud)

91 §

Marknadsdomstolens temporära beslut

Om besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen kan den temporärt förbjuda, avbryta eller tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet eller annars bestämmande att upphandlingsförfarandet temporärt ska avbrytas för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Vid beslut om en åtgärd enligt 1 mom. ska marknadsdomstolen fästa uppmärksamhet vid att åtgärden inte orsakar större skada för motparten, för andra personers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför.

En lagfaren medlem av marknadsdomsto-

len kan ensam besluta om temporära åtgärder.

92 §

Den upphandlande enhetens temporära förbindelse

När besvären har anhängiggjorts kan den upphandlande enheten ge marknadsdomstolen en skriftlig förbindelse att låta bli att verkställa upphandlingsbeslutet så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen.

Om den upphandlande enheten ger marknadsdomstolen en förbindelse som avses i 1 mom., ger marknadsdomstolen inte utan särskild orsak beslut om krav på ett temporärt förbud att verkställa upphandlingsbeslutet.

93 §

Temporär organisering av upphandling

Om besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen, kan den upphandlande enheten temporärt organisera upphandlingen genom att göra sin beställning hos den som har deltagit i upphandlingsförfarandet eller hos den tidigare leverantören, om inte upphandlingen på grund av sin art kan skjutas upp för den tid som ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

En temporär organisering av upphandlingen får inte hindra att marknadsdomstolen på ändringssökandens yrkande kan besluta att

1) den upphandlande enhetens beslut delvis eller helt upphävs,

2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iaktta ett oriktigt förfarande, eller

3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande.

(se 76 § Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen)

94 §

Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen

Om det vid en upphandling har förfarits i strid med denna lag eller bestämmelser som utfärdats med stöd av denna lag eller i strid med Europeiska gemenskapens lagstiftning eller Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling, kan marknadsdomstolen

1) helt eller delvis undanröja ett beslut av en upphandlande enhet,

2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars följa ett oriktigt förfarande,

3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande,

4) ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, om förfarandet hade varit felfritt,

5) bestämma en ogiltighetspåföljd för den upphandlande enheten,

6) bestämma att den upphandlande enheten ska betala staten en påföljdsavgift,

7) förkorta kontraktperioden för upphandlingskontraktet så att perioden löper ut efter en tid som marknadsdomstolen bestämmer.

I 95—98 § föreskrivs om bestämmande av påföljder som avses i 1 mom. 4—7 punkten. Marknadsdomstolen kan när dessa påföljder bestäms anse att ett upphandlingskontrakt har uppstått på grund av omständigheterna, om den upphandlande enheten uttryckligen har börjat genomföra upphandlingen.

Ogiltighetspåföljd, påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden kan bestämmas endast vid upphandling som överstiger i 16 § angivna EU- tröskelvärden. Ogiltighetspåföljd kan dock inte bestämmas vid tjänsteupphandling enligt bilaga B.

(se 76 § Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen)

95 §

Gottgörelse

Gottgörelse kan påföras, om en åtgärd som avses i 94 § 1 mom. 1—3 punkten kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför eller om besvären har lämnats in först efter det att upphandlingskontraktet slutits. När gottgörelse påförs ska hänsyn tas till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till, värdet av den upphandling som är föremål för besvär och de kostnader och den skada som sökanden orsakats. Marknadsdomstolen kan dock avstå från att påföra gottgörelse, om den upphandlande enheten har avhållit sig från att verkställa upphandlingsbeslutet under den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Gottgörelsebeloppet får inte utan särskilda skäl överstiga 10 procent av upphandlingskontraktets värde.

96 §

Ogiltighetspåföljd

Marknadsdomstolen kan bestämma att upphandlingskontraktet är ogiltigt, om

1) den upphandlande enheten har gjort en direktupphandling utan en sådan grund som nämns i denna lag och vid upphandlingen inte förfarit på det sätt som avses i 79 §,

2) den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iakttas vid upphandlingen,

3) den upphandlande enheten i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande.

I de situationer som avses i 1 mom. 2 och 3 punkten förutsätts dessutom att den upphandlande enheten har gjort sig skyldig till ett annat fel som strider mot denna lag och som har påverkat ändringssökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet.

Om den upphandlande enheten med stöd av 78 § vid konkurrensutsättning som grundar sig på ett ramavtal har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden och om förfarandet vid konkurrensutsättningen strider mot 32 § 2 eller 3 mom., så att felet har påverkat ändringssökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet, kan marknadsdomstolen förklara upphandlingskontraktet ogiltigt.

Marknadsdomstolen beslutar vilka av kontraktets förpliktelser ogiltighetspåföljden gäller. En ogiltighetspåföljd kan endast gälla kontraktsförpliktelser som parterna i upphandlingskontraktet ännu inte har uppfyllt.

97 §

När ogiltighetspåföljd inte bestäms

I de fall som avses i 96 § kan marknadsdomstolen avstå från att bestämma en ogiltighetspåföljd av tvingande hänsyn till det allmänna intresset. Ekonomiska fördelar som direkt hänför sig till kontraktet kan anses vara tvingande hänsyn endast om kontraktets ogiltighet skulle ha exceptionellt oskäliga följder.

98 §

Påföljdsavgift och förkortning av kontraktsperioden

Marknadsdomstolen kan bestämma att den upphandlande enheten betalar staten en påföljdsavgift, om

1) marknadsdomstolen har bestämt en ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet,

2) den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iaktas vid upphandlingen,

3) den upphandlande enheten i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande, eller

4) marknadsdomstolen av tvingande hänsyn till det allmänna intresset i enlighet med 97 § har avstått från att bestämma en ogiltighetspåföljd.

tighetspåföljd för kontraktet.

I det fall som avses ovan i 1 mom. 4 punkten kan marknadsdomstolen utöver eller i stället för att bestämma en påföljdsavgift förkorta upphandlingskontraktets giltighetstid så att den upphör efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen.

Marknadsdomstolen kan för en tjänsteupphandling enligt bilaga B till denna lag, när upphandlingens värde överstiger i 16 § angivna EU- tröskelvärden, ålägga den upphandlande enheten att betala staten en påföljdsavgift eller förkorta kontraktperioden så att upphandlingskontraktet upphör efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen, om den upphandlande enheten

1) har gjort en direktupphandling utan en sådan grund som nämns i denna lag och vid upphandlingen inte förfarit på det sätt som avses i 79 §,

2) har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iaktas vid upphandlingen,

3) i strid med 90 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande, eller

4) med stöd av 78 § vid konkurrensutsättning som grundar sig på ett ramavtal har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden och om förfarandet vid konkurrensutsättningen strider mot 32 § 2 eller 3 mom., så att felet har påverkat ändringssökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet.

I de situationer som avses i 3 mom. 2 och 3 punkten förutsätter för en förkortning av kontraktperioden dessutom att den upphandlande enheten har gjort sig skyldig till ett annat fel som strider mot denna lag och som har påverkat sökandens möjligheter att erhålla upphandlingskontraktet.

När en påföljd bestäms av marknadsdomstolen ska denna ta hänsyn till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till och värdet av den upphandling som är föremål för besvär. Påföljdsavgiftens belopp får inte överstiga 10 procent av upphandlingskontraktets värde.

99 §

Riktande och samverkan av påföljder

Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsförfarandet på andra upphandlande enheters vägnar, kan marknadsdomstolen besluta att den påföljd som den har bestämt ska bäras av den upphandlande enhet som har agerat på de andra upphandlande enheternas vägnar. Om en upphandlande enhet som inte själv är en myndighet eller en juridisk person har ansvarat för upphandlingsförfarandet, det beslutas att påföljden ska bäras av en upphandlande enhet som har deltagit i en sådan upphandlande enhets verksamhet och som är en myndighet eller en juridisk person.

När marknadsdomstolen bestämmer om påföljder som avses i denna lag ska den beakta att samverkan av påföljderna inte får bli oskälig för den upphandlande enheten eller dess kontraktspart.

(se 85 § Vite)

100 §

Vite

Marknadsdomstolen kan förena ett förbud eller ett åläggande enligt denna lag med vite. I viteslagen (1113/1990) föreskrivs om föreläggande och utdömande av vite.

Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsbeslutet eller någon annan åtgärd på andra upphandlande enheters vägnar, kan marknadsdomstolen rikta vitet mot den upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar. Om en upphandlande enhet som inte själv är en myndighet eller en juridisk person har ansvarat för upphandlingsförfarandet, kan vitet riktas mot en upphandlande enhet som har deltagit i en sådan upphandlande enhets verksamhet och som är en myndighet eller en juridisk person.

101 §

Delgivning av marknadsdomstolens beslut

Marknadsdomstolens beslut jämte besvär-anvisning delges bevisligen på det sätt som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen.

Med ändringssökandens och den upphandlande enhetens samtycke kan marknadsdomstolens beslut jämte besvär-anvisning delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som dessa parter har meddelat marknadsdomstolen.

Vid användning av den elektroniska kontaktinformationen anses ändringssökanden och den upphandlande enheten ha fått del av beslutet jämte besvär-anvisning den dag det elektroniska meddelandet har anlänt till mottagarens mottagarapparat, så att meddelandet kan hanteras. På elektronisk delgivning tillämpas i övrigt vad som föreskrivs i 75 § 1 mom.

(se 82 § Besvär-förbud)

102 §

Besvär-förbud

I ett ärende som hör till marknadsdomstolens behörighet får ändring inte sökas med stöd av kommunallagen (365/1995) eller förvaltningsprocesslagen.

(se 83 § Att överklaga marknadsdomstolens beslut)

103 §

Sökande av ändring i marknadsdomstolens beslut

Marknadsdomstolens beslut får överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen i den ordning som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen.

Ett sådant beslut av marknadsdomstolen som avses i 91 § 1 mom. får inte överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. Marknadsdomstolens beslut hindrar

Gällande lydelse

Föreslagen lydelse

inte att ärendet förs till marknadsdomstolen för nytt avgörande, om grunderna för det tidigare beslutet förändras.

Om marknadsdomstolens har beslutat att inte bevilja ett behandlingstillstånd som avses i 86 § 3 mom., får detta beslutet överklagas genom besvär endast om högsta förvaltningsdomstolen beviljar besvärstillstånd.

(se 75 § Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet)

104 §

Sökande av ändring i upphandlingsbeslut av myndigheter inom kyrkan

I kyrkolagen föreskrivs om sökande av ändring i beslut av myndigheter inom den evangelisk-lutherska kyrkan.

(se 80 § Hörande och annat förfarande)

105 §

Tillämpning av förvaltningsprocesslagen

På besvär tillämpas I övrigt förvaltningsprocesslagen, om inte något annat föreskrivs i denna lag.

(se 84 § Skadestånd)

106 §

Verkställighet av beslut

Marknadsdomstolens beslut där en påföljd som avses i 94 § 1 mom. 1—3 punkten har bestämts, ska iakttas trots ändringssökande, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat. Marknadsdomstolens beslut att bestämma en påföljd som avses i 94 § 1 mom. 4—7 punkten kan verkställas endast med stöd av ett lagakraftvunnet beslut.

Rättsregistercentralen sörjer för att beslutet om påföljdsavgift verkställs. Rättsregistercentralen ska underrättas om marknads-

domstolens och högsta förvaltningsdomstolens beslut om påföljdsavgifter.

107 §

Skadestånd

Den som genom ett förfarande som strider mot denna lag eller bestämmelser som utfärdats med stöd av denna lag, Europeiska gemenskapens lagstiftning eller Världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling orsakar en anbudssökande, anbudsgivare eller leverantör skada är skyldig att ersätta skadan.

När skadeståndskravet gäller kostnader som uppkommit på grund av anbudsförfarandet är det för utdömande av skadestånd dock tillräckligt att anbudssökanden eller anbudsgivaren leder ett oriktigt förfarande som avses i 1 mom. i bevis och att anbudssökanden eller anbudsgivaren om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

Behörig domstol i de ärenden som avses i 1 och 2 mom. är en underrätt som bestäms i enlighet med 10 kap. i rättegångsbalken.

12 kap.

Särskilda bestämmelser

108 §

Att lämna uppgifter

Oberoende av vad som i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller någon annan lag bestäms om sekretess ska den upphandlande enheten för tillsyn över upphandlingar och informationsutbyte i den omfattning som förutsätts i gemenskapens lagstiftning lämna statistiska och andra uppgifter till myndigheterna i Finland och Europeiska unionens institutioner om olika skeden i sin

upphandling och om de upphandlingar den företagit. Oberoende av sekretessbestämmelserna har *arbets- och näringsministeriet* rätt att vidarebefordra uppgifter som ministeriet fått på basis av denna lag till Europeiska gemenskapens myndigheter.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de i 1 mom. avsedda skyldigheterna beträffande statistikföring som nämns i artiklarna 75 och 76 i upphandlingsdirektivet samt om den upphandlande enhetens skyldighet att upprätta i artikel 43 i upphandlingsdirektivet avsedda utredningar om upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut och sammanställa annan information som ska sändas till Europeiska unionens institutioner.

Denna lag träder i kraft den 20 .

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan denna lag har trätt i kraft, ska de bestämmelser som gällde vid ikraftträdandet tillämpas på upphandlingen. Upphandlingsförfarandet anses ha inletts vid tidpunkten för publicering av upphandlingsannonsen. Vid upphandling som inte förutsätter publicering av en upphandlingsannons anses upphandlingen ha inletts vid tidpunkten för avsökande av anbudsförfrågan eller inbjudan att förhandla vid inledande av förhandlingarna med leverantörerna.

Oberoende av vad som föreskrivs i 2 mom. ska på behandlingen av ärenden som är anhängiga i marknadsdomstolen, förvaltningsdomstolen och högsta förvaltningsdomstolen vid ikraftträdandet av denna lag dock det tillämpas som i denna lag föreskrivs om inrikande av påföljd, vite och skyldigheten att ersätta rättegångskostnader samt bestämmande av rättegångskostnader.

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan lagen har trätt i kraft och den upphandlande enheten efter ikraftträdande vid upphandlingsförfarandet fattar ett sådant beslut eller vidtar en sådan åtgärd som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning, ska på upphandlingsbeslutet och på behandlingen av ärendet i marknadsdomstolen med avvikelse från 2 mom. tillämpas

74, 80—93, 99, 100, 102 och 103 § i denna lag. Bestämmelserna i denna lag om riktande av påföljd, vite och skyldighet att ersätta rättegångskostnader tillämpas dessutom i marknadsdomstolen på ansökningar som anhängiggörs efter lagens ikraftträdande och gäller upphandlingsbeslut som har fattats före ikraftträdandet.

Åtgärder som verkställigheten av lagen förutsätter får vidtas innan den träder i kraft.

Lag

om ändring av lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster

I enlighet med riksdagens beslut

ändras i lagen av den 30 mars 2007 om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007) 1 § 2 mom., 10 § 2 mom., 18 § 3 mom., 23 § samt 58 § och kapitelrubriken före 58 §, 59—62 §, samt

fogas nya mellanrubriker före de ändrade 58 och 61 §, till lagen nya 63—68 § och nya mellanrubriker före de nya 65 och 66 §, samtidigt som rubriken före den ändrade 61 § flyttas före den nya 67 § och den nuvarande 63 § blir en ny 69 § och den nuvarande 64 § blir en ny 70 § som följer:

Gällande lydelse

1 §

Syfte och tillämpningsområde

Genom denna lag genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, nedan *försörjningsdirektivet*, samt 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, nedan *andra rättsmedelsdirektivet*.

Föreslagen lydelse

1§

Syfte och tillämpningsområde

Genom denna lag genomförs

1) Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, nedan *försörjningsdirektivet*,

2) 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, nedan *andra rättsmedelsdirektivet*, samt

3) Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektiva förfaranden för prövning av offentlig upphandling, nedan **rättsskyddsdirektivet**.

10 §

Kontrakt som omfattar flera typer av verksamhet

Om en av dessa verksamheter omfattas av tillämpningsområdet för denna lag och en annan verksamhet inte omfattas av tillämpningsområdet för vare sig denna lag eller upphandlingslagen, och om det är omöjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som upphandlingen huvudsakligen gäller, skall upphandlingen göras enligt denna lag.

10 §

Kontrakt som omfattar flera typer av verksamhet

Om en av dessa verksamheter omfattas av tillämpningsområdet för denna lag och en annan av tillämpningsområdet för lagen om offentlig upphandling (348/2008), **nedan upphandlingslagen**, och om det är omöjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som upphandlingen huvudsakligen gäller, ska upphandlingen göras enligt upphandlingslagen.

18 §

Undantag från tillämpningsområdet i fråga om tjänsteupphandling

När upphandlingen endast gäller de tjänster som förtecknas i bilaga B eller dessa tjänster tillsammans med tjänsterna enligt bilaga A på så sätt att värdet av tjänsterna enligt bilaga B överstiger värdet av tjänsterna enligt bilaga A, tillämpas endast bestämmelserna om tekniska specifikationer i 40 och 41 § och bestämmelserna om annons i efterhand i 23 §.

18 §

Undantag från tillämpningsområdet i fråga om tjänsteupphandling

När upphandlingen endast gäller de tjänster som förtecknas i bilaga B eller dessa tjänster tillsammans med tjänsterna enligt bilaga A på så sätt att värdet av tjänsterna enligt bilaga B överstiger värdet av tjänsterna enligt bilaga A, tillämpas endast bestämmelserna om tekniska specifikationer i 40 och 41 §, bestämmelserna om annons i efterhand och annonsering om direktupphandling i 23 §, bestämmelserna om upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet i 7 kap. och bestämmelserna om rättsmedel och särskilda bestämmelser i 8 kap.

23 §

Annonsering om upphandling

Den upphandlande enheten skall sända en förhandsannons, en upphandlingsannons, en annons om projekttävling, en annons rörande leverantörsregister och en förenklad upphandlingsannons samt en annons i efterhand för publicering på det sätt som statsrådet närmare bestämmer genom förordning.

Upphandlingsannonserna skall skickas för publicering till den som handels- och industriministeriet fastställer.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de annonseringskyldigheter, såsom innehållet i annonserna och publiceringen av dem samt om de kommunikationsmedier som används för att skicka annonserna och övriga faktorer i anknytning till annonseringsskyldigheten, vilka avses i denna paragraf och anges i försörjningsdirektivet.

7 kap.

Upphandlingsbeslut, delgivning och upphandlingskontrakt

58 §

Upphandlingsbeslut och delgivning

Den upphandlande enheten skall fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Till beslutet, som skall motiveras, skall fogas en skriftlig anvisning om hur ärendet kan fö-

23 §

Annonser om upphandling

Den upphandlande enheten ska sända en förhandsannons, en upphandlingsannons, en annons om projekttävling, en annons rörande leverantörsregister, en *annons i efterhand* och en förenklad annons om *ett dynamiskt inköpssystem* för publicering. *En upphandlande enhet kan också sända en annons om direktupphandling för publicering.*

Upphandlingsannonserna ska sändas för publicering till den som *arbets- och näringsministeriet* fastställer.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de annonseringskyldigheter, såsom innehållet i annonserna och publiceringen av dem samt om de kommunikationsmedier som används för att sända annonserna och övriga faktorer i anknytning till *annonseringen om upphandlingen*, vilka avses i försörjningsdirektivet och *rättskyddsdirektivet*.

7 kap.

Upphandlingsbeslut, upphandlingskontrakt, upphandlingsrättelse och upphandlingsdokumentens offentlighet

58 §

Upphandlingsbeslut

Den upphandlande enheten ska fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Beslutet ska motiveras.

Upphandlingsbeslut och delgivning

ras till marknadsdomstolen (*anvisning om hur man söker ändring*). Beslutet jämte motivering och anvisningen om hur man söker ändring skall skriftligen delges de parter som saken gäller. Anbudssökandena och anbudsgivarna anses, om inte något annat visas, ha fått del av beslutet och anvisningen om hur man söker ändring den sjunde dagen efter det att handlingarna sändes.

I fråga om anvisningen om hur man söker ändring gäller i tillämpliga delar bestämmelserna om besvärshanvisning i 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996).

De faktorer som väsentligen har påverkat avgörandet ska framgå av beslutet eller av de övriga handlingarna som hänför sig till beslutet. Sådana faktorer är åtminstone grunderna för att en anbudssökande, en anbudsgivare eller ett anbud har förkastats och de grunder på vilka de godkända anbudena har jämförts. Av motiveringen ska dessutom framgå när upphandlingskontraktet kan slutas.

En upphandlande enhet behöver inte fatta ett beslut som avses i denna paragraf om upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 26 §, om en tilläggsbeställning som avses i 30 § eller om en temporär organisation av upphandling som avses i 93 § i upphandlingslagen.

(se 59 § Besvärshanvisning och rättelseanvisning)

59 §

Slutande av upphandlingskontrakt

Efter det att upphandlingsbeslutet har fattats skall den upphandlande enheten sluta ett skriftligt kontrakt om upphandlingen. Upphandlingskontraktet får slutas och *beslut verkställas* tidigast 21 dagar efter det att anbudssökandena och anbudsgivarna har fått eller anses ha fått del av beslutet och anvisningen om hur man söker ändring. Upphandlingskontraktet kan emellertid också slutas ti-

(se 61 § Slutande av upphandlingskontrakt)

digare om detta av ett tvingande allmänintresse eller av oförutsebara skäl som inte beror på den upphandlande enheten är absolut nödvändigt.

60 §

(se 66 § Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet)

Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet

Lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) tillämpas på offentlighet för den upphandlande enhetens handlingar och de avgifter som tas ut för dessa samt på en parts rätt att ta del av handlingarna, om enheten är en myndighet som avses i 4 § i den lagen eller om den på grundval av en bestämmelse någon annanstans i lag är skyldig att följa lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet.

Det som lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet föreskriver om en parts rätt att ta del av en handling, när en handling blir offentlig samt behandling och avgörande av ett ärende som gäller rätt att få ta del av en handling tillämpas på rätten för den som deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av någon annan än en upphandlande enhet enligt 1 mom. att ta del av handlingar som enheten har upprättat och fått för handläggningen av anbudet och på tystnadsplikten för anställda vid den upphandlade enheten.

Ett beslut av den upphandlade enheten som gäller rätten att ta del av en handling får överklagas i enlighet med 33 § i lagen om offentlighet för myndigheternas verksamhet. Behörig förvaltningsdomstol i överklaganden som gäller beslut av andra upphandlade enheter än de som är myndigheter är den förvaltningsdomstol i vars domkrets den upphandlande enheten finns.

(se 58 § Upphandlingsbeslut och delgivning)

59 §

Besväransvisning och rättelseanvisning

Den upphandlande enheten ska till sitt beslut foga en besväransvisning, där det redo-

görs för möjligheterna att föra ärendet till marknadsdomstolen och meddelas till vilken adress hos den upphandlande enheten ändringssökanden i ett upphandlingsärende ska meddela att ärendet förs till marknadsdomstolen samt anvisningen om användning av rättsmedel (rättelseanvisning), där det redogörs för hur anbudsansökaren eller anbudsgivaren kan föra ärendet för ny behandling i form av upphandlingsrättelse.

På utfärdande och rättelse av besvärсанvisningar och rättelseanvisningar tillämpas annars för besvärens del bestämmelserna i 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) och för rättelseanvisningens del bestämmelserna i 7 kap. i förvaltningslagen (434/2003).

(se 58 § Upphandlingsbeslut och delgivning)

60 §

Delgivning av ett upphandlingsbeslut

Den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besvärсанvisning och rättelseanvisning ska skriftligen delges dem som saken gäller. Beslutet jämte ovan nämnda handlingar delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har meddelat den upphandlande enheten. Vid användning av den elektroniska kontaktinformationen anses anbudssökanden och anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna den dag det elektroniska meddelandet med dokumenten står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat på ett sådant sätt att meddelandet kan hanteras. Dagen för avsändandet av meddelandet anses vara en sådan tidpunkt, om det inte ges en tillförlitlig redogörelse om att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller om en motsvarande omständighet, som har lett till att det elektroniska meddelandet har nått mottagaren vid en senare tidpunkt. Vid elektronisk delgivning ska den upphandlande enheten i sitt meddelande särskilt ange dagen för avsändandet av meddelandet.

Beslutet med motivering samt besvärсанvisningen och rättelseanvisningen kan också delges i ett vanligt brev i enlighet med be-

stämmelserna i förvaltningslagen. Anbudssökanden och anbudsgivaren anses ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna på den sjunde dagen efter avsändandet, om inte anbudssökanden eller anbudsgivaren visar att delgivningen har skett vid en senare tidpunkt.

8 kap.

Rättsmedel och särskilda bestämmelser

61 §

(se 67 § Ändringssökande och påföljder)

Rättsmedel

I fråga om rättsmedel beträffande upphandling som omfattas av denna lag iakttas bestämmelserna i 76—84 § i upphandlingslagen (348/2007).

62 §

(se 68 § Att lämna uppgifter)

Att lämna uppgifter

Utan hinder av vad i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller någon annan lag bestäms om sekretess skall den upphandlande enheten för tillsyn över upphandlingar och informationsutbyte i den omfattning som förutsätts i gemenskapens lagstiftning lämna statistiska och andra uppgifter till myndigheterna i Finland och Europeiska unionens institutioner om olika skeden i sin upphandling och om de upphandlingar den företagit. Utan hinder av sekretessbestämmelserna har handels- och industriministeriet rätt att vidarebefordra uppgifter som ministeriet fått på basis av denna lag till Europeiska unionens institutioner.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de i 1 mom. avsedda skyldigheterna beträffande statistikföring som nämns i artikel 67 i försörjningsdirektivet samt om den upphandlande enhetens skyldighet att upprätta i artiklarna 19, 20, 23, 49 och 50 i försörjningsdirektivet avsedda utredningar om upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut och annan information som skall sändas till Europeiska unionens in-

stitutioner.

(se 59 § Slutande av upphandlingskontrakt)

Upphandlingskontrakt

61 §

Slutande av upphandlingskontrakt

Efter att upphandlingsbeslutet har fattats ska den upphandlande enheten sluta ett *upphandlingskontrakt*. *Upphandlingskontraktet uppstår genom undertecknande av ett skriftligt kontrakt.*

(se 59 § Slutande av upphandlingskontrakt)

62 §

Väntetid

Ett upphandlingskontrakt kan slutas *tidigast 21 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått eller anses ha fått del av beslutet och besvärshanvisningen (väntetid).*

Väntetid tillämpas inte på direktupphandling.

Bestämmelser om hur ändringssökandet påverkar verkställigheten av upphandlingsbeslutet finns i 90 § i upphandlingslagen.

63 §

Undantag från bestämmelserna om väntetid

Väntetid behöver inte iakttas, om upphandlingskontraktet sluts med den enda anbudsgivaren som lämnat ett godtagbart anbud och det i anbudsförfarandet inte längre deltar andra anbudsgivare eller anbudssökande vars ställning kan påverkas av valet av avtalspartner.

64 §

Annonsering om direktupphandling samt slutande av upphandlingskontrakt

Vid direktupphandling kan den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet, innan upphandlingskontraktet sluts, sända en annons om direktupphandlingen för publicering. Upphandlingskontraktet kan då slutas tidigast 14 dagar efter det att annonsen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning.

Upphandlingsrättelse

65 §

Upphandlingsrättelse

På upphandling som omfattas av tillämpningsområdet för denna lag tillämpas på motsvarande sätt bestämmelserna om upphandlingsrättelse i 80—83 § i lagen om offentlig upphandling. På upphandlande enheter som avses i 5 § 1 mom. i denna lag tillämpas 83 § i upphandlingslagen.

Upphandlingsdokumentens offentlighet

(se 60 § Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet)

66 §

Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet

Lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) tillämpas på offentlighet för den upphandlande enhetens handlingar och de avgifter som tas ut för dessa samt på en parts rätt att ta del av handlingar-

na, om enheten är en myndighet som avses i 4 § i den lagen eller om den på grundval av en bestämmelse någon annanstans i lag är skyldig att följa lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet.

Det som lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet föreskriver om en parts rätt att ta del av en handling, när en handling blir offentlig samt behandling och avgörande av ett ärende som gäller rätt att få ta del av en handling tillämpas på rätten för den som deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av någon annan än en upphandlande enhet enligt 1 mom. att ta del av handlingar som enheten har upprättat och fått för handläggningen av anbudet och på tystnadsplikten för anställda vid den upphandlade enheten.

Ett beslut av den upphandlade enheten som gäller rätten att ta del av en handling får överklagas i enlighet med 33 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Behörig förvaltningsdomstol i överklaganden som gäller beslut av andra upphandlade enheter än de som är myndigheter är den förvaltningsdomstol i vars domkrets den upphandlande enheten finns.

(se rubriken före 61 §)

8 kap

Rättsmedel av särskilda bestämmelser

67 §

(se 61 § Rättskyddsmedel)

Ändringssökande och påföljder

På upphandling som omfattas av tillämpningsområdet för denna lag tillämpas på motsvarande sätt bestämmelserna om överklagande och påföljder i 11 kap. i lagen om offentlig upphandling.

(se 62 § Att lämna uppgifter)

68 §

Att lämna uppgifter

Oberoende av vad som i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller någon annan lag bestäms om sekretess ska den

upphandlande enheten för tillsyn över upphandlingar och informationsutbyte i den omfattning som förutsätts i gemenskapens lagstiftning lämna statistiska och andra uppgifter till myndigheterna i Finland och Europeiska unionens institutioner om olika skeden i sin upphandling och om de upphandlingar den företagit. Oberoende av sekretessbestämmelserna har *arbets- och näringsministeriet* rätt att vidarebefordra uppgifter som ministeriet fått på basis av denna lag till Europeiska gemenskapens myndigheter.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de i 1 mom. avsedda skyldigheterna beträffande statistikföring som nämns i artikel 67 i försörjningsdirektivet samt om den upphandlande enhetens skyldighet att upprätta i artiklarna 19, 20, 23, 49 och 50 i försörjningsdirektivet avsedda protokoll om upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut och sammanställa annan information som ska sändas till Europeiska unionens institutioner.

Denna lag träder i kraft den 20 .

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan denna lag har trätt i kraft, ska de bestämmelser som gällde vid ikraftträdandet tillämpas på upphandlingen. Upphandlingsförfarandet anses ha inletts vid tidpunkten för publicering av upphandlingsannonsen. Vid upphandling som inte förutsätter publicering av en upphandlingsannons anses upphandlingen ha inletts vid tidpunkten för avsändande av anbudsförfrågan eller inbjudan att förhandla eller vid inledande av förhandlingar med leverantörerna.

Oberoende av vad som föreskrivs i 2 mom. ska behandlingen av ärenden som är anhängiga i marknadsdomstolen, förvaltningsdomstolen och högsta förvaltningsdomstolen vid ikraftträdandet av denna lag slutföras med iakttagande av bestämmelser som gällde vid ikraftträdande. På behandlingen av ett sådant ärende tillämpas dock vad som föreskrivs i de bestämmelser som avses i 67 § om riktande av påföljd, vite och skyldighet att ersätta rättegångskostnader samt bestäm-

mande av rättegångskostnader.

Om upphandlingsförfarandet har inletts innan före ikraftträdandet av denna lag och den upphandlande enheten efter ikraftträdande vid upphandlingsförfarandet fattar ett sådant beslut eller vidtar en sådan åtgärd som påverkar anbudssökandens ställning, ska med avvikelse från 2 mom. 59, 65 och 67 § i denna lag tillämpas på upphandlingsbeslutet och behandlingen i marknadsdomstolen. I nämnda 67 § avsedda bestämmelser om riktande av påföljd, vite och skyldighet att ersätta rättegångskostnader samt om bestämmande av rättegångskostnader ska dessutom tillämpas på ansökningar som blir anhängiga i marknadsdomstolen efter det att denna lag har trätt i kraft, om ansökningarna gäller upphandlingsbeslut som har fattats före ikraftträdandet.

Åtgärder som verkställigheten av denna lag förutsätter får vidtas innan lagen träder i kraft.

Lag

om ändring av marknadsdomstolslagen

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i marknadsdomstolslagen av den 28 december 2001 (1527/2001) 1 § 1 mom. 2 punkten, 9 § 1 mom. och 10–12 §,
 av dem 1 § 1 mom. 2 punkten sådan den lyder i lag 1173/2004 och 9 § 1 mom. sådant det lyder i lag 320/2004, som följer:

Gällande lydelse

1 §

Marknadsdomstolens behörighet och verksamhetsställe

Marknadsdomstolen behandlar de ärenden som hör till dess behörighet enligt

2) lagen om offentlig upphandling (1505/1992),

Föreslagen lydelse

1 §

Marknadsdomstolens behörighet och verksamhetsställe

Marknadsdomstolen behandlar de ärenden som hör till dess behörighet enligt

2) lagen om offentlig upphandling (348/2007) och lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007),

9 §

Domförhet

I marknadsdomstolen får en lagfaren ledamot ensam fatta beslut i sådana fall då besvär, en ansökan eller de yrkanden som framförts i ett ärende har återtagits i sin helhet eller då ett ärende avvisas eller avskrivs. En lagfaren ledamot får ensam besluta om temporära förbud och om behövliga åtgärder som hänförs sig till förberedelse. Dessutom får en lagfaren ledamot ensam avgöra ärenden som avses i 20 a § lagen om konkurrensbegränsningar. Till marknadsdomstolens sammansättning kan också höra högst två andra ledamöter när domstolen beslutar om ärenden som avses i detta moment.

9 §

Domförhet

En lagfaren ledamot vid marknadsdomstolen får ensam fatta beslut i sådana fall då *besvär eller en ansökan återtas* eller då ett ärende *avvisas eller avskrivs*. En lagfaren ledamot får också ensam besluta om verkställigheten och de åtgärder som behövs i beredningen ett ärende. Dessutom får en lagfaren ledamot ensam avgöra ärenden som avses i 20 a § i lagen om konkurrensbegränsningar. *Marknadsdomstolen är behörig att avgöra ärenden som avses i detta moment även i en sammansättning med två eller tre lagfarna ledamöter.*

10 §

Förstärkt sammanträde

Marknadsdomstolen kan hålla förstärkt sammanträde som är domfört med fyra ledamöter och högst fyra sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla.

10 §

Förstärkt sammanträde

Marknadsdomstolen kan hålla förstärkt sammanträde som är domfört med *fem lagfarna ledamöter*. *Om ärendet till sin juridiska natur är sådant att en sakkunnigledamot med uppdraget som bisyssla ska delta i behandlingen, ska det i det förstärkta sammanträdet delta minst en och högst tre sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla.*

För att säkerställa en enhetlig rättskipning kan överdomaren eller dennes ställföreträdare överföra ett rättskipningsärende till förstärkt sammanträde, om avgörandet kan komma att innebära avvikelse från tidigare praxis eller ärendet kan vara av principiell betydelse med tanke på tillämpning av lag.

När överdomaren eller dennes ställföreträdare beslutar att ett ärende ska överföras till förstärkt sammanträde ska han eller hon samtidigt utse de lagfarna ledamöter och sakkunnigledamöter som ska delta i behandlingen av ärendet. De ledamöter och sakkunnigledamöter som har deltagit i den tidigare behandlingen av ärendet deltar i behandlingen av ärendet också vid det förstärkta sammanträdet.

11 §

Överföring till förstärkt sammanträde

För att säkerställa en enhetlig rättskipning kan överdomaren överföra ett rättskipningsärende till förstärkt sammanträde, om ärendet kan vara av principiell betydelse med tanke på tillämpning av lag eller om *avgörandet skulle innebära avvikelse från tidigare praxis*.

När överdomaren beslutar att ett ärende skall överföras till förstärkt sammanträde skall han eller hon samtidigt utse de ledamöter och sakkunnigledamöter som skall delta i behandlingen av ärendet. De ledamöter och sakkunnigledamöter som har deltagit i den tidigare behandlingen av ärendet deltar i behandlingen av ärendet också vid det förstärkta sammanträdet.

(se 12 § 2 mom.)

11 §

Plenum

I marknadsdomstolen hålls plenum för behandling av rättskipningsärenden och förvaltningsärenden.

För att säkerställa en enhetlig rättskipning kan överdomaren eller dennes ställföreträdare överföra ett rättskipningsärende till *plenum*, om avgörandet kan vara av principiell betydelse med tanke på tillämpning av lag.

Bestämmelser om *behandling av förvaltningsärenden* i plenum utfärdas genom förordning av justieministeriet.

12 §

Behandling av förvaltningsärenden i plenum

I marknadsdomstolen hålls plenum för behandling av förvaltningsärenden. Marknadsdomstolen är härvid domför i en sammansättning där överdomaren eller dennes ställföreträdare är ordförande och minst tre av domstolens ledamöter deltar i avgörandet.

Bestämmelser om behandling av ärenden i plenum utfärdas genom förordning av justieministeriet.

12 §

Plenumets domförhet

Marknadsdomstolen är för behandling av förvaltningsärenden och *rättskipningsärenden domför i plenum* i en sammansättning där överdomaren eller dennes ställföreträdare är ordförande och *minst hälften av marknadsdomstolens lagfarna ledamöter deltar i behandlingen*.

Om ett ärende som överförts till rättskipningsplenum till sin juridiska natur är sådant att en sakkunnigledamot med uppdraget som bisyssla deltar i behandlingen, deltar i plenumet utöver de lagfarna ledamöterna minst en och högst tre sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla. De ledamöter och sakkunnigledamöter som har deltagit i den tidigare behandlingen av ärendet deltar i be-

handlingen i plenum. Överdomaren eller dennes företrädare förordnar i övrigt de sakkunnigledamöter med uppdraget som bisyssla som deltar i behandlingen av ärendet.

*Denna lag träder i kraft den 20 .
Om beslut om att ärende ska behandlas vid förstärkt sammanträde har fattats i innan lagen har trätt i kraft, ska de bestämmelser som gällde vid ikraftträdandet tillämpas på ärenden. .*