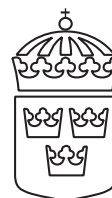


Regeringens proposition 2015/16:195



Nytt regelverk om upphandling

Prop.
2015/16:195

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 22 juni 2016

Stefan Löfven

Ardalan Shekarabi
(Finansdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

Propositionen innehåller förslag till en ny lag om offentlig upphandling och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna. Vidare innehåller propositionen förslag till en lag om upphandling av koncessioner. Lagarna genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet). Lagen om offentlig upphandling ersätter lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (förkortad LOU) och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ersätter lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortad LUF).

LOU-direktivet och LUF-direktivet bygger i sak i stora delar på 2004 års direktiv, som de ersätter. De nya direktiven innehåller därutöver också ett antal nya bestämmelser. Bestämmelserna utvecklar och kompletterar den tidigare regleringen. Särskilt utvecklas skyldigheterna och möjligheterna att genom upphandling främja samhälleliga mål. Miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn ges ökat utrymme. En leverantör som har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter ska få uteslutas av den upphandlande myndigheten eller enheten från att delta i en upphandling. Om ett anbud inte stämmer överens med dessa skyldigheter får den upphandlande

Prop. 2015/16:195 myndigheten eller enheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet och anbudet ska förkastas om bristerna lett till att det är onormalt lågt. För att personalen som fullgör kontrakten ska ges skäliga arbetsvillkor ska kontraktsvillkor ställas om lön, semester och arbetstid, om det är behövligt och de går att fastställa. I övrigt får upphandlande myndigheter och enheter ställa särskilda villkor för fullgörandet.

I den nya lagen om offentlig upphandling föreslås ökade möjligheter att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog. Konkurrenspräglad dialog införs som ett förfarande även i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Ett nytt förfarande, inrättande av innovationspartnerskap, som syftar till att skapa förutsättningar för utveckling och inköp av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad, föreslås också i de nya lagarna.

Direktivens bestämmelser om att det som huvudregel ska vara obligatoriskt att kommunicera elektroniskt vid upphandlingar genomförs i båda lagarna. Vidare föreslås i båda lagarna kortare tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud. Enligt de föreslagna nya lagarna ska leverantörer som vill delta i en upphandling kunna använda sig av en egen försäkran i form av ett standardformulär, benämnt europeiskt enhetligt upphandlingsdokument, för att intyga bl.a. att det inte finns grund för uteslutning.

Det föreslås i de nya lagarna att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna använda sig av någon av följande tre grunder för utvärdering av anbud: bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris. I lagarna införs också t.ex. bestämmelser om möjligheterna att beakta livscykelkostnader för det som upphandlas.

En nyhet i direktiven är bestämmelser om intern upphandling och om upphandling mellan upphandlande myndigheter, som bygger på EU-domstolens praxis. Bestämmelser om detta föreslås i lagarna i form av undantag från lagarnas tillämpningsområden för sådan upphandling.

Direktiven innehåller bestämmelser om s.k. reserverade kontrakt, enligt vilka deltagandet i en upphandling under vissa villkor får reserveras för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är yrkesmässig integration. I propositionen föreslås att dessa bestämmelser ska genomföras i de nya lagarna.

I lagarna föreslås att inköpscentraler ska få möjlighet att bedriva grossistverksamhet. I lagarna föreslås också bestämmelser om s.k. blandade kontrakt, om skyldighet att motivera varför ett kontrakt inte delats upp, förtydligade regler om ramavtal samt bestämmelser om ändring av kontrakt under löptiden.

Tillämpningsområdet för LUF-direktivet omfattar, till skillnad från 2004 års direktiv, inte prospektering av olja och gas eller vissa posttjänster, varför lagen om upphandling inom försörjningssektorerna inte heller föreslås omfatta dessa verksamheter.

I likhet med LOU och LUF innehåller lagarna också ett kapitel med regler om upphandling som inte styrs av direktiven. Kapitlet reglerar även upphandling av sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster, som anges i en bilaga till respektive lag. De nya lagarna innehåller dessutom bestämmelser som motsvarar nuvarande LOU och LUF om bl.a. överprövning av upphandlingar och upphandlingsskadeavgift.

LUK-direktivet genomförs genom lagen om upphandling av koncessioner. Den följer i allt väsentligt samma struktur som de båda andra lagarna, men är mindre detaljerad och mer flexibel. Även denna lag innehåller ett särskilt kapitel med bestämmelser om upphandling som inte omfattas av direktiven och som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Lagen föreslås också innehålla bestämmelser om bl.a. överprövning och upphandlingsskadeavgift. Prop. 2015/16:195

Till följd av de nya lagarna föreslås även ett antal ändringar i andra lagar. Lagarna och följdändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2017.

Del 1

1	Förslag till riksdagsbeslut	16
2	Lagtext	19
2.1	Förslag till lag om offentlig upphandling	19
2.2	Förslag till lag om upphandling inom försörjningssektorerna	111
2.3	Förslag till lag om upphandling av koncessioner	201
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar	255
2.5	Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet	257
2.6	Förslag till lag om ändring i kulturmiljölagen (1988:950)	259
2.7	Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning	261
2.8	Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi	264
2.9	Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem.....	267
2.10	Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter	268
2.11	Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)	269
2.12	Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik	271
2.13	Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden	272
2.14	Förslag till lag om ändring i lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter.....	274
2.15	Förslag till lag om ändring i lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster	275
2.16	Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet	277
2.17	Förslag till lag om ändring i lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering	279
3	Ärendet och dess beredning	281
4	Gällande rätt och de nya direktiven	284
4.1	Allmänt om gällande lagstiftning på upphandlingsområdet	284
4.2	Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	286
4.2.1	Direktivstyrd upphandling	286

4.2.2	Upphandling utanför det direktivstyrda området.....	289
4.3	Bakgrunden till EU-reformen på upphandlingsområdet	290
4.3.1	2020-strategin och den första Inremarknadsakten	290
4.3.2	Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling	291
4.4	De nya EU-direktiven på upphandlingsområdet.....	292
4.4.1	2014 års LOU-direktiv och LUF-direktiv i förhållande till 2004 års direktiv.....	292
4.4.2	Direktivet om tilldelning av koncessioner	297
5	Ny lagstiftning på upphandlingsområdet	300
5.1	Utgångspunkter för genomförandet.....	300
5.2	Upphandlingsrättens förhållande till civilrätten	303
5.3	LOU- och LUF-direktiven genomförs genom två upphandlingslagar	304
5.4	LUK-direktivet genomförs genom en separat lag.....	307
5.5	Andra lagtekniska frågor	309
5.6	Bilagor till lagarna.....	310
5.7	Artiklar av administrativ karaktär genomförs inte.....	311
5.8	Kommissionens genomförandeåtgärder	312
5.9	Bestämmelser som genomförs genom förordning	312
5.10	Propositionens disposition.....	312
6	Tillämpningsområde och definitioner	314
6.1	Tillämpningsområde för lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna	314
6.1.1	Anskaffning som omfattas av lagarna	314
6.1.2	Definitionen av upphandling och begreppet kontrakt	315
6.2	Tillämpningsområde för lagen om upphandling av koncessioner	324
6.3	Verksamheter som omfattas av tillämpningsområdet för upphandling inom försörjningssektorerna och av koncessioner	326
6.4	Tillämpningsområdet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster	330
6.4.1	Lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna	330
6.4.2	Lagen om upphandling av koncessioner.....	332
6.5	Vissa andra bestämmelser i direktiven som rör tillämpningsområdet.....	333
6.5.1	Förhållandet till artikel 346 i EUF-fördraget	333
6.5.2	Tjänster av allmänt intresse	335
6.5.3	Lagstiftning på området för social trygghet.....	336

	6.5.4	Överföring av befogenheter och ansvar mellan myndigheter.....	337
	6.5.5	Principen om myndigheters självstyre.....	338
6.6		Tillämpningsområdet vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området.....	338
6.7		Definitioner i lagen om offentlig upphandling och i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna	339
	6.7.1	Definitioner tas in i lagarnas inledande kapitel	339
	6.7.2	Vissa definitioner införs inte	340
	6.7.3	Begreppet leverantör ska fortsätta användas	341
	6.7.4	Definitionerna av de olika typerna av kontrakt och av ramavtal	342
	6.7.5	Centrala, regionala och lokala upphandlande myndigheter	346
	6.7.6	Begreppet livscykel införs.....	348
	6.7.7	Upphandlingsdokument och förfrågningsunderlag	349
6.8		Definitioner i lagen om upphandling av koncessioner	350
	6.8.1	Definitioner som motsvarar definitioner i LOU-direktivet och LUF-direktivet	350
	6.8.2	Definitioner som är specifika för LUK-direktivet.....	351
	6.8.3	Upphandlande myndigheter och enheter	357
7		Blandad upphandling	359
	7.1	Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.....	359
	7.1.1	En mer utförlig reglering av blandad upphandling.....	359
	7.1.2	Blandade kontrakt som består av olika slag av upphandling enligt en och samma lag.....	361
	7.1.3	Blandade kontrakt som innehåller delar som regleras av olika regelverk.....	363
	7.1.4	Upphandling som avser flera verksamheter i försörjningssektorerna.....	369
	7.2	Lagen om upphandling av koncessioner	372
	7.3	Blandad upphandling utanför det direktivstyrda området.....	377
8		Undantag från lagarnas tillämpningsområden.....	378
	8.1	Upphandling som omfattas av annan lag.....	379
	8.2	Undantag i vissa fall på grund av sekretess.....	380
	8.3	Undantag som är specifika för försörjningssektorerna.....	383
	8.3.1	Verksamheter som är direkt konkurrensutsatta.....	384
	8.4	Elektronisk kommunikationstjänst.....	386
	8.5	Förfaranden enligt andra internationella regler	388

8.6	Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt.....	391	Prop. 2015/16:195
8.7	Intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter	392	
8.8	Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt	402	
8.8.1	Förvärv av fastighet.....	403	
8.8.2	Radio- och tv-området.....	404	
8.8.3	Vissa juridiska tjänster.....	408	
8.8.4	Vissa finansiella tjänster.....	413	
8.8.5	Anställningskontrakt.....	415	
8.8.6	Vissa tjänster inom områdena civilt försvar, räddningstjänst och förebyggande av fara.....	416	
8.8.7	Politiska kampanjer	420	
8.9	Bestämmelser om undantag utanför det direktivstyrda området.....	420	
8.10	Undantag i lagen om upphandling av koncessioner	421	
8.11	Upphandlingsdirektivens undantag för kollektivtrafik.....	425	
9	Principer för upphandling	426	
9.1	Allmänna principer.....	426	
9.2	Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter	428	
9.3	Målsättningsbestämmelser om miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn	431	
9.4	Det icke direktivstyrda området	434	
10	Allmänna bestämmelser.....	434	
10.1	Rätten att få delta i en upphandling.....	435	
10.1.1	De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna	435	
10.1.2	Lagen om upphandling av koncessioner.....	436	
10.1.3	Begränsning av antalet anbudssökande	437	
10.2	Anbudssökandes och anbudsgivares tidigare deltagande.....	439	
10.3	Grundläggande bestämmelser om vissa centrala moment i en upphandling	442	
10.4	Rättelse av fel, förtydligande och komplettering.....	445	
10.4.1	De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	445	
10.4.2	Lagen om upphandling av koncessioner.....	448	
10.5	Uppdelning av kontrakt i delar	448	
10.6	Reserverad upphandling	455	
10.6.1	Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	455	
10.6.2	Reserverad upphandling vid upphandling av koncessioner	462	
10.7	CPV-nomenklaturen	463	
10.8	Koncessioners löptid	468	
10.9	Jäv i upphandlingsförfaranden	469	

10.9.1	LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om intressekonflikter	469
10.9.2	LUK-direktivets bestämmelser om intressekonflikter	473
10.10	Villkor som rör WTO-avtalet och andra internationella avtal	474
10.11	Allmänna bestämmelser utanför det direktivstyrda området	475
11	Tröskelvärden	476
11.1	Tröskelvärden i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna	477
11.2	Uppskattning av värdet av en upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna	480
11.2.1	Uppskattning av värdet när en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i separata operativa enheter	484
11.2.2	Uppskattning av värdet av kontrakt som avser både varor och tjänster	486
11.2.3	Förbud mot kringgående	487
11.2.4	Direktupphandling och beräkning av värdet av upphandlingar utanför det direktivstyrda området	489
11.3	Tröskelvärde för koncessioner och beräkning av en koncessions värde	490
12	Upphandlingsförfaranden	493
12.1	Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	493
12.1.1	Öppet respektive selektivt förfarande	495
12.1.2	Förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog	495
12.1.3	Förhandlat förfarande utan föregående annonsering	499
12.1.4	Innovationspartnerskap	501
12.2	Upphandlingsförfarandet på det icke- direktivstyrda området	507
12.3	Förfaranderegler vid upphandling av koncessioner	508
13	Ramavtal	510
13.1	Hur bör direktiven genomföras i de nya lagarna?	511
13.2	Ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling	512
13.3	Ramavtal i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna	522
13.4	Ramavtal utanför det direktivstyrda området	526
14	Inköpscentraler	526
14.1	Möjligheten för inköpcentraler att bedriva grossistverksamhet	527
14.1.1	Tidigare överväganden	527

14.1.2	Inköpscentraler ska få bedriva grossistverksamhet	528
14.2	Definitionen av inköpscentral.....	531
14.3	Anlitandet av inköpscentraler.....	536
14.4	En uttrycklig reglering av ansvarsfrågan.....	540
14.5	Inköpscentraler utanför det direktivstyrda området.....	542
15	Tillfällig gemensam upphandling och gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat	543
15.1	Tillfällig gemensam upphandling.....	543
15.2	Gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat	545
15.2.1	De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat	545
15.2.2	Inköpscentral i annan medlemsstat	547
15.2.3	Gemensamma upphandlingsåtgärder.....	548
15.2.4	Upphandling med gemensam enhet.....	551
15.2.5	Rättsmedel.....	552
15.2.6	Det icke direktivstyrda området.....	554
16	Elektroniska metoder för upphandling.....	554
16.1	Dynamiska inköpssystem	554
16.1.1	2004 års direktiv och tidigare överväganden.....	554
16.1.2	De nya upphandlingsdirektiven	555
16.1.3	Dynamiska inköpssystem i de nya lagarna ...	556
16.1.4	Avtalsspärr och överprövning	567
16.1.5	Dynamiska inköpssystem utanför det direktivstyrda området.....	569
16.2	Elektroniska auktioner.....	571
16.2.1	Nuvarande reglering och de nya direktiven.....	571
16.2.2	Elektroniska auktioner i de nya lagarna.....	572
16.2.3	Elektroniska auktioner utanför det direktivstyrda området.....	578
16.3	Elektroniska kataloger	578
16.3.1	Nuvarande ordning och de nya direktiven....	578
16.3.2	Elektroniska kataloger i de nya lagarna.....	579
16.3.3	Elektroniska kataloger utanför det direktivstyrda området.....	586
17	Tekniska krav och anbud med alternativa utföranden.....	587
17.1	Tekniska krav vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	587
17.1.1	Tekniska specifikationer.....	587
17.1.2	Provningsrapport eller intyg från en tredje part.....	590
17.1.3	Märkning	592
17.1.4	Skyldigheten att tillhandahålla vissa tekniska specifikationer	593

	17.1.5	Anbud med alternativa utföranden	594
17.2		Tekniska krav på det icke direktivstyrda området.....	595
17.3		Tekniska krav och funktionskrav vid upphandling av koncessioner.....	597
18		Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande....	598
18.1		Annonsering vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.....	598
	18.1.1	Bestämmelser om annonsering i de nya lagarna.....	600
	18.1.2	Annonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.....	610
	18.1.3	Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten.....	612
	18.1.4	Annonsering på det icke direktivstyrda området.....	615
18.2		Inbjudan till anbudssökande.....	617
	18.2.1	Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse.....	617
	18.2.2	Skriftlig inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.....	620
18.3		Upphandling av koncessioner	622
	18.3.1	Annonsering vid upphandling av koncessioner	622
	18.3.2	Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten.....	627
	18.3.3	Annonsering på det icke direktivstyrda området.....	629
18.4		Anbudets giltighetstid	630
	18.4.1	Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.....	630
	18.4.2	Upphandling av koncessioner.....	632
	18.4.3	Det icke direktivstyrda området	632
19		Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud.....	633
19.1		Tidsfrister vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.....	633
	19.1.1	Inledning.....	633
	19.1.2	Huvudregeln för tidsfrister	635
	19.1.3	Tidsfrist vid öppet förfarande	636
	19.1.4	Tidsfrister vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.....	637
	19.1.5	Förkortade tidsfrister efter förhandsannonsering	640
	19.1.6	Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud.....	641
	19.1.7	Tidsfrist för anbud efter överenskommelse	642
	19.1.8	Tillräcklig tid att utarbeta ett anbud	643

19.1.9	Förlängd tidsfrist om upphandlingsdokumenten inte görs elektroniskt tillgängliga	645
19.1.10	Påskyndat förfarande	647
19.1.11	Det icke direktivstyrda området	649
19.2	Tidsfrister vid upphandling av koncessioner	650
19.2.1	Det direktivstyrda området	650
19.2.2	Det icke direktivstyrda området	652
20	Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation	652
20.1	Kommunikation vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	652
20.2	Information till leverantörer vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	668
20.2.1	Kompletterande upplysningar	668
20.2.2	Underrättelse om beslut	669
20.2.3	Upplysningar på begäran av en leverantör ...	672
20.3	Dokumentation vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	674
20.4	Det icke direktivstyrda området vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	679
20.4.1	Kommunikation	679
20.4.2	Information till leverantörer	680
20.4.3	Dokumentation	681
20.5	Upphandling av koncessioner	682
20.5.1	Kommunikation	682
20.5.2	Information till leverantörer	684
20.5.3	Dokumentation	685
20.5.4	Det icke direktivstyrda området	686
20.6	Tillgång till kontrakt från vissa upphandlande myndigheter	688
21	Sekretess	705
21.1	Upphandlingsdirektivens generella bestämmelser om sekretess	705
21.2	Upphandlingsdirektivens särskilda bestämmelser om sekretess	710

Del 2

22	Uteslutning av leverantörer	715
22.1	Offentlig upphandling	715
22.1.1	Uteslutning på grund av brott	715
22.1.2	Uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter	730
22.1.3	Uteslutning på grund av missförhållanden i övrigt	733
22.1.4	Uteslutningsgrundernas betydelse i tiden	738

	22.1.5	Handläggning vid uteslutning.....	742
	22.1.6	Tvingande hänsyn till allmänintresset	746
	22.2	Upphandling inom försörjningssektorerna	748
	22.3	Upphandling av koncessioner	749
	22.4	Det icke direktivstyrda området	750
23		Kvalificering.....	751
	23.1	Offentlig upphandling	752
	23.1.1	Kvalificeringskrav	752
	23.1.2	Åberopande av andra företags kapacitet.....	754
	23.2	Upphandling inom försörjningssektorerna	757
	23.2.1	Kvalificeringskrav	758
	23.2.2	Kvalificeringssystem	760
	23.2.3	Åberopande av andra företags kapacitet.....	762
	23.3	Kvalificeringskrav på det icke direktivstyrda området.....	764
	23.4	Upphandling av koncessioner	765
	23.4.1	Villkor för kvalificering	765
	23.4.2	Åberopande av andra företags kapacitet.....	766
24		Egen försäkran och utredning om leverantörer	767
	24.1	Ett nytt system för utredning om leverantören	768
	24.1.1	Egen försäkran.....	768
	24.1.2	Utredning som får begäras in från leverantör.....	772
	24.1.3	Kontroll av leverantörer enligt LUF- direktivet.....	776
	24.1.4	Onlineverktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis) vid offentlig upphandling.....	777
	24.1.5	Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	778
	24.1.6	Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga organ.....	781
	24.2	Utredning avseende förhållanden hos leverantören på det icke-direktivstyrda området	781
25		Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt.....	782
	25.1	Tilldelningskriterier vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	782
	25.2	Livscykelkostnader vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	790
	25.3	Onormalt låga anbud vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	793
	25.4	Avstående från tilldelning i vissa fall.....	797
	25.5	Tilldelning av koncessioner.....	798
26		Fullgörande av kontrakt	800
	26.1	Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt	800

26.2	Särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt.....	803
26.2.1	En skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor	804
26.2.2	Vilka särskilda arbetsrättsliga villkor som ska eller får ställas	808
26.2.3	Nivåerna på de särskilda arbetsrättsliga villkor som är obligatoriska	812
26.2.4	Särskilda arbetsrättsliga villkor när svensk arbetsrätt inte är tillämplig.....	815
26.2.5	Bedömningen av behovet av och nivåerna på villkoren.....	818
26.2.6	Särskilda arbetsrättsliga villkor och underleverantörer.....	827
26.2.7	Hur uppställda särskilda arbetsrättsliga villkor uppfylls av leverantörer	832
26.3	Anlitande av underleverantörer	837
26.4	Ändring av kontrakt, ramavtal och koncessioner	842
26.4.1	Ändring av kontrakt och ramavtal	842
26.4.2	Ändring av koncessioner	851
26.5	Avslutande av avtal	852
26.6	Fullgörande av kontrakt på det icke direktivstyrda området.....	858
27	Styrning – tillsyn och stöd, rapportering och administrativt samarbete	859
27.1	Tillsyn och stöd vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	859
27.2	Rapportering och statistiska uppgifter om upphandling.....	863
27.3	Ömsesidigt bistånd och administrativt samarbete mellan medlemsstaterna	865
27.4	Tillsyn och stöd vid upphandling som inte omfattas av direktiven.....	867
27.5	Statistikinsamling avseende inköpsvolymerna.....	867
27.6	Tillsyn, stöd och rapportering vid upphandling av koncessioner	868
27.7	Tillsyn och stöd vid upphandling av koncessioner som inte omfattas av direktiven.....	869
28	Projekttävlingar.....	870
28.1	Projekttävlingar vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	870
28.2	Projekttävlingar på det icke direktivstyrda området	872
29	Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland	872
30	Rättsmedel.....	875
30.1	Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna	875
30.2	Upphandling av koncessioner.....	877
30.3	Rättsmedel inom det icke direktivstyrda området	878

Prop. 2015/16:195	31	Upphandling som inte omfattas av direktiven.....	879
	31.1	Ett särskilt kapitel i de nya lagarna ska reglera upphandling utanför det direktivstyrda området	879
	31.2	Direktupphandling av koncessioner	883
	32	Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.....	898
	32.1	De nya upphandlingsdirektivens reglering.....	898
	32.2	Samma bestämmelser som upphandling under tröskelvärdena	900
	32.3	Principer för tilldelning av kontrakt enligt LOU- och LUF-direktiven.....	904
	32.4	Reserverade kontrakt för vissa tjänster.....	905
	33	Ändringar i andra lagar	908
	33.1	Följändringar	908
	33.2	Ändringar i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi	914
	34	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser.....	917
	35	Konsekvenser.....	919
	35.1	Tre nya lagar på upphandlingsområdet	919
	35.2	Genomförandet av LOU- och LUF-direktiven.....	920
	35.3	Genomförandet av LUK-direktivet	929
	36	Författningskommentar.....	932
	36.1	Förslaget till lag om offentlig upphandling	932
	36.2	Förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna	1161
	36.3	Förslaget till lag om upphandling av koncessioner	1300
	36.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar	1387
	36.5	Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet	1388
	36.6	Förslaget till lag om ändring i kulturmiljölagen (1988:950).....	1389
	36.7	Förslaget till lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning	1390
	36.8	Förslaget till lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi	1392
	36.9	Förslaget till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem.....	1393
	36.10	Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter	1393
	36.11	Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).....	1394
	36.12	Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.....	1395
	36.13	Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden.....	1395
	36.14	Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter.....	1396

36.15	Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster	1397	Prop. 2015/16:195
36.16	Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.....	1398	
36.17	Förslaget till lag om ändring i lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering	1399	
	Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 22 juni 2016.....	1401	

Förslag till riksdagsbeslut

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till

1. lag om offentlig upphandling,
2. lag om upphandling inom försörjningssektorerna,
3. lag om upphandling av koncessioner,
4. lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar,
5. lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet,
6. lag om ändring i kulturmiljölagen (1988:950),
7. lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning,
8. lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi,
9. lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem,
10. lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter,
11. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
12. lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik,
13. lag om ändring i lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden,
14. lag om ändring i lagen (2011:721) om märkning av vissa energirelaterade produkter,
15. lag om ändring i lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster,
16. lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
17. lag om ändring i lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

2004 års LOU-direktiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
2004 års LUF-direktiv	Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet)
andra rättsmedelsdirektivet	rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
ESPD	Europeiskt enhetligt upphandlingsdokument
EU	Europeiska unionen
EUF-fördraget	fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
första rättsmedelsdirektivet	rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten
ILO	Internationella arbetsorganisationen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
kommissionen	Europeiska kommissionen
LOU	lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LOV	lagen (2008:962) om valfrihetssystem
LUF	lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LUFS	lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LOU-direktivet	direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Prop. 2015/16:195	LUF-direktivet	direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
	LUFS-direktivet	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
	LUK-direktivet	direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
	OSL promemorian	offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25)
	rättsmedelsdirektiven	rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (första och andra rättsmedelsdirektivet)
	utredningen ändringsdirektivet	Genomförandeutredningen Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EEG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

Regeringen har följande förslag till lagtext.

2.1 Förslag till lag om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs¹ följande.

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- 1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner
- 2 kap. – Blandad upphandling
- 3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde
- 4 kap. – Allmänna bestämmelser
- 5 kap. – Tröskelvärden
- 6 kap. – Upphandlingsförfaranden
- 7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling
- 8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling
- 9 kap. – Tekniska krav
- 10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande
- 11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud
- 12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation
- 13 kap. – Uteslutning av leverantörer
- 14 kap. – Kvalificering
- 15 kap. – Egen försäkran och utredning om leverantörer
- 16 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt
- 17 kap. – Fullgörande av kontrakt
- 18 kap. – Projekttävlingar
- 19 kap. – Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2
- 20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd
- 21 kap. – Upphandlingsskadeavgift
- 22 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

- Bilaga 1 – Förteckning över byggtreprenadkontrakt
- Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster
- Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i den ursprungliga lydelsen, och Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG.

Offentlig upphandling

2 § Denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Lagen gäller även när en upphandlande myndighet anordnar en projekttävling. Vad som avses med projekttävling anges i 1 kap. 19 §.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Tröskelvärden

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.

Tillämpningsområdet i särskilda situationer

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande myndigheten.

Kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet

6 § Denna lag ska tillämpas på kontrakt som upphandlas av någon annan än en upphandlande myndighet eller av en upphandlande myndighet för någon annans räkning, om

1. mer än hälften av kostnaden för kontraktet täcks av direkta bidrag från en upphandlande myndighet,
2. kontraktets värde beräknas uppgå till minst de tröskelvärden som avses i 5 kap. 2 §, och
3. kontraktet avser
 - a) en byggentreprenad som avser sådana anläggningsarbeten som anges i bilaga 1,

b) en byggtreprenad som avser uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål, eller

c) tjänster som har samband med ett byggtreprenadkontrakt som avses i a eller b.

En upphandlande myndighet som lämnar ett sådant bidrag ska se till att bestämmelserna i denna lag tillämpas om kontraktet upphandlas av någon annan än myndigheten.

Var finns definitioner och förklaringar?

7 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. I bilaga 3 finns definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

Anbudsinfördran i 10 kap. 1 §

Blandade kontrakt i 2 kap. 1 §

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 19 §

Direktupphandling i 19 kap. 4 §

Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §

Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §

Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §

Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §

Förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i 6 kap. 30–31 §§

Förhandlat förfarande med föregående annonsering i 6 kap. 4–6 §§

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 12–19 §§

Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§

Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 20–21 §§

Leverantör av medietjänster i 3 kap. 20 §

Märkning i 9 kap. 12 §

Selektivt förfarande i 6 kap. 3 §

Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §

Öppet förfarande i 6 kap. 2 §.

Definitioner

8 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i

1. ett selektivt förfarande,
2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
4. en konkurrenspräglad dialog,
5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller
6. ett urvalsförfarande.

9 § Med *byggtreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller

3. innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

10 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

11 § Med *central upphandlande myndighet* avses en statlig myndighet och en sådan upphandlande myndighet som anges i bilaga I till direktiv 2014/24/EU.

12 § Med *direktiv 2014/24/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i den ursprungliga lydelsen.

13 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

14 § Med *inköpscentral* avses en upphandlande myndighet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller

2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggentreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter.

15 § Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och

2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

16 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Med *leverantör* avses också grupper av leverantörer.

17 § Med *livscykel* avses samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

18 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,

2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller

3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

19 § Med *projekttävling* avses en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande myndighet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag.

20 § Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

21 § Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 9 §.

22 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församling i en kommun eller ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 18 §, och
3. sammanslutning av
 - a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller
 - b) ett eller flera organ enligt 2.

23 § Med *upphandlingsdokument* avses varje dokument som en upphandlande myndighet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

24 § Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

2 kap. Blandad upphandling

Blandade kontrakt

1 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggentreprenader) som alla regleras i denna lag, eller
2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 2 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 3–12 §§.

Blandade kontrakt som avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag

2 § Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag ska upphandlingen genomföras i enlighet med

bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.

För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Blandade kontrakt som regleras såväl i denna lag som av andra bestämmelser

Blandade kontrakt med inslag av upphandling enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

3 § Om ett blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, avgör 2 kap. 11–27 §§ i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna vilka bestämmelser som ska tillämpas för kontraktet.

Delbara och odelbara blandade kontrakt

4 § Ett delbart blandat kontrakt är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 5–11 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12 §.

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

5 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande myndigheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

6 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

7 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 8–11 §§.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår koncessioner

8 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

9 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

10 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

11 § Bestämmelserna i 9 och 10 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

12 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling inom försörjningssektorerna

1 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som

1. omfattas av lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, eller
2. är undantagen enligt 3 kap. 4, 10 eller 24 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Vissa tjänster som är posttjänster närstående

2 § Denna lag gäller inte för en upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster enligt 2 kap. 6 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, om kontraktet avser

1. adresshanteringstjänster, överföring av registrerad e-post, säker elektronisk överföring av kodade dokument eller liknande tjänster, om tjänsterna har anknytning till och utförs helt med elektroniska medel,
2. tjänster som avser postanvisningar, girobetalningar eller finansiella tjänster som omfattas av CPV-koderna 66100000-1 till 66720000-3, eller av 3 kap. 30 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,
3. filatelitjänster, eller
4. tjänster där fysisk leverans eller magasinering kombineras med andra tjänster som inte är posttjänster (logistiktjänster).

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

3 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som

1. omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller
2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

4 § Även om en upphandling eller en projekttävling inte är undantagen enligt 3 §, ska denna lag inte gälla för upphandlingen eller projekttävlingen, om

1. skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen eller projekttävlingen genomförs enligt denna lag, eller
2. en tillämpning av denna lag skulle kräva att en upphandlande myndighet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

5 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling eller en projekttävling enligt denna lag.

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst

6 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att

1. tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller
 2. för allmänheten tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst.
- Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst har samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Upphandling enligt vissa internationella regler

7 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som berör försvars- eller säkerhetsintressen och som en upphandlande myndighet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalslutande parterna,
2. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som avser stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller
3. av en internationell organisation.

8 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande myndighet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalslutande parterna, eller
2. av en internationell organisation.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

9 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande myndighet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när upphandlingen eller projekttävlingen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om upphandlingen eller projekttävlingen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

10 § Denna lag gäller inte för ett tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Intern upphandling

11 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om upphandlingen är en intern upphandling enligt 12–16 §§.

12 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll enligt första stycket 1 om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.

13 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,

2. myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

14 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt

kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten. Prop. 2015/16:195

15 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens och motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

16 § Verksamhetsandelen enligt 12 § första stycket 2, 13 § första stycket 2, 14 § första stycket 2 och 15 § första stycket 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

17 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,

2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

18 § Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

19 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillhör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Radio- och tv-området

20 § Denna lag gäller inte för upphandling

1. som ska genomföras av en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster, eller

2. som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som ska tillhandahållas av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

21 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Vissa juridiska tjänster

22 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,

2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller

3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

23 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. tjänster som avser certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,

2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,

3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller

4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Vissa finansiella tjänster

24 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,

2. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster som utförs av en centralbank,

3. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller

4. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Anställningskontrakt

25 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser anställningar.

Vissa tjänster inom områdena civilt försvar, räddningstjänst och förebyggande av fara

26 § Denna lag gäller inte för upphandling av tjänster som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanlutningar, och

2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Politiska kampanjer

27 § Denna lag gäller inte för upphandling av tjänster som avser politiska kampanjer och som omfattas av CPV-koderna 79341400-0, 92111230-3 eller 92111240-6, om de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj.

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för offentlig upphandling

1 § Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

3 § En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Rätten att få delta i en offentlig upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

När det gäller tjänstekontrakt, byggentreprenadkontrakt eller sådant varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, får en juridisk person åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

Myndigheten får ange i något av upphandlingsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning enligt 14 kap. 3 och 4 §§ eller teknisk kunskap och yrkeskunskap enligt 14 kap. 5 § om det är berättigat av objektiva skäl.

Myndigheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra kontraktet om det är berättigat av objektiva skäl.

Begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud

6 § När en upphandlande myndighet använder ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, en konkurrenspräglad dialog eller ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får den begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud.

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange

1. de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud, och

2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att få lämna anbud och, i förekommande fall, det högsta antal som kommer att bjudas in.

7 § En upphandlande myndighet ska bjuda in åtminstone så många anbudssökande som angetts i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse. Om antalet anbudssökande som uppfyller de angivna kriterierna är lägre än det angivna lägsta antalet, får den upphandlande myndigheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in de kvalificerade anbudssökande som har begärt att få delta.

Antalet som bjuds in ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås. Vid selektivt förfarande får antalet inte vara mindre än fem. Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får antalet inte vara mindre än tre.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

8 § Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget.

En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

9 § En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Val av anbud

10 § En upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap.

Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§.

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

11 § När en leverantör åberopar ett annat företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § för att uppfylla något kvalificeringskrav, ska detta företag kontrolleras enligt 10 § andra stycket 2 och 3.

12 § När myndigheten använder ett öppet förfarande vid upphandlingen, får myndigheten utvärdera anbuden innan den kontrollerar leverantören enligt 10 § andra stycket 2 och 3.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

13 § En upphandlande myndighet får besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Myndigheten får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.

Skyldighet att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar

14 § Om en upphandlande myndighet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges. Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i en sådan individuell rapport som avses i 12 kap. 15 §.

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

15 § En upphandlande myndighet som enligt 13 § beslutar att ett kontrakt ska tilldelas i delar, ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.

Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får myndigheten begränsa det antal delar av kontraktet som myndigheten kan komma att tilldela en och samma leverantör. När myndigheten beslutar om en sådan begränsning, ska den också fastställa den ordning som ska gälla när en och samma leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Tilldelning av kombinerade delar av ett kontrakt som har delats upp

16 § En upphandlande myndighet som delar upp ett kontrakt i delar enligt 13 § och bestämmer att anbud får lämnas på flera eller alla delar av kontraktet enligt 15 §, får bestämma att flera eller alla delar ska kunna tilldelas en och samma leverantör som kombinerade delar.

Om myndigheten har beslutat att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, får den tilldela flera eller alla delar av kontraktet till den leverantör vars anbud sammantaget bäst uppfyller tilldelningskriterierna. En sådan tilldelning omfattas inte av några begränsningar enligt 15 § andra stycket.

När myndigheten bestämmer att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, ska den också fastställa den ordning som ska tillämpas för att bedöma dels vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontraktet, dels om kontraktet ska tilldelas i delar eller kombinerade delar.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

17 § En upphandlande myndighet som tilldelar ett kontrakt i delar enligt 13 §, ska i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse ange om anbud får lämnas för en, flera eller alla delar av kontraktet enligt 15 § första stycket.

Om myndigheten avser att begränsa antalet delar av ett kontrakt som kan komma att tilldelas en leverantör enligt 15 § andra stycket, ska myndigheten

1. i annonsen eller inbjudan ange det största antalet delar av kontraktet som får tilldelas en och samma leverantör, och

2. i något av upphandlingsdokumenten ange den ordning som ska gälla när en och samma leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Om myndigheten avser att tilldela kombinerade delar av ett kontrakt enligt 16 §, ska myndigheten i annonsen eller inbjudan ange

1. att ett uppdelat kontrakt kan komma att tilldelas i kombinerade delar enligt 16 § första stycket, och
2. den ordning som ska tillämpas enligt 16 § tredje stycket.

Reserverad upphandling

18 § En upphandlande myndighet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller

2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

CPV-nomenklaturen

19 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för en upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggtreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

5 kap. Tröskelvärden

Tillämpliga tröskelvärden

1 § De tröskelvärden som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 4 i direktiv 2014/24/EU eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 6 i direktivet. Det som anges i direktivet om centrala statliga myndigheter gäller för en central upphandlande myndighet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor samt en förteckning över de försvarsprodukter som omfattas av bilaga III till direktiv 2014/24/EU.

2 § De tröskelvärden som ska tillämpas enligt 1 kap. 6 § anges i artikel 13 i direktiv 2014/24/EU eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 6 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Värdet av en upphandling

3 § Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

4 § Om en upphandlande myndighet består av separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling uppskattas till det samlade värdet för alla sådana enheter. Värdet får dock uppskattas särskilt för en sådan enhet, om den ansvarar självständigt för sin upphandling eller för vissa kategorier av upphandlingar.

Värdetidpunkten

5 § Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Förbud mot kringgående

6 § Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

7 § En upphandling får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Upphandling av delkontrakt

8 § Om en planerad byggentreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §. Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet. Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller
2. 1 000 000 euro när det gäller byggentreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om

upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.

Byggentreprenad

9 § I värdet av en upphandling av en byggentreprenad ska det ingå, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, värdet av varor och tjänster som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras.

Leasing, hyra och hyrköp av varor

10 § Värdet av en upphandling som avser leasing, hyra eller hyrköp av varor på en bestämd tid om högst tolv månader ska uppskattas till den totala kostnaden under löptiden.

Om löptiden är längre än tolv månader, ska värdet uppskattas till den totala kostnaden, inklusive varans restvärde.

Om löptiden är obestämd eller inte kan fastställas vid värdetidpunkten, ska värdet uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

11 § Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av

1. det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller

2. det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Vissa tjänster

12 § Hur värdet av vissa upphandlingar av tjänster ska uppskattas framgår av följande uppställning:

<i>När upphandlingen avser</i>	<i>ska värdet uppskattas till</i>
1. försäkringstjänster	den premie som ska betalas och andra ersättningar för tjänsten
2. banktjänster och andra finansiella tjänster	arvoden, provisioner, ränta och andra ersättningar för tjänsten

13 § Om en tjänst upphandlas utan att det totala belopp som ska betalas för tjänsten anges, ska värdet av upphandlingen vara det som ska betalas för tjänsten under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Ramavtal och dynamiska inköpssystem

14 § Värdet av ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet under löptiden.

Innovationspartnerskap

15 § Värdet av ett innovationspartnerskap ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av de forsknings- och utvecklingsinsatser som ska genomföras under alla stadier av det planerade partnerskapet samt de varor, tjänster och byggtreprenader som ska utvecklas och som ska anskaffas i slutet av partnerskapet.

Projekttävlingar

16 § Värdet av en projekttävling ska uppskattas till summan av sådana ersättningar och tävlingspriser som kan komma att tilldelas deltagarna samt det beräknade värdet av de tjänstekontrakt som kan komma att tilldelas vinnaren eller vinnarna i tävlingen.

6 kap. Upphandlingsförfaranden

Upphandlingsförfarandena

1 § Vid offentlig upphandling får, under de förutsättningar och på det sätt som anges i denna lag, följande upphandlingsförfaranden användas:

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
5. konkurrenspräglad dialog, eller
6. förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Öppet förfarande

2 § Vid ett öppet förfarande får alla leverantörer lämna anbud efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 §.

3 § Vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

4 § Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud. Dessa anbud ska ligga till grund för efterföljande förhandlingar.

När förfarandet får användas

5 § Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas, om

1. den upphandlande myndighetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av lättillgängliga lösningar,
2. upphandlingen inbegriper formgivning eller innovativa lösningar,
3. kontraktet inte kan tilldelas utan föregående förhandlingar på grund av särskilda omständigheter som avser arten, komplexiteten eller den rättsliga och ekonomiska utformningen av det som ska anskaffas eller på grund av riskerna i anslutning till dessa omständigheter, eller
4. den upphandlande myndigheten inte med tillräcklig precision kan utarbeta tekniska specifikationer med hänvisning till en standard, europeisk teknisk bedömning, gemensam teknisk specifikation eller teknisk referens.

6 § Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får också användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte acceptabla.

Upphandlingsdokumenten

7 § Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten

1. fastställa föremålet för upphandlingen genom att beskriva myndighetens behov och vad som krävs i fråga om egenskaper hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som ska anskaffas,
2. ange vad i beskrivningen som utgör de minimikrav som alla anbud ska uppfylla, och
3. ange kriterierna för tilldelning av kontrakt.

Den information som lämnas i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma upphandlingens art och omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i förfarandet.

Förhandlingarna

8 § Den upphandlande myndigheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna.

Den upphandlande myndigheten får utan förhandlingar tilldela kontrakt utifrån ett ursprungligt anbud om den i annonsen om upphandlingen enligt 10 kap. 1 § eller i inbjudan att bekräfta intresse enligt 10 kap. 8 § har meddelat att den förbehåller sig den rätten.

9 § Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna, ska den upphandlande myndigheten skriftligen informera alla kvarvarande anbudsgivare om detta och ge dem skälig tid att ändra sina anbud.

10 § Förhandlingarna får delas upp i successiva steg för att minska antalet anbud om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande myndigheten får efter varje steg välja ut de anbud som myndigheten ska fortsätta att förhandla om. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som har angetts i upphandlingsdokumenten.

Det slutliga antalet anbud ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal anbud eller lämpliga anbudssökande.

11 § När den upphandlande myndigheten har för avsikt att avsluta förhandlingarna, ska myndigheten informera de anbudsgivare som fortfarande deltar i förhandlingarna om detta och ange en gemensam tidsfrist för dem att lämna slutliga anbud som inte får vara föremål för förhandling.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud

12 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt. En rapport om detta ska lämnas till Europeiska kommissionen om den begär det.

13 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 13 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten har fastställt.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt upphandlingsdokumenten.

14 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Synnerlig brådska

15 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Ogiltiga eller oacceptabla anbud

16 § En upphandlande myndighet får i de fall som avses i 6 § avstå från att annonsera upphandlingen på nytt om den i förfarandet tar med endast de anbudsgivare som

1. inte ska uteslutas enligt bestämmelserna i 13 kap.,
2. uppfyller de krav som anges i 14 kap. och de kriterier eller regler som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, och
3. har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.

Upphandling av varor i vissa fall

17 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om

1. kontraktet gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål under förutsättning att
 - a) kontraktet inte omfattar tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och
 - b) tilldelningen av kontraktet inte påverkar efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål,
2. kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att
 - a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och

b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

3. kontraktet gäller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad, eller

4. det är möjligt att anskaffa varor eller tjänster på särskilt förmånliga villkor i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet eller har gått i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Ett kontrakt om kompletterande leveranser enligt första stycket 2 får gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

Tidigare tjänster eller byggentreprenader

18 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggentreprenad som är en upprepning av tidigare tjänster eller byggentreprenader under förutsättning att

1. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande,

2. arbetena tilldelas samma leverantör,

3. de nya tjänsterna eller byggentreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

4. omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggentreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen,

5. värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och

6. det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt denna paragraf får användas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet ingicks.

Upphandling av tjänst som följer på en projekttävling

19 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av en tjänst som följer på en projekttävling, om kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Om en tävling har avslutats med att fler än en vinnare har utsetts, ska samtliga vinnare inbjudas att delta i förhandlingar.

Konkurrenspräglad dialog

20 § Vid en konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får delta i dialogen.

21 § En upphandlande myndighet får använda sig av en konkurrenspräglad dialog i de fall som anges i 5 och 6 §§.

Dialogens syfte ska vara att identifiera och ange hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses.

Upphandlingsdokumenten

22 § Den upphandlande myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange sina behov och krav, ange tilldelningskriterierna och förklara deras innebörd samt ange en preliminär tidsplan.

Genomförandet av dialogen

23 § Dialogen får genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande myndigheten får efter varje steg välja ut de lösningar som myndigheten ska fortsätta att diskutera. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som angetts i något av upphandlingsdokumenten.

Det slutliga antalet lösningar ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

24 § Den upphandlande myndigheten ska fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser myndighetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

Uppmaning att lämna anbud

25 § När en underrättelse har lämnats enligt 24 §, ska den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen.

Klarläggande, precisering och optimering av anbud

26 § Den upphandlande myndigheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga, precisera och optimera sitt anbud.

Klarlägganden, preciseringar, optimeringar och kompletterande upplysningar får dock inte omfatta ändringar av väsentliga aspekter av anbudet eller upphandlingen, däribland det behov myndigheten avser att tillgodose med upphandlingen och de krav som har ställts upp i annonsen, om ändringarna riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller leda till diskriminering.

Utvärdering av anbud

27 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 16 kap. 1 § andra stycket 1.

Förhandlingar i syfte att bekräfta villkor

28 § Den upphandlande myndigheten får förhandla med den anbudsgivare som har lämnat det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet för att bekräfta de finansiella åtagandena eller andra villkor som anges i anbudet och slutligt fastställa kontraktsvillkoren. Detta gäller under förutsättning att förhandlingarna

1. inte leder till att väsentliga aspekter i anbudet eller upphandlingen ändras i sak, och
2. inte riskerar att snedvrider konkurrensen eller orsaka diskriminering.

Ersättning för deltagande i dialogen

29 § Den upphandlande myndigheten får besluta om tävlingspriser eller annan ersättning för deltagande i dialogen.

Innovationspartnerskap

30 § Vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får delta i förfarandet.

När förfarandet får användas

31 § En upphandlande myndighet får använda ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap för att anskaffa en vara, tjänst eller byggentreprenad för att tillgodose behov som den upphandlande myndigheten bedömer inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden.

Innovationspartnerskapet ska syfta till utveckling och därpå följande anskaffning av den vara, tjänst eller byggentreprenad som myndigheten har behov av. En sådan anskaffning förutsätter att varan, tjänsten eller byggentreprenaden motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som den upphandlande myndigheten och deltagarna har kommit överens om.

Krav på anbudssökande

32 § Vid urvalet av anbudssökande ska en upphandlande myndighet särskilt tillämpa krav som avser leverantörers kapacitet inom området för forskning och utveckling och kapacitet att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Upphandlingsdokumenten

33 § Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten ange

1. det behov av en vara, tjänst eller byggentreprenad som myndigheten inte kan tillgodose genom lösningar som finns på marknaden,
2. de delar av beskrivningen som är sådana minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud, och
3. vad som ska gälla i fråga om immateriella rättigheter.

Den information som lämnas i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma upphandlingens art och omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i upphandlingsförfarandet.

Förhandlingar

34 § Den upphandlande myndigheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. De slutliga anbuden får inte vara föremål för förhandling.

35 § Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna, ska den upphandlande myndigheten skriftligen informera alla kvarvarande anbudsgivare om detta och ge dem skälig tid för att ändra sina anbud.

36 § Förhandlingarna får delas upp i successiva steg för att minska antalet anbud om den upphandlande myndigheten har angett detta i något av upphandlingsdokumenten. Myndigheten får efter varje steg välja ut de anbud som myndigheten ska fortsätta att förhandla om. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som har angetts i upphandlingsdokumenten.

Krav för att få inrätta ett innovationspartnerskap

37 § En upphandlande myndighet får inrätta innovationspartnerskap endast med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Utvärdering av anbud

38 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 16 kap. 1 § andra stycket 1.

Genomförandet av partnerskapet

39 § Ett innovationspartnerskap ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna får också inkludera tillverkningen av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller utförandet av byggentreprenaderna.

40 § Ett innovationspartnerskap ska slå fast delmål som parterna ska uppfylla samt reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar.

Med utgångspunkt i delmålen får den upphandlande myndigheten efter varje etapp avsluta innovationspartnerskapet eller, om innovationspartnerskapet omfattar flera leverantörer, minska antalet sådana genom att avsluta enskilda kontrakt. Sådana åtgärder förutsätter att myndigheten i något av upphandlingsdokumenten har angett att dessa möjligheter finns och på vilka villkor de kan användas.

41 § Den upphandlande myndigheten ska se till att innovationspartnerskapets struktur, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika etapperna, avspeglar graden av innovation hos den föreslagna lösningen

och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Det uppskattade värdet av varor, tjänster eller byggtreprenader får inte vara oproportionerligt i förhållande till de investeringar som krävs för att ta fram dem.

7 kap. Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

1 § En upphandlande myndighet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i denna lag.

Ramavtalets löptid

2 § Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal

3 § Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får ingås endast mellan en upphandlande myndighet som har identifierats för detta syfte antingen i anbudsinfördran som avser ramavtalet eller i inbjudan att bekräfta intresse och en leverantör som är part i ramavtalet.

Villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får inte avvika väsentligt från villkoren i ramavtalet.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med en enda leverantör

4 § Om ett ramavtal har ingåtts med en enda leverantör, ska kontrakt som grundas på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

Inför tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med leverantören och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer

5 § När ett ramavtal som har ingåtts med flera leverantörer har samtliga villkor fastställda för tillhandahållandet av de varor, tjänster eller byggtreprenader som ramavtalet avser, ska kontrakt som grundas på ramavtalet tilldelas enligt 6 eller 7 §.

När ramavtalet inte har samtliga sådana villkor fastställda, ska tilldelning ske enligt 8 §.

Första och andra styckena gäller även delar av ett ramavtal.

Tilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning

6 § En upphandlande myndighet får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § första stycket utan en förnyad konkurrensutsättning enligt villkoren i ramavtalet.

Myndigheten ska tillämpa objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet. De objektiva villkoren ska anges i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Tilldelning delvis efter en förnyad konkurrensutsättning

7 § En upphandlande myndighet får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § första stycket delvis efter en förnyad konkurrensutsättning på det sätt som anges i 9 §, om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet att den upphandlande myndigheten ska ha den möjligheten.

I upphandlingsdokumentet ska i sådana fall också anges

1. de av ramavtalets villkor för tillhandahållande som kan bli föremål för en förnyad konkurrensutsättning, och
2. de objektiva villkor som myndigheten ska använda när den avgör om tilldelning ska ske utan eller efter en förnyad konkurrensutsättning.

Tilldelning efter en förnyad konkurrensutsättning

8 § En upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § andra stycket efter en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet på sätt som anges i 9 §.

Förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning

9 § Vid en förnyad konkurrensutsättning ska de leverantörer som är parter i ramavtalet inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får, om det är nödvändigt, preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket ska

1. den upphandlande myndigheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,
2. den upphandlande myndigheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,
3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten inte ta del av innehållet i anbuden innan den angivna svarstiden har löpt ut, och
4. den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

Inköpscentraler

Anlitande av en inköpscentral

10 § En upphandlande myndighet får anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten.

Om en upphandlande myndighet anlitar en inköpscentral enligt första stycket, får tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även omfatta stödverksamhet för inköp.

Anskaffning från en inköpscentral

11 § En upphandlande myndighet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Anskaffning genom en inköpscentral

12 § En upphandlande myndighet får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom

1. kontrakt som tilldelas av en inköpscentral,
2. dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, eller
3. ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Den upphandlande myndighetens ansvar

13 § En upphandlande myndighet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt 11 eller 12 §.

Den upphandlande myndigheten ansvarar dock för att fullgöra skyldigheterna i denna lag när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Gemensam upphandling med myndighet från annan medlemsstat

14 § En upphandlande myndighet får genomföra en upphandling gemensamt med en upphandlande myndighet från en annan medlemsstat med användning av upphandlingsåtgärder enligt 15–23 §§.

En viss upphandlingsåtgärd får inte väljas i syfte att undvika tillämpningen av tvingande föreskrifter som är förenliga med EU-rätten.

Inköpscentral i annan medlemsstat

15 § En upphandlande myndighet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

16 § Vid gemensam upphandling enligt 15 § tillämpas bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

De bestämmelser som är tillämpliga enligt första stycket ska också tillämpas om en upphandlande myndighet

1. tilldelar ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt första stycket,
2. genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket, eller
3. enligt 6 och 7 §§ beslutar vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet inom ramen för ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket.

Gemensamma upphandlingsåtgärder

17 § En upphandlande myndighet får gemensamt med upphandlande myndigheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen vidta upphandlingsåtgärder genom att

1. tilldela ett kontrakt,

2. ingå ett ramavtal, eller
3. inrätta ett dynamiskt inköpssystem.

En upphandlande myndighet som har ingått ett ramavtal enligt första stycket 2 eller inrättat ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 3, får tilldela kontrakt inom ramen för ramavtalet eller inköpssystemet.

18 § Vid gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 17 § ska delar som är nödvändiga för samarbetet följa av en överenskommelse.

19 § Om en överenskommelse enligt 18 § träffas mellan de deltagande myndigheterna, ska myndigheterna i överenskommelsen fastställa

1. myndigheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga, och
2. sättet att organisera upphandlingsförfarandet, innefattande ledning, fördelning av varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

När myndigheterna fastställer ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga enligt första stycket 1, kan

1. ansvarsområdena fördelas till en eller flera av dem, eller
2. som tillämpliga bestämmelser fastställas den medlemsstats bestämmelser i vilken minst en av myndigheterna har sin hemvist.

20 § Fördelningen av ansvarsområden mellan upphandlande myndigheter och tillämpliga nationella bestämmelser enligt 18 och 19 §§ ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

21 § En myndighet som deltar i en upphandling enligt 17 § och som anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från en annan deltagande myndighet ska anses uppfylla sina skyldigheter enligt denna lag, om någon annan deltagande myndighet uppfyller de skyldigheter som föreskrivs i den lag som ska tillämpas till följd av en överenskommelse enligt 18 och 19 §§.

Upphandling med en gemensam enhet

22 § En gemensam enhet som har inrättats av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar.

En europeisk gruppering för territoriellt samarbete enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS), i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1302/2013, eller någon annan enhet som har bildats enligt EU-rätten ska anses vara en gemensam enhet.

23 § Vid gemensam upphandling enligt 22 § ska den gemensamma enhetens behöriga organ besluta om tillämpliga nationella bestämmelser.

Tillämpliga nationella bestämmelser ska vara bestämmelserna i en medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver verksamhet.

Ett sådant beslut får antingen gälla tills vidare, om det fattas när den gemensamma enheten inrättas, eller begränsas till en viss tidsperiod, till

vissa typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.

8 kap. Elektroniska metoder för upphandling

Dynamiska inköpssystem

Tillämpningsområdet

1 § En upphandlande myndighet får använda ett dynamiskt inköpssystem för återkommande anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och har egenskaper som tillgodoser den upphandlande myndighetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem ska drivas som en helt elektronisk process. Det ska ha en bestämd giltighetstid och under den tiden vara öppet för varje leverantör som uppfyller kvalificeringskraven enligt 14 kap. 1–5 §§.

2 § Ett dynamiskt inköpssystem får delas in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader. Kategorierna ska bestämmas objektivt med hänsyn till egenskaperna hos den upphandling som ska genomföras inom den berörda kategorin.

Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem

3 § Vid upphandlingar i ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande myndigheten tillämpa bestämmelserna för selektivt förfarande. Antalet anbudssökande som får delta i systemet får dock inte begränsas.

Om myndigheten har delat in systemet i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska kvalificeringskrav specificeras för varje kategori.

4 § En upphandlande myndighet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska informera om detta genom en anbudsinfördran och ange att den avser ett sådant system. I anbudsinfördran ska systemets giltighetstid anges.

Om ett dynamiskt inköpssystem delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska dessa och vad som karakteriserar kategorierna anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Om det dynamiska inköpssystemet drivs av en inköpscentral och får användas av andra upphandlande myndigheter, ska detta anges i anbudsinfördran.

Upphandlingsdokumenten

5 § Av upphandlingsdokumenten ska det framgå

1. de anskaffningar och de kvantiteter som systemet avser, och
2. nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang och specifikationer för anslutning.

Den upphandlande myndigheten ska ge tillgång till upphandlingsdokumenten enligt 10 kap. 7 § första stycket under systemets hela giltighetstid. Prop. 2015/16:195

Ändringar i giltighetstiden

6 § Den upphandlande myndigheten ska anmäla ändringar av det dynamiska inköpssystemets giltighetstid till Europeiska kommissionen.

Ansökan om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem

7 § En upphandlande myndighet ska under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid ge leverantörer möjlighet att ansöka om att få delta i systemet på de villkor som anges i 3 §.

Myndigheten ska utvärdera en anbudsansökan med tillämpning av kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–5 §§ inom 10 arbetsdagar från mottagandet. När det finns skäl till det får tidsfristen förlängas till 15 arbetsdagar.

Myndigheten får förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud ännu har utfärdats i det dynamiska inköpssystemet. Ingen inbjudan får utfärdas under utvärderingsperiodens förlängning. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den förlängda period som den avser att tillämpa.

Tidsfrist för anbudsansökningar

8 § Tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Inga ytterligare tidsfrister ska gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första upphandlingen enligt det dynamiska inköpssystemet har skickats.

Underrättelse om beslut om deltagande i ett dynamiskt inköpssystem

9 § En upphandlande myndighet ska snarast möjligt underrätta en leverantör om det beslut som har fattats om leverantörens deltagande i det dynamiska inköpssystemet. Ett beslut att inte godkänna en leverantör som deltagare ska motiveras.

Inbjudan att lämna anbud

10 § Den upphandlande myndigheten ska för varje kontrakt som ska tilldelas bjuda in alla leverantörer som godkänts som deltagare i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud.

Om det dynamiska inköpssystemet har delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska myndigheten bjuda in samtliga leverantörer som godkänts som deltagare inom den kategori som motsvarar berörd upphandling att lämna anbud.

Tidsfrist för anbud

11 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud enligt 10 § skickades till berörda leverantörer.

En upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet får tillämpa bestämmelserna i 11 kap. 7 § om tidsfrist för att komma in med anbud efter överenskommelse.

Bestämmelserna om förkortning av tidsfrister i 11 kap. 5 och 6 §§ får inte tillämpas.

Tilldelning av kontrakt

12 § Den upphandlande myndigheten ska tilldela den leverantör kontraktet vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga på grundval av de tilldelningskriterier som anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud.

Egen försäkran av leverantörer

13 § En upphandlande myndighet får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet, inom fem arbetsdagar från den dag då begäran skickades, lämnar in en ny och uppdaterad version av en sådan egen försäkran som avses i 15 kap. 1–2 §§.

Bestämmelserna i 15 kap. 3–5 §§ gäller under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid.

Administrativ avgift

14 § Den upphandlande myndigheten får inte ta ut någon administrativ avgift av en leverantör som deltar eller vill delta i systemet.

Elektroniska auktioner

Tillämpningsområdet

15 § En upphandlande myndighet får använda en elektronisk auktion för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden.

Myndigheten ska utforma den elektroniska auktionen som en upprepad elektronisk process.

16 § En upphandlande myndighet får genomföra en elektronisk auktion som en avslutande del, om innehållet i upphandlingsdokumenten kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet. Detta gäller vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§, och

5. inbjudan att lämna anbud inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem. Prop. 2015/16:195

Genomförandet av en elektronisk auktion

17 § En elektronisk auktion ska möjliggöra en rangordning utifrån automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser eller nya värden på de delar av anbuderna som angetts i upphandlingsdokumenten, när anbuderna ska utvärderas på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, eller

2. priser, när anbuderna ska utvärderas enbart på grundval av priset.

Anbuderna ska rangordnas med användning av en matematisk formel. När anbuderna ska rangordnas med hänsyn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den matematiska formeln beakta viktningen av de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om viktningen av kriterierna har angetts i intervall, ska dessa fastställas till ett bestämt värde. Om alternativa anbud är tillåtna, ska separata formler användas för varje anbud.

En elektronisk auktion får genomföras i på varandra följande etapper.

Upphandlingsdokumenten

18 § Om en elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande myndigheten ange det i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

19 § I upphandlingsdokumenten ska följande uppgifter lämnas om den elektroniska auktionen:

1. de delar av anbuderna som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,

2. eventuella gränser för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för det som ska anskaffas,

3. de uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,

4. nödvändiga uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,

5. de villkor på vilka anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnaderna mellan anbuderna som kan ha bestämts,

6. nödvändiga uppgifter om den elektroniska utrustning som ska användas och om anslutningen till denna utrustning, och

7. tidpunkten då den elektroniska auktionen ska avslutas.

Första utvärdering av anbud

20 § Innan en upphandlande myndighet inleder en elektronisk auktion, ska myndigheten utvärdera anbuderna i enlighet med tilldelningskriterierna och viktningen av dessa.

Inbjudan att lämna nya priser eller värden

21 § En anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud ska bjudas in att delta i den elektroniska auktionen genom att från en viss tidpunkt använda de anslutningssätt som anges i inbjudan.

Ett anbud är godtagbart om det stämmer överens med de tekniska specifikationerna och inte är ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt och om det har lämnats av en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och inte har uteslutits från anbudsförandet.

Vad som avses med ett olämpligt anbud framgår av 6 kap. 13 §.

22 § I inbjudan ska den upphandlande myndigheten informera om utvärderingen enligt 20 § av anbudsgivarens anbud.

23 § Inbjudan ska innehålla information om den matematiska formel som avses i 17 § andra stycket och som ska användas för att bestämma rangordningen mellan anbuden med hänsyn till de nya priser eller värden som lämnas under auktionen.

24 § Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det att inbjudan har skickats ut.

Upplysningar till anbudsgivarna

25 § Under en elektronisk auktion ska den upphandlande myndigheten lämna alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Myndigheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden under förutsättning att detta har angetts i upphandlingsdokumenten.

Myndigheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Avslutande av en elektronisk auktion

26 § En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten

1. vid den tidpunkt som angetts i upphandlingsdokumenten,
2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller
3. när det antal auktionsetapper som angetts i upphandlingsdokumenten har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska myndigheten i upphandlingsdokumenten ha angett hur långt efter det att den har tagit emot det sista priset eller värdet som den kommer att avsluta auktionen.

I det fall som avses i första stycket 3 ska tidsplanen för varje auktionsetapp anges i inbjudan att delta i auktionen.

27 § När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av auktionen.

Elektroniska kataloger

Tillämpningsområdet

28 § En upphandlande myndighet får begära att anbud med elektroniska medel ska lämnas i ett format för att presentera och strukturera

information som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling (elektronisk katalog). Prop. 2015/16:195

Anbud som lämnas i form av en elektronisk katalog får kompletteras med andra handlingar.

Upphandlingsdokumenten

29 § Av annonsen om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse ska det framgå om anbud ska eller får

1. lämnas i form av en elektronisk katalog, eller
2. innehålla en elektronisk katalog.

Något av upphandlingsdokumenten ska innehålla nödvändiga uppgifter om

1. den elektroniska utrustning som används och anslutningen till denna utrustning, samt
2. format och specifikationer för den elektroniska katalogen.

Upprättandet av en elektronisk katalog

30 § En elektronisk katalog ska upprättas av en anbudssökande eller anbudsgivare enligt specifikationer och format som har fastställts av den upphandlande myndigheten. Om en katalog ska uppdateras enligt 31 § eller 34 § andra stycket, ska dess format tillåta en sådan uppdatering.

Uppdatering av en elektronisk katalog

31 § Om ett ramavtal har slutits efter det att anbud har lämnats i form av en elektronisk katalog eller har innehållit en sådan, får den upphandlande myndigheten besluta att en förnyad konkurrensutsättning enligt 7 kap. 7 och 8 §§ ska genomföras med användning av en elektronisk katalog som uppdateras enligt 32 §.

32 § För att uppdatera en elektronisk katalog ska den upphandlande myndigheten antingen

1. uppmana varje anbudsgivare att lämna in en uppdaterad katalog som har anpassats till kraven i det berörda kontraktet, eller
2. meddela varje anbudsgivare att myndigheten avser att samla in uppgifter från den redan inlämnade katalogen för att anpassa den till kraven i det berörda kontraktet.

En katalog får uppdateras enligt första stycket 2, om detta har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

33 § I ett meddelande enligt 32 § första stycket 2 ska den upphandlande myndigheten informera varje anbudsgivare om när den avser att samla in uppgifter för en uppdaterad elektronisk katalog och ge anbudsgivaren möjlighet att avböja en sådan uppgiftsinsamling. Meddelandet ska lämnas så lång tid före den planerade uppgiftsinsamlingen att anbudsgivaren får skälig tid för att ta ställning till den.

Innan myndigheten tilldelar ett kontrakt med utgångspunkt i uppgifter i en elektronisk katalog som myndigheten har uppdaterat, ska den ge varje anbudsgivare möjlighet att kontrollera att det på så sätt upprättade anbudet inte innehåller några fel.

34 § Vid upphandling inom ett dynamiskt inköpssystem ska en leverantör på begäran av den upphandlande myndigheten lämna anbud som har form av en elektronisk katalog eller innehåller en sådan.

Myndigheten får, om den har begärt att leverantörer till ansökan om att få delta i det dynamiska inköpssystemet bifogar en elektronisk katalog, besluta att upphandlingen ska genomföras med användning av elektroniska kataloger som uppdateras med tillämpning av bestämmelserna i 32 § första stycket 2 och andra stycket samt 33 §.

9 kap. Tekniska krav

Tekniska specifikationer

Vad som anges i de tekniska specifikationerna

1 § De tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggentreprenaden ska ha ska anges som tekniska specifikationer. Specifikationerna ska ingå i något av upphandlingsdokumenten. De ska vara utformade på något av de sätt som anges i 3–5 §§ förutsatt att det inte står i strid med tvingande tekniska regler.

De egenskaper som specificeras får också avse

1. processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggentreprenaden, eller
2. en process som avser ett annat skede i varans, tjänstens eller byggnadsverkets livscykel.

Andra stycket gäller också när de egenskaper som avses inte är egenskaper hos den berörda varan, tjänsten, byggentreprenaden eller det berörda byggnadsverket. Egenskaperna måste dock ha anknytning till det som ska anskaffas.

I de tekniska specifikationerna får det också anges om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

När det som anskaffas ska användas av fysiska personer

2 § När det som anskaffas ska användas av fysiska personer ska de tekniska specifikationerna bestämmas med beaktande av samtliga användares behov, däribland tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning.

Undantag får göras endast om det finns särskilda skäl.

Om Europeiska unionen i en rättsakt har antagit obligatoriska krav på tillgänglighet, ska de tekniska specifikationerna som avses i första stycket bestämmas med hänvisning till den rättsakten.

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

3 § En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara utformade så att det klart framgår vad som ska anskaffas.

En upphandlande myndighet får tillåta att en leverantör åberopar sådana standarder och bedömningar som avses i 4 § för att visa att kraven enligt första stycket är uppfyllda.

4 § Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar, och i fallande prioritetsordning till

1. svensk standard som stämmer överens med europeisk standard,
2. europeisk teknisk bedömning,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller
6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggtreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdig".

Tekniska specifikationer som kombinerar prestanda- och funktionskrav med standarder och bedömningar

5 § En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav enligt 3 § i fråga om vissa egenskaper och med hänvisning till standarder och bedömningar enligt 4 § i fråga om andra egenskaper.

Uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer

6 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Likvärdiga lösningar

7 § En upphandlande myndighet som i enlighet med 3 § anger de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav får inte förkasta ett anbud som avser en vara, tjänst eller byggtreprenad som motsvarar de standarder eller bedömningar som anges i 4 § första stycket 1–5 eller likvärdiga standarder eller bedömningar.

Första stycket gäller endast om

1. den åberopade standarden eller bedömningen avser de prestanda- eller funktionskrav som myndigheten har angett, och
2. anbudsgivaren visar att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller de angivna kraven.

8 § Om en upphandlande myndighet ställer krav genom att hänvisa till en standard eller bedömning enligt 4 §, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att en vara, tjänst eller byggtreprenad inte motsvarar denna standard eller bedömning om det i anbudet visas att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Utredning om överensstämmelse

9 § En upphandlande myndighet får som bevis för överensstämmelse med kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna enligt 16 kap. eller villkoren för fullgörande av kontraktet enligt 17 kap., kräva att leverantören ska uppvisa en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse. Detta organ ska vara ackrediterat för denna uppgift i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 765/2008 av den 9 juli 2008 om krav för ackreditering och marknads kontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93, i den ursprungliga lydelsen.

10 § Om en upphandlande myndighet kräver en provningsrapport eller ett intyg som ska vara utfärdat av ett visst organ för bedömning av överensstämmelse, ska den också godta en provningsrapport eller ett intyg från ett likvärdigt organ.

11 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen kan få tillgång till en provningsrapport eller ett intyg som avses i 9 eller 10 § och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande myndigheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet.

Märkning

12 § Med *märkning* avses alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav.

13 § En upphandlande myndighet får i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet kräva en viss märkning som bevis för att varan, tjänsten eller byggtreprenaden motsvarar de egenskaper som krävs, om

1. kraven för märkningen endast rör kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas,
2. kraven för märkningen är lämpliga för att definiera egenskaperna hos den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas,
3. kraven för märkningen grundas på objektivet kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,
4. märkningen har antagits genom ett öppet och transparent förfarande i vilket samtliga berörda kan delta,
5. märkningen är tillgänglig för alla berörda, och

6. kraven för märkningen fastställs av ett organ som den som ansöker om märkningen inte har ett avgörande inflytande över.

Om en upphandlande myndighet inte kräver att det som ska anskaffas har alla egenskaper som krävs av en märkning, ska den ange vilka krav för märkningen som ska uppfyllas.

Om en märkning uppfyller villkoren i första stycket 3–6, men kraven för märkningen även rör kriterier som inte har anknytning till det som ska anskaffas, får den upphandlande myndigheten inte kräva märkningen för varan, tjänsten eller byggtreprenaden. Myndigheten får dock fastställa de tekniska specifikationerna genom hänvisningar till sådana detaljerade specifikationer för märkningen som har anknytning till det som ska anskaffas.

14 § En upphandlande myndighet som kräver en viss märkning enligt 13 § ska godta en annan märkning om kraven för den märkningen är likvärdiga med kraven för den angivna märkningen.

15 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen haft möjlighet att få tillgång till den märkning som den upphandlande myndigheten kräver eller en likvärdig märkning och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande myndigheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven för den angivna märkningen eller, i de fall som anges i 13 § andra stycket, de särskilt angivna kraven för märkningen.

Anbud med alternativa utföranden

16 § En upphandlande myndighet får tillåta eller kräva att anbudsgivare lämnar anbud med utföranden som avviker från dem som myndigheten har angett. Ett sådant anbud med alternativt utförande får beaktas endast om myndigheten i annonsen angett om den tillåter eller kräver sådana anbud.

17 § En upphandlande myndighet som tillåter eller kräver anbud som avses i 16 § ska i upphandlingsdokumenten ange

1. vilka minimikrav som gäller för sådana anbud,
2. vilka särskilda villkor som gäller redovisningen av anbudet, och
3. om anbud med ett alternativt utförande får lämnas endast tillsammans med ett anbud som utgår från samma utförande som myndigheten har angett.

Anbud med alternativa utföranden får beaktas endast om de uppfyller minimikraven.

18 § Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande myndighet som har tillåtit eller krävt anbud med alternativa utföranden inte förkasta ett sådant anbud enbart på grund av att det, om det antas, skulle bli ett tjänstekontrakt i stället för ett varukontrakt eller ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt.

10 kap. Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

Annonsering

Anbudsinfördran

1 § En upphandlande myndighet ska genom en anbudsinfördran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal.

En anbudsinfördran ska göras genom en annons om upphandling eller, i de fall som regleras i 2 §, en förhandsannons.

Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§.

Förhandsannons som anbudsinfördran

2 § En upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet får använda en förhandsannons som anbudsinfördran när upphandling ska genomföras med selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En myndighet som ska upphandla tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 får också använda en förhandsannons som anbudsinfördran.

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

3 § En upphandlande myndighet får i en förhandsannons informera om planerade upphandlingar.

Bestämmelser om förkortade tidsfrister efter en sådan förhandsannonsering finns i 11 kap. 5 §.

Efterannons om resultatet av en upphandling

4 § En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. En myndighet som tilldelat kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska skicka en efterannons senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt.

Trots första stycket får myndigheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Annons om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering

5 § En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

Bemyndigande

6 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

7 § Den upphandlande myndigheten ska vid annonsering om upphandling, förhandsannonsering och annonsering om projekttävling med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om myndigheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska myndigheten i annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Inbjudan till anbudssökande

Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

8 § Om en förhandsannons har använts som anbudsinfordran, ska den upphandlande myndigheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse. Först när myndigheten har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade, får den ange vilka leverantörer som ska få lämna anbud eller delta i förhandlingar.

Den upphandlande myndigheten ska med elektroniska medel ge anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att bekräfta intresse. Om myndigheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om art och mängd av det som ska upphandlas, option på ytterligare avtal och om möjligt beräknad tidsfrist för optionen samt, när det gäller avtal som kan förnyas, art och mängd och, om möjligt, beräknad tidpunkt för kommande annonser om upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader,
2. uppgift om huruvida selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering ska användas,
3. uppgift om dag för leverans av varor eller för påbörjande eller avslutande av tjänsterna eller byggtreprenaderna,
4. uppgift om adress till den upphandlande myndigheten,
5. uppgift om ekonomiska eller tekniska krav, ekonomiska garantier och upplysningar som krävs från leverantörer,
6. uppgift om huruvida ett varukontrakt avser köp, leasing, hyra eller hyrköp eller en kombination av dessa,
7. uppgift om tilldelningskriterier samt kriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
8. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Skriftlig inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog

9 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska den upphandlande myndigheten vid ett och

samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att lämna anbud eller, vid konkurrenspräglad dialog, att delta i dialogen.

Den upphandlande myndigheten ska med elektroniska medel ge de utvalda anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog. Om myndigheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar enligt 12 kap. 11 §,

2. uppgift om sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet ska skickas och på vilket eller vilka språk det ska skrivas, eller, vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om dag och plats för dialogens början samt om det eller de språk som ska användas,

3. en hänvisning till annonsen om upphandling eller till förhandsannonsen, om en sådan annons har använts som anbudsinfordran,

4. uppgift om de handlingar som ska bifogas,

5. uppgift om tilldelningskriterier samt kriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Anbudets giltighetstid

10 § En upphandlande myndighet ska vid öppet förfarande i annonsen om upphandling ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska myndigheten ange denna uppgift i en annons om upphandling, i en förhandsannons som används som anbudsinfordran, i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog.

En underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 12 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

11 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Förhållanden som ska beaktas när tidsfrister bestäms

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. Om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

Tidsfrist vid öppet förfarande

2 § Vid öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Första stycket gäller om inte något annat följer av 5–10 §§.

Tidsfrister vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap

3 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena. Detta gäller om inte något annat följer av 10 §.

Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 30 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande. Detta gäller om inte något annat följer av 5–10 §§.

Tidsfrister vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem

4 § I 8 kap. 8 och 11 §§ finns bestämmelser om tidsfrister för anbudsansökningar och anbud vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Förkortade tidsfrister efter förhandsannonsering

5 § Om den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat utan att annonsen använts som anbudsinfördran, får tidsfristen för att komma in med anbud

1. vid öppet förfarande bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, och
2. vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

En tidsfrist får förkortas enligt första stycket endast om förhandsannonsen

1. innehöll de uppgifter som anges i bilaga V del B avsnitt I till direktiv 2014/24/EU, i den mån uppgifterna fanns att tillgå när förhandsannonsen publicerades, och
2. skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Förkortade tidsfrister vid elektroniska anbud

6 § Om den upphandlande myndigheten tillåter att anbudena skickas in elektroniskt, får tidsfristen

1. vid öppet förfarande enligt 2 § bestämmas till minst 30 dagar, och

2. vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 3 § andra stycket bestämmas till minst 25 dagar.

Tidsfrist för anbud efter överenskommelse

7 § Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet bestämma tidsfristen för att komma in med anbud till en gemensam tid som har överenskommits med de utvalda anbudssökandena.

Om en sådan överenskommelse inte nås, ska tidsfristen vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till anbudssökandena.

Förlängning av tidsfristen för anbud

8 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom de tidsfrister som anges i 12 kap. 11 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

9 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten inte med elektroniska medel ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten

1. från den dag då en annons om upphandling eller en förhandsannons publiceras, eller
2. från och med den dag då en inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena.

Första stycket gäller inte om tidsfristen anges efter en överenskommelse enligt 7 § första stycket eller förkortas vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §.

Påskyndat förfarande

10 § Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel, får

1. vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering,
2. vid öppet förfarande tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, och
3. vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande myndighet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Myndigheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande myndighet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Myndigheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande myndighet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får myndigheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

4 § En upphandlande myndighet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,
2. brister i informationssäkerheten hos myndigheten, eller
3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande myndigheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen. Muntlig kommunikation får dock inte användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande myndighet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, finns tillgänglig för alla berörda.

Avancerad elektronisk underskrift

7 § En upphandlande myndighet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande myndighet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Myndigheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförts elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,
2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och
3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande myndighet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbuden ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Information till leverantörer*Kompletterande upplysningar*

11 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Vid ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 § ska kompletterande upplysningar lämnas senast fyra dagar före angiven sista dag för anbud.

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när myndigheten beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfördran samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande myndighet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande myndighet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om

1. utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet, och

2. i förekommande fall hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Dokumentation*Dokumentationsplikt*

14 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Individuella rapporter

15 § En upphandlande myndighet ska upprätta en individuell rapport för varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas.

Detta gäller inte för kontrakt som tilldelas på grundval av ett ramavtal enligt 7 kap. 4 eller 6 §.

16 § Av en individuell rapport ska följande framgå:

1. skäl till att ett anbud som har förkastats har ansetts vara onormalt lågt,
2. skäl till att ett kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats en leverantör,
3. skäl till att en leverantör inte har godkänts som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem,
4. skäl till att förhandlat förfarande med föregående annonsering, förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog har tillämpats,
5. skäl till att inlämning av anbud med andra medel än elektroniska har godkänts, och
6. intressekonflikter och åtgärder som vidtagits till följd av dem.

Den individuella rapporten eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om vilka uppgifter en individuell rapport ska innehålla.

Bevarande av handlingar

17 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 §, den individuella rapporten enligt 15 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande myndighet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt denna lag. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

18 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 19–24 §§.

19 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som bevaras enligt 17 § tredje stycket och som ingåtts till ett värde av minst

1. 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt, och
2. 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

20 § En uppgift i ett kontrakt om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande myndighetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, får inte lämnas ut.

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten

får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden Prop. 2015/16:195 motverkas.

21 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt, ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

22 § En upphandlande myndighet får inte ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor. För en kopia eller en utskrift som omfattar tio sidor får myndigheten ta högst 50 kronor. För varje sida därutöver får myndigheten ta högst 2 kronor.

Om myndigheten får ta betalt för en kopia eller en utskrift enligt första stycket, får myndigheten även ta ut ersättning för

1. portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram, och
2. postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian eller utskriften till mottagaren.

23 § Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

24 § Om ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt överklagas, ska den upphandlande myndigheten vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet har överlämnats till domstolen.

13 kap. Uteslutning av leverantörer

Brott

1 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Missförhållanden i övrigt i fråga om en leverantörs verksamhet

3 § En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om

1. myndigheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. myndigheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpa en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 8 §,

8. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt detta kapitel eller av att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–5 §§,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som myndigheten har begärt in enligt 15 kap. 3–5 §§, eller

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess eller tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, urval av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Utredning

4 § En upphandlande myndighet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning.

Undantag från uteslutning i vissa fall

5 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,

2. klaggjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och

3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas enligt 2 §.

6 § En upphandlande myndighet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

7 § En upphandlande myndighet kan när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande myndighet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

14 kap. Kvalificering

Kvalificeringskrav

1 § En upphandlande myndighet får i upphandlingen ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Myndigheten ska i annonsen eller i en inbjudan att bekräfta intresse ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

Behörighet att utöva yrkesverksamhet

2 § Ett krav enligt 1 § första stycket 1 får innebära att leverantören ska

1. vara registrerad i ett aktiebolags-, handels- eller föreningsregister eller motsvarande register som förs i den stat där leverantörens verksamhet är etablerad, eller

2. ha ett sådant tillstånd eller vara medlem i en sådan organisation som, när upphandlingen avser en tjänst, krävs för att leverantören ska kunna tillhandahålla tjänsten i den stat där leverantören är etablerad

Ekonomisk och finansiell ställning

3 § Ett krav enligt 1 § första stycket 2 får innebära att leverantören ska ha

1. en viss minsta årsomsättning eller en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet,
2. en viss kvot mellan tillgångar och skulder, eller
3. en lämplig ansvarsförsäkring.

4 § Ett krav på minsta omsättning enligt 3 § andra stycket 1 får inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Om det finns särskilda skäl med hänsyn till byggtreprenadernas, tjänsternas eller varornas art, får omsättningskravet bestämmas till ett högre belopp. Den upphandlande myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten eller i en individuell rapport enligt 12 kap. 15 och 16 §§ ange vilka omständigheter som utgör eller har utgjort sådana särskilda skäl.

Ett krav enligt 3 § andra stycket 2 på en viss kvot mellan tillgångar och skulder får ställas endast om metoderna och kriterierna för beräkning av kvoten anges i något av upphandlingsdokumenten.

När ett kontrakt ska tilldelas i delar, gäller första stycket för varje enskild del. Om myndigheten kan komma att tilldela en och samma leverantör flera delar av ett uppdelat kontrakt och dessa ska utföras samtidigt, får kravet enligt första stycket på en minsta omsättning bestämmas till ett belopp som motsvarar det sammanlagda beloppet för de delar som kan komma att omfattas.

Om ett kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas efter en förnyad konkurrensutsättning, ska det uppskattade värdet enligt första stycket beräknas på grundval av den förväntade största storleken på de kontrakt som ska fullgöras samtidigt eller, om den uppgiften inte är känd, på grundval av ramavtalets uppskattade värde.

Om ett kontrakt ska tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem, ska det uppskattade värdet enligt första stycket beräknas på grundval av den förväntade största storleken på de kontrakt som kommer tilldelas inom ramen för systemet.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

5 § Ett krav enligt 1 § första stycket 3 får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Leverantörers åberopande av andra företags kapacitet

6 § En leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 1 § första stycket 2 och 3. När kapaciteten gäller sådana utbildnings- och

yrkeskvalifikationer som avses i 15 kap. 11 § 7 får leverantören dock endast åberopa ett annat företags kapacitet om det företaget också kommer att utföra den tjänst eller byggentreprenad för vilken kapaciteten krävs.

Första stycket gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

7 § En upphandlande myndighet som vid en kontroll enligt 4 kap. 11 § finner att ett företag som åberopas av en leverantör inte uppfyller de krav företaget åberopas för eller att företagets förhållanden är skäl för uteslutning enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket, ska begära att leverantören ska byta ut företaget mot ett annat företag.

Myndigheten får begära byte om det finns skäl för uteslutning enligt 13 kap. 2 § andra stycket eller 3 §.

8 § Den upphandlande myndigheten får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet, om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning enligt 1 § första stycket 2.

Myndigheten får kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv, om kontraktet avser en tjänst, en byggentreprenad eller ett monterings- eller installationsarbete inom ramen för en upphandling av en vara.

15 kap. Egen försäkran och utredning om leverantörer

Egen försäkran

1 § En leverantör som lämnar ett anbud eller en anbudsansökan får också lämna en egen försäkran om

1. att det inte finns grund enligt 13 kap. 1–3 §§ för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen,
2. att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§, och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten i förekommande fall ställt upp enligt 4 kap. 6 §.

Om leverantören åberopar andra företags kapacitet enligt 14 kap. 6 §, ska leverantörens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas.

En försäkran enligt första eller andra stycket ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2 i direktiv 2014/24/EU.

2 § Den upphandlande myndigheten ska preliminärt godta en försäkran enligt 1 § som bevis för att leverantören inte ska uteslutas och uppfyller de krav och kriterier som myndigheten har ställt.

En försäkran som har lämnats i en tidigare upphandling ska godtas om leverantören bekräftar att den fortfarande är korrekt.

3 § En leverantör som har lämnat in en försäkran enligt 1 § ska på begäran av en upphandlande myndighet komplettera sin försäkran med ett eller flera av de intyg som omfattas av den. En sådan begäran får göras när som helst under ett upphandlingsförfarande om myndigheten anser det vara nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt.

4 § På begäran av den upphandlande myndigheten ska den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontraktet lämna sådana kompletterande dokument enligt 6–13 §§, och i förekommande fall enligt 14 och 15 §§, som visar aktuella förhållanden. En sådan begäran ska göras innan myndigheten beslutar om att tilldela ett kontrakt.

Detta gäller inte för kontrakt som grundar sig på ramavtal som har ingåtts enligt 7 kap. 4 och 6 §§.

Leverantören ska på begäran av myndigheten komplettera eller förtydliga de dokument som myndigheten har begärt

5 § En leverantör är inte skyldig att lämna in kompletterande dokument eller andra skriftliga bevis, om den upphandlande myndigheten

1. redan har tillgång till materialet, eller
2. själv har möjlighet att kostnadsfritt få tillgång till intyg eller relevant information direkt med hjälp av elektroniska medel.

Utredning som får begäras in från leverantör

6 § Den utredning en upphandlande myndighet får begära att leverantörer ska lämna in till myndigheten anges i 7–15 §§ och ska visa

1. att det inte finns grund enligt 13 kap. för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen,
2. att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–5 §§, och
3. att företag vars kapacitet leverantören åberopar enligt 14 kap. 6 § inte omfattas av någon uteslutningsgrund och uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav.

Utredning om skäl för uteslutning av en leverantör från att delta i en upphandling

7 § En upphandlande myndighet får begära att en leverantör lämnar in ett utdrag ur ett brottsregister eller en likvärdig handling som har utfärdats av en behörig myndighet i ursprungsstaten eller den stat där leverantören är etablerad och som visar att det inte finns omständigheter som enligt 13 kap. 1 § utgör skäl för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.

Visar inte den begärda utredningen att leverantören enligt en dom som fått laga kraft har dömts för något sådant brott som avses i 13 kap. 1 §, ska leverantören inte med stöd av den bestämmelsen uteslutas från att delta i upphandlingen, om inte något annat framgår av utredningen i övrigt.

8 § En upphandlande myndighet får begära att en leverantör lämnar in ett intyg som har utfärdats av en behörig myndighet i den berörda staten och som visar att det inte finns omständigheter som enligt 13 kap. 2 § eller 3 § 2 utgör skäl för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.

Visar inte den begärda utredningen att leverantören har brustit i sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter enligt 13 kap. 2 § eller befinner sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 3 § 2, ska leverantören inte med stöd av de bestämmelserna uteslutas från att delta i upphandlingen, om inte något annat framgår av utredningen i övrigt.

9 § Om sådana dokument som avses i 7 eller 8 § inte utfärdas i staten i fråga eller om de inte omfattar alla situationer enligt 13 kap. 1 och 2 §§ samt 3 § 2, får dokumenten ersättas av en utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran.

Utredning om en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning

10 § En upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning i första hand i form av

1. lämpliga intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis om lämplig ansvarsförsäkring,

2. årsredovisningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av årsredovisningar krävs enligt lagstiftningen i det land där leverantören är etablerad, eller

3. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller, för högst de tre senaste verksamhetsåren, om uppgifter om denna omsättning är tillgängliga.

Om en leverantör har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören i stället åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig.

Utredning om en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet

11 § En upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs tekniska kapacitet i form av

1. en förteckning över genomförda byggentreprenader under högst de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt,

2. en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som har utförts under högst de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare,

3. uppgifter om teknisk personal och tekniska organ, vare sig de tillhör leverantören eller inte, i synnerhet om dem som ansvarar för kvalitetskontrollen och, i fråga om offentliga byggentreprenader, uppgifter om teknisk personal och tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten samt av leverantörens undersöknings- och forskningsresurser,

5. information om de system för hantering av leveranskedjan och spårningssystem som leverantören kan komma att tillämpa vid fullgörandet av kontraktet,

6. uppgifter om en sådan kontroll som ska utföras av den upphandlande myndigheten själv eller på myndighetens vägnar av ett behörigt organ i varuleverantörens eller tjänsteleverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke, och som krävs för att de aktuella varorna eller tjänsterna är komplexa eller i undantagsfall är avsedda för ett särskilt ändamål,

7. information om tjänsteleverantörens eller byggtreprenörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, förutsatt att kvalifikationerna inte ska utvärderas som tilldelningskriterium,

8. information om de miljöskyddsåtgärder leverantören kan komma att vidta vid fullgörandet av kontraktet,

9. uppgifter om antal anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller byggtreprenören och antal anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,

10. uppgifter om vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet,

11. information om hur stor del av kontraktet som leverantören eventuellt kommer att lägga ut på underleverantörer, eller

12. dokument, när det gäller de varor som ska levereras, som utgörs av dels prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet ska styrkas av den upphandlande myndigheten begär det, dels intyg som har upprättats av officiella institutioner för kvalitetskontroll eller enheter för sådan kontroll av erkänd kompetens och av vilka det ska framgå att varor som är klart identifierade genom referenser stämmer överens med vissa tekniska specifikationer eller standarder.

12 § Om det är nödvändigt för att en effektiv konkurrens ska säkerställas, får en upphandlande myndighet begära att en leverantör ska lämna en utredning till myndigheten om relevanta varuleveranser, tjänster eller byggtreprenader som har utförts tidigare än vad som anges i 11 § 1 och 2.

13 § En kontroll enligt 11 § 6 ska avse varuleverantörens tillverkningskapacitet eller tjänsteleverantörens tekniska kapacitet och om nödvändigt leverantörens undersöknings- och forskningsresurser samt resurser för kvalitetskontroll.

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

14 § Om den upphandlande myndigheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive standarder för tillgänglighet

för personer med funktionsnedsättning, ska myndigheten precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften.

Myndigheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska myndigheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit åtgärder som leder till likvärdig kvalitetssäkring, om leverantören visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har krävt.

Miljöledningsstandarder

15 § Om den upphandlande myndigheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder, ska myndigheten precisera kraven genom att hänvisa till

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas), i lydelsen enligt rådets förordning (EU) nr 517/2013,

2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller

3. andra miljöledningssystem som bygger på miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder och är certifierade från organ som har ackrediterats för uppgiften.

Myndigheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska myndigheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa att åtgärderna är likvärdiga med dem som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som myndigheten har krävt.

Officiella förteckningar och certifieringar genom certifieringsorgan

16 § När en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) eller är certifierad av ett certifieringsorgan som uppfyller europeiska certifieringsstandarder, ska det anses att leverantören i fråga om de förhållanden som omfattas av förteckningen eller certifieringen uppfyller de förutsättningar och krav som anges i 13 kap. 1–3 §§ och 14 kap. 1 §.

Utvärdering och tilldelning*Tilldelning av kontrakt och grunder för utvärdering*

1 § En upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Tilldelningskriterier

2 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska myndigheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

3 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

Livscykelkostnader

4 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud enligt 2 och 3 §§ får bedömningen utgå från en analys av kostnaderna under livscykeln för den vara eller tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas.

Livscykelkostnader får omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras.

Om myndigheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod myndigheten kommer att använda för att fastställa livscykelkostnaderna.

5 § Den upphandlande myndighetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter enligt 4 § andra stycket ska grundas på objektivt verifierbara och icke-diskriminerande kriterier. De får inte på ett

otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna. Metoden ska vara tillgänglig för leverantörerna.

Metoden ska utformas så att de uppgifter som krävs med rimliga ansträngningar ska kunna tillhandahållas av en omdömesgill leverantör.

Viktning av tilldelningskriterier

6 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska myndigheten beakta dem genom en prioritetsordning.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas.

Onormalt låga anbud

7 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,

2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,

3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,

4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

5. om leverantören kan få statligt stöd, eller

6. skyldigheterna som avses i 17 kap. 6 eller 7 §§.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande myndighet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

8 § Om en upphandlande myndighet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska myndigheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte visat att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget, ska anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Beslut att inte tilldela kontrakt i vissa fall

9 § Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, får myndigheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

1 § En upphandlande myndighet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ha anknytning till det som anskaffas i den mening som avses i 16 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

2 § En upphandlande myndighet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras.

Myndigheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande myndighet ska ange nivån på villkoren, ska myndigheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövligt.

Om det saknas förutsättningar för myndigheten att ange nivån för ett villkor enligt 2 § är den inte skyldig att ställa villkoret.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande myndighet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Myndigheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Villkoren får avse att de bestämmelser som gäller där arbetet utförs ska följas.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om den är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen

(1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar likvärdiga villkor för sina anställda.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

7 § En upphandlande myndighet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggentreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Myndigheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta myndigheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under kontraktets löptid.

Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Ändringar av kontrakt och ramavtal

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Ändringar av mindre värde

9 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggentreprenad.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,

2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och

3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggtreprenader får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om beställningen inte innebär att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent och under förutsättning att

1. beställningen har blivit nödvändig,

2. leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och

3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild beställning.

Oförutsebara omständigheter

12 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte

1. medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller

2. innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.

Om flera på varandra följande ändringar genomförs, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Byte av leverantör

13 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och

2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Ett byte av leverantör enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 14 kap. 1–5 §§.

En underleverantör till leverantören får utan en ny upphandling också inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, myndigheten och underleverantören.

Ändringar som inte är väsentliga

14 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,

2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,

3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller

4. innebär byte av leverantör.

Beräkning av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9, 11 och 12 §§ ska kontraktets eller ramavtalets värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i kontraktet eller ramavtalet.

Annonsering om ändring av kontrakt eller ramavtal

16 § En upphandlande myndighet som har ändrat ett kontrakt eller ett ramavtal med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

17 § En upphandlande myndighet ska se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i

13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den Prop. 2015/16:195 bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

18 kap. Projekttävlingar

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller projekttävlingar som

1. ingår i en upphandling av en tjänst, eller
2. innefattar ersättningar till deltagarna eller tävlingspriser.

Annonsering

2 § En upphandlande myndighet som avser att anordna en projekttävling ska informera om tävlingen genom en annons. Om myndigheten har för avsikt att därefter genomföra en upphandling enligt bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ska det anges i annonsen om tävlingen. Myndigheten ska i annonsen ange de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som den avser att använda.

Myndigheten ska skicka en efterannons om resultatet av projekttävlingen senast 30 dagar efter det att tävlingen avslutats.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentlighörandet av annonser enligt detta kapitel.

Urval av deltagare

3 § En projekttävling får begränsas till ett visst antal tävlingsdeltagare. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange kriterierna för urvalet av deltagare. Antalet tävlingsdeltagare som bjuds in ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås.

Rätten att delta i en projekttävling får inte begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer med hänvisning till att lagstiftningen i den medlemsstat där projekttävlingen anordnas skulle kräva det.

Juryn och dess sammansättning

4 § En jury ska utse vinnande bidrag i en projekttävling. Jury ska bestå av fysiska personer som är opartiska och oberoende i förhållande till deltagarna i tävlingen. Om det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer för att få delta i en projekttävling, ska minst en tredjedel av ledamöterna i juryn ha motsvarande kvalifikationer.

Förfarandet i juryn

5 § När ett tävlingsbidrag presenteras för juryn får det inte framgå vem som har lämnat det. Anonymiteten ska gälla fram till dess att juryn har lämnat sitt yttrande eller meddelat sitt beslut.

Vid granskningen får juryn endast beakta de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som angetts i annonsen om projekttävlingen.

Tävlingsdeltagarna kan vid behov uppmanas av juryn att besvara frågor i syfte att klargöra projektets alla aspekter. Fullständiga protokoll ska upprättas över dialogen mellan ledamöterna i juryn och tävlingsdeltagarna.

Juryns beslut

6 § Juryn ska vara självständig i sina beslut och yttranden. Den ska rangordna tävlingsbidragen i en rapport som undertecknas av samtliga jurymedlemmar. Rapporten ska innehålla en motivering till rangordningen samt de kommentarer och klargöranden som det kan finnas behov av att göra.

19 kap. Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 §, och
2. upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2.

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas

- 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner),
- 2 kap. (blandad upphandling),
- 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde),
- 4 kap. (allmänna bestämmelser), utom 6 och 7 §§ om begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud, 10–12 §§ om val av anbud samt 13–17 §§ om tilldelning av ett kontrakt i separata delar,
- 7 kap. (ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling), utom 14–23 §§ om gemensam upphandling med myndighet från annan medlemsstat,
- 8 kap. 1–14 §§ (dynamiska inköpssystem), utom 6 § om ändringar i giltighetstiden, 8 och 11 §§ om tidsfrister samt 12 och 13 §§ om tilldelning av kontrakt och egen försäkran av leverantörer,
- 9 kap. 6 § (uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer),
- 9 kap. 12–15 §§ (märkning),
- 14 kap. 2 § (behörighet att utöva yrkesverksamhet),
- 17 kap. 1–5 §§ (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 20 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 21 kap. (upphandlingsskadeavgift), och

3 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 6 och 7 §§, 6 kap. 1 § 5 och 20–29 §§, 10 kap. 9 och 10 §§ och 11 kap. 3 §.

Vid upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, tillämpas även bestämmelserna om tekniska specifikationer i 9 kap. 1–5 och 7–11 §§, om annonsering i 10 kap. 1, 2 och 4 §§ och om individuella rapporter i 12 kap. 15 och 16 §§.

Definitioner som gäller för detta kapitel

4 § Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på anbud i viss form.

5 § Med *förenklat förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

6 § Med *urvalsförfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Upphandlingsförfaranden

7 § En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande, urvalsförfarande eller, vid ett dynamiskt inköpssystem, genom ett selektivt förfarande enligt 6 kap. 3 §. Vid ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande får en elektronisk auktion genomföras enligt 8 kap. 15–27 §§.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 3 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet vid upphandling av varor och tjänster. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Beräkning av värdet av en upphandling

8 § Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Annonsering

9 § Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

En upphandlande myndighet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Annonserna ska finnas tillgängliga i databasen under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

10 § En upphandlande myndighet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 10 kap.

Innehåll i en annons

11 § En annons om upphandling enligt 9 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten.

En myndighet som avser att reservera deltagandet i en upphandling enligt 4 kap. 18 §, ska i annonsen enligt 9 § ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverad upphandling.

12 § Vid förenklat förfarande ska annonsen om upphandling innehålla uppgift om

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas,
2. den dag då ansökan senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Annonsering om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling

13 § En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om innehållet i en annons enligt denna paragraf.

14 § Den upphandlande myndigheten ska vid annonsering enligt 9 § med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om myndigheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Första och andra styckena gäller även när den upphandlande myndigheten annonserar om upphandling enligt 10 kap.

Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

15 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 9 § andra eller tredje stycket.

Vid ett dynamiskt inköpssystem ska inte några tidsfrister gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen skickats.

Kommunikation

16 § Bestämmelserna i 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket gäller vid upphandling som avses i detta kapitel. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling.

Öppnande av anbud

17 § Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbuderna ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Kontroll och uteslutning av leverantörer

18 § En leverantör ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1 §.

En leverantör får uteslutas enligt 13 kap. 2 och 3 §§.

När en fråga om uteslutning utreds ska 15 kap. 7–9 §§ tillämpas.

En upphandlande myndighet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller begäran om upplysningar ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

19 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige

enligt 13 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Begränsad kontroll

20 § En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 29 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudsökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Egen försäkran och kontroll av leverantörer vid dynamiska inköpssystem

21 § En leverantör som ansöker om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 18 § för att utesluta leverantören och att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt.

Den upphandlande myndigheten får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet lämnar in en ny sådan egen försäkran som avses i första stycket.

Innan den upphandlande myndigheten tilldelar ett kontrakt enligt det dynamiska inköpssystemet, ska myndigheten från den leverantör som den avser att tilldela kontraktet begära in och kontrollera de uppgifter som ligger till grund för en sådan egen försäkran som avses i första stycket. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Prövning av anbudsansökningar och anbud

22 § En upphandlande myndighet ska pröva alla anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 18 §.

Tillgång till andra företags kapacitet

23 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Tilldelning av kontrakt

24 § En upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

25 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

26 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska myndigheten i stället beakta dem genom en prioritetsordning.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Onormalt låga anbud

27 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Information till leverantörer

28 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

29 § Vid förenklat förfarande, urvals förfarande, konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket innebär inte att ett anbud förfaller.

Dokumentation

30 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

31 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, en individuell rapport enligt 12 kap. 15 §, sådana dokument som avses i 30 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande myndighet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt detta kapitel. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

32 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 33 §.

33 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–24 §§.

Projekttävlingar

34 § Bestämmelserna i 18 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, om tävlingens värde överstiger det värde som anges i 7 § tredje stycket.

Vid anordnande av projekttävlingar ska 7 § tillämpas. En projekttävling ska annonseras enligt 9, 11 och 12 §§.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 12–19 §§,
2. vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§,
3. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller
4. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 10 kap. 5 § eller 19 kap. 13 § får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan

komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

7 § Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.,

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 §, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §,

2. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

3. om en upphandlande myndighet genom annons enligt 10 kap. 5 § eller 19 kap. 13 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören. Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 4 §, eller
2. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Skadestånd

20 § En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

21 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

22 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.

3 § En upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
 3. Genom lagen upphävs lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

4. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har Prop. 2015/16:195 påbörjats före ikraftträdandet.

Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och Nace, ska CPV-nomenklaturen tillämpas.

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
45			Byggverk-samhet	Denna huvudgrupp omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten	
		45.11	Rivning av hus; mark-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: – avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Denna undergrupp omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersök-ning	Denna undergrupp omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Denna undergrupp omfattar inte: – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas, se 11.20 – brunnborrning, se 45.25 – schaktsänkning, se 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, se 74.20

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av alla slags byggnader, byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor – rörledningar för fjärtransport, fjärrnät för el och telekommunikation – rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation – därmed förknippade arbeten – montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, se 11.20 – uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, se huvudgrupperna 20, 26 och 28 – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, se 45.23 – bygginstallationer, se 45.3 – slutbehandling av byggnader, se 45.4 – arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, se 74.20 – projektledning för byggande, se 74.20
		45.22	Takarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av tak – taktäckning – impregnering

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.23	Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser Denna undergrupp omfattar inte: – förberedande markarbeten, se 45.11
		45.24	Vattenbyggnad	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av: – vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning: – grundläggning inklusive pålning – borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stålelement – bockning av stål – murning och stenläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, se 71.32

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.3		Bygginstallationer	
		45.31	Elinstallationer	Denna undergrupp omfattar: installation i byggnader och andra anläggningar av: – elkablar och elarmatur – telekommunikationssystem – elvärmesystem – antenner – brandlarm – tjuvlarm – hissar och rulltrappor – åskledare etc.
		45.32	Isoleringsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Denna undergrupp omfattar inte: – impregnering, se 45.22
		45.33	VVS-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av: – vattensystem samt sanitetsutrustning – gasarmaturer – värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar – sprinklersystem Denna undergrupp omfattar inte: – installation av elvärmesystem, se 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	Denna undergrupp omfattar: – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stukatörsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads- snickeriarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar Denna undergrupp omfattar inte: – läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, se 45.43
		45.43	Golv- och vägg- beläggnings- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av: – vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten – parkett och andra golvbeläggningar av trä – mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast – terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller -väggar – tapeter
		45.44	Måleri- och glasmästeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – invändig och utvändig målning av byggnader – målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – installation av glas, speglar etc. Denna undergrupp omfattar inte: – installation av fönster, se 45.42

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	Denna undergrupp omfattar: – installation av privata simbassänger – rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader – annan slutbehandling av byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, se 74.70
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, se 71.32

Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Beskrivning	CPV-kod
Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster	75200000-8
	75231200-6
	75231240-8
	79611000-0
	79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal)
	79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal)
	79625000-1 (Förmedling av läkare)
	Från 85000000-9 till 85323000-9
	98133100-5
	98133000-4
	98200000-5
	98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal)
	Från 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst).
	85321000-5
	85322000-2
	Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur
	75121000-0
	75122000-7
	75124000-1
	Från 79995000-5 till 79995200-7
	Från 80000000-4 (Undervisning och utbildning) till 80660000-8
	Från 92000000-1 till 92700000-8
	79950000-8 (Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser)
	79951000-5 (Organisering av seminarier)
	79952000-2 (Evenemang)
	79952100-3 (Anordnande av kulturevenemang)
	79953000-9 (Festivalarrangemang),
	79954000-6 (Festarrangemang)
	79955000-3 (Anordnande av modevisningar)
	79956000-0 (Anordnande av mässor och utställningar)

Beskrivning	CPV-kod
Obligatorisk socialförsäkring	75300000-9
Bidragstjänster	75310000-2 75311000-9 75312000-6 75313000-3 75313100-4 75314000-0 75320000-5 75330000-8 75340000-1
Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster	98000000-3 98120000-0 98132000-7 98133110-8 98130000-3
Tjänster i samband med religionsutövande	98131000-0
Hotell- och restaurangtjänster	Från 55100000-1 till 55410000-7 Från 55521000-8 till 55521200-0 (55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser) 55520000-1 Catering 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner 55524000-9 Skolbespisning 55510000-8 Matsalstjänster 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal 55523100-3 Servering av skolmåltider
Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 22 och 23 §§ denna lag	Från 79100000-5 till 79140000-7 75231100-5
Övrig statsförvaltning och statliga tjänster	Från 75100000-7 till 75120000-3 75123000-4 Från 75125000-8 till 75131000-3
Samhällstjänster	Från 75200000-8 till 75231000-4

Beskrivning	CPV-kod
Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 26 § denna lag	Från 75231210-9 till 75231230-5 Från 75240000-0 till 75252000-7 794300000-7 98113100-9
Undersöknings- och säkerhetstjänster	Från 79700000-1 till 79721000-4 (Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster) 79722000-1 (Grafologi) 79723000-8 (Avfallsanalys)
Internationella tjänster	98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ) 98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ).
Posttjänster	64000000-6 (Post- och telekommunikations-tjänster) 64100000-7 (Post- och budtjänster) 64110000-0 (Postgång) 64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter) 64112000-4 (Posttjänster för brev) 64113000-1 (Posttjänster för paket) 64114000-8 (Postkassörstjänster) 64115000-5 (Förhyrning av postbox) 64116000-2 (Poste restantetjänster) 64122000-7 (Internpost)
Diverse tjänster	50116510-9 (Regummering av däck) 71550000-8 (Smedtjänster)

Definitioner av vissa tekniska specifikationer

I lagen gäller följande definitioner:

1. *Tekniska specifikationer i fråga om offentliga byggentreprenadkontrakt:* samtliga tekniska föreskrifter, i synnerhet de som anges i upphandlingsdokumenten och som anger de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att det eller den ska lämpa sig för den av den upphandlande myndigheten planerade användningen. Dessa egenskaper omfattar miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning), bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, säkerhet eller dimensioner, inbegripet förfaranden för kvalitetssäkring, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar samt produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av byggentreprenadens livscykel. De innefattar även bestämmelser om projektering och kostnadsberäkning, provnings- och kontrollregler, villkoren för att byggentreprenaden ska godkännas, tekniken eller metoderna för byggverksamheten samt samtliga övriga tekniska villkor som den upphandlande myndigheten i enlighet med allmänna eller särskilda förordningar kan föreskriva i fråga om den fullbordade byggentreprenaden samt om ingående material eller delar.
2. *Teknisk specifikation i fråga om offentliga tjänste- eller varukontrakt:* en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller en tjänsts egenskaper, t.ex. kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning) och bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, produktens användningsområde, säkerhet eller dimensioner, inbegripet sådana krav som avser varubeteckning, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar, produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av varans eller tjänstens livscykel liksom förfaranden vid bedömning av överensstämmelse
3. *Standard:* en teknisk specifikation som antagits av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad eller kontinuerlig tillämpning, med vilken överensstämmelse inte är obligatorisk och som är en av följande:
 - internationell standard: en standard som antagits av ett internationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - europaisk standard: en standard som antagits av ett europeiskt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - nationell standard: en standard som antagits av ett nationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.

4. *Europeisk teknisk bedömning*: en dokumenterad bedömning av en byggprodukts prestanda i förhållande till dess väsentliga egenskaper i enlighet med relevant europeiskt bedömningsdokument enligt artikel 2.12 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 305/2011 av den 9 mars 2011 om fastställande av harmoniserade villkor för saluföring av byggprodukter i lydelsen enligt Kommissionens delegerade förordning (EU) nr 574/2014.
5. *Gemensam teknisk specifikation*: en teknisk specifikation på IKT-området som utarbetats i enlighet med artiklarna 13 och 14 i Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 1025/2012 om europeisk standardisering, i den ursprungliga lydelsen.
6. *Teknisk referens*: ett dokument, med undantag för europeiska standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med förfaranden som anpassats till utvecklingen av marknadens behov.

2.2 Förslag till lag om upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs¹ följande.

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- 1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner
 - 2 kap. – Verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling
 - 3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde
 - 4 kap. – Allmänna bestämmelser
 - 5 kap. – Tröskelvärden
 - 6 kap. – Upphandlingsförfaranden
 - 7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling
 - 8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling
 - 9 kap. – Tekniska krav
 - 10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande
 - 11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud
 - 12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation
 - 13 kap. – Uteslutning av leverantörer
 - 14 kap. – Kvalificering
 - 15 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt
 - 16 kap. – Fullgörande av kontrakt
 - 17 kap. – Projekttävlingar
 - 18 kap. – Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland
 - 19 kap. – Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2
 - 20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd
 - 21 kap. – Upphandlingsskadeavgift
 - 22 kap. – Tillsyn
- Till lagen hör följande bilagor:
- Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt
 - Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster
 - Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen, och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG.

Upphandling inom försörjningssektorerna

2 § Denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande enhet för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster enligt 2 kap. 1–8 §§ (upphandling inom försörjningssektorerna). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Lagen gäller även när en upphandlande enhet anordnar en projekttävling. Vad som avses med projekttävling anges i 1 kap. 18 §.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Tröskelvärden

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande enheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande enheten.

Var finns definitioner och förklaringar?

6 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. I bilaga 3 finns definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

- Anbudsinfordran i 10 kap. 1 §
- Anknutet företag i 3 kap. 19 §
- CPV-nomenklaturen i 4 kap. 17 §
- Blandade kontrakt i 2 kap. 9 §
- Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 11 §
- Direktupphandling i 19 kap. 4 §

Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §
 Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §
 Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §
 Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §
 Förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i 6 kap. 23 och
 24 §§
 Förhandlat förfarande med föregående annonsering i 6 kap. 4 §
 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 5–12 §§
 Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§
 Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 13 och 14 §§
 Leverantör av medietjänster i 3 kap. 26 §
 Märkning i 9 kap. 13 §
 Posttjänst i 2 kap. 6 §
 Selektivt förfarande i 6 kap. 3 §
 Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §
 Öppet förfarande i 6 kap. 2 §

Definitioner

7 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i

1. ett selektivt förfarande,
2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
4. en konkurrenspräglad dialog,
5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller
6. ett urvalsförfarande

8 § Med *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
3. innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

9 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

10 § Med *direktiv 2014/25/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen.

11 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

12 § Med *ensamrätt* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§ till ett enda företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

En rättighet utgör inte en ensamrätt enligt första stycket om den beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet grundats på objektiva kriterier.

13 § Med *inköpscentral* avses en upphandlande enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande enheter, eller
2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggentreprenader som är avsedda för upphandlande enheter.

Upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§.

14 § Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, och
2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

15 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

16 § Med *livscykel* avses samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

17 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

18 § Med *projektävling* avses en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande enhet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag.

19 § Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

20 § Med *särskild rättighet* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§ till två eller flera företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

En rättighet utgör inte en särskild rättighet enligt första stycket om den beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet grundats på objektiva kriterier.

21 § Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 8 §.

22 § Med *upphandlande enhet* avses i denna lag dels en upphandlande myndighet enligt 23 §, dels ett sådant företag som

1. en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller
2. bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§ med stöd av en ensamrätt enligt 12 § eller en särskild rättighet enligt 20 §.

Ett bestämmande inflytande enligt första stycket 1 ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

23 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församling i en kommun eller ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 17 §, och
3. sammanslutning av
 - a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller
 - b) ett eller flera organ enligt 2.

24 § Med *upphandlingsdokument* avses varje dokument som en upphandlande enhet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

25 § Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

2 kap. Verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling

Verksamheter som omfattas av lagen

Gas, värme, el och dricksvatten

1 § En verksamhet omfattas av denna lag, utom i fall som avses i 2 och 3 §§, om den består av

1. tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller

2. leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät som avses i 1.

Med leverans enligt första stycket 2 förstås generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.

2 § Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar gas eller värme till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion av gas eller värme är en oundviklig följd av en annan verksamhet än någon av dem som avses i 1, 4 eller 5 §,

2. leverans till det publika nätet endast syftar till att utnyttja denna produktion ekonomiskt, och

3. sådana leveranser uppgår till högst 20 procent av enhetens omsättning, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

3 § Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar el eller dricksvatten till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion av el eller dricksvatten behövs för en annan verksamhet än någon av dem som avses i 1, 4 eller 5 §,

2. leverans till det publika nätet beror endast på enhetens egen förbrukning, och

3. sådana leveranser uppgår till högst 30 procent av enhetens totala produktion av el respektive dricksvatten, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

4 § Denna lag gäller även för upphandling som genomförs och projektävlingar som anordnas av en upphandlande enhet som bedriver verksamhet som avser dricksvatten enligt 1 §, om upphandlingen eller projektävlingen har anknytning till

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning eller dränering och den volym vatten som används för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Transporttjänst

5 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänst för

allmänheten i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Prop. 2015/16:195

Ett publikt nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Posttjänst

6 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande av posttjänst och tjänst som är närstående till posttjänst.

Med posttjänst avses insamling, sortering, transport eller överlämnande av postförsändelser.

Med postförsändelse avses en adresserad försändelse i den slutliga utformning i vilken den ska överlämnas.

Med tjänst som är närstående till posttjänst avses följande som tillhandahålls av en upphandlande enhet som även tillhandahåller posttjänster:

1. tjänst som innebär hantering såväl före som efter avsändandet av postförsändelser, och
2. tjänst som avser oadresserad direktreklam och andra försändelser som inte omfattas av tredje stycket.

Tillhandahållande av hamn eller flygplats

7 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplats, hamn eller annan terminal för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar.

Utvinning av olja och gas samt prospektering eller utvinning av kol eller andra fasta bränslen

8 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att

1. utvinna olja eller gas, eller
2. prospektera eller utvinna kol eller andra fasta bränslen.

Blandad upphandling

9 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) som alla regleras i denna lag, eller
2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 10 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 11–19 §§.

Blandade kontrakt som avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag

10 § Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag, ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag som är huvudföremålet för kontraktet.

För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Blandade kontrakt, inom en och samma verksamhet, som regleras såväl i denna lag som av andra bestämmelser

Delbara och odelbara blandade kontrakt

11 § Ett delbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12–18 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 19 §.

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

12 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande enheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

13 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

14 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 15–18 §§.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår koncessioner

15 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i lagen beräknas uppgå

till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag om värdet av den del av kontraktet som regleras i lagen beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

16 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

17 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får enheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

18 § Bestämmelserna i 16 och 17 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

19 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får enheten tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Upphandling som rör mer än en verksamhet

20 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet, får den upphandlande enheten i enlighet med bestämmelserna i 21–27 §§ välja att tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.

21 § Den upphandlande enheten får inte tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av separata kontrakt för olika verksamheter

22 § Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt, ska för varje kontrakt tillämpas de bestämmelser som gäller för det kontraktet.

Tilldelning av ett enda kontrakt som rör flera verksamheter

23 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet och den upphandlande enheten tilldelar kontraktet som ett enda, ska för kontraktet tillämpas de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör.

Om kontraktet till någon del rör verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller regleras i lagen (2011:1029) om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, ska dock 25–26 §§ tillämpas.

24 § Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör ska följande gälla:

1. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i den lagen.

2. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

3. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i denna lag och den eller de andra verksamheterna inte regleras i denna lag, lagen om offentlig upphandling eller lagen om upphandling av koncessioner, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

Tilldelning av ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

25 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag om en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Detta gäller även om upphandlingen också innehåller delar som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

26 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten, om kontraktet till en del avser verksamhet som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Prop. 2015/16:195

27 § Bestämmelserna i 25 och 26 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

1 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som

1. omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller
2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

2 § Även om en upphandling eller en projekttävling inte är undantagen enligt 1 § ska denna lag inte gälla för upphandlingen eller projekttävlingen, om

1. skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen eller projekttävlingen genomförs enligt denna lag, eller
2. en tillämpning av denna lag skulle kräva att en upphandlande enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

3 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling eller en projekttävling enligt denna lag.

Återförsäljning eller uthyrning till tredje man

4 § Denna lag gäller inte för anskaffning som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska kommissionen anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Bestämmelserna i första och andra styckena ska inte tillämpas på upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet.

Verksamhet i en stat utanför EES

5 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som syftar till att sådan verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§ ska utövas i en stat som inte ingår i

Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i en EES-stat.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska kommissionen anmäla de verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Upphandling enligt vissa internationella regler

6 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som berör försvars- eller säkerhetsintressen och som en upphandlande enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna,

2. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som avser stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller

3. av en internationell organisation.

7 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande enhet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när upphandlingen eller projekttävlingen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om upphandlingen eller projekttävlingen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte för ett tjänstekontrakt som en upphandlande enhet tilldelar en upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

10 § Denna lag gäller inte för en upphandling som genomförs av en upphandlande enhet och som avser

1. anskaffning av vatten, om den upphandlande enheten bedriver sådan verksamhet enligt 2 kap. 1 § som avser dricksvatten, eller
2. leverans av energi eller bränsle för energiproduktion, om den upphandlande enheten bedriver sådan verksamhet enligt 2 kap. 1 § som avser el, gas eller värme eller bedriver verksamhet som avses i 2 kap. 8 §.

Intern upphandling

11 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om upphandlingen är en intern upphandling enligt 12–16 §§.

12 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.

13 § En upphandling ska också anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar,
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,
2. myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och
3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

14 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

15 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens och motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

16 § Verksamhetsandelen enligt 12 § 2, 13 § första stycket 2, 14 § 2 och 15 § 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

17 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,

2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

18 § Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Anknutna företag och samriskföretag

19 § Med *anknutet företag* avses

1. ett företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,
2. ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och
3. ett företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG, i lydelsen enligt rådets direktiv 2014/102/EU.

Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

20 § Under de förutsättningar som anges i 21 § gäller inte denna lag för kontrakt som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller
2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dessa enheter.

21 § Bestämmelserna i 20 § gäller under förutsättning att leverans med anledning av tilldelningen av varu-, tjänste- eller byggtreprenadkontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av varor, tjänster respektive byggtreprenader under de föregående tre åren.

Om ett anknutet företag inte kan visa sin omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som avses i första stycket kommer att uppnås.

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande byggentreprenader, varor eller tjänster, ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från varor, tjänster respektive byggentreprenader från dessa anknutna företag.

22 § Denna lag gäller inte för ett kontrakt som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller

2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

23 § På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat ett kontrakt med tillämpning av något av undantagen i 20 eller 22 § lämna uppgifter till kommissionen om

1. namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen, och
2. de berörda kontraktens art och värde.

Den upphandlande enheten ska också tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 20–22 §§.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

24 § Denna lag gäller inte om verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde och detta har fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i direktiv 2014/25/EU.

En upphandlande enhet får begära att Europeiska kommissionen prövar om förutsättningarna enligt första stycket är uppfyllda för en viss verksamhet.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

25 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

26 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som tillhandahålls av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

27 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Vissa juridiska tjänster

28 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,
2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller
3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

29 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. tjänster som avser certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,
2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,
3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Vissa finansiella tjänster

30 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
2. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller
3. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Anställningskontrakt

31 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser anställningar.

32 § Denna lag gäller inte för upphandling av tjänster som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller samman-
slutningar, och

2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

1 § Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

3 § En upphandlande enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Rätten att få delta i en upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

När det gäller tjänstekontrakt, byggtreprenadkontrakt eller sådant varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, får en juridisk person åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

Enheten får ange i något av upphandlingsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kvalificeringskraven enligt 14 kap. om det är berättigat av objektiva skäl.

Enheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra kontraktet om det är berättigat av objektiva skäl. Prop. 2015/16:195

Begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud

6 § Den upphandlande enheten får vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud genom att använda kriterier som grundar sig på

1. ett behov av att minska antalet till en nivå som kan anses rimlig med hänsyn till särskilda förhållanden vid upphandlingen, och
2. de resurser som behövs för dess genomförande.

När den upphandlande enheten med stöd av första stycket begränsar antalet anbudssökande som får lämna anbud, ska antalet vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

7 § Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget.

En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

8 § En upphandlande enhet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Enheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Val av anbud

9 § En upphandlande enhet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 15 kap.

Enheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera att anbudsgivarna uppfyller de villkor som enheten ställt enligt 14 kap.

10 § När enheten använder ett öppet förfarande vid upphandlingen, får enheten utvärdera anbuden innan den kontrollerar om den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet uppfyller villkoren enligt 9 §.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

11 § En upphandlande enhet får besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Enheten får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.

Skyldighet att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar

12 § Om en upphandlande enhet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges. Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller genom sådan information som avses i 12 kap. 15 §.

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

13 § En upphandlande enhet som enligt 11 § beslutar att ett kontrakt ska tilldelas i delar, ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.

Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får enheten begränsa det antal delar av kontraktet som enheten kan komma att tilldela en och samma leverantör. När enheten beslutar om en sådan begränsning, ska den också fastställa den ordning som ska gälla när en leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Tilldelning av kombinerade delar av ett kontrakt som har delats upp

14 § En upphandlande enhet som delar upp ett kontrakt i delar enligt 11 § och bestämmer att anbud får lämnas på flera eller alla delar av kontraktet enligt 13 §, får bestämma att flera eller alla delar ska kunna tilldelas en och samma leverantör som kombinerade delar.

Om enheten har beslutat att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, får den tilldela flera eller alla delar av kontraktet till den leverantör vars anbud sammantaget bäst uppfyller tilldelningskriterierna. En sådan tilldelning omfattas inte av några begränsningar enligt 13 § andra stycket.

När enheten bestämmer att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, ska den också fastställa den ordning som ska tillämpas för att bedöma dels vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontraktet, dels om kontraktet ska tilldelas i delar eller kombinerade delar.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

15 § En upphandlande enhet som tilldelar ett kontrakt i delar enligt 11 §, ska i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse ange om anbud får lämnas för en, flera eller alla delar av kontraktet enligt 13 § första stycket.

Om enheten avser att begränsa antalet delar av ett kontrakt som kan komma att tilldelas en leverantör enligt 13 § andra stycket, ska enheten

1. i annonsen eller inbjudan ange det största antalet delar av kontraktet som får tilldelas en och samma leverantör, och

2. i något av upphandlingsdokumenten ange den ordning som ska gälla när en och samma leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Om enheten avser att tilldela kombinerade delar av ett kontrakt enligt 14 §, ska enheten i annonsen eller inbjudan ange

1. att ett uppdelat kontrakt kan komma att tilldelas i kombinerade delar enligt 14 § första stycket, och
2. den ordning som ska tillämpas enligt 14 § tredje stycket.

Reserverad upphandling

16 § En upphandlande enhet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller

2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

CPV-nomenklaturen

17 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggtreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

5 kap. Tröskelvärden

Tillämpliga tröskelvärden

1 § De tröskelvärden som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 15 i direktiv 2014/25/EU eller i beslut eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 17 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Värdet av en upphandling

2 § Värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt det eller de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som

om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

3 § Om en upphandlande enhet består av separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling uppskattas till det samlade värdet av för alla sådana enheter. Värdet får dock uppskattas särskilt för en sådan enhet, om den ansvarar självständigt för sina upphandlingar eller för vissa kategorier av upphandlingar.

Värdetidpunkten

4 § Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Förbud mot kringgående

5 § Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

6 § En upphandling får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Upphandling av delkontrakt

7 § Om en planerad byggtreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §.

Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet

Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller
2. 1 000 000 euro när det gäller byggtreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.

Byggtreprenad

8 § I värdet av en upphandling av en byggtreprenad ska det ingå, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, värdet av varor och

tjänster som den upphandlande enheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras. Prop. 2015/16:195

Leasing, hyra och hyrköp av varor

9 § Värdet av en upphandling som avser leasing, hyra eller hyrköp av varor på en bestämd tid om högst tolv månader ska uppskattas till den totala kostnaden under löptiden.

Om löptiden är längre än tolv månader, ska värdet uppskattas till den totala kostnaden, inklusive varans restvärde.

Om löptiden är obestämd eller inte kan fastställas vid värdetidpunkten, ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

10 § Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av

1. det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller

2. det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Vissa tjänster

11 § Hur värdet av vissa upphandlingar av tjänster ska uppskattas framgår av följande uppställning:

<i>När upphandlingen avser</i>	<i>ska värdet uppskattas till</i>
1. försäkringstjänster	den premie som ska betalas och andra ersättningar för tjänsten
2. banktjänster och andra finansiella tjänster	arvoden, provisioner, ränta och andra ersättningar för tjänsten
3. projektering	arvoden eller den provision som ska betalas och andra ersättningar för projekteringen.

12 § Om en tjänst ska upphandlas utan att det totala belopp som ska betalas för tjänsten anges, ska värdet av upphandlingen vara det som ska betalas för tjänsten under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Ramavtal och dynamiska inköpssystem

13 § Värdet av ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet under löptiden.

Innovationspartnerskap

14 § Värdet av ett innovationspartnerskap ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av de forsknings- och utvecklingsinsatser som ska genomföras under alla stadier av det planerade partnerskapet samt de varor, tjänster och byggtreprenader som ska utvecklas och som ska anskaffas i slutet av det planerade partnerskapet.

Projekttävlingar

15 § Värdet av en projekttävling ska uppskattas till summan av sådana ersättningar och tävlingspriser som kan komma att tilldelas deltagarna samt det beräknade värdet av de tjänstekontrakt som kan komma att tilldelas vinnaren eller vinnarna i tävlingen.

6 kap. Upphandlingsförfaranden

Upphandlingsförfarandena

1 § Vid upphandling får, under de förutsättningar och på det sätt som anges i denna lag, följande upphandlingsförfaranden användas:

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
5. konkurrenspräglad dialog, eller
6. förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Öppet förfarande

2 § Vid ett öppet förfarande får alla leverantörer lämna anbud efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 §.

Selektivt förfarande

3 § Vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får lämna anbud.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

4 § Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten

begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får lämna anbud. Dessa anbud ska ligga till grund för efterföljande förhandlingar. Prop. 2015/16:195

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud

5 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

6 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 13 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande enheten har fastställt.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande enhetens krav enligt upphandlingsdokumenten.

Konstnärlig prestation, tekniska skäl eller skydd av ensamrätt

7 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Synnerlig brådska

8 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av enheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål

9 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling som gäller endast anskaffning för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål och

1. kontraktet inte omfattar tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och
2. tilldelningen av kontraktet inte påverkar efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål.

Upphandling av varor i vissa fall

10 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om

1. kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att

a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och

b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

2. kontraktet gäller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad,

3. det är möjligt att anskaffa varor eller tjänster på särskilt förmånliga villkor i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet eller har gått i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande, eller

4. det även annars är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset.

Tidigare tjänster eller byggtreprenader

11 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggtreprenad som är en upprekning av tidigare tjänster eller byggtreprenader under förutsättning att

1. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande,

2. arbetena tilldelas samma leverantör,

3. de nya tjänsterna eller byggtreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

4. omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggtreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen,

5. värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och

6. det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Upphandling av tjänst som följer på en projekttävling

12 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av en tjänst som följer på en projekttävling, om kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Om en tävling har avslutats med att fler än en vinnare har utsetts, ska samtliga vinnare inbjudas att delta i förhandlingar.

13 § Vid en konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får delta i dialogen.

14 § Dialogens syfte ska vara att identifiera och ange hur den upphandlande enhetens behov bäst kan tillgodoses.

Upphandlingsdokumenten

15 § Den upphandlande enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange sina behov och krav, ange tilldelningskriterierna och förklara deras innebörd samt ange en preliminär tidsplan.

Genomförande av dialogen

16 § Dialogen får genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande enheten får efter varje steg välja ut de lösningar som enheten ska fortsätta att diskutera. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som angetts i något av upphandlingsdokumenten.

Det slutliga antalet lösningar ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

17 § Den upphandlande enheten ska fortsätta dialogen fram till dess att enheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser enhetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

Uppmaning att lämna anbud

18 § När en underrättelse har lämnats enligt 17 §, ska den upphandlande enheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen.

Klarläggande, precisering och optimering av anbud

19 § Den upphandlande enheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga, precisera och optimera sitt anbud.

Klarlägganden, preciseringar, optimeringar och kompletterande upplysningar får dock inte omfatta ändringar av väsentliga aspekter av anbudet eller upphandlingen, däribland det behov enheten avser att tillgodose med upphandlingen och de krav som har ställts upp i annonsen, om ändringarna riskerar att snedvrider konkurrensen eller leda till diskriminering.

Utvärdering av anbud

20 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 15 kap. 1 § andra stycket 1.

Förhandlingar i syfte att bekräfta villkor

21 § Den upphandlande enheten får förhandla med den anbudsgivare som har lämnat det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet för att bekräfta de finansiella åtagandena eller andra villkor som anges i anbudet och slutligt fastställa kontraktsvillkoren. Detta gäller under förutsättning att förhandlingarna

1. inte leder till att väsentliga aspekter i anbudet eller upphandlingen ändras i sak, och
2. inte riskerar att snedvrider konkurrensen eller orsakar diskriminering.

Ersättning för deltagande i dialogen

22 § Den upphandlande enheten får besluta om tävlingspriser eller annan ersättning för deltagande i dialogen.

Innovationspartnerskap

23 § Vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får delta i förfarandet.

När förfarandet får användas

24 § En upphandlande enhet får använda ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap för att anskaffa en vara, tjänst eller byggentreprenad för att tillgodose behov som den upphandlande enheten bedömer inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden.

Innovationspartnerskapet ska syfta till utveckling och därpå följande anskaffning av den vara, tjänst eller byggentreprenad som enheten har behov av. En sådan anskaffning förutsätter att varan, tjänsten eller byggentreprenaden motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som den upphandlande enheten och deltagarna har kommit överens om.

Krav på anbudssökande

25 § Vid urvalet av anbudssökande ska en upphandlande enhet särskilt tillämpa krav som avser leverantörers kapacitet inom området för forskning och utveckling och kapacitet att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Upphandlingsdokumenten

26 § Den upphandlande enheten ska i upphandlingsdokumenten ange

1. det behov av en vara, tjänst eller byggentreprenad som myndigheten inte kan tillgodose genom lösningar som finns på marknaden,
2. de delar av beskrivningen som är sådana minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud, och
3. vad som ska gälla i fråga om immateriella rättigheter.

Den information som lämnas i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma upphandlingens art och

omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i upphandlingsförfarandet. Prop. 2015/16:195

Förhandlingar

27 § Den upphandlande enheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. De slutliga anbuden får inte vara föremål för förhandling.

28 § Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna, ska den upphandlande enheten skriftligen informera alla kvarvarande anbudsgivare om detta och ge dem skälig tid för att ändra sina anbud.

29 § Förhandlingarna får delas upp i successiva steg för att minska antalet anbud om den upphandlande enheten har angett detta i något av upphandlingsdokumenten. Enheten får efter varje steg välja ut de anbud som enheten ska fortsätta att förhandla om. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som har angetts i upphandlingsdokumenten.

Krav för att få inrätta ett innovationspartnerskap

30 § En upphandlande enhet får inrätta ett innovationspartnerskap endast med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Utvärdering av anbud

31 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 15 kap. 1 § andra stycket 1.

Genomförandet av partnerskapet

32 § Ett innovationspartnerskap ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna får också inkludera tillverkningen av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller utförandet av byggentreprenaderna.

33 § Ett innovationspartnerskap ska slå fast delmål som parterna ska uppfylla samt reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar.

Med utgångspunkt i delmålen får den upphandlande enheten efter varje avslutad etapp besluta att avsluta innovationspartnerskapet eller, om innovationspartnerskapet omfattar flera leverantörer, minska antalet sådana genom att avsluta enskilda kontrakt. Sådana åtgärder förutsätter att enheten i något av upphandlingsdokumenten har angett att dessa möjligheter finns och på vilka villkor de kan användas.

34 § Den upphandlande enheten ska se till att innovationspartnerskapets struktur, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika etapperna, avspeglar graden av innovation hos den föreslagna lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en

lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Det uppskattade värdet av varor, tjänster eller byggentreprenader får inte vara oproportionerligt i förhållande till de investeringar som krävs för att ta fram dem.

7 kap. Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

1 § En upphandlande enhet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i denna lag.

Ramavtalets löptid

2 § Ett ramavtal får löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal

3 § Kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas med tillämpning av objektiva regler och kriterier. Den upphandlande enheten ska ange reglerna och kriterierna i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

4 § Kontrakt som grundar sig på ramavtal får tilldelas med en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet.

Vid en förnyad konkurrensutsättning ska den upphandlande enheten

1. ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna anbud för varje särskilt kontrakt, och
2. tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

Inköpscentraler

Anlitande av en inköpscentral

5 § En upphandlande enhet får anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten.

Om en upphandlande enhet anlitar en inköpscentral enligt första stycket, får tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även omfatta stödverksamhet för inköp.

Anskaffning från en inköpscentral

6 § En upphandlande enhet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Anskaffning genom en inköpscentral

7 § En upphandlande enhet får anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom

1. kontrakt som tilldelas av en inköpscentral,
2. dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, eller
3. ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Den upphandlande enhetens ansvar

8 § En upphandlande enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt 6 eller 7 §.

Den upphandlande enheten ansvarar dock för att fullgöra skyldigheterna i denna lag när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Gemensam upphandling med enhet från annan medlemsstat

9 § En upphandlande enhet får genomföra en upphandling gemensamt med en upphandlande enhet från en annan medlemsstat med användning av upphandlingsåtgärder enligt 10–18 §§.

En viss upphandlingsåtgärd får inte väljas i syfte att undvika tillämpningen av tvingande föreskrifter som är förenliga med EU-rätten.

Inköpscentral i annan medlemsstat

10 § En upphandlande enhet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

11 § Vid gemensam upphandling enligt 10 § tillämpas bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

De bestämmelser som är tillämpliga enligt första stycket ska också tillämpas om en upphandlande enhet

1. tilldelar ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt första stycket, eller
2. genomför en förnyad konkurrensutställning enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket.

Gemensamma upphandlingsåtgärder

12 § En upphandlande enhet får gemensamt med upphandlande enheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen vidta upphandlingsåtgärder genom att

1. tilldela ett kontrakt,
2. ingå ett ramavtal, eller
3. inrätta ett dynamiskt inköpssystem.

En upphandlande enhet som har ingått ett ramavtal enligt första stycket 2 eller inrättat ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 3, får tilldela kontrakt inom ramen för ramavtalet eller inköpssystemet.

13 § Vid gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 12 § ska delar som är nödvändiga för samarbetet följa av en överenskommelse.

14 § Om en överenskommelse enligt 13 § träffas mellan de deltagande enheterna, ska enheterna i överenskommelsen fastställa

1. enheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga, och

2. sättet att organisera upphandlingsförfarandet, innefattande ledning, fördelning av varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

När enheterna fastställer ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga enligt första stycket 1, kan

1. ansvarsområdena fördelas till en eller flera av dem, eller

2. som tillämpliga bestämmelser fastställas den medlemsstats bestämmelser i vilken minst en av enheterna har sin hemvist.

15 § Fördelningen av ansvarsområden mellan upphandlande enheter och tillämpliga nationella bestämmelser enligt 13 och 14 §§ ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

16 § En enhet som deltar i en upphandling enligt 12 § och som anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från en annan deltagande enhet ska anses uppfylla sina skyldigheter enligt denna lag, om någon annan deltagande enhet uppfyller de skyldigheter som föreskrivs i den lag som ska tillämpas till följd av en överenskommelse enligt 13 och 14 §§.

Upphandling med en gemensam enhet

17 § En gemensam enhet som har inrättats av upphandlande enheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar.

En europeisk gruppering för territoriellt samarbete enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS), i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1302/2013, eller någon annan enhet som har bildats enligt EUrätten ska anses vara en gemensam enhet.

18 § Vid gemensam upphandling enligt 17 § ska den gemensamma enhetens behöriga organ besluta om tillämpliga nationella bestämmelser.

Tillämpliga nationella bestämmelser ska vara bestämmelserna i en medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver verksamhet.

Ett sådant beslut får antingen gälla tills vidare, om det fattas när den gemensamma enheten inrättas, eller begränsas till en viss tidsperiod, till vissa typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.

8 kap. Elektroniska metoder för upphandling

Dynamiska inköpssystem

Tillämpningsområdet

1 § En upphandlande enhet får använda ett dynamiskt inköpssystem för återkommande anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och har egenskaper som tillgodoser den upphandlande enhetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem ska drivas som en helt elektronisk process. Det ska ha en bestämd giltighetstid och under den tiden vara öppet för varje leverantör som uppfyller kvalificeringskraven enligt 14 kap. 1–3 §§.

2 § Ett dynamiskt inköpssystem får delas in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader. Kategorierna ska bestämmas objektivt med hänsyn till egenskaperna hos den upphandling som ska genomföras inom den berörda kategorin.

Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem

3 § Vid upphandlingar i ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande enheten tillämpa bestämmelserna för selektivt förfarande. Antalet anbudssökande som får delta i systemet får dock inte begränsas.

Om enheten har delat in systemet i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska kvalificeringskrav specificeras för varje kategori.

4 § En upphandlande enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska informera om detta genom en anbudsinfordran och ange att den avser ett sådant system. I anbudsinfordran ska systemets giltighetstid anges.

Om ett dynamiskt inköpssystem delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska dessa och vad som karakteriserar kategorierna anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Om det dynamiska inköpssystemet drivs av en inköpscentral och får användas av andra upphandlande enheter, ska detta anges i anbudsinfordran.

Upphandlingsdokumenten

5 § Av upphandlingsdokumenten ska det framgå

1. de anskaffningar och de kvantiteter som systemet avser, och
2. nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang och specifikationer för anslutning.

Den upphandlande enheten ska ge tillgång till upphandlingsdokumenten enligt 10 kap. 8 § första stycket under systemets hela giltighetstid.

Ändringar i giltighetstiden

6 § Den upphandlande enheten ska anmäla ändringar av det dynamiska inköpssystemets giltighetstid till Europeiska kommissionen.

Ansökan om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem

7 § En upphandlande enhet ska under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid ge leverantörer möjlighet att ansöka om att få delta i systemet på de villkor som anges i 3 §.

Enheten ska utvärdera en anbudsansökan med tillämpning av kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–3 §§ inom 10 arbetsdagar från

mottagandet. När det finns skäl till det får tidsfristen förlängas till 15 arbetsdagar.

Enheten får förlänga utvärderingsperioden, om ingen inbjudan att lämna anbud ännu har utfärdats i det dynamiska inköpssystemet. Ingen inbjudan får utfärdas under utvärderingsperiodens förlängning. Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den förlängda period som den avser att tillämpa.

Tidsfrist för anbudsansökningar

8 § Tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena. Tidsfristen får inte vara kortare än 15 dagar.

Inga ytterligare tidsfrister ska gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första upphandlingen enligt det dynamiska inköpssystemet har skickats.

Underrättelse om beslut om deltagande i ett dynamiskt inköpssystem

9 § En upphandlande enhet ska snarast möjligt underrätta en leverantör om det beslut som har fattats om leverantörens deltagande i det dynamiska inköpssystemet. Ett beslut att inte godkänna en leverantör som deltagare ska motiveras.

Inbjudan att lämna anbud

10 § Den upphandlande enheten ska för varje kontrakt som ska tilldelas bjuda in alla leverantörer som godkänts som deltagare i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud.

Om det dynamiska inköpssystemet har delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska enheten bjuda in samtliga leverantörer som godkänts som deltagare inom den kategori som motsvarar berörd upphandling att lämna anbud.

Tidsfrist för anbud

11 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud enligt 10 § skickades till berörda leverantörer.

Bestämmelserna i 11 kap. 7 § om tidsfrist för att komma in med anbud efter överenskommelse får tillämpas.

Tilldelning av kontrakt

12 § Den upphandlande enheten ska tilldela den leverantör kontraktet vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga på grundval av de tilldelningskriterier som anges i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller i inbjudan att lämna anbud när anbudsinfördran skett genom en annons om kvalificeringssystem.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud.

13 § En upphandlande enhet som tillämpar skäl för uteslutning och kvalificeringskrav i enlighet med 14 kap. 1–3 §§, får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet, inom fem arbetsdagar från den dag då begäran skickades, lämnar in en ny och uppdaterad version av en sådan egen försäkran som avses i 15 kap. 1–2 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling.

Bestämmelserna i 15 kap. 3–5 §§ lagen om offentlig upphandling gäller under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid.

Administrativ avgift

14 § Den upphandlande enheten får inte ta ut någon administrativ avgift av en leverantör som deltar eller vill delta i systemet.

Elektroniska auktioner

Tillämpningsområdet

15 § En upphandlande enhet får använda en elektronisk auktion för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden.

Enheten ska utforma den elektroniska auktionen som en upprepad elektronisk process.

16 § En upphandlande enhet får genomföra en elektronisk auktion som en avslutande del, om innehållet i upphandlingsdokumenten kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet. Detta gäller vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 4 §, och
5. inbjudan att lämna anbud inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.

Genomförandet av en elektronisk auktion

17 § En elektronisk auktion ska möjliggöra en rangordning utifrån automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser eller nya värden på de delar av anbuden som angetts i upphandlingsdokumenten, när anbuden ska utvärderas på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, eller
2. priser, när anbuden ska utvärderas enbart på grundval av priset.

Anbuden ska rangordnas med användning av en matematisk formel. När anbuden ska rangordnas med hänsyn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den matematiska formeln beakta viktningen av de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om viktningen av kriterierna har angetts i intervall, ska dessa fastställas till ett bestämt värde. Om alternativa anbud är tillåtna, ska separata formler ges för varje anbud.

En elektronisk auktion får genomföras i på varandra följande etapper.

Upphandlingsdokumenten

18 § Om en elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande enheten ange det i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller, när en annons om kvalificeringssystem används som anbudsinfördan, i inbjudan att lämna anbud.

19 § I upphandlingsdokumenten ska följande uppgifter lämnas om den elektroniska auktionen:

1. de delar av anbudet som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,
2. eventuella gränser för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för det som ska anskaffas,
3. de uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,
4. nödvändiga uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
5. de villkor på vilka anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnaderna mellan anbudet som kan ha bestämts,
6. nödvändiga uppgifter om den elektroniska utrustning som ska användas och om anslutningen till denna utrustning, och
7. tidpunkten då den elektroniska auktionen ska avslutas.

Första utvärdering av anbud

20 § Innan en upphandlande enhet inleder en elektronisk auktion, ska enheten utvärdera anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och viktningen av dessa.

Inbjudan att lämna nya priser eller värden

21 § En anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud ska bjudas in att delta i den elektroniska auktionen genom att från en viss tidpunkt använda de anslutningssätt som anges i inbjudan.

Ett anbud är godtagbart om det stämmer överens med de tekniska specifikationerna och inte är ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt och om det har lämnats av en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och inte har uteslutits från anbudsförandet.

Vad som avses med ett olämpligt anbud framgår av 6 kap. 6 §.

22 § I inbjudan ska den upphandlande enheten informera om utvärderingen enligt 20 § av anbudsgivarens anbud.

23 § Inbjudan ska innehålla information om den matematiska formel som avses i 17 § andra stycket och som ska användas för att bestämma rangordningen mellan anbudet med hänsyn till de nya priser eller värden som lämnas under auktionen.

24 § Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det att inbjudan har skickats ut.

25 § Under en elektronisk auktion ska den upphandlande enheten lämna alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i upphandlingsdokumenten.

Enheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Avslutande av en elektronisk auktion

26 § En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande enheten

1. vid den tidpunkt som angetts i upphandlingsdokumenten,
2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller
3. när det antal auktionsetapper som angetts i upphandlingsdokumenten har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska enheten i upphandlingsdokumenten ha angett hur långt efter det att den har tagit emot det sista priset eller värdet som den kommer att avsluta auktionen.

I det fall som avses i första stycket 3 ska tidsplanen för varje auktionsetapp anges i inbjudan att delta i auktionen.

27 § När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande enheten tilldela kontraktet på grundval av resultatet av auktionen.

Elektroniska kataloger

Tillämpningsområdet

28 § En upphandlande enhet får begära att anbud med elektroniska medel ska lämnas i ett format för att presentera och strukturera information som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling (elektronisk katalog).

Anbud som lämnas i form av en elektronisk katalog får kompletteras med andra handlingar.

Upphandlingsdokumenten

29 § Av annonsen om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse ska det framgå om anbud ska eller får

1. lämnas i form av en elektronisk katalog, eller
2. innehålla en elektronisk katalog.

Något av upphandlingsdokumenten ska innehålla nödvändiga uppgifter om

1. den elektroniska utrustning som används och anslutningen till denna utrustning, samt
2. format och specifikationer för den elektroniska katalogen.

Upprättandet av en elektronisk katalog

30 § En elektronisk katalog ska upprättas av en anbudssökande eller anbudsgivare enligt specifikationer och format som har fastställts av den

upphandlande enheten. Om en katalog ska uppdateras enligt 31 § eller 34 § andra stycket, ska dess format tillåta en sådan uppdatering.

Uppdatering av en elektronisk katalog

31 § Om ett ramavtal har slutits efter det att anbud har lämnats i form av en elektronisk katalog eller har innehållit en sådan får den upphandlande enheten besluta att en förnyad konkurrensutsättning enligt 7 kap. 4 §§ ska genomföras med användning av en elektronisk katalog som uppdateras enligt 32 §.

32 § För att uppdatera en elektronisk katalog ska den upphandlande enheten antingen

1. uppmana varje anbudsgivare att lämna in en uppdaterad katalog som har anpassats till kraven i det berörda kontraktet, eller

2. meddela varje anbudsgivare att enheten avser att samla in uppgifter från den redan inlämnade katalogen för att anpassa den till kraven i det berörda kontraktet.

En katalog får uppdateras enligt första stycket 2, om detta har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

33 § I ett meddelande enligt 32 § första stycket 2 ska den upphandlande enheten informera varje anbudsgivare om när den avser att samla in uppgifter för en uppdaterad elektronisk katalog och ge anbudsgivaren möjlighet att avböja en sådan uppgiftsinsamling. Meddelandet ska lämnas så lång tid före den planerade uppgiftsinsamlingen att anbudsgivaren får skälig tid för att ta ställning till den.

Innan enheten tilldelar ett kontrakt med utgångspunkt i uppgifter i en elektronisk katalog som enheten har uppdaterat, ska den ge varje anbudsgivare möjlighet att kontrollera att det på så sätt upprättade anbudet inte innehåller några fel.

Elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem

34 § Vid upphandling inom ett dynamiskt inköpssystem ska en leverantör på begäran av den upphandlande enheten lämna anbud som har form av en elektronisk katalog eller innehåller en sådan.

Enheten får, om den har begärt att leverantörer till ansökan om att få delta i det dynamiska inköpssystemet bifogar en elektronisk katalog, besluta att upphandlingen ska genomföras med användning av elektroniska kataloger som uppdateras med tillämpning av bestämmelserna i 32 § första stycket 2 och andra stycket samt 33 §.

9 kap. Tekniska krav

Tekniska specifikationer

Vad som anges i de tekniska specifikationerna

1 § De tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggentreprenaden ska ha ska anges som tekniska specifikationer. Specifikationerna ska ingå i något av upphandlingsdokumenten. De ska vara utformade på något av

de sätt som anges i 3–5 §§ förutsatt att det inte står i strid med tvingande tekniska regler. Prop. 2015/16:195

De egenskaper som specificeras får också avse

1. processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggtreprenaden, eller
2. en process som avser ett annat skede i varans, tjänstens eller byggnadsverkets livscykel.

Andra stycket gäller också när de egenskaper som avses inte är egenskaper hos den berörda varan, tjänsten, byggtreprenaden eller det berörda byggnadsverket. Egenskaperna måste dock ha anknytning till det som ska anskaffas.

I de tekniska specifikationerna får det också anges om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

När det som anskaffas ska användas av fysiska personer

2 § När det som anskaffas ska användas av fysiska personer ska de tekniska specifikationerna bestämmas med beaktande av samtliga användares behov, däribland tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning.

Undantag får göras endast om det finns särskilda skäl.

Om Europeiska unionen i en rättsakt har antagit obligatoriska krav på tillgänglighet, ska de tekniska specifikationer som avses i första stycket bestämmas med hänvisning till den rättsakten.

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

3 § En upphandlande enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara utformade så att det klart framgår vad som ska anskaffas.

En upphandlande enhet får tillåta att en leverantör åberopar sådana standarder och bedömningar som avses i 4 § för att visa att kraven enligt första stycket är uppfyllda.

Tekniska specifikationer i form av hänvisningar till standarder och bedömningar

4 § Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar, och i fallande prioritetsordning till

1. svensk standard som stämmer överens med europeisk standard,
2. europeisk teknisk bedömning,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller
6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggtreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdig".

Tekniska specifikationer som kombinerar prestanda- och funktionskrav med standarder och bedömningar

5 § En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav enligt 3 § i fråga om vissa egenskaper och med hänvisning till standarder och bedömningar enligt 4 § i fråga om andra egenskaper.

Uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer

6 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Likvärdiga lösningar

7 § En upphandlande enhet som i enlighet med 3 § anger de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav, får inte förkasta ett anbud som avser en vara, tjänst eller byggtreprenad som motsvarar de standarder eller bedömningar som anges i 4 § första stycket 1–5 eller likvärdiga standarder eller bedömningar.

Första stycket gäller endast om

1. den åberopade standarden eller bedömningen avser de prestanda- eller funktionskrav som enheten har angett, och
2. anbudsgivaren visar att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller de angivna kraven.

8 § Om en upphandlande enhet ställer krav genom att hänvisa till standard eller bedömning enligt 4 §, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att en vara, tjänst eller byggtreprenad inte motsvarar denna standard eller bedömning om det i anbudet visas att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Utredning om överensstämmelse

9 § En upphandlande enhet får som bevis för överensstämmelse med kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna enligt 16 kap. eller villkoren för fullgörande av kontraktet enligt 17 kap., kräva att leverantören ska uppvisa en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse. Detta organ ska vara ackrediterat för denna uppgift i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 765/2008 av den 9 juli 2008 om krav för ackreditering och marknads kontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93, i den ursprungliga lydelsen.

10 § Om en upphandlande enhet kräver en provningsrapport eller ett intyg som ska vara utfärdat av ett visst organ för bedömning av överensstämmelse, ska den också godta en provningsrapport eller ett intyg från ett likvärdigt organ.

11 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen kan få tillgång till en provningsrapport eller ett intyg som avses i 9 eller 10 § och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande enheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet.

Tillhandahållande av tekniska specifikationer

12 § En upphandlande enhet ska på begäran tillhandahålla en leverantör de tekniska specifikationer som enheten regelbundet använder i sina upphandlingar eller förhandsannonser. Specifikationerna ska tillhandahållas med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dem. Om sådan tillgång inte kan ges till vissa specifikationer ska de tillhandahållas på något annat sätt.

Om de tekniska specifikationerna har angetts i handlingar som är tillgängliga för leverantören med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång, är det tillräckligt att enheten hänvisar till dessa handlingar.

Märkning

13 § Med *märkning* avses alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav.

14 § En upphandlande enhet får i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet kräva en viss märkning som bevis för att varan, tjänsten eller byggtreprenaden motsvarar de egenskaper som krävs, om

1. kraven för märkningen endast rör kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas,
2. kraven för märkningen är lämpliga för att definiera egenskaperna hos den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas,
3. kraven för märkningen grundas på objektiva kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,
4. märkningen har antagits genom ett öppet och transparent förfarande i vilket samtliga berörda kan delta,
5. märkningen är tillgänglig för alla berörda, och
6. kraven för märkningen fastställs av ett organ som den som ansöker om märkningen inte har ett avgörande inflytande över.

Om en upphandlande enhet inte kräver att det som ska anskaffas har alla egenskaper som krävs av en märkning, ska den ange vilka krav för märkningen som ska uppfyllas.

Om en märkning uppfyller villkoren i första stycket 3–6, men kraven för märkningen även rör kriterier som inte har anknytning till det som anskaffas, får den upphandlande enheten inte kräva märkningen för varan, tjänsten eller byggtreprenaden. Enheten får dock fastställa de tekniska specifikationerna genom hänvisningar till sådana detaljerade specifikationer för märkningen som har anknytning till det som ska anskaffas.

15 § En upphandlande enhet som kräver en viss märkning enligt 14 § ska godta en annan märkning om kraven för den märkningen är likvärdiga med kraven för den angivna märkningen.

16 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen haft möjlighet att få tillgång till den märkning som den upphandlande enheten kräver eller en likvärdig märkning och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande enheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven för den angivna märkningen eller, i de fall som anges i 14 § andra stycket, de särskilt angivna kraven för märkningen.

Anbud med alternativa utföranden

17 § En upphandlande enhet får tillåta eller kräva att anbudsgivare lämnar anbud med utföranden som avviker från dem som enheten har angett. Ett sådant anbud med alternativt utförande får beaktas endast om enheten i annonsen angett om den tillåter eller kräver sådana anbud.

18 § En upphandlande enhet som tillåter eller kräver anbud som avses i 17 § ska i upphandlingsdokumenten ange

1. vilka minimikrav som gäller för anbud,
2. vilka särskilda villkor som gäller redovisningen av anbud, och
3. om anbud med ett alternativt utförande får lämnas endast tillsammans med ett anbud som utgår från samma utförande som enheten har angett.

Anbud med alternativa utföranden får beaktas endast om de uppfyller minimikraven.

19 § Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande enhet som har tillåtit eller krävt anbud med alternativa utföranden inte förkasta ett sådant anbud enbart på grund av att det, om det antas, skulle bli ett tjänstekontrakt i stället för ett varukontrakt eller ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt.

Annonsering

Anbudsinfördran

1 § En upphandlande enhet ska genom en anbudsinfördran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal.

En anbudsinfördran ska göras genom en annons om upphandling. En anbudsinfördran får dock, i de fall som regleras i 2 §, göras genom en förhandsannons och, i de fall som regleras i 4 §, göras genom en annons om kvalificeringssystem.

Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 5–12 §§.

Förhandsannons som anbudsinfördran

2 § En upphandlande enhet får använda en förhandsannons som anbudsinfördran när upphandling ska genomföras med selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En enhet som ska upphandla tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 får också använda en förhandsannons som anbudsinfördran.

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

3 § En upphandlande enhet får i en förhandsannons informera om planerade upphandlingar.

Bestämmelser om förkortade tidsfrister efter en sådan förhandsannonsering finns i 11 kap. 5 §.

Annonsering om kvalificeringssystem

4 § När en upphandlande enhet upprättar ett kvalificeringssystem enligt 14 kap. 4 § ska enheten i en annons upplysa om detta.

Efterannons om resultatet av en upphandling

5 § En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. En myndighet som tilldelat kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska skicka en efterannons senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt.

Trots första stycket får enheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Annonsering om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering

6 § En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5–12 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

7 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

8 § Den upphandlande enheten ska vid annonsering om upphandling och förhandsannonsering med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om anbudsinfördran utgörs av en annons om kvalificeringssystem, ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten ges med elektroniska medel så snart som möjligt och senast från och med den dag då inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen eller inbjudan.

Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska enheten i annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt. Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt andra stycket vid annonsering om kvalificeringssystem, ska enheten lämna sådana upplysningar i något av upphandlingsdokumenten.

Inbjudan till anbudssökande

Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

9 § Om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, ska den upphandlande enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse. Först när enheten har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade, får den ange vilka leverantörer som ska få lämna anbud eller delta i förhandlingar.

Den upphandlande enheten ska med elektroniska medel ge anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att bekräfta intresse. Om enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om art och mängd av det som ska upphandlas, option på ytterligare avtal och om möjligt beräknad tidsfrist för optionen samt, när det gäller avtal som kan förnyas, art och mängd och, om möjligt, beräknad tidpunkt för kommande annonser om upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader,

2. uppgift om huruvida selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering ska användas,

3. uppgift om dag för leverans av varor eller för påbörjande eller avslutande av tjänsterna eller byggentreprenaderna,

4. uppgift om adress till den upphandlande enheten,

5. uppgift om ekonomiska eller tekniska krav, ekonomiska garantier och upplysningar som krävs från leverantörer,
6. uppgift om huruvida ett varukontrakt avser köp, leasing, hyra eller hyrköp eller en kombination av dessa,
7. uppgift om tilldelningskriterier samt kriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
8. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Skriftlig inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog

10 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska den upphandlande enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att lämna anbud, att förhandla eller, vid konkurrenspräglad dialog, att delta i dialogen.

Den upphandlande enheten ska med elektroniska medel ge de utvalda anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog. Om enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar enligt 12 kap. 11 §,
2. uppgift om sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet ska skickas och på vilket eller vilka språk det ska skrivas, eller, vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om dag och plats för dialogens början samt om det eller de språk som ska användas,
3. en hänvisning till den annons som använts som anbudsinfördran,
4. uppgift om de handlingar som ska bifogas,
5. uppgift om tilldelningskriterier, om de inte redovisas i en annons om kvalificeringssystem som används som anbudsinfördran,
6. uppgift om tilldelningskriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
7. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Anbudets giltighetstid

11 § En upphandlande enhet ska vid öppet förfarande i annonsen om upphandling ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska enheten ange denna uppgift i en annons som används som anbudsinfördran, i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

En underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 12 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

11 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Förhållanden som ska beaktas när tidsfrister bestäms

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande enheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet. Om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

Tidsfrist vid öppet förfarande

2 § Vid öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Första stycket gäller om inte något annat följer av 5–10 §§.

Tidsfrist för anbudsansökningar

3 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfordran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Tidsfrister vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem

4 § I 8 kap. 8 och 11 §§ finns bestämmelser om tidsfrister för anbudsansökningar och anbud vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Förkortad tidsfrist efter förhandsannonsering

5 § Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat vid öppet förfarande, får tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

En tidsfrist får förkortas enligt första stycket endast om förhandsannonsen

1. innehöll de uppgifter som anges i bilaga VI del A avsnitten I och II till direktiv 2014/25/EU, i den mån uppgifterna fanns att tillgå när förhandsannonsen publicerades, och

2. skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

6 § Om den upphandlande enheten tillåter att anbuden skickas in elektroniskt vid öppet förfarande, får tidsfristen enligt 2 § bestämmas till minst 30 dagar.

Tidsfrist för anbud efter överenskommelse

7 § Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får den upphandlande enheten bestämma tidsfristen för att komma in med anbud till en gemensam tid som har överenskommits med de utvalda anbudssökandena.

Om en sådan överenskommelse inte nås, ska tidsfristen vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till anbudssökandena.

Förlängning av tidsfristen för anbud

8 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom de tidsfrister som anges i 12 kap. 11 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

9 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas med fem dagar, om den upphandlande enheten inte med elektroniska medel ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten

1. från den dag då en annons om upphandling eller en förhandsannons publiceras,
2. från och med den dag då en inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena, eller
3. från och med den dag då en inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena, om anbudsinfördran utgörs av en annons om kvalificeringssystem.

Första stycket gäller inte om tidsfristen anges efter en överenskommelse enligt 7 § första stycket eller förkortas vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §.

Påskyndat förfarande

10 § Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa den tidsfrist för anbud vid öppet förfarande som anges i 2 eller 6 §, får tidsfristen bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

12 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande enhet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Enheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande enhet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Enheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande enhet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får enheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

4 § En upphandlande enhet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,

2. brister i informationssäkerheten hos enheten, eller

3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande enheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen. Muntlig kommunikation får dock inte användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande enhet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av

anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, Prop. 2015/16:195 finns tillgänglig för alla berörda.

Avancerad elektronisk underskrift

7 § En upphandlande enhet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande enhet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförts elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,
2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och
3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbuden ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Information till leverantörer

Kompletterande upplysningar

11 § En upphandlande enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Vid ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 § ska kompletterande upplysningar lämnas senast fyra dagar före angiven sista dag för anbud.

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när enheten beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfördran samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om

1. utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet, och

2. i förekommande fall hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Dokumentation

Dokumentationsplikt

14 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Information om upphandlingsförfaranden

15 § En upphandlande enhet ska bevara lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas.

Informationen som bevaras ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. kvalificering, uteslutning och urval av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,
2. användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
3. tillämpning av bestämmelserna i 3 kap. om att viss upphandling ska undantas från lagens tillämpningsområde, och
4. att godkänna inlämning av anbud med andra medel än elektroniska.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Bevarande av handlingar

16 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 och 15 §§ och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande enhet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt denna lag. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

17 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 18–23 §§.

18 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som bevaras enligt 16 § tredje stycket och som ingåtts till ett värde av minst

1. 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt, och
2. 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

19 § En uppgift i ett kontrakt om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande enhetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, får inte lämnas ut.

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande enheten får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

20 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

När en upphandlande enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt, ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

21 § En upphandlande enhet får inte ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor. För en kopia eller en utskrift som omfattar tio sidor får enheten ta högst 50 kronor. För varje sida därutöver får enheten ta högst 2 kronor.

Om myndigheten får ta betalt för en kopia eller en utskrift enligt första stycket, får enheten även ta ut ersättning för

1. portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram, och
2. postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian eller utskriften till mottagaren.

22 § Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

23 § Om ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt överklagas, ska den upphandlande enheten vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet har överlämnats till domstolen.

13 kap. Uteslutning av leverantörer

När en upphandlande enhet som är en myndighet ska utesluta en leverantör

1 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten genom en kontroll enligt 14 kap. 3 § eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella

systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i Prop. 2015/16:195 lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten genom en kontroll enligt 14 kap. 3 § eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där kvalificeringssystemet förvaltas eller där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

När en upphandlande enhet får utesluta en leverantör

3 § En upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet får på de grunder som anges i 1 och 2 §§ utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling.

4 § En upphandlande enhet får, utöver vad som följer av 1 och 2 §§, utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling, om

1. enheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. enheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. enheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpas en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 7 §,

8. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i kvalificeringssystemet eller upphandlingen enligt detta kapitel eller 14 kap. 3 § eller av att leverantören uppfyller fastställda villkor för uteslutning och kvalificering enligt 14 kap. 1 och 2 §§,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som enheten har begärt in med stöd av 14 kap. 3 §, eller

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande enhetens beslutsprocess eller tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i kvalificeringssystemet eller upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under förfarandet i fråga om uteslutning av leverantörer från deltagande i kvalificeringssystemet eller upphandlingen, urval av leverantörer som ska kvalificeras i kvalificeringssystemet och tilldelning av kontrakt.

Utredning

5 § En upphandlande enhet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt enheten utgör skäl för uteslutning.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 4 §, ska inte uteslutas om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,
2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och
3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller misskötsamhetens allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas på de grunder som anges 2 §.

7 § En upphandlande enhet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande enhet kan när som helst under ett upphandlingsförfarande utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

14 kap. Kvalificering**Fastställande av villkor för uteslutning och kvalificering**

1 § En upphandlande enhet får i en upphandling fastställa objektiva villkor för uteslutning och kvalificering och ska i så fall se till att dessa villkor är tillgängliga för de presumtiva leverantörerna.

Om den upphandlande enheten är en myndighet ska den fastställa grunder för uteslutning av leverantörer i den utsträckning som framgår av 13 kap.

2 § En upphandlande enhet får tillämpa sådana kvalificeringskrav som avses i 14 kap. 1 § första stycket lagen (0000:000) om offentlig upphandling för att välja ut leverantörer. Enheten ska i så fall tillämpa 14 kap. 1–5 §§ den lagen.

Kontroll av leverantörer

3 § En upphandlande enhet ska tillämpa 15 kap. 1–13 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den

1. kontrollerar om en leverantör ska uteslutas med stöd av 13 kap. 1–4 §§, och

2. kontrollerar om en leverantör uppfyller de krav som avses i 2 §.

Kvalificeringssystem

Upprättande av ett kvalificeringssystem

4 § En upphandlande enhet får ha ett kvalificeringssystem för att på förhand välja ut leverantörer som ska få delta i selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden, konkurrenspräglade dialoger eller förfaranden för inrättande av innovationspartnerskap. Deltagande i ett kvalificeringssystem får begränsas till upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggentreprenader. Ett kvalificeringssystem kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

En leverantör ska när som helst kunna ansöka om att bli kvalificerad till kvalificeringssystemet.

När ett kvalificeringssystem upprättas och tillämpas, ska även 2, 3, 11, 14–16, 18 och 19 §§, 10 kap. 4 § samt 15 kap. tillämpas.

Fastställande av krav och regler för kvalificeringssystemet

5 § Den upphandlande enheten ska ange vilka krav en leverantör ska uppfylla för att kvalificera sig enligt kvalificeringssystemet och, i den utsträckning som framgår av 13 kap., grunder för uteslutning från kvalificeringssystemet.

Den upphandlande enheten ska även ange regler för driften av kvalificeringssystemet, som regler för registrering i systemet, regelbunden uppdatering av kvalificeringar samt systemets giltighetstid.

Enheten får ange kraven och reglerna genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem. Kraven och reglerna ska tillhandahållas den leverantör som begär det.

Kraven för kvalificering enligt första stycket får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer ska underrättas om de ändringar som gjorts.

Tekniska specifikationer

6 § Om kraven för deltagande i kvalificeringssystemet omfattar tekniska specifikationer, ska bestämmelserna i 9 kap. 1–11 och 13–16 §§ tillämpas i fråga om specifikationerna.

Beslut om kvalificering av leverantör

7 § En upphandlande enhet som har ett kvalificeringssystem ska inom sex månader pröva en ansökan från en leverantör om att få delta i systemet och underrätta sökanden om beslutet. Om beslutet inte kommer att fattas inom fyra månader från det att ansökan gjordes, ska den upphandlande enheten inom två månader från denna tidpunkt underrätta sökanden om orsakerna till att handläggningen kommer att ta längre tid och ange när beslut kommer att fattas.

Ansökningar om att få delta i ett kvalificeringssystem får avslås endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 5 och 6 §§.

En sökande vars ansökan avslagits ska underrättas om beslutet och om skälen för detta så snart som möjligt och senast inom 15 dagar från det att beslutet fattats.

Underrättelse om att uteslutning övervägs

8 § Om en leverantör har kvalificerat sig, får en upphandlande enhet som har ett kvalificeringssystem utesluta leverantören endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 5 och 6 §§.

En upphandlande enhet får inte utesluta en leverantör om inte leverantören dessförinnan underrättats skriftligen om att det finns risk för uteslutning och om skälen för det. Underrättelsen ska ha skickats minst 15 dagar före den dag då beslut ska fattas.

Förteckning över leverantörer

9 § De leverantörer som av den upphandlande enheten har antagits till kvalificeringssystemet ska föras upp i en förteckning. Av förteckningen ska det framgå om en leverantörs kvalificering är begränsad till deltagande i upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader.

Kvalificerad leverantör ska väljas

10 § Om en anbudsinfordran görs genom en annons om kvalificeringssystem, får endast de leverantörer delta som redan är kvalificerade i systemet.

Leverantörer och andra företags kapacitet

Leverantörers återopande av andra företags kapacitet

11 § En leverantör får återropa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.

När kapaciteten gäller relevant yrkeserfarenhet, eller en tjänstleverantörs eller byggtreprenörs utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer hos företaget får leverantören återropa andra företags kapacitet endast om samma företag ska utföra de tjänster eller byggtreprenader för vilka kapaciteten krävs.

Första och andra stycket gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Återopande av andra företags kapacitet vid en upphandling

12 § Om villkoren för att tilldelas ett kontrakt är sådana som avses i 2 § och 13 kap. 1–4 §§, ska en upphandlande enhet tillämpa 15 kap. 1–14 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den kontrollerar om de andra företag vars kapacitet en leverantör återopar uppfyller kvalificeringskraven för upphandlingen och om dessa företags förhållanden är skäl för uteslutning.

Om det vid kontrollen visar sig att det åberopade företaget inte uppfyller krav enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket som den upphandlande enheten har hänvisat till eller tillämpliga kvalificeringskrav, ska den upphandlande enheten begära att leverantören byter ut företaget mot ett annat företag.

13 § En upphandlande enhet får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

Andra företags kapacitet vid kvalificering enligt ett kvalificeringssystem

14 § Om en leverantör åberopar andra företags kapacitet, ska leverantören visa att den förfogar över de nödvändiga resurserna under hela kvalificeringssystemets giltighetstid.

15 § Om villkoren för att tilldelas ett kontrakt är sådana som avses i 2 § och 13 kap. 1–4 §§, ska en upphandlande enhet tillämpa 15 kap. 1–14 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den kontrollerar om de andra företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller kraven för kvalificeringssystemet och om dessa företags förhållanden är skäl för uteslutning.

Om det vid kontrollen visar sig att det åberopade företaget inte uppfyller krav enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket som den upphandlande enheten har hänvisat till, ska den upphandlande enheten begära att leverantören åberopar ett annat företags kapacitet.

16 § En upphandlande enhet får kräva som villkor för deltagande i kvalificeringssystemet att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

Krav avseende vissa avgörande uppgifter

17 § Den upphandlande enheten får kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras av leverantören själv om kontraktet avser en tjänst, en byggtreprenad eller ett monterings- eller installationsarbete inom ramen för en upphandling av en vara.

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

18 § Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive standarder för tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska enheten precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften.

Enheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När leverantören inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit åtgärder som leder till likvärdig kvalitets-säkring, om leverantören visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har krävt.

Miljöledningsstandarder

19 § Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder, ska enheten precisera kraven genom att hänvisa till

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas), i lydelsen enligt rådets förordning (EU) nr 517/2013,

2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller

3. andra miljöledningssystem som bygger på miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder och är certifierade från organ som har ackrediterats för uppgiften.

Enheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa att åtgärderna är likvärdiga med de som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som myndigheten har krävt.

15 kap. Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Utvärdering och tilldelning

Tilldelning av kontrakt och grunder för utvärdering

1 § En upphandlande enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Tilldelningskriterier

2 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande enheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska enheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

3 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

Livscykelkostnader

4 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud enligt 2 och 3 §§ får bedömningen utgå från en analys av kostnaderna under livscykeln för den vara eller tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas.

Livscykelkostnader får omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras.

Om enheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod enheten kommer att använda för att fastställa livscykelkostnaderna.

5 § Den upphandlande enhetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter enligt 4 § andra stycket ska grundas på objektivt verifierbara och icke-diskriminerande kriterier. De får inte på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna. Metoden ska vara tillgänglig för leverantörerna.

Metoden ska utformas så att de uppgifter som krävs med rimliga ansträngningar ska kunna tillhandahållas av en omdömesgill leverantör.

Viktning av tilldelningskriterier

6 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska enheten beakta dem genom en prioritetsordning.

Enhetsen ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas.

Onormalt låga anbud

7 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,
2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter,
5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 16 kap. 6 eller 7 §§.

Enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande enhet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

8 § Om en upphandlande enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska enheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte visat att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget, ska anbudet förkastas.

En upphandlande enhet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Beslut att inte tilldela kontrakt i vissa fall

9 § Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, får enheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet.

16 kap. Fullgörande av kontrakt**Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt**

1 § En upphandlande enhet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ha anknytning till det som anskaffas i den mening som avses i 15 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

2 § En upphandlande enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras.

Enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande enheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande enhet ska ange nivån på villkoren, ska enheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövt.

Om det saknas förutsättningar för enheten att ange nivån för ett villkor enligt 2 § är den inte skyldig att ställa villkoret.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande enhet ska, om det är behövt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Villkoren får avse att de bestämmelser som gäller där arbetet utförs ska följas.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om denne är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar likvärdiga villkor för sina anställda.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande enhet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

7 § En upphandlande enhet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Enheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta enheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under kontraktets löptid.

Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Ändringar av kontrakt och ramavtal

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Ändringar av mindre värde

9 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggtreprenad.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,

2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och

3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av varor, tjänster eller bygg-entreprenader får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.

Oförutsebara omständigheter

12 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet och ändringen inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.

Byte av leverantör

13 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Ett byte av leverantör enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de villkor för uteslutning och kvalificering som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 14 kap. 1 och 2 §§.

En underleverantör till leverantören får utan en ny upphandling också inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, enheten och underleverantören.

Ändringar som inte är väsentliga

14 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,

2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,
3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av leverantör.

Beräkning av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9 § ska kontraktets eller ramavtalets värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i kontraktet eller ramavtalet.

Annonsering om ändring av kontrakt eller ramavtal

16 § En upphandlande enhet som har ändrat ett kontrakt eller ett ramavtal med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

17 § En upphandlande enhet ska se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,
2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller
3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

17 kap. Projekttävlingar

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller projekttävlingar som

1. ingår i en upphandling av en tjänst, eller
2. innefattar ersättningar till deltagarna eller tävlingspriser.

Annonsering

2 § En upphandlande enhet som avser att anordna en projekttävling ska informera om tävlingen genom en annons. Om enheten har för avsikt att därefter tilldela ett kontrakt enligt bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ska det anges i annonsen om tävlingen. Enheten ska i annonsen ange de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som den avser att använda.

Enheten ska skicka en efterannons om resultatet av projekttävlingen senast 30 dagar efter det att tävlingen avslutats.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Urval av deltagare

3 § En projekttävling får begränsas till ett visst antal tävlingsdeltagare. Den upphandlande enheten ska i annonsen ange kriterierna för urvalet av deltagare. Antalet tävlingsdeltagare som bjuds in ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås.

Rätten att delta i en projekttävling får inte begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer med hänvisning till att lagstiftningen i den medlemsstat där projekttävlingen anordnas skulle kräva det.

Jury och dess sammansättning

4 § En jury ska utse vinnande bidrag i en projekttävling. Jury ska bestå av fysiska personer som är opartiska och oberoende i förhållande till deltagarna i tävlingen. Om det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer för att få delta i en projekttävling, ska minst en tredjedel av ledamöterna i juryn ha motsvarande kvalifikationer.

Förfarandet i juryn

5 § När ett tävlingsbidrag presenteras för juryn får det inte framgå vem som har lämnat det. Anonymiteten ska gälla fram till dess att juryn har lämnat sitt yttrande eller meddelat sitt beslut.

Vid granskningen får juryn endast beakta de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som angetts i annonsen om projekttävlingen.

Tävlingsdeltagarna kan vid behov uppmanas av juryn att besvara frågor i syfte att klargöra projektets alla aspekter. Fullständiga protokoll ska upprättas över dialogen mellan ledamöterna i juryn och tävlingsdeltagarna.

Juryns beslut

6 § Jury ska vara självständig i sina beslut och yttranden. Den ska rangordna tävlingsbidragen i en rapport som undertecknas av samtliga jurymedlemmar. Rapporten ska innehålla en motivering till rangordningen samt de kommentarer och klargöranden som det kan finnas behov av att göra.

18 kap. Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland

Prop. 2015/16:195

Tillämpningsområdet

1 § För anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland, med vilket Europeiska unionen inte har slutit avtal som tillförsäkrar företag från unionen jämförbart och faktiskt tillträde till marknaden i detta tredjeland, tillämpas 2 och 3 §§. Detta gäller dock inte om något annat följer av åtaganden som unionen eller Sverige har med tredjeland.

Förkastande av anbud

2 § En upphandlande enhet får vid tilldelning av varukontrakt förkasta ett anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland, om andelen sådana varor, bestämd enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 952/2013 av den 9 oktober 2013 om fastställande av en tullkodex för unionen, uppgår till mer än hälften av det totala värdet av de varor som anbudet omfattar.

Det som föreskrivs i första stycket gäller även programvara för användning i ett telekommunikationsnät.

Företräde vid flera likvärdiga anbud

3 § Om prisskillnaden mellan två eller flera anbud inte är större än tre procent och anbuden i övrigt är likvärdiga vid en bedömning enligt 15 kap. 1 §, ska företräde ges anbud som inte kan förkastas med stöd av 2 §.

19 kap. Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2.

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas

- 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner),
- 2 kap. (blandad upphandling),
- 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde),
- 4 kap. (allmänna bestämmelser), utom 6 § om begränsning av antalet anbudssökande, 9 och 10 §§ om val av anbud och 11–15 §§ om tilldelning av ett kontrakt i separata delar,
- 7 kap. (ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling), utom 9–18 §§ om gemensam upphandling med enhet från annan medlemsstat,

- 8 kap. 1–14 §§ (dynamiska inköpssystem), utom 6 § om ändringar i giltighetstiden, 8 och 11 §§ om tidsfrister samt 12 och 13 §§ om tilldelning av kontrakt och egen försäkring av leverantörer,
- 9 kap. 6 § (uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer),
- 9 kap. 13–16 §§ (märkning),
- 16 kap. 1–5 §§ (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 20 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 21 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 22 kap. (tillsyn).

3 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 6 §, 6 kap. 1 § 5 och 13–22 §§, 10 kap. 10 och 11 §§ och 11 kap. 3 §.

Vid upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, tillämpas även bestämmelserna om tekniska specifikationer i 9 kap. 1–5 och 7–12 §§, om annonsering i 10 kap. 1, 2, 4 och 5 §§ och om bevarande av information i 12 kap. 15 §.

Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 14 kap. 4–10 §§ får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt detta kapitel.

Definitioner som gäller för detta kapitel

4 § Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på anbud i viss form.

5 § Med *förenklat förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

6 § Med *urvalsförfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Upphandlingsförfaranden

7 § En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande, urvalsförfarande eller, vid ett dynamiskt inköpssystem, genom ett selektivt förfarande enligt 6 kap. 3 §. Vid ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande får en elektronisk auktion genomföras enligt 8 kap. 15–27 §§.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 3 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller vid upphandling av varor och tjänster. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna

för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. Prop. 2015/16:195
5–12 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den
upphandlande enheten ska besluta riktlinjer för användning av direkt-
upphandling.

Beräkning av värdet av en upphandling

8 § Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av enheten under räkenskapsåret.

Annonsering

9 § Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

En upphandlande enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Annonserna ska finnas tillgängliga i databasen under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

10 § En upphandlande enhet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 10 kap.

Innehåll i en annons

11 § En annons om upphandling enligt 9 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande enheten.

En enhet som avser att reservera deltagandet i en upphandling enligt 4 kap. 16 §, ska i annonsen enligt 9 § ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverad upphandling.

12 § Vid förenklat förfarande ska annonsen om upphandling innehålla uppgift om

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas,
2. den dag då ansökan senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Annonsering om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling

13 § En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om innehållet i en annons enligt denna paragraf.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

14 § Den upphandlande enheten ska vid annonsering enligt 9 § med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Första och andra styckena gäller även när den upphandlande enheten annonserar om upphandling enligt 10 kap.

Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

15 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 9 § andra eller tredje stycket.

Vid ett dynamiskt inköpssystem ska inte några tidsfrister gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen skickats.

Kommunikation

16 § Bestämmelserna i 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket gäller vid upphandling som avses i detta kapitel. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling.

Öppnande av anbud

17 § Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbuden ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Kontroll och uteslutning av leverantörer

18 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1 §.

En leverantör får uteslutas i enlighet med 13 kap. 2–4 §§.

En upphandlande enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller begäran om upplysningar ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

19 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 13 kap. 2 § ska den upphandlande enheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Begränsad kontroll

20 § En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 29 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Egen försäkran och kontroll av leverantörer vid dynamiska inköpssystem

21 § En leverantör som ansöker om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 18 § för att utesluta leverantören och att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande enheten har ställt.

Den upphandlande enheten får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet lämnar in en ny sådan egen försäkran som avses i första stycket.

Innan den upphandlande enheten tilldelar ett kontrakt enligt det dynamiska inköpssystemet ska enheten fråga den leverantör som den avser att tilldela kontraktet begära in och kontrollera de uppgifter som ligger till grund för en sådan egen försäkran som avses i första stycket. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Prövning av anbudsansökningar och anbud

22 § En upphandlande enhet ska pröva alla anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 18 §.

Tillgång till andra företags kapacitet

23 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett

åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Tilldelning av kontrakt

24 § En upphandlande enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

25 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

26 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska enheten i stället beakta dem genom en prioritetsordning.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Onormalt låga anbud

27 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Enheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Information till leverantörer

28 § En upphandlande enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

29 § Vid förenklat förfarande, urvalsförfarande, konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket innebär inte att ett anbud förfaller.

Dokumentation

30 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

31 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, information som bevaras enligt 12 kap. 15 §, sådana dokument som avses i 30 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande enhet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt detta kapitel. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

32 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 33 §.

33 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 19–23 §§.

Projekttävlingar

34 § Bestämmelserna i 17 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, om tävlingens värde överstiger det värde som anges i 7 § tredje stycket.

Vid anordnande av projekttävlingar ska 7 § tillämpas. En projekttävling ska annonseras enligt 9, 11 och 12 §§.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

20 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 5–12 §§,
2. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller
3. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 10 kap. 6 § eller 19 kap. 13 § får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

6 § Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

7 § Om den upphandlande enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har

gått från det att den upphandlande enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap., eller

2. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande enhet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande enhet genom annons enligt 10 kap. 6 § eller 19 kap. 13 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 5 §, eller

2. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Skadestånd

20 § En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

21 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3, eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m. Prop. 2015/16:195

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

22 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång, eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten.

3 § En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
 3. Genom lagen upphävs lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
 4. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och Nace, ska CPV-nomenklaturen tillämpas.

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
45			Byggverk-samhet	Denna huvudgrupp omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten	
		45.11	Rivning av hus; mark-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: – avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Denna undergrupp omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersök-ning	Denna undergrupp omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Denna undergrupp omfattar inte: – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas, se 11.20 – brunnborrning, se 45.25 – schaktsänkning, se 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, se 74.20

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av alla slags byggnader, byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor – rörledningar för fjärtransport, fjärrnät för el och telekommunikation – rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation – därmed förknippade arbeten – montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, se 11.20 – uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, se huvudgrupperna 20, 26 och 28 – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, se 45.23 – bygginstallationer, se 45.3 – slutbehandling av byggnader, se 45.4 – arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, se 74.20 – projektledning för byggande, se 74.20
		45.22	Takarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av tak – taktäckning – impregnering

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.23	Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser Denna undergrupp omfattar inte: – förberedande markarbeten, se 45.11
		45.24	Vattenbyggnad	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av: – vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning: – grundläggning inklusive pålning – borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stålelement – bockning av stål – murning och stenläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, se 71.32

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.3		Bygginstallationer	
		45.31	Elinstallationer	Denna undergrupp omfattar: installation i byggnader och andra anläggningar av: – elkablar och elarmatur – telekommunikationssystem – elvärmesystem – antenner – brandlarm – tjuvlarm – hissar och rulltrappor – åskledare etc.
		45.32	Isoleringsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Denna undergrupp omfattar inte: – impregnering, se 45.22
		45.33	VVS-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av: – vattensystem samt sanitetsutrustning – gasarmaturer – värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar – sprinklersystem Denna undergrupp omfattar inte: – installation av elvärmesystem, se 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	Denna undergrupp omfattar: – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stukatörsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads-snickeriarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar Denna undergrupp omfattar inte: – läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, se 45.43
		45.43	Golv- och vägg-beläggningsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av: – vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten – parkett och andra golvbeläggningar av trä – mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast – terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller -väggar – tapeter
		45.44	Måleri- och glasmästeri-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – invändig och utvändig målning av byggnader – målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – installation av glas, speglar etc. Denna undergrupp omfattar inte: – installation av fönster, se 45.42

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	Denna undergrupp omfattar: – installation av privata simbassänger – rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader – annan slutbehandling av byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, se 74.70
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, se 71.32

Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Beskrivning	CPV-kod
Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster	75200000-8
	75231200-6
	75231240-8
	79611000-0
	79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal)
	79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal)
	79625000-1 (Förmedling av läkare)
	Från 85000000-9 till 85323000-9
	98133100-5
	98133000-4
	98200000-5
	98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal)
	Från 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst).
	85321000-5
	85322000-2
	75000000-6 (Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster)
	75121000-0
75122000-7	
75124000-1	
Från 79995000-5 till 79995200-7	
Från 80000000-4 (Undervisning och utbildning) till 80660000-8	
Från 92000000-1 till 92700000-8	
79950000-8 (Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser)	
79951000-5 (Organisering av seminarier)	
79952000-2 (Evenemang)	
79952100-3 (Anordnande av kulturevenemang)	
79953000-9 (Festivalarrangemang),	
79954000-6 (Festarrangemang)	
79955000-3 (Anordnande av modevisningar)	
79956000-0 (Anordnande av mässor och utställningar)	
Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur	

Beskrivning	CPV-kod
Obligatorisk socialförsäkring	75300000-9
Bidragstjänster	75310000-2 75311000-9 75312000-6 75313000-3 75313100-4 75314000-0 75320000-5 75330000-8 75340000-1
Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster	98000000-3 98120000-0 98132000-7 98133110-8 98130000-3
Tjänster i samband med religionsutövande	98131000-0
Hotell- och restaurangtjänster	Från 55100000-1 till 55410000-7 Från 55521000-8 till 55521200-0 (55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser) 55520000-1 Catering 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner 55524000-9 Skolbespisning 55510000-8 Matsalstjänster 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal 55523100-3 Servering av skolmåltider.
Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 28 och 29 §§ denna lag	Från 79100000-5 till 79140000-7 75231100-5
Övrig statsförvaltning och statliga tjänster	Från 75100000-7 till 75120000-3 75123000-4 Från 75125000-8 till 75131000-3
Samhällstjänster	Från 75200000-8 till 75231000-4

Beskrivning	CPV-kod
Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 32 § denna lag	Från 75231210-9 till 75231230-5 Från 75240000-0 till 75252000-7 794300000-7 98113100-9
Undersöknings- och säkerhetstjänster	Från 79700000-1 till 79721000-4 (Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster) 79722000-1 (Grafologi) 79723000-8 (Avfallsanalys)
Internationella tjänster	98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ) 98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ).
Posttjänster	64000000-6 (Post- och telekommunikations-tjänster) 64100000-7 (Post- och budtjänster) 64110000-0 (Postgång) 64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter) 64112000-4 (Posttjänster för brev) 64113000-1 (Posttjänster för paket) 64114000-8 (Postkassörstjänster) 64115000-5 (Förhyrning av postbox) 64116000-2 (Poste restantetjänster) 64122000-7 (Internpost)
Diverse tjänster	50116510-9 (Regummering av däck) 71550000-8 (Smedtjänster)

Definitioner av vissa tekniska specifikationer

I lagen gäller följande definitioner:

- *Tekniska specifikationer i fråga om byggentreprenadkontrakt:* samtliga tekniska föreskrifter, i synnerhet de som anges i upphandlingsdokumenten och som anger de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att det eller den ska lämpa sig för den av den upphandlande enheten planerade användningen. Dessa egenskaper omfattar miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning), bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, säkerhet eller dimensioner, inbegripet förfaranden för kvalitetssäkring, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar samt produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av byggentreprenadens livscykel. De innefattar även bestämmelser om projektering och kostnadsberäkning, provnings- och kontrollregler, villkoren för att byggentreprenaden ska godkännas, tekniken eller metoderna för byggverksamheten samt samtliga övriga tekniska villkor som den upphandlande enheten i enlighet med allmänna eller särskilda förordningar kan föreskriva i fråga om den fullbordade byggentreprenaden samt om ingående material eller delar.
7. *Teknisk specifikation i fråga om tjänste- eller varukontrakt:* en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller en tjänsts egenskaper, t.ex. kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning) och bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, produktens användningsområde, säkerhet eller dimensioner, inbegripet sådana krav som avser varubeteckning, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar, produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av varans eller tjänstens livscykel liksom förfaranden vid bedömning av överensstämmelse.
 8. *Standard:* en teknisk specifikation som antagits av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad eller kontinuerlig tillämpning, med vilken överensstämmelse inte är obligatorisk och som är en av följande:
 - internationell standard: en standard som antagits av ett internationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - europaisk standard: en standard som antagits av ett europeiskt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - nationell standard: en standard som antagits av ett nationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.

9. *Europeisk teknisk bedömning*: en dokumenterad bedömning av en byggprodukts prestanda i förhållande till dess väsentliga egenskaper i enlighet med relevant europeiskt bedömningsdokument enligt artikel 2.12 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 305/2011 av den 9 mars 2011 om fastställande av harmoniserade villkor för saluföring av byggprodukter, i lydelsen enligt Kommissionens delegerade förordning (EU) nr 574/2014.
10. *Gemensam teknisk specifikation*: en teknisk specifikation på IKT-området som utarbetats i enlighet med artiklarna 13 och 14 i Europaparlamentet och Rådets förordning (EU) 1025/2012 om europeisk standardisering, i den ursprungliga lydelsen.
11. *Teknisk referens*: ett dokument, med undantag för europeiska standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med förfaranden som anpassats till utvecklingen av marknadens behov.

Häri genom föreskrivs¹ följande.

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- 1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner
 - 2 kap. – Blandad upphandling
 - 3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde
 - 4 kap. – Allmänna bestämmelser
 - 5 kap. – Tröskelvärde
 - 6 kap. – Förfarandet vid upphandling
 - 7 kap. – Tekniska krav och funktionskrav
 - 8 kap. – Annonsering av upphandling
 - 9 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud
 - 10 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation
 - 11 kap. – Uteslutning av leverantörer
 - 12 kap. – Kvalificering
 - 13 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner
 - 14 kap. – Fullgörande av koncessioner
 - 15 kap. – Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3
 - 16 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd
 - 17 kap. – Upphandlingsskadeavgift
 - 18 kap. – Tillsyn
- Till lagen hör följande bilagor:
- Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt
 - Bilaga 2 – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter
 - Bilaga 3 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Upphandling av koncessioner

2 § Denna lag gäller för upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet (upphandling av koncessioner). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av en koncession.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i den ursprungliga lydelsen.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Tröskelvärden

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och den inte avser en tjänstekoncession av sådant slag som anges i bilaga 3, ska upphandlingen genomföras med tillämpning av denna lag utom 15 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling understiger tröskelvärdet eller om den avser en tjänstekoncession av sådant slag som anges i bilaga 3, ska den genomföras med tillämpning av 15 kap.

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av koncessioner som avser forsknings- och utvecklingstjänster och som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Var finns definitioner och förklaringar?

6 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

- Anknutet företag i 3 kap. 21 §
- Blandade kontrakt i 2 kap. 1 §
- CPV-nomenklaturen i 4 kap. 9 §
- Direktupphandling i 15 kap. 6 §
- Intern upphandling i 3 kap. 13–18 §§
- Leverantör av medietjänster i 3 kap. 28 §.

Definitioner

7 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i ett förfarande för upphandling av en koncession.

8 § Med *byggkoncession* avses en koncession om byggentreprenad genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren

1. utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller

3. realiseringen av ett byggnadsverk, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

9 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

10 § Med *direktiv 2014/23/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i den ursprungliga lydelsen.

11 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

12 § Med *ensamrätt* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet till ett enda företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

13 § Med *koncession* avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där

1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,
2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och
3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren.

14 § Med *koncessionsdokument* avses varje dokument som en upphandlande myndighet eller enhet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen.

15 § Med *koncessionshavare* avses en leverantör som har tilldelats en koncession.

16 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

17 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller

3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

18 § Med *särskild rättighet* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet till två eller flera företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

19 § Med *tjänstekoncession* avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som avses i 8 §.

20 § Med *upphandlande enhet* avses i denna lag en enhet som bedriver någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet och som är

1. en statlig eller kommunal myndighet, beslutande församling i en kommun eller ett landsting, ett offentligt styrt organ som avses i 17 § eller en sammanslutning av en eller flera myndigheter eller församlingar eller en sammanslutning av ett eller flera offentligt styrda organ,
2. ett företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller
3. en annan enhet än de som anges i 1 och 2, om den bedriver sin verksamhet med stöd av en sådan ensamrätt enligt 12 § eller en särskild rättighet enligt 18 § som beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som anges i bilaga 2.

Ett bestämmande inflytande enligt första stycket 2 ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

En sådan enhet som anges i första stycket 3 utgör inte en upphandlande enhet om den har beviljats särskilda rättigheter eller ensamrätter genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet av dessa rättigheter har grundats på objektiva kriterier.

21 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församling i en kommun eller ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 17 §, och
3. sammanslutning av
 - a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller
 - b) ett eller flera organ enligt 2.

En myndighet som bedriver någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet utgör dock inte en upphandlande myndighet enligt denna lag.

22 § Med *verksamhetsrisk* avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.

23 § Med *övertagande av verksamhetsrisk* avses att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och

2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.

2 kap. Blandad upphandling

Blandade kontrakt

1 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser både byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, eller

2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 2 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 3–12 §§.

Blandade kontrakt som avser flera typer av koncessioner enligt denna lag

2 § Om ett blandat kontrakt avser både byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för den koncession som är huvudföremålet för kontraktet.

För koncessioner som består av både sådana tjänster som anges i bilaga 3 och andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Blandade kontrakt, inom en och samma verksamhet, som regleras i såväl denna lag som av andra bestämmelser

Delbara och odelbara blandade kontrakt

3 § Ett delbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 4–11 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12 §.

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

4 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela separata kontrakt för de

olika delarna. Myndigheten eller enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

5 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 7–11 §§.

7 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen om offentlig upphandling, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. lagen om offentlig upphandling, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen och värdet av den upphandling som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

8 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det avser dels upphandling enligt denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, om värdet av den upphandling som regleras i den lagen beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt den lagen och värdet av den upphandling som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

9 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta

gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i Prop. 2015/16:195 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

10 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

11 § Bestämmelserna i 9 och 10 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

12 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt avser både tjänstekoncession enligt denna lag och varor, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna respektive varorna.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten eller enheten tilldela det med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Upphandling som rör såväl verksamhet som anges i bilaga 2 som annan verksamhet

13 § Om ett kontrakt rör såväl verksamhet som anges i bilaga 2 som annan verksamhet, får den upphandlande enheten i enlighet med bestämmelserna i 14–20 §§ välja att tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.

14 § Den upphandlande enheten får inte tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av separata kontrakt för olika verksamheter

15 § Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt, ska för varje kontrakt tillämpas de bestämmelser som gäller för det kontraktet.

Tilldelning av ett enda kontrakt som rör flera verksamheter

16 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet och den upphandlande enheten tilldelar kontraktet som ett enda, ska för kontraktet tillämpas de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör.

Om kontraktet till någon del rör verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller till någon del regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, ska dock 18–20 §§ tillämpas.

17 § Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör ska följande gälla:

1. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras av de bestämmelser i denna lag som gäller för en upphandlande myndighet och övriga delar avser verksamhet som regleras av de bestämmelser i denna lag som gäller för en upphandlande enhet, ska kontraktet tilldelas i enlighet med de bestämmelser i lagen som gäller för upphandling av upphandlande myndigheter.

2. Om kontraktet till någon del rör avser verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i den lagen.

3. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i denna lag och den eller de andra verksamheterna inte regleras i denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

Tilldelning av ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

18 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag om en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Detta gäller även om kontraktet också innehåller delar som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

19 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten, om kontraktet till en del avser verksamhet som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

20 § Bestämmelserna i 18 och 19 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder.

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

1 § Denna lag gäller inte för upphandling av sådana koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet

1. för vilka tillämpningen av denna lag skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen,

2. som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram som avses i 1 kap. 10 § 3 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

3. som en regering tilldelas av en annan regering och som avser

a) tillhandahållande av militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär,

b) byggentreprenader och tjänster med direkt anknytning till sådan utrustning som avses i a,

c) byggentreprenader och tjänster särskilt avsedda för militära syften eller av känslig karaktär,

4. som, av operativa skäl, måste tilldelas och utföras av en leverantör i ett område utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) territorium där operationen genomförs, eller

5. som på annat sätt omfattas av ett undantag i denna lag.

Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet har samma betydelse som i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

2 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av koncessionen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling enligt denna lag.

3 § Denna lag gäller inte för andra koncessioner än sådana som avses i 1 eller 2 §, om skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen genomförs enligt denna lag.

Elektronisk kommunikationstjänst

4 § Denna lag gäller inte för koncessioner som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att

1. tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller

2. för allmänheten tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst.

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst har samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Verksamhet i en stat utanför EES

5 § Denna lag gäller inte för koncessioner som avser utövande av verksamhet i en stat som inte ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i en eller flera EES-stater.

Upphandling enligt vissa internationella regler

6 § Denna lag gäller inte för koncessioner som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalslutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

7 § Denna lag gäller inte koncessioner som berör försvars- och säkerhetsintressen och som regleras av särskilda förfaranderegler

1. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse mellan en eller flera av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon eller några andra stater,

2. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse om stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller

3. som tillämpas av en internationell organisation när den gör inköp för sitt eget bruk och inte heller koncessioner som ska tilldelas av en stat inom EES i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för en koncession som en upphandlande myndighet eller enhet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när koncessionen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om koncessionen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Denna bestämmelse ska inte tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet.

Tjänstekoncessioner som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte för en tjänstekoncession när en upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 tilldelar en annan upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Denna lag gäller inte heller för en tjänstekoncession som tilldelas en leverantör på grund av att leverantören har ensamrätt att utföra tjänsten, om ensamrätten har beviljats i enlighet med unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som anges i bilaga 2. Bestämmelserna om efterannons om resultatet av en upphandling i 8 kap. 6 § ska dock tillämpas om det inte i berörd lagstiftning finns särskild reglering om öppenhet och insyn.

När en leverantör beviljas ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 ska Europeiska kommissionen underrättas om detta inom en månad. Prop. 2015/16:195

Lufttransport

10 § Denna lag gäller inte för en tjänstekoncession för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen, i den ursprungliga lydelsen.

Vattenområdet

11 § Denna lag gäller inte för koncessioner som avser

1. tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten, eller
2. leverans av dricksvatten till sådana nät.

12 § Denna lag gäller inte för koncessioner som har anknytning till sådan verksamhet som avses i 11 § och som avser

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering, förutsatt att den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller
2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Intern upphandling

13 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart eller motparten till en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om koncessionen är att anse som en intern upphandling enligt 14–18 §§.

Med upphandlande enhet avses i 14–18 §§ endast sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

14 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten eller enheten utövar över sin egen förvaltning,
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för myndighetens eller enhetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som myndigheten eller enheten utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet eller enhet ska anses utöva sådan kontroll enligt första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt

kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten eller enheten.

15 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter eller enheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna eller enheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för myndigheternas eller enheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som myndigheterna eller enheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter och enheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter eller enheter,

2. myndigheterna eller enheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas eller enheternas intressen.

16 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

17 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens och motpartens strategiska

mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

18 § Verksamhetsandelen enligt 14 § första stycket 2, 15 § första stycket 2, 16 § första stycket 2 och 17 § första stycket 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter och enheter

19 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna eller enheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna eller enheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas eller enheternas gemensamma mål,

2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna eller enheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Med upphandlande enhet avses i denna paragraf och 20 § endast sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

20 § Verksamhetsandelen enligt 19 § första stycket 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens eller enhetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Anknutna företag och samriskföretag

21 § Med *anknutet företag* avses

1. ett företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,

2. ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och

3. ett företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG, i lydelsen enligt rådets direktiv 2014/102/EU.

Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

22 § Under de förutsättningar som anges i 23 § gäller inte denna lag för koncessioner som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller
2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som anges i bilaga 2, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dessa enheter.

23 § Bestämmelserna i 22 § gäller under förutsättning att företagets tillhandahållande med anledning av tilldelningen av tjänste- eller byggkoncessioner motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av tjänster respektive byggentreprenader under de föregående tre åren.

Om ett anknutet företag inte kan visa sin omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som avses i första stycket kommer att uppnås.

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande tjänster eller byggentreprenader ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från tjänster respektive byggentreprenader från dessa anknutna företag.

24 § Denna lag gäller inte för en koncession som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av bilaga 2, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller
2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

25 § På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat en koncession med tillämpning av något av undantagen i 22 eller 24 § lämna uppgifter till kommissionen om

1. namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen och

2. de berörda koncessionernas art och värde.

Den upphandlande enheten ska också tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 22–24 §§.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

26 § Denna lag gäller inte om verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde och detta har fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

27 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillhör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Radio- och tv-området

28 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner

1. som ska genomföras av en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster, eller

2. som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som ska tillhandahållas av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

29 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Vissa juridiska tjänster

30 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,

2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller

3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

31 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,
2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,
3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Vissa finansiella tjänster

32 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
2. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster som utförs av en centralbank,
3. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller
4. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Vissa tjänster inom områdena civilt försvar, räddningstjänst och förebyggande av fara

33 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanlutningar, och
2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Politiska kampanjer

34 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser politiska kampanjer och som omfattas av CPV-koderna 79341400-0, 92111230-3 eller 92111240-6, om de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj.

Lotteritjänster

35 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster som omfattas av CPV-koden 92351100-7 och som staten tilldelar en leverantör på grund av en ensamrätt. En sådan ensamrätt ska offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning.

Med ensamrätt avses i denna paragraf inte sådana ensamrätter som anges i 1 kap. 20 § tredje stycket. Prop. 2015/16:195

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling av koncessioner

1 § Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

Rätten att få delta i en upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

Juridiska personer får åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet eller enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad koncessionen, om det krävs för att koncessionen ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange i något av koncessionsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap enligt 12 kap. 2 § om det är berättigat av objektiva skäl.

Myndigheten eller enheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra koncessionen om det är berättigat av objektiva skäl.

Begränsning av antalet anbudssökande eller anbud

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får med användning av objektiva kriterier begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud eller antalet anbud. Antalet ska vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

Val av anbud

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska innan den tilldelar en koncession enligt 13 kap. kontrollera

1. att anbudet, i tillämpliga fall, uppfyller de minimikrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt,
2. att anbudet uppfyller de villkor för deltagande som myndigheten eller enheten har fastställt, och
3. om anbudsgivaren ska uteslutas med stöd av 11 kap.

Reserverad upphandling

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller
2. föreskriva att en koncession ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

CPV-nomenklaturen

9 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggtreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

Koncessioners löptid

10 § Koncessioner ska vara tidsbegränsade. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bestämma löptiden på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som efterfrågas.

11 § Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.

Vid beräkningen ska hänsyn tas till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens löptid ska beaktas vid beräkningen.

Tillämpligt tröskelvärde

1 § Det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 8 i direktiv 2014/23/EU eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 9 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Värdet av en koncession

2 § Värdet av en koncession ska uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inbegripet varor som följer med sådana byggtreprenader och tjänster.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

Värdetidpunkten

3 § Uppskattningen av en koncessions värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

4 § Om värdet av koncessionen vid tidpunkten för tilldelningen är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet enligt 2 §, ska värdet vid tilldelningen användas.

Metod för uppskattning av värdet av en koncession

5 § Värdet av en koncession ska uppskattas med hjälp av en objektiv metod. Metoden ska anges i något av koncessionsdokumenten. Vid uppskattningen ska, i tillämpliga fall, hänsyn tas till

1. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul i fråga om koncessionens varaktighet,

2. intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter som tas ut från användarna av byggnadsverken eller tjänsterna, utom sådana som tagits ut på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar,

3. ersättningar eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får av den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet, inbegripet ersättning för fullgörandet av en skyldighet att tillhandahålla ett offentligt uppdrag och offentligt investeringsstöd,

4. värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får från tredje part för utförandet av koncessionen,

5. intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen,

6. värdet av alla varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av de upphandlande myndigheterna eller enheterna förutsatt att de är nödvändiga för att utföra byggtreprenaderna eller tjänsterna, och

7. premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare.

Förbud mot kringgående

6 § Metoden för att uppskatta en koncessions värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet blir tillämpliga.

7 § En upphandling av en koncession får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Upphandling av delkontrakt

8 § Om en planerad byggtreprenad eller ett planerat tillhandahållande av tjänster kan innebära att flera koncessioner upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av koncessionerna beaktas vid tillämpningen av 1 §. Om tröskelvärdet då överskrids, ska varje koncession upphandlas enligt bestämmelserna i denna lag om upphandling över tröskelvärdet.

6 kap. Förfarandet vid upphandling

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna i 4 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs.

Koncessionsdokumenten

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen enligt 8 kap. 1 § beskriva koncessionen och villkoren för deltagande. Tilldelningskriterierna enligt 13 kap. 1 § ska anges i något av koncessionsdokumenten. Detsamma gäller minimikrav i form av uppställda villkor eller krav på tekniska, fysiska, funktionella eller rättsliga egenskaper som alla anbud ska uppfylla.

Tidsplan

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en tidsplan för förfarandet med en preliminär tid för slutförandet. Samtliga deltagare ska få del av planen.

Om ändringar görs i planen, ska samtliga deltagare underrättas om ändringen. Om en ändring avser sådant som angetts i annonsen, ska detta offentliggöras.

Förhandlingar

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med anbudssökande och anbudsgivare.

Det som anskaffas genom koncessionen, tilldelningskriterierna och uppställda minimikrav får inte ändras under förhandlingarna.

1 § Tekniska krav och funktionskrav ska redovisas i något av koncessionsdokumenten. De ska ange de egenskaper som byggtreprenaden eller tjänsten ska ha. Egenskaperna får också avse processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla byggtreprenaden eller tjänsten under förutsättning att de avser det som ska anskaffas och står i proportion till värdet av anskaffningen och syftet med den.

2 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska kraven och funktionskraven inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

3 § Om en upphandlande myndighet eller enhet ställer vissa tekniska krav eller funktionskrav, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att tjänsten eller byggtreprenaden inte stämmer överens med kraven, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

8 kap. Annonsering av upphandling

Annons om upphandling

1 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession ska informera om detta genom att annonsera upphandlingen.

I 3 och 4 §§ finns bestämmelser om undantag från denna skyldighet.

Förhandsannons om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

2 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession för sådana tjänster som anges i bilaga 3 ska informera om detta genom en förhandsannons.

Upphandling utan föregående annonsering

3 § En upphandlande myndighet eller enhet får tilldela en koncession utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör på grund av

1. att syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller

3. skyddet av en ensamrätt, oavsett om den är sådan som anges i 1 kap. 12 §.

Ett sådant förfarande får, i de fall som regleras i första stycket 2 och 3, tillämpas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

4 § Förutsatt att villkoren i upphandlingsdokumenten inte ändrats väsentligt får en upphandlande myndighet eller enhet tilldela en koncession utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. En rapport om detta ska lämnas till Europeiska kommissionen om den begär det.

5 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 11 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten fastställt. En anbudsansökan ska också anses olämplig om den innefattar ett olämpligt anbud.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för koncessionen och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens krav enligt koncessionsdokumenten.

Efterannons om resultatet av en upphandling

6 § En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att koncessionen tilldelats.

Trots första stycket får myndigheten eller enheten vid tilldelning av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal.

Annons om tilldelning av en koncession utan föregående annonsering

7 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession utan föregående annonsering enligt 3 och 4 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

Bemyndigande

8 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten

9 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag då annonsen om upphandling

publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen. Prop. 2015/16:195

Detta gäller dock inte om annonsen om upphandling inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud. I sådana fall ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten i stället ges med elektroniska medel från och med den dag då inbjudan att lämna anbud skickas till utvalda anbudssökande. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan.

10 § Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges enligt 9 § första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges enligt 9 § andra stycket, ska inbjudan att lämna anbud upplysa om att dokumentet kommer att skickas på annat sätt än med elektroniska medel. En sådan upplysning behöver dock inte lämnas om dokumentet i stället bifogas inbjudan.

Anbudets giltighetstid

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i en annons om upphandling eller i en inbjudan att lämna anbud ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En underrättelse enligt 10 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 10 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

9 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Bestämmande av tidsfrister

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten eller enheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad koncessionen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. Om anbudsansökningar eller anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta en anbudsansökan eller ett anbud.

Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

2 § Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om förfarandet genomförs stegvis, ska dock tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 22 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 3 eller 4 §.

Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

3 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbuden skickas in elektroniskt, får tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till

1. minst 25 dagar i fall som avses i 2 § första stycket, och
2. minst 17 dagar i fall som avses i 2 § andra stycket.

Förlängning av tidsfristen för anbud

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten med elektroniska medel enligt 8 kap. 9 §, ska tidsfristen för att komma in med anbud förlängas med fem dagar.

10 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Myndigheten eller enheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Myndigheten eller enheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande myndighet eller enhet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får myndigheten eller enheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,

2. brister i informationssäkerheten hos myndigheten eller enheten, eller
3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande myndigheten eller enheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling lämna information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling.

Avancerad elektronisk underskrift

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Myndigheten eller enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,
2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och
3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Information till leverantörer

Kompletterande upplysningar

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela en koncession. Underrättelsen ska innehålla namnet på den utvalda anbudsgivaren, skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr). En anbudssökande eller anbudsgivare vars ansökan respektive anbud har förkastats ska underrättas om skälen för detta beslut.

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter det att annonsen om upphandling publicerats samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Dokumentation

14 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

15 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteck-

ningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 § och Prop. 2015/16:195 liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

11 kap. Uteslutning av leverantörer

När en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som är en myndighet ska utesluta en leverantör

1 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten genom kontroll eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättning av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten genom kontroll eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

När en upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör

3 § En upphandlande enhet som inte är en sådan enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 får på de grunder som anges i 1 och 2 §§ utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om

1. myndigheten eller enheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. myndigheten eller enheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten eller enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten eller enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt detta kapitel eller av att leverantören uppfyller uppställda villkor för kvalificering,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som krävs, eller

8. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, urval av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Första stycket gäller även för uteslutning av en leverantör vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet, om leverantören på grundval av någon form av bevis, inbegripet skyddade datakällor, har befunnits sakna den tillförlitlighet som krävs för att utesluta risker för rikets säkerhet. Myndigheten eller enheten får grunda sitt beslut på någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor. Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet har samma betydelse som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Utredning

5 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten eller enheten utgör skäl för uteslutning.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 4 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller misskötsamheten,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna eller enheterna, och

3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller misskötsamhet.

De åtgärder som leverantören har vidtagit, ska bedömas med beaktande av brottets eller misskötsamhetens allvar och de särskilda omständigheterna kring brottet misskötsamheten.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas på de grunder som anges i 2 §.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande myndighet eller enhet kan när som helst under ett upphandlingsförfarande utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

12 kap. Kvalificering

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska kontrollera att villkoren för deltagande är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna om att villkoren är uppfyllda eller med utgångspunkt i referenser som lämnats som bevis enligt krav i annonsen.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får, för kvalificering av leverantörer, endast tillämpa villkor som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning. Villkoren ska vara proportionerliga med hänsyn till syftet att säkerställa verklig konkurrens och ska grunda sig på ett behov att se till att leverantören har förmåga att utföra koncessionen med hänsyn till föremålet för denna.

Leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet

3 § En leverantör får för en koncession åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla något villkor för kvalificering.

Ett annat företags kapacitet får åberopas enligt första stycket oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företaget. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs under varje del av koncessionstiden.

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av koncessionen om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

13 kap. Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner

Utvärdering och tilldelning

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som

1. är förenliga med de principer som anges i 4 kap. 1 §,
2. har anknytning till det som ska anskaffas

3. säkerställer att anbudet bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten, och

4. inte ger myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet.

Tilldelningskriterierna ska göra det möjligt för myndigheten eller enheten att effektivt kontrollera de uppgifter som leverantörerna lämnar.

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska kontrollera att anbudet uppfyller tilldelningskriterierna.

Prioritetsordning för tilldelningskriterier

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange tilldelningskriterierna i prioritetsordning.

Om det i ett anbud föreslås en innovativ lösning med funktionella prestanda på en synnerligen hög nivå som den upphandlande myndigheten eller enheten inte hade kunnat förutse, får myndigheten eller enheten ändra prioritetsordningen om det finns särskilda skäl för det. En sådan ändring ska medföra att de nya möjligheter som den innovativa lösningen innebär kan beaktas.

Prioritetsordningen får inte ändras så att det leder till diskriminering.

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten ändrar prioritetsordningen enligt 3 § andra stycket, ska myndigheten eller enheten informera samtliga anbudsgivare om ändringen och inbjuda dem att lämna nytt anbud. Vid bestämning av tidsfristen för att lämna anbud ska 9 kap. 2 § andra stycket tillämpas.

Om tilldelningskriterierna angetts i annonsen om upphandling, ska myndigheten eller enheten publicera en ny annons med den ändrade prioritetsordningen. Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska bestämmas enligt 9 kap. 2 § första stycket.

14 kap. Fullgörande av koncessioner

Särskilda villkor för fullgörande av koncessioner

1 § En upphandlande myndighet eller enhet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur en koncession ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av koncession ska ha anknytning till det som anskaffas och anges i upphandlingsdokumenten.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

2 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra koncessionen enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt koncessionen minst ska tillförsäkras.

Myndigheten eller enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra koncessionen uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande myndighet eller enhet ska ange nivån på villkoren, ska myndigheten eller enheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövt.

Om det saknas förutsättningar för myndigheten eller enheten att ange nivån för ett villkor är den inte skyldig att ställa villkoret.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, om det är behövt, kräva att leverantören ska fullgöra koncessionen enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Myndigheten eller enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra koncessionen uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Myndigheten eller enheten får även kräva att arbetet ska utföras enligt de arbetsrättsliga bestämmelser som gäller där arbetet utförs.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om denne är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar motsvarande villkor för sina anställda.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra en koncession

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av koncessionen som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra koncessionen i den delen. Prop. 2015/16:195

Myndigheten eller enheten ska i något av koncessionsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av en koncession påbörjas

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten eller enheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Myndigheten eller enheten ska också ställa krav på att koncessionshavaren ska underrätta myndigheten eller enheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under koncessionens löptid.

Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Ändringar av en koncession

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Ändringar av mindre värde

9 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av koncessionens värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. 10 procent av koncessionens värde.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en koncession enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § En koncession får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av koncessionsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av tjänster eller byggtrepenader får göras från koncessionshavaren utan att en ny upphandling måste genomföras, om

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. koncessionshavaren av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av koncessionshavare skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om upphandlingen har genomförts av en upphandlande myndighet, och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som anges i bilaga 2, är en beställning enligt första stycket dock endast tillåten om den inte innebär att värdet av koncessionen ökar med mer än 50 procent. Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild beställning.

Oförutsebara omständigheter

12 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela koncessionen och ändringen inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.

Om upphandlingen har genomförts av en upphandlande myndighet, och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som anges i bilaga 2, är en ändring enligt första stycket dock endast tillåten om den inte innebär att värdet av koncessionen ökar med mer än 50 procent. Om flera på varandra följande ändringar genomförs, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Byte av koncessionshavare

13 § En koncession får ändras genom att en koncessionshavare byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av koncessionen.

Ett byte av koncessionshavare enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 11 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 12 kap. 2 §.

En underleverantör till koncessionshavaren får utan en ny upphandling också inträda i koncessionshavarens ställe till följd av en överenskommelse mellan koncessionshavaren, myndigheten eller enheten och underleverantören.

14 § En koncession får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, hade medfört att andra anbudssökande bjudits in att delta, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,
2. innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren,
3. medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av koncessionshavare.

Beräkning av koncessionens värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9 § första stycket, 11 § andra stycket och 12 § andra stycket ska koncessionens värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i koncessionen.

Om koncessionen inte innehåller någon indexeringsklausul, ska koncessionens värde före ändringen i stället beräknas med hänsyn till den genomsnittliga inflationen i Sverige.

Annonsering om ändring av en koncession

16 § En upphandlande myndighet eller enhet som har ändrat en koncession med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Avslutande av koncessioner

17 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kontrakt som avser koncessioner enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,
2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller
3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Villkoren för att avsluta koncessionen ska anges i något av koncessionsdokumenten.

15 kap. Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3.

När ett kontrakt utgör ett blandat kontrakt eller en upphandling avser flera verksamheter i den mening som avses i 2 kap. tillämpas det kapitlet.

Principer för upphandling av koncessioner

2 § Vid upphandlingar enligt detta kapitel ska upphandlande myndigheter och enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Upphandlingarna ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

3 § En upphandling enligt detta kapitel får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

Annonsering av upphandling

5 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 6 §.

Vid upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.

Direktupphandling

6 § En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen understiger fem procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §,

2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling. Prop. 2015/16:195

7 § Vid uppskattningen av värdet av en koncession ska bestämmelserna i 5 kap. 2–5 §§ tillämpas. Metoden för att uppskatta en koncessions värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En upphandling av en koncession får delas upp så att den bestämmelsen inte blir tillämplig endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Vid uppskattningen av en koncessions värde ska den upphandlande myndigheten eller enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten eller enheten under räkenskapsåret.

Information till leverantörer

8 § Vid upphandling enligt detta kapitel som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

Dokumentation

9 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

10 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling enligt detta kapitel har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 9 § och liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

Rättsmedel och tillsyn

11 § Vid upphandling enligt detta kapitel gäller

- 16 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd,
- 17 kap. om upphandlingsskadeavgift, och
- 18 kap. om tillsyn.

16 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 8 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet eller enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, eller
2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 6 §.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 8 kap. 7 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit

eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Prop. 2015/16:195

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

7 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 8 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande myndighet eller enhet genom annonsering enligt 8 kap. 7 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 6 §, eller

2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Skadestånd

20 § En upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

17 kap. Upphandlingsskadeavgift**Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift**

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlings-skadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlings-skadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde enligt 5 kap.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Bestämmelserna i 3 kap. 13–20 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
 3. Lagen gäller inte för upphandlingar av koncessioner som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och Nace, ska CPV-nomenklaturen tillämpas.

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
45			Byggverk-samhet	Denna huvudgrupp omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten	
		45.11	Rivning av hus; mark-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: – avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Denna undergrupp omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersök-ning	Denna undergrupp omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Denna undergrupp omfattar inte: – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas se 11.20 – brunnborrning, se 45.25 – schaktsänkning, se 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, se 74.20

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		42.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av alla slags byggnader, byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor – rörledningar för fjärtransport, fjärrnät för el och telekommunikation – rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation – därmed förknippade arbeten – montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, se 11.20 – uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, se huvudgrupperna 20, 26 och 28 – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, se 45.23 – bygginstallationer, se 45.3 – slutbehandling av byggnader, se 45.4 – arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, se 74.20 – projektledning för byggande, se 74.20
		45.22	Takarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av tak – taktäckning – impregnering

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.23	Anläggning av motorvägar, vägar, flygfält och idrottsanläggningar	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – förberedande markarbeten, se 45.11
		45.24	Vattenbyggnad	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – anläggning av vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning – grundläggning inklusive pålning – borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stålelement – bockning av stål – murning och stenläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, se 71.32

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.3		Bygginstallationer	
		45.31	Elinstallationer	Denna undergrupp omfattar: installation i byggnader och andra anläggningar av: <ul style="list-style-type: none"> – elkablar och elarmatur – telekommunikationssystem – elvärmesystem – antenner – brandlarm – tjuvlarm – hissar och rulltrappor – åskledare etc.
		45.32	Isoleringsarbeten	Denna undergrupp omfattar: <ul style="list-style-type: none"> – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Denna undergrupp omfattar inte: <ul style="list-style-type: none"> – impregnering, se 45.22
		45.33	VVS-arbeten	Denna undergrupp omfattar: <ul style="list-style-type: none"> – installation i byggnader och andra anläggningar av – vattensystem samt sanitetsutrustning – gasarmaturer – värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar – sprinklersystem Denna undergrupp omfattar inte: <ul style="list-style-type: none"> – installation av elvärmesystem, se 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	Denna undergrupp omfattar: <ul style="list-style-type: none"> – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stuckatörsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads- snickeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar Denna undergrupp omfattar inte: – läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, se 45.43
		45.43	Golv- och vägg- beläggnings- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av – vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten – parkett och andra golvbeläggningar av trä – mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast – terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller -väggar – tapeter
		45.44	Måleri- och glasmästeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – invändig och utvändig målning av byggnader – målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – installation av glas, speglar etc. Denna undergrupp omfattar inte: – installation av fönster, se 45.42

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	Denna undergrupp omfattar: – installation av privata simbassänger – rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader – annan slutbehandling av byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, se 74.70
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, se 71.32

Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter

1. Beträffande gas, värme eller el:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme eller el.

b) Leverans av gas, värme eller el till sådana nät som avses i 1.

Om en sådan upphandlande enhet som anges i 1 kap. 20 § första stycket 2 och 3 levererar gas eller värme till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket, om

i) enhetens produktion är en oundviklig följd av en annan verksamhet än någon av dem som avses i denna punkt eller i punkten 2 i denna bilaga,

ii) leverans till det publika nätet endast syftar till att använda denna produktion ekonomiskt, och

iii) sådana leveranser uppgår till högst 20 procent av enhetens omsättning, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

Med leverans enligt första stycket 1 b) avses generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.

Om en sådan upphandlande enhet såsom avses i 1 kap. 20 § första stycket 2 och 3 levererar el till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket, om

i) enhetens produktion av el behövs för annan verksamhet än någon av dem som avses i denna punkt eller i punkten 2 i denna bilaga.

ii) Leverans till det publika nätet beror endast på enhetens egen förbrukning, och

iii) sådana leveranser inte har överstigit 30 procent av enhetens totala produktion av el, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

2. Verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänst för allmänheten i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

Ett publikt nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet och liknande förhållanden.

3. Verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplats, hamn eller annan terminal för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar.

4. Verksamhet som avser tillhandahållande av posttjänst och tjänst som är närstående till posttjänst.

Med posttjänst avses insamling, sortering, transport eller överlämnande av postförsändelser.

Med postförsändelse avses en adresserad försändelse i den slutliga utformning som den ska överlämnas.

Med tjänst som är närstående posttjänst avses följande som tillhandahålls av en upphandlande enhet som även tillhandahåller posttjänster:

i) tjänst som innebär hantering såväl före som efter avsändandet av postförsändelser, och Prop. 2015/16:195

ii) tjänst som avser oadresserad direktreklam och andra försändelser som inte omfattas av tredje stycket.

5. Verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att

a) utvinna olja eller gas, eller

b) prospektera eller utvinna kol eller andra fasta bränslen.

Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Beskrivning	CPV-kod
Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster	75200000-8
	75231200-6
	75231240-8
	79611000-0
	79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal)
	79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal)
	79625000-1 (Förmedling av läkare)
	Från 85000000-9 till 85323000-9
	98133100-5
	98133000-4
	98200000-5
	98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal)
	Från 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst).
	85321000-5
	85322000-2
	Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur
75121000-0	
75122000-7	
75124000-1	
Från 79995000-5 till 79995200-7	
Från 80000000-4 (Undervisning och utbildning) till 80660000-8	
Från 92000000-1 till 92700000-8	
79950000-8 (Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser)	
79951000-5 (Organisering av seminarier)	
79952000-2 (Evenemang)	
79952100-3 (Anordnande av kulturevenemang)	
79953000-9 (Festivalarrangemang),	
79954000-6 (Festarrangemang)	
79955000-3 (Anordnande av modevisningar)	
79956000-0 (Anordnande av mässor och utställningar)	

Beskrivning	CPV-kod
Obligatorisk socialförsäkring	75300000-9
Bidragstjänster	75310000-2 75311000-9 75312000-6 75313000-3 75313100-4 75314000-0 75320000-5 75330000-8 75340000-1
Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster	98000000-3 98120000-0 98132000-7 98133110-8 98130000-3
Tjänster i samband med religionsutövande	98131000-0
Hotell- och restaurangtjänster	Från 55100000-1 till 55410000-7 Från 55521000-8 till 55521200-0 (55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser) 55520000-1 Catering 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner 55524000-9 Skolbespisning 55510000-8 Matsalstjänster 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal 55523100-3 Servering av skolmåltider.
Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 30 och 31 §§ denna lag	Från 79100000-5 till 79140000-7 75231100-5
Övrig statsförvaltning och statliga tjänster	Från 75100000-7 till 75120000-3 75123000-4 Från 75125000-8 till 75131000-3
Samhällstjänster	Från 75200000-8 till 75231000-4

CPV-kod	Beskrivning
Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 33 § denna lag	Från 75231210-9 till 75231230-5 Från 75240000-0 till 75252000-7 794300000-7 98113100-9
Undersöknings- och säkerhetstjänster	Från 79700000-1 till 79721000-4 (Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster) 79722000-1 (Grafologi) 79723000-8 (Avfallsanalys)
Internationella tjänster	98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ) 98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ).
Posttjänster	64000000-6 (Post- och telekommunikations-tjänster) 64100000-7 (Post- och budtjänster) 64110000-0 (Postgång) 64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter) 64112000-4 (Posttjänster för brev) 64113000-1 (Posttjänster för paket) 64114000-8 (Postkassörstjänster) 64115000-5 (Förhyrning av postbox) 64116000-2 (Poste restantetjänster) 64122000-7 (Internpost)
Diverse tjänster	50116510-9 (Regummering av däck) 71550000-8 (Smedtjänster)

2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 18 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar¹ ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

18 §²

En förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare ensam

1. vid åtgärd som avser endast måls beredande,
2. vid förhör med vittne eller sakkunnig som begärts av en annan förvaltningsrätt,
3. vid beslut som avser endast rättelse av felräkning, felskrivning eller annat uppenbart förbiseende och
4. vid annat beslut som inte innefattar slutligt avgörande av mål.

Om det inte är påkallat av särskild anledning att målet prövas av fullsuttan rätt, är en förvaltningsrätt domför med en lagfaren domare ensam vid beslut som inte innefattar prövning av målet i sak.

Åtgärder som avser endast beredandet av ett mål och som inte är av sådant slag att de bör förbehållas lagfarna domare får utföras av en annan tjänsteman som har tillräcklig kunskap och erfarenhet och som är anställd vid förvaltningsrätten eller vid en tingsrätt på samma ort som förvaltningsrätten. Regeringen meddelar närmare föreskrifter om detta.

Vad som sägs i andra stycket gäller även vid avgörande i sak av

1. mål av enkel beskaffenhet,
2. mål om bevissäkring och betalningssäkring enligt skatteförfarandelagen (2011:1244), om besiktning enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152), om uppgifts eller handlings undantagande från kontroll enligt skatteförfarandelagen eller annan skatteförfattning,
3. mål om omedelbart omhändertagande enligt 6 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, mål om vård i enskildhet enligt 15 b § samma lag, mål om avskildhet enligt 15 c § samma lag, mål om tillfälligt flyttningsförbud enligt 27 § samma lag, mål om omedelbart omhändertagande enligt 13 § lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, mål om vård i enskildhet eller avskildhet enligt 34 § samma lag, mål om vård i enskildhet enligt 14 § lagen (1998:603) om verkställighet av sluten ungdomsvård, mål om avskildhet enligt 17 § samma lag, mål om tillfällig isolering enligt 5 kap. 3 § smittskyddslagen (2004:168), mål enligt 12 § första stycket och 33 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, mål enligt 18 § första stycket 3–5 och 9 när det gäller de fall då vården inte har förenats med särskild utskrivningsprövning eller 6 lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård, mål om förvar och uppsikt enligt utlänningslagen (2005:716), mål enligt lagen (1974:202) om beräkning av strafftid m.m., mål enligt fängelselagen (2010:610) samt mål enligt lagen (1963:193) om

¹ Lagen omtryckt 1981:1323.

² Senaste lydelse 2013:312.

samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.,

4. mål enligt folkbokföringsförfattningarna, mål rörande preliminär skatt eller om anstånd med att betala skatt eller avgifter enligt skatteförfattningarna,

5. mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 5. mål enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

6. mål som avser en fråga av betydelse för inkomstbeskattningen, dock endast om värdet av vad som yrkas i målet uppenbart inte överstiger hälften av prisbasbeloppet enligt 2 kap. 6 och 7 §§ socialförsäkringsbalken,

7. mål enligt lagen (2004:629) om trängselskatt och

8. mål enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och porttjänster.

2.5 Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 39 och 40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ska ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

39 §¹

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.

Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, lagen (2008:962) om valfrihetssystem eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

- 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling,
- 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem, eller
- 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Vid upphandling enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

- 13 kap. 2 § andra stycket och 3 § samt 19 kap. 18 § lagen om offentlig upphandling,
- 13 kap. 2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ och 19 kap. 18 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,
- 11 kap. 2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ lagen om upphandling av koncessioner,
- 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller
- 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.

¹ Senaste lydelse 2011:1033.

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid sådan upphandling som avses i 39 § andra stycket har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § de bestämmelser som räknas upp i lagen (2007:1091) om offentlig där. upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

– 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, eller

– 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, ska 39 § inte tillämpas.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.6 Förslag till lag om ändring i kulturmiljölagen (1988:950) Prop. 2015/16:195

Härmed föreskrivs att 2 kap. 11 och 13 §§ kulturmiljölagen¹ (1988:950)² ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap. 11 §³

Om det behövs en arkeologisk utredning för att ta reda på om en forn lämning berörs av ett planerat arbetsföretag som innebär att ett större markområde tas i anspråk, ska kostnaden för utredningen betalas av företagaren. Som sådan exploatering räknas t.ex. anläggande av allmän väg, större enskild väg, järnväg, flygfält, anläggning för energiförsörjning, större vattenverksamhet och mer omfattande byggande för bostads-, industri- eller handelsändamål.

Ett beslut om arkeologisk utredning fattas av länsstyrelsen. Länsstyrelsen ska i beslutet ange vem som ska utföra utredningen. Då gäller inte lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Länsstyrelsen ska beakta att utredningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Ett beslut om arkeologisk utredning fattas av länsstyrelsen. Länsstyrelsen ska i beslutet ange vem som ska utföra utredningen. Då gäller inte lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Länsstyrelsen ska beakta att utredningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

¹ Senaste lydelse av lagens rubrik 2013:548.

² Lagen omtryckt 2002:620.

³ Senaste lydelse 2013:548.

Som villkor för tillstånd enligt 12 § får länsstyrelsen ställa skäligena krav på

1. arkeologisk undersökning för att dokumentera fornlämningen, ta till vara fornfynd och förmedla resultaten, eller

2. särskilda åtgärder för att bevara fornlämningen.

I beslutet om tillstånd ska om möjligt den kostnad anges som åtgärderna beräknas medföra.

Innan länsstyrelsen prövar en ansökan enligt 12 §, får den besluta om en arkeologisk förundersökning av fornlämningen, om det behövs för att få ett tillfredsställande underlag för prövningen eller för att bedöma behovet av att ställa krav på arkeologisk undersökning.

Länsstyrelsen ska i beslutet om arkeologisk förundersökning eller arkeologisk undersökning ange vem som ska utföra undersökningen. Då gäller inte lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Länsstyrelsen ska beakta att undersökningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomförs till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Länsstyrelsen ska i beslutet om arkeologisk förundersökning eller arkeologisk undersökning ange vem som ska utföra undersökningen. Då gäller inte lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Länsstyrelsen ska beakta att undersökningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomförs till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.7 Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning
dels att 5 och 5 g §§ ska ha följande lydelse,
dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 §¹

Läkarvårdsersättning enligt denna lag lämnas endast till läkare som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En läkare i privat verksamhet som ger vård enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och läkaren kommit överens om. Vårdavtalet gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 g §§. Vid *tillämpningen* av lagen om offentlig upphandling ska *ingående av samverkansavtal likställas med offentlig upphandling avseende tjänster enligt bilaga 3 till den lagen (B-tjänster)*.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 h §§. Vid *en sådan tillämpning* av lagen om offentlig upphandling ska *de bestämmelser tillämpas som gäller tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 till den lagen*.

5 g §²

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. 1, 2 och 4–6 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *i dess lydelse enligt SFS 2007:1091 och 16 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling i dess lydelse enligt SFS 2009:853* gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om *leverantör, upphandlande myndighet, kontrakt och upphandling* ska i

Bestämmelserna om *avtalsspärr, överprövning och skadestånd* i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om *upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare* ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande *för* ersättnings-

¹ Senaste lydelse 2009:79.

² Senaste lydelse 2011:1034.

stället avse *sökande*, landsting, samverkansavtal *respektive* förfarande om ersättningsetablering.

Hänvisningen i 16 kap. 1 § tredje stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 9 kap. 9 § ska i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 16 kap. 2 § första stycket och 5 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

etablering *respektive* *sökande*.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som har ingåtts i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det har ingåtts utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet ingicks. Om landstinget skriftligen

*har underrättat sökandena om att Prop. 2015/16:195
samverkansavtal har ingåtts, ska
ansökan ha kommit in innan 30
dagar har gått från underrättelsen.*

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för förfaranden för ersättningsetablering som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.8 Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi¹

dels att 5 och 5 g §§ ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 §²

Fysioterapiersättning enligt denna lag lämnas endast till fysioterapeut som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En fysioterapeut i privat verksamhet som ger fysioterapi enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och fysioterapeuten kommit överens om. Vårdavtalet gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 g §§. Vid tillämpningen av lagen om offentlig upphandling ska ingående av samverkansavtal likställas med offentlig upphandling avseende tjänster enligt bilaga 3 till den lagen (B-tjänster).

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 h §§. Vid en sådan tillämpning av lagen om offentlig upphandling ska de bestämmelser tillämpas som gäller tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 till den lagen.

5 g §³

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. 1, 2 och 4–6 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i dess lydelse enligt SFS 2007:1091 och 16 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling i dess lydelse enligt SFS 2009:853 gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om leverantör, upphandlande myndig-

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, för-

¹ Senaste lydelse av lagens rubrik 2013:1145.

² Senaste lydelse 2013:1145.

³ Senaste lydelse 2011:1035.

het, kontrakt och upphandling ska i stället avse sökande, landsting, samverkansavtal *respektive* förfarande om ersättningsetablering.

Hänvisningen i 16 kap. 1 § tredje stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 9 kap. 9 § ska i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 16 kap. 2 § första stycket och 5 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

farande för ersättningsetablering *respektive* sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som har ingåtts i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det har ingåtts utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till

förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet ingicks. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har ingåtts, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för förfaranden för ersättningsetablering som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.9 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 1 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

1 §

Denna lag gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som är upptagna som B-tjänster i kategori 25 i bilaga 3 till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5 (barn- och ungdomsomsorg) enligt Europaparlamentets och rådets förordning EEG nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling.

Denna lag gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som omfattas av CPV-kod 79611000-0 eller 85000000-9 till 85323000-9 enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling, i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5, 85321000-5 eller 85322000-2.

Med valfrihetssystem enligt denna lag avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Den upphandlande myndigheten behöver inte tillämpa samma valfrihetssystem inom alla berörda områden.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.10 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Härigenom föreskrivs att 6 kap. 4 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

6 kap.

4 §¹

En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller *under förutsättning att inköpscentralen har anlåtats av nämnden för att medverka vid upphandlingen i egenskap av ombud* enligt

1. 4 kap. 22 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, eller

2. 4 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Uppdrag enligt första stycket får inte lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900).

En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller *när nämnden anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader genom en inköpscentral* enligt 7 kap. 12 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller 7 kap. 7 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

¹ Senaste lydelse 2012:389.

2.11 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 19 kap. 3 § och 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

19 kap.

3 §¹

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttinghet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller 6 kap. 11 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 8 kap. 25 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling, 8 kap. 25 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller 6 kap. 11 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla

¹ Senaste lydelse 2015:781

anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande en handling som anger villkoren i ett slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess att två år, eller hos statliga affärsverk, Försvarets materielverk och i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det att avtalet slöts.

31 kap.

3 §²

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för uppgifter i ärenden enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

² Senaste lydelse 2011:1036.

2.12 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 1 kap. 3 § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

3 §

I lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster finns bestämmelser som är tillämpliga på upphandling av kollektivtrafiktjänster i vissa fall.

I lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner finns bestämmelser som är tillämpliga på upphandling av kollektivtrafiktjänster i vissa fall.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

Prop. 2015/16:195 2.13 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden

Härigenom föreskrivs att 2 och 4 §§ lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §¹

Uppgiftsskyldigheten enligt denna lag omfattar inte

1. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av konkurrenslagen (2008:579),

2. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom *områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, lagen (2008:962) om *valfrihetssystem* eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

2. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom *försörjningssektorerna*, lagen (0000:000) om upphandling av *koncessioner*, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller lagen (2008:962) om *valfrihetssystem*,

3. överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor,

4. företagshemligheter av teknisk natur, eller

5. skriftlig handling vars innehåll kan antas vara sådant att en advokat eller en advokats biträde inte får höras som vittne om innehållet, och som innehas av advokaten eller biträdet eller den till förmån för vilken tystnadsplikten gäller.

4 §²

Ett åläggande enligt 1 § får förenas med vite. Detta gäller dock inte om åläggandet riktar sig mot någon i dennes egenskap av upphandlande myndighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, upphandlande enhet enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom *områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, eller upphandlande myndighet eller enhet enligt lagen

Ett åläggande enligt 1 § får förenas med vite. Detta gäller dock inte om åläggandet riktar sig mot någon i dennes egenskap av upphandlande myndighet enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, upphandlande enhet enligt lagen (0000:000) om upphandling inom *försörjningssektorerna*, upphandlande myndighet eller enhet enligt lagen (0000:000) om upphandling av

¹ Senaste lydelse 2012:475.

² Senaste lydelse 2016:226.

(2011:1029) om upphandling på koncessioner eller lagen Prop. 2015/16:195
försvars- och säkerhetsområdet. (2011:1029) om upphandling på
försvars- och säkerhetsområdet.

En talan om utdömande av vite som förelagts med stöd av denna lag förs av Konkurrensverket vid Patent- och marknadsdomstolen.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

Prop. 2015/16:195 2.14 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:721)
om märkning av energirelaterade produkter

Härigenom föreskrivs att 12 § lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

12 §

Upphandlande myndigheter enligt 2 kap. 19 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, bör vid offentlig upphandling av energirelaterade produkter sträva efter att enbart upphandla produkter som uppfyller kriterierna för de högsta prestandanivåerna och som tillhör den högsta energieffektivitetsklassen.

Första stycket gäller dock bara vid upphandling av sådana kontrakt som avses i lagen om offentlig upphandling och vars värde uppgår till eller överstiger de tröskelvärden som anges i 3 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling.

Upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 22 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling, bör vid offentlig upphandling av energirelaterade produkter sträva efter att enbart upphandla produkter som uppfyller kriterierna för de högsta prestandanivåerna och som tillhör den högsta energieffektivitetsklassen.

Första stycket gäller dock bara vid sådan upphandling som avses i lagen om offentlig upphandling och vars värde uppgår till eller överstiger de tröskelvärden som avses i 5 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.15 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 2, 4 och 7 §§ lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §

Denna lag gäller vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, om upphandlingen avser

Denna lag gäller vid upphandling enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, om upphandlingen avser

1. köp eller leasing av bilar, eller
2. köp av persontransporttjänster som tillhandahålls av ett kollektivtrafikföretag inom ramen för ett avtal om allmän trafik.

Lagen gäller inte köp eller leasing av bilar som

1. är konstruerade och tillverkade för användning av Försvarmakten, det civila försvaret, räddningstjänsten eller ordningsmakten, eller
2. används uteslutande inom inhägnade järnvägs-, industri- eller tävlingsområden eller andra liknande inhägnade områden.

4 §

I denna lag betyder

bil: ett fordon som i 2 § lagen (2001:559) om vägtrafikdefinitioner betecknas som personbil, buss eller lastbil,

leasing: hyra med en bestämd hyrestid på minst ett år, och

livslängd: den tidsperiod som normalt kan beräknas förflyta från det att en bil köps in till dess att den tas ur drift.

Andra termer och uttryck som används i denna lag har samma betydelse som i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Andra termer och uttryck som används i denna lag har samma betydelse som i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

7 §

Om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att beakta energi- och miljöpåverkan som avses i 6 § som ett tilldelningskriterium, ska driftskostnaderna under bilens hela livslängd för energianvändning och utsläpp av koldioxid, kväveoxider (NOX), icke-metankolväten (NMHC) och partiklar omvandlas till ett belopp i pengar.

Prop. 2015/16:195 Bestämmelser om tekniska specifikationer finns i 6 kap. 1–7 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och i 6 kap. 1–7 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Bestämmelser om tilldelningskriterier finns i 12 kap. 1 och 2 §§ samt 15 kap. 16 § lagen om offentlig upphandling och i 12 kap. 1 och 2 §§ samt 15 kap. 16 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Bestämmelser om tekniska specifikationer finns i 9 kap. lagen (0000:000) om offentlig upphandling och i 9 kap. lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Bestämmelser om tekniska krav och funktionskrav finns i 7 kap. lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Bestämmelser om tilldelningskriterier finns i 16 kap. 1–6 §§ samt 19 kap. 24–26 §§ lagen om offentlig upphandling, i 15 kap. 1–6 §§ samt 19 kap. 24–26 §§ lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och i 13 kap. 1–4 §§ lagen om upphandling av koncessioner.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.16 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) Prop. 2015/16:195
om upphandling på försvars- och
säkerhetsområdet

Härigenom föreskrivs att 1 kap. 3–6 §§ lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

3 §

Det finns bestämmelser om offentlig upphandling i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och om upphandling i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Det finns bestämmelser om offentlig upphandling i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, om upphandling i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

4 §

Om en upphandling omfattas av såväl denna lag som lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska denna lag tillämpas.

Om en upphandling omfattas av såväl denna lag som lagen (0000:00) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska denna lag tillämpas.

5 §

Om en upphandling delvis omfattas av denna lag men i övrigt inte omfattas av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska denna lag inte tillämpas.

Om en upphandling delvis omfattas av denna lag men i övrigt inte omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska denna lag inte tillämpas.

6 §

Bestämmelserna i 4 och 5 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092)

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000)

Prop. 2015/16:195 om upphandling inom *områdena* om upphandling inom *försörj-*
vatten, energi, transporter och ningssektorerna.
posttjänster.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.17 Förslag till lag om ändring i lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 2, 4–7 och 12 §§ och rubriken närmast före 4 § lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §

Med valfrihetssystem avses i denna lag ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet har godkänt och tecknat kontrakt med.

Termerna förfrågningsunderlag, kontrakt och upphandlande myndighet har i denna lag samma betydelse som i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Termerna upphandlingsdokument, kontrakt och upphandlande myndighet har i denna lag samma betydelse som i lagen (0000:000) om offentlig upphandling.

Annonsering och förfrågningsunderlag

Annonsering och upphandlingsdokument

4 §

En upphandlande myndighet som har beslutat att inrätta eller förändra ett valfrihetssystem ska annonsera på en nationell webbplats som har upprättats för ändamålet. Ansökningar ska löpande begäras in genom sådan annonsering.

Ett förfrågningsunderlag ska finnas tillgängligt på webbplatsen tillsammans med annonsen.

Upphandlingsdokumenten ska finnas tillgängliga på webbplatsen tillsammans med annonsen.

5 §

Grunderna för den ekonomiska ersättningen till en leverantör ska framgå av *förfrågningsunderlaget*.

Grunderna för den ekonomiska ersättningen till en leverantör ska framgå av *upphandlingsdokumenten*.

6 §

Den upphandlande myndigheten får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Samtliga villkor ska anges i annonsen om valfrihetssystemet eller i *förfrågningsunderlaget*.

Den upphandlande myndigheten får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Samtliga villkor ska anges i annonsen om valfrihetssystemet eller i *upphandlingsdokumenten*.

7 §

I annonsen eller *förfrågningsunderlaget* ska det anges på vilket sätt ansökan ska lämnas in.

I annonsen eller *upphandlingsdokumenten* ska det anges på vilket sätt ansökan ska lämnas in.

Prop. 2015/16:195 I *förfrågningsunderlaget* ska det anges inom vilken tid den upphandlande myndigheten kommer att besluta om godkännande. I *upphandlingsdokumenten* ska det anges inom vilken tid den upphandlande myndigheten kommer att besluta om godkännande.

12 §

Den upphandlande myndigheten ska godkänna samtliga sökande som uppfyller kraven i annonsen och *förfrågningsunderlaget* och som inte har uteslutits med stöd av 10 §. Den upphandlande myndigheten ska godkänna samtliga sökande som uppfyller kraven i annonsen och *upphandlingsdokumenten* och som inte har uteslutits med stöd av 10 §.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

I februari 2014 antog Europaparlamentet och rådet tre direktiv på upphandlingsområdet: direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet). Direktiven skulle ha varit genomförda i medlemsstaterna senast den 18 april 2016. Direktiven finns i *bilaga 1–3*. Direktiven har ändrats genom Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden, Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2171 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2172 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

Regeringen beslutade den 27 september 2012, dvs. redan innan de nya direktiven antagits, att ge en särskild utredare i uppdrag att ge förslag till hur vissa av bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet borde genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven fick när de antagits. Utredaren skulle på samma sätt analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i LUK-direktivet borde genomföras (dir. 2012:96). Genom tilläggsdirektiv beslutade regeringen om förlängning av utredningstiden (dir. 2013:21 och dir. 2014:38) samt om förlängning och precisering av uppdraget (dir. 2013:92).

Utredningen, som antog namnet Genomförandeutredningen, överlämnade i juli 2014 delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51), med förslag till genomförande av vissa bestämmelser i LOU-direktivet och i LUF-direktivet. I oktober 2014 överlämnade utredningen slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69), om genomförandet av LUK-direktivet. Sammanfattningar av betänkandena finns i *bilaga 4* och *5*.

Förslag till genomförande av de delar som inte omfattades av utredningens uppdrag togs fram i departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25). En sammanfattning av promemorian finns i *bilaga 6*. Genomförandeutredningens författningsförslag i delbetänkandet och författningsförslagen i departementspromemorian sammanfogades i departementspromemorian till konsoliderade lagtexter med förslag till en ny lag om offentlig upphandling, som ska ersätta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna, som ska ersätta lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. De konsoliderade lagförslagen finns i *bilaga 7*. Utredningens förslag till en lag om upphandling av koncessioner finns i *bilaga 8*.

Prop. 2015/16:195 Genomförandeutredningens delbetänkande och promemorian har remissbehandlats gemensamt. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 9*. Remissyttrandena och en remissammanställning finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/00079/OU). Remissbehandling har också skett av Genomförandeutredningens slutbetänkande. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 10*. Remissyttrandena finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/00082/OU). Promemorian innehåller även förslag till bestämmelser om förfarandet vid tilldelning av vissa tjänstekontrakt på kollektivtrafikområdet som kompletterar Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1169/69 och (EEG) nr 1107/70 (EU:s kollektivtrafikförordning). Regeringen avser emellertid att behandla frågan om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning i ett annat lagstiftningsärende.

Under arbetet med genomförandet har samråd skett med en extern referensgrupp bestående av företrädare för berörda myndigheter, näringsliv, arbetsmarknadens parter och andra intresseorganisationer.

Arbetet med genomförandet har också inneburit deltagande i expertgruppsmöten anordnade för medlemsstaterna av Europeiska kommissionen.

Regeringen beslutade i december 2014 att ge en särskild utredare i uppdrag att analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de tre nya kommande upphandlingslagarna. Utredaren skulle också analysera hur krav på att varor, tjänster och byggtreprenader ska produceras, tillhandahållas och utföras under förhållanden som uppfyller ILO:s kärnkonventioner kan föras in i dessa lagar (dir. 2014:162). Utredaren överlämnade i september 2015 delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78). En sammanfattning av delbetänkandet finns i *bilaga 11* och utredningens lagförslag finns i *bilaga 12*. Delbetänkandet har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 13*. Remissyttrandena och en sammanställning av dessa finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04196/OU).

I promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling föreslogs den 20 oktober 2015 ytterligare bestämmelser för genomförandet av direktiven samt vissa andra kompletterande bestämmelser och följdändringar. Promemorians lagförslag finns i *bilaga 14*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 15*. Remissyttrandena och en sammanställning av dessa finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04904/OU).

I promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar lämnades den 22 oktober 2015 förslag till ändringar i bestämmelserna om sådana beslut såväl i de gällande lagarna på upphandlingsområdet som i förslagen till nya lagar. Promemorians nu aktuella lagförslag för de nya lagarna finns i *bilaga 16*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 17*. Remissyttrandena och en sammanställning av dem finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04884/OU).

I ett utkast till lagrådsremiss den 16 februari 2016 föreslogs sedan – med utgångspunkt dels i förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal, dels i förslagen från Genomförandeutredningen – bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn som kompletterar genomförandet i övrigt. Utkastets lagförslag finns i *bilaga 18*. Utkastet har remissbehandlats och en förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 19*. Remissyttrandena och en sammanställning av dessa finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2016/00530/OU).

I *bilaga 20–22* finns en sammanställning över vilka bestämmelser som genomför direktiven i svensk rätt.

Lagrådet

Regeringen beslutade den 4 juni 2015 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 23*. Förslagen avser genomförande av samtliga bestämmelser i direktiven utom de som hade kopplingar till uppdraget till Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Lagrådets yttrande finns som *bilaga 24*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 23 behandlas i huvudsak i avsnitten 5.1–6, 5.9, 6.1.1 och 2, 6.2 och 3, 6.7.1, 6.7.4, 6.7.6 och 7, 6.8.13, 7.1.1, 7.1.3, 7.2, 8.2 och 3, 8.5, 8.7, 8.8, 8.8.3, 9.1, 10.2, 10.4.1, 10.5, 10.6.1, 10.7–9, 10.11, 11.1 och 2, 11.2.3, 11.3, 12.1.2, 13.2, 15.2.3, 16.1.3, 16.2.2 och 3, 16.3.2, 17.1.1–3, 17.1.5, 18.1.1, 18.1.3 och 4, 18.2.1 och 2, 18.3.1, 18.4.1, 19.1.1 och 2, 19.1.4, 19.1.11, 20.1, 20.2.1, 20.3, 22.1.1–6, 23.1.1 och 2, 23.2.2, 23.4.1, 24.1.1 och 2, 25.1.1, 26.1, 26.3, 26.4.1, 27.1, 28.1, 29, 30.1 och 2, 31.1, 33.1, 34, 35 samt i författningskommentaren.

Regeringen beslutade den 18 december 2015 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 25*. Förslagen avser interimistiska beslut vid överprövning av upphandling. Lagrådets yttrande finns i *bilaga 26*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 25 behandlas i huvudsak i författningskommentaren.

Vidare beslutade regeringen den 28 april 2016 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 27*. Förslagen avser ytterligare bestämmelser som genomför direktiven och vissa andra kompletterande bestämmelser samt följdändringar. Lagrådets yttrande finns som *bilaga 28*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 27 behandlas i huvudsak i avsnitten 20.6, 26.5 och 31.2 samt i författningskommentaren.

Därefter beslutade regeringen den 19 maj 2016 att inhämta Lagrådets yttrande över lagförslagen i *bilaga 29*. Förslagen avser bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn som kompletterar regeringens lagrådsremiss som beslutades den 4 juni 2015. Lagrådets yttrande finns som *bilaga 30*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 27 behandlas i huvudsak i avsnitten 9.2 och 3, 22.1.3 och 4, 25.4, 26.1 och 26.2 samt i författningskommentaren.

Prop. 2015/16:195 Sammanfattningsvis kan konstateras att Lagrådets synpunkter och förslag i stor utsträckning medfört ändringar i författningstexten och ett flertal förtydliganden och kompletteringar såväl i författningskommentaren som i övervägandena. Lagrådets synpunkter på den lagstiftningsteknik som valts och som innebär att lagstiftningen, både vad gäller struktur och språklig utformning ligger nära direktiven, har delvis beaktats genom redaktionella ändringar i lagtexten. Lagrådets förslag att utmönstra begreppen kontrakt och tilldelning av kontrakt och ersätta dem med en terminologi som närmare ansluter till civilrättslig terminologi har dock inte följts. Däremot har regeringen beaktat Lagrådets synpunkter i detta avseende genom att, där det ansetts vara möjligt och lämpligt, i lagarna ersätta begreppet kontrakt med upphandling och även i övrigt renodla användningen av vissa centrala upphandlingsrättsliga begrepp. När det gäller den del som avser miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn har Lagrådet ifrågasatt om lagförslagen är godtagbara bl.a. med hänsyn till de små företagen och har ansett att förslagen är oförenliga med syftet att förenkla regelverket. Regeringen konstaterar att direktiven och därmed lagförslagen har flera syften varav ett är förenklingar. Ett annat är att förbättra förutsättningarna för att beakta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn. Förslagen i propositionen tillgodoser sammantaget båda dessa syften. Lagrådet har vidare haft ett antal synpunkter på de bestämmelser i de föreslagna lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, som avser upphandling under tröskelvärdena, dvs. som inte styrs av direktiven. Dessa bestämmelser har dock inte varit föremål för någon egentlig översyn i detta sammanhang. Som framgår av avsnitt 31.1 avser regeringen att tillsätta en utredning med uppdrag att se över regelverket i denna del. Regeringen avser därför att återkomma till huvuddelen av Lagrådets synpunkter såvitt avser dessa regler i ett senare sammanhang. Lagrådets synpunkter i övrigt har i huvudsak följts eller beaktats.

Utöver de ändringar som skett till följd av Lagrådets yttrande har ett antal språkliga och redaktionella ändringar gjorts i förhållande till lagrådsremissen.

4 Gällande rätt och de nya direktiven

4.1 Allmänt om gällande lagstiftning på upphandlingsområdet

Offentlig upphandling regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (förkortad LOU). I lagen regleras förfaranden m.m. för offentlig upphandling som görs dels av myndigheter, kommuner och landsting, dels av s.k. offentligt styrda organ. Med offentligt styrda organ avses i huvudsak sådana organ som tillgodoser behov i det allmänna intresse och som till största del finansieras eller kontrolleras av staten, kommuner eller landsting. Genom LOU genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid

offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (förkortat 2004 års LOU-direktiv). Prop. 2015/16:195

I lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortad LUF) regleras förfaranden m.m. för upphandling som görs dels av myndigheter och offentligt styrda organ inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (de s.k. försörjningssektorerna), dels av privata företag som bedriver verksamhet med stöd av särskild rättighet eller ensamrätt inom dessa sektorer. Lagen genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortat 2004 års LUF-direktiv).

Både LOU och LUF innehåller regler om rättsmedel, som genomför två direktiv om rättsmedel på upphandlingsområdet, rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten samt rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdet (förkortat första och andra rättsmedelsdirektivet eller rättsmedelsdirektiven). De två rättsmedelsdirektiven har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (förkortat ändringsdirektivet).

En särskild lag reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (förkortad LUFSS). Även denna lag genomför ett EU-direktiv, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 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 (förkortat LUFSS-direktivet). Också LUFSS innehåller bestämmelser om rättsmedel i överensstämmelse med rättsmedelsdirektiven.

De tre upphandlingslagarna kompletteras av bestämmelser i upphandlingsförordningen (2011:1040), som bl.a. innehåller föreskrifter om annonsering av upphandling. Vidare finns ett antal tillkännagivanden som rör lagarna: Tillkännagivandet (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1038) av CPV-referensnummer för byggtreprenadkontrakt vid offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1039) av CPV- och CPC-referensnummer för tjänstekontrakt vid offentlig upphandling samt tillkännagivandet (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. Vidare gäller för vissa statliga myndigheter förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

Vid sidan om upphandlingslagstiftningen gäller lagen (2008:962) om valfrihetssystem (förkortad LOV) vid införande av så kallade valfrihetssystem inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Valfrihetssystem har av regeringen bedömts vara en tjänstekoncession

Prop. 2015/16:195 (prop. 2008/09:29 s. 52), som inte regleras i upphandlingsdirektiven. Det finns ytterligare två lagar, som har sin grund i lagen om valfrihetssystem: Lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen samt lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

4.2 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

4.2.1 Direktivstyrd upphandling

Tillämpningsområdet

I LOU regleras offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader samt av byggkoncessioner, vilkas värde överstiger vissa i LOU-direktivet angivna tröskelvärden. LUF reglerar upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader över vissa i LUF-direktivet angivna tröskelvärden. Förutom dessa direktivstyrda bestämmelser innehåller LOU och LUF bestämmelser för upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde, se avsnitt 4.2.2. I båda lagarna finns ett antal undantag från lagarnas tillämpningsområden.

LOU gäller för upphandlande myndigheter. Med upphandlande myndigheter avses statliga och kommunala myndigheter. Med myndighet jämställs beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana offentligt styrda organ som anges i lagen samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter, församlingar eller organ som omfattas av lagen. LUF gäller för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Upphandlande enheter innefattar dels upphandlande myndigheter som verkar inom försörjningssektorerna, dels vissa offentliga företag och privata företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt.

Enligt LOU är en upphandlande myndighet som sluter avtal med t.ex. ett eget bolag (s.k. in house) inte skyldig att tillämpa upphandlingsreglerna. Skälet är att ett sådant avtal inte ska anses utgöra ett offentligt kontrakt i LOU:s mening (2 kap. 10 a § LOU).

A-tjänster och B-tjänster

I enlighet med direktiven gör LOU och LUF skillnad mellan tjänster som fullt ut omfattas av direktivet (A-tjänster) och tjänster som endast delvis omfattas av direktiven (B-tjänster). B-tjänster är sådana tjänster som bedömts lämpa sig mindre väl för gränsöverskridande handel, exempelvis hälsovårds- och socialtjänster samt undervisning och yrkesutbildning. Vilka tjänster som är A-tjänster respektive B-tjänster framgår av bilaga 2 respektive bilaga 3 till lagarna.

CPV-nomenklaturen

Europeiska kommissionen har tagit fram en CPV-nomenklatur, Common Procurement Vocabulary, för varor, tjänster och byggentreprenader. CPV-nomenklaturen anger koder för olika varor, tjänster och byggentreprenader, som ska användas vid annonsering av upphandlingar

i Europeiska unionens officiella tidning (förkortad EUT) – Tenders Electronic Daily (TED). I vissa fall används CPV-koder i 2004 års direktiv för att ange tillämpningsområdet i fråga om tjänster och byggentreprenader. I LOU och LUF anges dock inte några CPV-koder, utan dessa tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling.

Förfaranden

Vilka förfaranden som kan användas vid upphandlingar regleras i 4 kap. i respektive lag. Enligt LOU är öppet och selektivt förfarande huvudförfaranden. Under vissa angivna förutsättningar får den upphandlande myndigheten också använda sig av förhandlat förfarande med eller utan annonsering samt konkurrenspräglad dialog. Enligt LUF är, förutom öppet och selektivt förfarande, även förhandlat förfarande med föregående annonsering huvudalternativ. Konkurrenspräglad dialog finns däremot inte som ett alternativ enligt LUF.

Med öppet förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer efter en annons om upphandling får lämna anbud. Vid selektivt förfarande kan alla leverantörer ansöka om att få lämna anbud, men endast de som bjuds in av den upphandlande myndigheten eller enheten får möjlighet att lämna anbud. I ett förhandlat förfarande får den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in utvalda leverantörer och förhandla med en eller flera av dem. Vid konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer ansöka om att få delta, men endast de leverantörer som den upphandlande myndigheten bjuder in får delta i dialogen.

Som en avslutande del av ett upphandlingsförfarande har en upphandlande myndighet eller enhet möjlighet att använda sig av en elektronisk auktion. En elektronisk auktion är en upprepad elektronisk process för att presentera nya lägre priser eller nya värden (5 a kap. i respektive lag).

I ett förfarande för tilldelning av ett tjänstekontrakt kan en projekttävling ingå. En projekttävling är en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag. Bestämmelser om detta finns i 14 kap. LOU och LUF. Kapitlet ska också tillämpas på projekttävlingar som innefattar priser eller ersättningar till deltagarna.

Ramavtal

Båda upphandlingslagarna innehåller också regler om ramavtal (5 kap. LOU och LUF). LOU innehåller mer detaljerade regler än LUF, vilket har sin grund i skillnader i direktiven. Enligt bestämmelserna i LOU kan den upphandlande myndigheten sluta ramavtal med en eller flera leverantörer med samtliga villkor fastställda i ramavtalet. Den eller de upphandlande myndigheter som omfattas av ramavtalet kan då beställa de varor, tjänster och byggentreprenader som ramavtalet omfattar enligt villkoren i detta. Ett alternativ är att den upphandlande myndigheten sluter avtal med en eller flera leverantörer utan att samtliga villkor för avtalet är fastställda. De upphandlande myndigheter som är parter i ramavtalet ska vid beställning från ramavtalet använda s.k. förnyad

Prop. 2015/16:195 konkurrensutsättning. Detta innebär att de leverantörer som omfattas av ramavtalet ska bjudas in för att på nytt lämna anbud.

LUF anger endast att ramavtal kan användas av upphandlande enheter under förutsättning att ramavtalet upphandlats enligt lagens bestämmelser.

Förfrågningsunderlag, annonsering av upphandling m.m.

Upphandlingslagarna innehåller bestämmelser om användningen av tekniska specifikationer och olika typer av villkor som utformas i förfrågningsunderlaget (6 kap. LOU och LUF). Av bestämmelserna om annonsering framgår att en planerad upphandling som huvudregel ska annonseras, liksom resultatet av en avslutad upphandling (7 kap. LOU och LUF). I lagarna fastställs tillämpliga tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud (8 kap. LOU och LUF). Bestämmelser om kommunikation anger bl.a. hur anbudsansökningar och anbud kan lämnas och hur ansökningarna och anbuden ska tas om hand av upphandlande myndigheter och enheter (9 kap. LOU och LUF).

Uteslutning av leverantörer, bedömning av deras lämplighet samt anbudsutvärdering

I 10 kap. LOU och LUF anges under vilka omständigheter en upphandlande myndighet eller enhet ska utesluta en leverantör på grund av viss brottslighet och vilka omständigheter som ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att utesluta en leverantör. Därefter ska de icke uteslutna leverantörernas kvalifikationer bedömas enligt regler i 11 kap. LOU och LUF om krav på ekonomisk ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet och vilka slags bevis som kan inforas beträffande ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet. Slutligen ska anbuden från de anbudsgivare som bedömts lämpliga utvärderas enligt bestämmelser i 12 kap. LOU och LUF. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller enheten enligt de kriterier som förutskickats i annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget eller anta det anbud som innehåller det lägsta priset.

Byggkoncessioner

I 13 kap. LOU finns bestämmelser om byggkoncessioner. En byggkoncession definieras i lagen som ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen. En upphandlande myndighet som avser att tilldela en byggkoncession ska annonsera koncessionen i EUT.

Rättsmedel

Bestämmelser om rättsmedel finns i 16 kap. i respektive lag. Som huvudregel är upphandlande myndigheter och enheter skyldiga att underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet att tilldela ett kontrakt (tilldelningsbeslutet). Om en sådan underrättelse har skickats får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio

Prop. 2015/16:195
dagar har gått från det att underrättelsen skickades med ett elektroniskt medel (avtalsspärr).

Överprövning enligt LOU eller LUF kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning av upphandlingen. En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör. En leverantör har emellertid under en viss angiven tidsfrist möjlighet att föra talan om ogiltighet av ett sådant avtal. Lagarna innehåller även bestämmelser om skadestånd.

I 17 kap. LOU och LUF regleras under vilka omständigheter en upphandlande myndighet eller enhet kan åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. I 18 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om tillsyn över offentlig upphandling respektive upphandling inom försörjningssektorerna.

4.2.2 Upphandling utanför det direktivstyrda området

Inledning

I 15 kap. LOU och LUF regleras förfarandet vid upphandlingar som helt eller delvis faller utanför tillämpningsområdet för LOU-direktivet och LUF-direktivet. Kapitlet gäller upphandlingar vilkas värde understiger tillämpligt tröskelvärde och upphandlingar som avser B-tjänster oavsett värde.

Enligt EU-domstolens praxis ska de grundläggande unionsrättsliga principerna som kommer till uttryck i EUF-fördraget tillämpas även vid upphandling som inte omfattas av direktiven om de har ett samband med den gemensamma inre marknaden (dvs. när det finns ett gränsöverskridande intresse).

Upphandlingsförfaranden

En upphandlande myndighet eller enhet kan enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF välja mellan att genomföra en upphandling genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Enligt LOU får också bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog tillämpas under vissa förutsättningar. Av 15 kap. 3 § framgår vidare att s.k. direktupphandling får ske i vissa angivna fall.

Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att lämna anbud och den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder in vissa leverantörer att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Det saknas bestämmelser som närmare reglerar hur urvalet ska gå till. Vid konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer ansöka om att få delta, men endast de anbudssökande som bjuds in får delta i dialogen. Även elektroniska auktioner får användas för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Prop. 2015/16:195 Med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av tillämpligt tröskelvärde enligt LOU och 26 procent av tillämpligt tröskelvärde i LUF. Gränserna gäller för alla typer av upphandlingar, även för byggtreprenader. Vidare får direktupphandling användas om det finns förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller om det finns synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet ska anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor.

Som huvudregel gäller att all upphandling, utom direktupphandling, ska annonseras. Skyldigheten att annonsera innebär att en annons ska publiceras. Vid förenklat förfarande begär den upphandlande myndigheten eller enheten in anbud genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig eller genom en annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens, t.ex. rikstäckande dagstidningar och branschtidningar. Vid urvalsförfarande ska annonsering ske i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande finns inte några särskilt angivna tidsfrister för att komma in med anbud utan det anges att leverantören ska ges skälig tid. Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar får inte vara kortare än tio dagar från publiceringen.

Utvärderingsgrunder

En upphandlande myndighet eller enhet ska ange vilken utvärderingsgrund den kommer att använda sig av. Den kan välja mellan att ange antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Rättsmedel

Upphandlingar enligt 15 kap. omfattas av bestämmelserna i 16–18 kap. i respektive lag om avtalsspärr, överprövning, skadestånd, upphandlingsskadeavgift och tillsyn.

4.3 Bakgrunden till EU-reformen på upphandlingsområdet

4.3.1 2020-strategin och den första Inre marknadsakten

Den 3 mars 2010 antog Europeiska kommissionen ett meddelande bl.a. i anledning av den ekonomiska krisen, ”Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”. I meddelandet anges tre prioriteringar: Smart tillväxt – utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, Hållbar tillväxt – främja en resurseffektivare, grönare och konkurrenskraftigare ekonomi samt Tillväxt för alla – stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning. Ett antal mål ställdes upp i meddelandet, av vilka vissa

skulle uppfyllas bl.a. med hjälp av offentlig upphandling. I strategin anges särskilt att offentlig upphandling bör utnyttjas till att

- förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet med fullt utnyttjande av ekonomisk-politiska åtgärder som avser ekonomins efterfrågesida,
- stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp, bl.a. genom att uppmuntra en mer utbredd användning av miljöanpassad offentlig upphandling, samt
- förbättra företagsklimatet, särskilt för innovativa små och medelstora företag.

Den 13 april 2011 antog kommissionen ett meddelande, Inre marknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt” KOM (2011) 206. I meddelandet presenterades tolv åtgärder med tolv specifika nyckelåtgärder, i form av lagstiftningsförslag, avsedda att beslutas av EU:s institutioner före utgången av 2012. Åtgärderna är en hörnsten i 2020-strategin. En av de tolv angivna nyckelåtgärderna är offentlig upphandling. Lagstiftningen bör enligt kommissionen omarbetas och uppdateras för att få till stånd en väl avvägd politik som främjar efterfrågan på miljövänliga och innovativa varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten och utgör socialt ansvarsfulla lösningar. För att den offentliga upphandlingen ska bli effektivare är det också viktigt att förenkla förfarandena och göra dem mer flexibla utan att den EU-övergripande tillgången till offentlig upphandling begränsas.

4.3.2 Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling

Kommissionen initierade i januari 2011 ett offentligt samråd om en grönbok om EU-direktiven på upphandlingsområdet, Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling – med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM[2011]15 slutlig). Grönboken tillkom som ett led i Europa 2020-strategin.

Förslagen i grönboken presenterades för riksdagen i en faktabokmemoria den 3 mars 2011 (faktaPM 2010/11:FPM78 Grönbok om modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling).

Inför svaret till kommissionen skickades grönboken på remiss till 120-talet remissinstanser bestående av bl.a. upphandlande myndigheter och enheter, leverantörer samt intresse- och fackliga organisationer. Den förra regeringen lämnade i ett svar till kommissionen i april 2011 synpunkter på grönboken.

Grönboken lades, tillsammans med en marknadsbaserad utvärdering av den gällande lagstiftningen om offentlig upphandling, till grund för kommissionens förslag till lagstiftningsreformen på EU-nivå. Avsikten har varit att modernisera de befintliga verktygen och göra dem bättre lämpade att hantera den föränderliga politiska, sociala och ekonomiska miljön.

Kommissionen presenterade den 20 december 2011 förslag till tre nya direktiv på upphandlingsområdet. Två av dessa avsågs ersätta 2004 års LOU-direktiv och LUF-direktiv och ett direktivförslag var nytt och reglerade tilldelningen av koncessioner. Kommissionens förslag presenterades i en faktrapomemoria till riksdagen den 20 januari 2012 (faktaPM 2011/12:FPM90 Nya direktiv på upphandlingsområdet).

De nya upphandlingsdirektiven syftar till att stimulera tillväxten och främja förtroendet för den inre marknaden. Direktiven har därutöver två kompletterande mål. Det ena målet är att genom enklare och mer flexibla regler öka effektiviteten i offentliga utgifter för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få bättre valuta för pengarna. Detta innebär också fördelar för alla leverantörer och gör det lättare för små och medelstora företag och anbudsgivare från andra länder att delta. Det andra målet är att upphandlande myndigheter ska ges bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällliga mål, såsom skyddet av miljön, högre resurs- och energieffektivitet, kampen mot klimatförändringar, främjande av innovation, sysselsättning och social integration samt säkerställande av bästa tänkbara villkor för tillhandahållande av sociala tjänster av hög kvalitet.

Efter ett och ett halvt års förhandlingar uppnåddes en politisk överenskommelse mellan Europaparlamentet och rådet. Den 26 februari 2014 antogs Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (nedan förkortat LOU-direktivet) samt direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (nedan förkortat LUF-direktivet). Europaparlamentet och rådet antog även direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (nedan förkortat LUK-direktivet). Direktiven skulle ha varit genomförda i medlemsstaterna senast den 18 april 2016.

4.4.1 2014 års LOU-direktiv och LUF-direktiv i förhållande till 2004 års direktiv

2014 års LOU-direktiv och LUF-direktiv ersätter, som framgått, 2004 års direktiv. Delar av de nya direktiven överensstämmer dock i sak med de tidigare direktiven och direktiven följer också i stort samma struktur. I detta avsnitt görs en genomgång av de huvudsakliga nyheterna och skillnaderna i 2014 års direktiv jämfört med de tidigare direktiven.

Centrala begrepp m.m.

I 2014 års LOU-direktiv och LUF-direktiv har en definition av det grundläggande begreppet upphandling införts (artikel 1). Begreppet förfrågningsunderlag används inte i de nya direktiven utan har ersatts med det samlande begreppet upphandlingsdokument, som är vidare än förfrågningsunderlag och även innefattar t.ex. annonsen om upphandling. I övrigt används i stort sett samma centrala begrepp som i de äldre

direktiven i syfte att bevara kontinuiteten för dem som ska tillämpa direktiven. Prop. 2015/16:195

Genom direktiven införs delvis nya bestämmelser om blandad upphandling. Bestämmelserna anvisar bl.a. vilka regler som ska tillämpas för blandade kontrakt som avser upphandlingar som omfattas dels av det aktuella direktivet, dels av andra rättsregler. Bestämmelserna bygger i dessa delar på EU-domstolens praxis.

Tillämpningsområdet

Tillämpningsområdet för LOU-direktivet överensstämmer i stort med 2004 års direktiv. Undantagen för särskilda tjänstekontrakt har dock utvidgats till att gälla ytterligare tjänstekontrakt, bl.a. som avser vissa juridiska tjänster, civilförsvarstjänster och kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana (artikel 10 i LOU-direktivet). En nyhet är vidare undantaget för vissa offentliga kontrakt inom den offentliga sektorn.

Tilldelningen av byggkoncessioner regleras inte längre i LOU-direktivet. I stället regleras byggkoncessioner i det nya LUK-direktivet, som även reglerar tjänstekoncessioner, se vidare nedan.

Tillämpningsområdet för LUF-direktivet har ändrats något genom att prospektering av olja och gas samt vissa posttjänster inte längre omfattas. De posttjänster som undantas från LUF-direktivet undantas också från LOU-direktivet, om de tilldelas av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster i den mening som avses i LUF-direktivet. Flertalet av de nya undantagen i LOU-direktivet har också motsvarighet i LUF-direktivet.

När det gäller kontrakt inom försvars- och säkerhetsområdet gör direktiven undantag för kontrakt som omfattas dels av LUF-direktivet, dels av vissa angivna undantag i samma direktiv. Vidare medges vissa undantag för hemliga kontrakt som påverkar medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen och, i likhet med nu gällande direktiv, vissa undantag för kontrakt som rör medlemsstatens väsentliga intressen.

Miljöhänsyn och sociala hänsyn

En allmän princip införs i LOU-direktivet och LUF-direktivet som föreskriver att medlemsstaterna ska säkerställa att leverantörer vid fullgörandet av ett kontrakt ska iaktta tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i vissa internationella bestämmelser. Bestämmelser om förkastande av anbud, uteslutning av leverantörer och onormalt låga anbud hänvisar till de allmänna principerna.

En nyhet i båda direktiven är bestämmelser som tydliggör att utvärdering av anbud kan grundas på en analys av produktens, tjänstens eller byggentreprenadens livscykelkostnad, dvs. dels interna kostnader såsom kostnader för forskning och utveckling, transport, energiförbrukning, underhåll och återvinning, dels externa miljöeffekter såsom utsläpp av växthusgaser eller andra förorenande ämnen under förutsättning att deras penningvärde kan fastställas. I de nya direktiven ges även upphandlande myndigheter möjlighet att kräva ett särskilt märke som bevis för att produkten motsvarar de egenskaper som krävs.

Prop. 2015/16:195 Även detta möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att på ett enklare sätt ställa miljömässiga eller sociala och arbetsrättsliga krav.

Ytterligare en nyhet i direktiven är bestämmelser om anlitande av underentreprenörer. Bestämmelser om detta fanns i 2004 års LOU-direktiv men endast i anslutning till bestämmelserna om byggkoncessioner.

Undantag för kontrakt inom den offentliga sektorn

Regler införs i de nya direktiven som anknyter till EU-domstolens praxis avseende in house-förvärv och horisontellt samarbete inom den offentliga sektorn.

Ett kontrakt som tilldelas av en upphandlande myndighet till en annan juridisk person undantas från direktivens tillämpningsområde om vissa närmare angivna villkor är uppfyllda. För det första ska den upphandlande myndigheten utöva kontroll över den juridiska personen motsvarande den kontroll den utövar över sin egen verksamhet. För det andra ska den kontrollerade juridiska personen utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning och för det tredje ska det som huvudregel inte finnas något direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital. Motsvarande undantag gäller också i den omvända situationen, dvs. när en juridisk person tilldelar kontrakt till den upphandlande myndighet som kontrollerar den eller till annan juridisk person som kontrolleras av samma upphandlande myndighet. Dessutom undantas situationer när en upphandlande myndighet tillsammans med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över en juridisk person.

När det gäller s.k. horisontellt samarbete, dvs. samarbete mellan upphandlande myndigheter, föreskrivs undantag för sådana kontrakt mellan två eller flera upphandlande myndigheter under förutsättning att vissa närmare angivna villkor är uppfyllda. Kontraktet ska inrätta eller genomföra ett samarbete mellan de deltagande myndigheterna för att säkerställa att offentliga tjänster tillhandahålls, med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål. Samarbetet ska styras endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och de deltagande myndigheterna får endast utöva verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Enklare och mer flexibla regler för upphandling av sociala tjänster och andra tjänster

Uppdelningen i A- och B-tjänster avskaffas genom de nya direktiven. I stället införs enklare och mer flexibla regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, som räknas upp i en bilaga till respektive direktiv. För upphandling av dessa tjänster gäller högre tröskelvärden.

Bland de tjänster som omfattas av det särskilda upphandlingssystemet finns bl.a. hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster, tjänster som avser utbildning och kultur, vissa juridiska tjänster samt hotell- och restaurangtjänster. För upphandling av dessa tjänster innehåller direktiven endast ett fåtal regler, bl.a. bestämmelser om annonsering och

efterannonsering. Av reglerna framgår vidare bl.a. att medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av sådana kontrakt, som följer principerna om öppenhet och likabehandling samt att medlemsstaterna själva kan fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så länge det möjliggör ett hänsyntagande till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.

Ökade möjligheter till förhandling och konkurrenspräglad dialog

Möjligheterna att använda förhandlat förfarande är större enligt det nya LOU-direktivet än enligt 2004 års direktiv. Förhandlat förfarande med föregående annonsering får, enkelt uttryckt, användas i flertalet fall utom när det rör sig om upphandling av mer standardiserade varor, tjänster eller byggtreprenader. Även för konkurrenspräglad dialog gäller det ökade tillämpningsområdet.

Genom LUF-direktivet införs konkurrenspräglad dialog som ett förfarande även vid upphandlingar inom försörjningssektorena.

Innovationspartnerskap

Ett helt nytt förfarande införs i båda direktiven. Förfarandet, som benämns innovationspartnerskap, ska syfta till utvecklingen av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad och därpå följande inköp av dessa varor, tjänster och byggtreprenader. Förfarandet innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten väljer ut de lämpligaste leverantörerna enligt de i annonsen angivna urvalskriterierna för att tillsammans med den upphandlande myndigheten eller enheten utveckla en ny lösning i en forsknings- och utvecklingsfas. Innovationspartnerskapet omfattar både utvecklingen av lösningen och anskaffningen av denna och kan även omfatta en kommersiell produktion av den lösning som utvecklats. Innovationspartnerskapet kan emellertid även avslutas utan att någon anskaffning sker.

Regler om kommunikation

Till skillnad från 2004 års direktiv ska enligt de nya direktiven all kommunikation som huvudregel ske med elektroniska medel. Undantag kan dock göras för modeller och andra sådana i direktiven angivna delar av anbud som inte kan överföras elektroniskt. Vidare görs undantag från kravet på elektronisk kommunikation för sådan konfidentiell information som kräver annan form av kommunikation för att skydda dess innehåll från att göras tillgänglig för andra under upphandlingsprocessen.

Muntlig kommunikation får förekomma utom avseende de mer väsentliga elementen i upphandlingen, särskilt sådant som kan ha inverkan på anbuden.

Lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga intressekonflikter

En nyhet i båda direktiven är bestämmelser om intressekonflikter. Av bestämmelserna framgår att medlemsstaterna ska se till att upphandlande myndigheter och enheter vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter. Begreppet intressekonflikter omfattar bl.a. situationer där personal som deltar i

Prop. 2015/16:195 genomförandet av upphandlingsförfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet under upphandlingsförfarandet.

Ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument införs

I LOU-direktivet införs bestämmelser om ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument. Ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument består av en uppdaterad egen försäkran och ska upprättas på grundval av ett standardformulär, som ska fastställas av kommissionen. Dokumentet ska endast utfärdas i elektronisk form. Den upphandlande myndigheten är skyldig att godta ett sådant dokument som preliminärt bevis för att ingen uteslutningsgrund föreligger och för att urvalskriterierna är uppfyllda. Ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument ska också kunna återanvändas av leverantören vid en senare upphandling, förutsatt att denne bekräftar att informationen är korrekt.

Någon motsvarighet till bestämmelserna om europeiskt enhetligt upphandlingsdokument finns inte i LUF-direktivet. Genom en hänvisning i artikel 80 i LUF-direktivet om tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU görs emellertid artikeln tillämplig även i vissa fall vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Reserverade kontrakt

Reglerna från 2004 års direktiv som ger medlemsstaterna möjlighet att reservera vissa kontrakt till skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning förs in i de nya direktiven. Reglerna har utvidgats genom att den nya regleringen tar sikte inte enbart på personer med funktionsnedsättning utan också innehåller begreppet missgynnade personer. I reglerna framhålls även att den verksamhet som leverantörerna bedriver ska syfta till social och yrkesmässig integration. Det tidigare kravet att majoriteten av de berörda arbetstagarna inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor har i de nya direktiven minskats till att omfatta 30 procent av arbetstagarna.

En nyhet i LOU-direktivet och LUF-direktivet är möjligheten för medlemsstaterna att föreskriva att upphandlande myndigheter eller enheter får reservera rätten att delta i en upphandling som rör vissa hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster till organisationer som har till syfte att tillhandahålla sådana tjänster. Bestämmelserna gäller under förutsättning att vinsterna återinvesteras eller att vinstutdelning eller omfördelning sker på grundval av deltagande. Vidare ska organisationens lednings- och ägarstruktur grundas på personalens ägande eller deltagande eller kräva ett aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter. Bestämmelserna gäller endast om organisationen under de senaste tre åren inte har tilldelats något kontrakt av den upphandlande myndigheten eller enheten avseende den aktuella tjänsten. Den maximala löptiden för kontraktet får inte heller överstiga tre år.

I LOU-direktivet och LUF-direktivet införs regler om ändring av kontrakt under löptiden och uppsägning av kontrakt). Bestämmelserna om ändring av kontrakt reglerar när ett kontrakt eller ramavtal får ändras utan att ett nytt upphandlingsförfarande krävs. Enligt bestämmelserna om uppsägning av kontrakt ska medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna och enheterna i vissa närmare angivna fall – och enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt – ska ha rätt att säga upp ett offentligt kontrakt under dess löptid.

Bestämmelser om styrning

En nyhet i direktiven är bestämmelserna om styrning, som bl.a. ålägger medlemsstaterna en skyldighet att se till att tillämpningen av upphandlingsreglerna övervakas och att säkerställa att information, vägledning och stöd finns tillgängligt för upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer. Vidare finns bestämmelser om skyldigheten att skicka en övervakningsrapport och en statistiskrapport till kommissionen vart tredje år samt att utse en kontaktpunkt för samarbete med kommissionen när det gäller tillämpningen av lagstiftningen. Utöver detta finns bestämmelser om individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt och om administrativt samarbete mellan medlemsstaterna.

4.4.2 Direktivet om tilldelning av koncessioner

Bakgrund

LUK-direktivet är, som framgått, ett helt nytt direktiv. I direktivet regleras byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Med byggkoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja anläggningen. Med tjänstekoncession avses på motsvarande sätt ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänster.

Bestämmelser om byggkoncessioner finns i 2004 års LOU-direktiv, medan tjänstekoncessioner undantas från tillämpningsområdet för båda direktiven. Enligt EU-domstolens praxis omfattas emellertid tilldelningen av tjänstekoncessioner som har ett gränsöverskridande intresse av EUF-fördraget, särskilt principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som härrör från dessa, såsom likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

Bakgrunden till LUK-direktivet är att avsaknaden av tydliga regler på unionsnivå för tilldelning av koncessioner ansetts ge upphov till rättsosäkerhet samt skapa hinder för ett fritt tillhandahållande av tjänster och orsaka snedvridningar i den inre marknadens funktion. Direktivet syftar till att genom en lämplig, balanserad och flexibel rättslig ram för tilldelning av koncessioner garantera, ett effektivt och icke-diskriminerande marknadstillträde för alla leverantörer och till att skapa rättssäkerhet.

Avsikten har varit att bestämmelserna i LUK-direktivet ska vara entydiga och enkla samt att de ska återspegla koncessionernas särart i jämförelse med offentliga kontrakt. Direktivets struktur följer dock de båda andra upphandlingsdirektiven. Ett antal bestämmelser i LUK-direktivet har också motsvarigheter i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Så är fallet t.ex. med flertalet bestämmelser om undantag samt bestämmelser om blandade kontrakt, den allmänna principen om att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att leverantörer följer tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter och bestämmelser om annonsering. LUK-direktivet innehåller vidare bestämmelser som motsvarar LOU-direktivets och LUF-direktivets enklare och mer flexibla regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster samt om ändring och uppsägning av kontrakt.

En viktig skillnad mellan LUK-direktivet och de båda övriga direktiven är att LUK-direktivet inte innehåller några detaljerade förfaranderegler. I stället finns i LUK-direktivet ett antal bestämmelser som anger förfarandegarantier och som innebär att EUF-fördragets allmänna principer ska iakttas, se vidare nedan. De upphandlande myndigheterna och enheterna ges alltså stor frihet att själva organisera förfarandet för val av leverantör. Ett krav enligt direktivet är dock att upphandlingar och resultatet av dessa ska annonseras.

Tillämpningsområdet för LUK-direktivet

LUK-direktivet gäller vid tilldelning av byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner som görs av en upphandlande myndighet eller av en upphandlande enhet. Med en byggkoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot utförande av byggtreprenad till en eller flera ekonomiska aktörer och där ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Med en tjänstekoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggtreprenad till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

I definitionen anges också, i enlighet med EU-domstolens praxis, att tilldelningen av en byggkoncession eller en tjänstekoncession innefattar att verksamhetsrisken överförs till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av koncessionen.

Direktivet ska tillämpas av upphandlande myndigheter och upphandlande enheter. Med upphandlande myndigheter avses statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ eller sammanslutningar av dessa. Med upphandlande enheter avses myndigheter, organ eller sammanslutningar som bedriver någon av de

verksamheter som anges i en bilaga till direktivet (bilaga II). Bilagan förtecknar i huvudsak motsvarande verksamheter som omfattas av LUF-direktivets tillämpningsområde, med undantag för vattenverksamhet, som är undantagen från LUK-direktivets tillämpningsområde. Även offentliga företag och andra enheter ska alltså som huvudregel betecknas som upphandlande enheter om de bedriver någon av verksamheterna i bilagan. En förutsättning när det gäller andra enheter är dock att de bedriver verksamheten på grundval av särskilda rättigheter eller ensamrätter.

Undantag från tillämpningsområdet

LUK-direktivet innehåller ett antal undantag. Ett flertal av dessa motsvaras av undantag i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Som exempel på undantag som endast finns i LUK-direktivet eller som skiljer sig från motsvarande undantag i LOU-direktivet och LUF-direktivet kan nämnas undantaget för koncessioner som avser försvars- och säkerhetsområdet, tjänstekoncessioner för lotteritjänster och koncessioner som avser viss vattenverksamhet.

I direktivet undantas också under vissa angivna förutsättningar koncessioner som tilldelas s.k. anknutna företag eller samriskföretag. Vidare innehåller direktivet undantag för koncessioner som tilldelas mellan enheter i den offentliga sektorn. Även dessa artiklar har motsvarighet i LOU-direktivet eller i LUF-direktivet.

Koncessioner ska vara tidsbegränsade

Direktivet innehåller bestämmelser som reglerar koncessioners löptid. Av bestämmelserna framgår att koncessioner ska vara tidsbegränsade. Om koncessionen varar längre än 5 år får den maximala varaktigheten inte överstiga den tid som rimligen kan förväntas passera för att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka gjorda investeringar, tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.

Blandade kontrakt

I likhet med LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller LUK-direktivet bestämmelser om blandade kontrakt. Bestämmelserna är uppbyggda på samma sätt i samtliga direktiv.

Bestämmelser om tilldelning och utförande av koncessioner

LUK-direktivet innehåller bestämmelser med ett antal allmänna principer. En princip är att upphandlande myndigheter eller enheter ska vara fria att organisera förfarandet för val av koncessionshavare förutsatt att direktivet följs. Utformningen av förfarandet ska följa principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet. I direktivet finns också motsvarande bestämmelser som i de båda andra direktiven om att medlemsstaterna ska säkerställa att leverantörer vid fullgörandet av koncessionskontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Vidare finns bestämmelser om förfarandegarantier, som reglerar bl.a. tekniska krav och funktionskrav,

Prop. 2015/16:195 urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande samt tilldelningskriterier.

Direktiven innehåller också bestämmelser om utförandet av koncessionskontrakt. Bestämmelserna innefattar regler om anlitande av underleverantörer samt ändring och avslutande av koncessioner och har alla motsvarigheter i de båda andra direktiven.

Rättsmedel och tillsyn

Genom LUK-direktivet ändras första och andra rättsmedeldirektiven i deras lydelse enligt ändringsdirektivet så att rättsmedel görs tillgängliga även på tilldelning av koncessionskontrakt.

För att säkerställa ett korrekt och effektivt genomförande ska medlemsstaterna se till att tillämpningen av reglerna om tilldelning av koncessionskontrakt övervakas och säkerställa att information och vägledning om tolkning och tillämpning om unionsrätten finns tillgänglig. Bestämmelser om detta finns också i LOU-direktivet och LUF-direktivet, men är i LUK-direktivet mindre detaljerade och mindre omfattande.

5 Ny lagstiftning på upphandlingsområdet

5.1 Utgångspunkter för genomförandet

Ett EU-direktiv är bindande för varje medlemsstat med avseende på det resultat som ska uppnås, men det är upp till medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet (artikel 288 tredje stycket i EUF-fördraget). Detta innebär att medlemsstaterna inte är bundna t.ex. av sådant som ett direktivs terminologi och systematik, om det avsedda syftet med direktivet ändå kan uppnås. Frågan är mot denna bakgrund vilken metod för genomförandet som bör väljas.

Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv föreslog regeringen att lagarna skulle genomföras i nära anslutning till direktiven. Ett av skälen till detta var att den lagstiftningsteknik som valts vid genomförandet av de föregående direktiven medfört synpunkter från dåvarande EG-kommissionen som föranlett åtskilliga justeringar i 1992 års LOU i syfte att förbättra överensstämmelsen med direktivet och att förtydliga lagtexten (se prop. 1996/97:153). Lagrådet ansåg att en sådan lagstiftningsteknik inte generellt kunde godtas och framhöll bl.a. att det var högst otillfredsställande att på detta sätt föra vidare tolkningsproblem till den nationella lagstiftningen och därmed till de många som ska tillämpa bestämmelserna (prop. 2006/07:128 del 1 s. 595). Till följd av Lagrådets synpunkter och genom redaktionella ändringar gjordes i förhållande till lagrådsremissen avsevärda förändringar i propositionens förslag till lagtext i syfte att undvika tillämpningssvårigheter. I stora delar utformades dock det svenska regelverket i nära anslutning till direktiven (prop. 2006/07:128 del 1 s. 140).

I det lagstiftningsärende som behandlade genomförandet av rättsmedelsdirektiven konstaterade Lagrådet att tekniken att genomföra direktiv genom bestämmelser som till sin utformning nära ansluter till den direktivbestämmelse som förslagen bygger på hade ifrågasatts i flera lagstiftningsärenden. Enligt Lagrådet fick emellertid en sådan lagstiftningsteknik numera anses vedertagen. Lagrådet underströk dock att tekniken förutsätter att lagstiftaren genom olika exempel närmare utvecklar sin syn på de oklarheter som kan föreligga samt undersöker hur oklarheterna hanterats i andra medlemsstater och inte minst i EU-domstolens avgöranden (prop. 2009/10:180 del 2 s. 502 f.).

Det kan konstateras att även på andra områden än på upphandlingsområdet har utgångspunkten för genomförandet av EU-direktiv varit att den svenska lagstiftningen ska utformas så direktivnära som möjligt (se t.ex. prop. 2006/07:115 s. 276, prop. 2007/08:115 s. 56 f., prop. 2008/09:155 s. 86 och prop. 2012/13:155 s. 186 f.).

Genomförandeutredningen har – med hänvisning bl.a. till de tidigare lagstiftningsärendena på upphandlingsområdet – bedömt att ett direktivnära genomförande får anses vara en sedan flera år tillbaka vedertagen metod för att genomföra direktiv. Utredningens slutsats är att det inte finns anledning att nu sträva efter att åstadkomma något förtydligande av texter, ord eller begrepp som utredningen uppmärksammar. För att i någon mån underlätta för den kommande tillämpningen av reglerna har dock utredningen eftersträvat att där det är befogat peka på vilka tolkningsproblem som uppstått och också ange anledningen till de val som gjorts. På några områden har utredningen vidare sett sig föranlåten att på grund av vägande skäl frångå den vedertagna lagstiftningstekniken (SOU 2014:51 s. 23).

Även i departementspromemorian och lagrådsremissen har utgångspunkten varit att den svenska ordalydelsen av en föreskrift som bygger på en motsvarande bestämmelse i ett direktiv ska utformas så direktivnära som möjligt.

Att ett direktivnära genomförande valts innebär självfallet inte att bestämmelser i direktiven utan någon närmare bearbetning förts in i förslagen till nya lagar. I flertalet bestämmelser i lagrådsremissens lagförslag har språkliga och redaktionella ändringar gjorts i syfte att underlätta förståelsen för och tillgängligheten till regelverket samt för att anpassa bestämmelserna till svensk lagstiftningsteknik. Även om ordalydelsen av direktivens bestämmelser varit den viktigaste faktorn vid tolkningen av innebörden, har denna tolkning i många fall kompletterats med en analys av bestämmelsernas syfte, t.ex. i ljuset av anknytande skältexter eller av vad som framkommit under direktivförhandlingarna. Denna tolkning har i vissa fall fått direkt betydelse för utformningen av lagförslagen och i andra fall medfört förtydliganden i författningskommentaren till aktuell bestämmelse eller utvecklats i övervägandena.

Lagrådet har, med hänvisning till kritik som Lagrådet framförde vid genomförandet av 2004 års direktiv, konstaterat att det är ett problem att direktiven innehåller oklarheter som förs vidare till den nationella lagstiftningen och har understrukit att bundenheten vid förebilderna inte kan tillåtas bli total. Lagrådet har anfört bl.a. att direktiven uppvisar brister av olika slag, såsom bestämmelser som är obegripliga, tvetydiga,

Prop. 2015/16:195 ofömuftiga eller som sinsemellan strider emot varandra. Lagrådet har vidare ansett att brister av nu angivna slag inte utan vidare bör godtas i den svenska lagstiftningen och att man i vissa fall kan komma till rätta med bristen genom att den svenska versionen av en direktivbestämmelse tolkas med stöd av andra språkversioner av direktivet och i andra fall genom att bestämmelser ges en rimlig innebörd efter vad som kan antas ha varit direktivförfattarnas avsikt. Enligt Lagrådet bör det inte komma i fråga att låta en oklarhet i direktivet stå kvar i den svenska lagen. Lagrådet har mot denna bakgrund föreslagit lösningar som på vissa punkter avviker från direktiven eller gällande svensk lag.

Regeringen delar Lagrådets uppfattning att direktiven innehåller brister. I lagrådsremissens förslag har detta också, som nämnts ovan, i många fall medfört att de föreslagna bestämmelserna har förtydligats i förhållande till direktivens ordalydelse utifrån i första hand den svenska språkversionen, i andra hand den engelska – som var den språkversion som förhandlingarna utgick ifrån – men även i vissa fall utifrån andra språkversioner, utan att avkall därmed har gjorts från utgångspunkten att genomförandet ska vara så direktivnära som möjligt. I andra fall har oklarheter eller tvetydigheter kommenterats i författningskommentaren eller i övervägandena i syfte att ge vägledning. I några fall har detta dock inte bedömts möjligt. Ett skäl till det är att någon egentlig vägledning inte kan hämtas från direktiven. Ett annat skäl är att det med en så komplex och omfattande regelmassa i vissa fall är mycket svårt att bedöma vilka konsekvenser ett avsteg från ett direktivnära genomförande skulle få för genomförandet av andra bestämmelser i direktiven och därmed också för frågan om Sverige kan anses ha genomfört direktiven på ett korrekt sätt. Ett problem med för stora avvikelser från grundläggande begreppsbildning och terminologi är också att direktiven kompletteras med kommissionens direkt tillämpliga genomförandeförordningar som hänvisar till de begrepp och den terminologi som används i direktiven.

Ett ytterligare skäl som talar för ett direktivnära genomförande är att det övergripande syftet med direktiven är att samordna de nationella upphandlingsförfarandena hos EU:s medlemsstater för att se till att fördragets principer, särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens (se skäl 1 i LOU-direktivet, skäl 2 i LUF-direktivet och skäl 4 i LUK-direktivet). Att avvika allt för mycket från direktivens ordalydelse riskerar enligt regeringens bedömning att leda till svårigheter och tolkningsproblem vid gränsöverskridande situationer, såväl för upphandlande myndigheter och enheter som för leverantörer.

Enligt regeringens mening finns det mot bakgrund av vad som anförts starka skäl som talar för att inte nu göra avsteg från den lagstiftningsteknik som använts vid tidigare direktivgenomföranden, inte minst på upphandlingsområdet. Fördelarna med ett sådant genomförande överväger de nackdelar det innebär att oklarheter i direktiven i vissa fall avspeglar sig i den svenska lagstiftningen och därmed måste överlämnas till rättstillämpningen. Det kan vidare konstateras att oavsett vilken teknik som väljs för genomförandet, är det med en lagstiftning av detta slag förenat med stora svårigheter att utforma bestämmelser så att inte

tolkningsfrågor eller gränsdragningsproblem kan uppkomma (jfr Lagrådets uttalande i prop. 2006/07:115 del 2 s. 448). Enligt regeringens mening är det därmed också ofrånkomligt att vissa frågor måste överlämnas till rättstillämpningen.

Sammantaget anser regeringen att utgångspunkten för genomförandet bör vara att lagstiftningen både i sak och terminologiskt bör utformas så direktivnära som möjligt. I de fall det är särskilt motiverat och det, med beaktande av vad som anförts ovan, finns förutsättningar för det har avsteg från denna princip gjorts. Exempel på detta är genomförandet av artikel 72 i LOU-direktivet om ändring av kontrakt, som trots att detta i vissa delar inte framgår av direktivbestämmelserna ansetts omfatta också ramavtal (se avsnitt 26.4.1). Ytterligare exempel är genomförandet av undantagen i artikel 22 i LOU-direktivet från kravet på elektronisk kommunikation (se avsnitt 20.1) och av bestämmelserna om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten (avsnitt 18.1.3) samt av bestämmelserna om vilka bevismedel som ska godtas (avsnitt 24.1.2).

5.2 Upphandlingsrättens förhållande till civilrätten

Lagrådet har, med utgångspunkt i ett resonemang om förhållandet mellan upphandlingsrätten och civilrätten, riktat särskild kritik mot konsekvenserna av ett direktivnära genomförande när det gäller vissa grundläggande upphandlingsrättsliga begrepp och termer. Bland annat ifrågasätts att det i upphandlingsrätten har utbildats ett särskilt system av begrepp och termer som avviker från vissa allmänna civilrättsliga uttryck, trots att det i grunden handlar om att tillämpa civilrätten. *Lagrådet* anser att detta försvårar tillämpningen och medför uppenbara risker för missförstånd. Att detta är en konsekvens av det synsätt som genomsyrar EU-direktiven utgör enligt *Lagrådets* mening inte något hinder mot att den svenska lagstiftningen utformas på ett sätt som stämmer överens med lagstiftningen i övrigt. *Lagrådet* har mot denna bakgrund föreslagit genomgående förändringar i lagförslagets begreppsbyggnad och terminologi. Framst gäller det begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt. *Lagrådet* har vidare riktat kritik mot att begreppet kontrakt används i flera olika betydelser i lagarna, i vissa fall för att beteckna upphandlingsprocessen som sådan, i andra fall för att beteckna vilken typ av anskaffning som avses och i ytterligare andra fall för att beteckna det avtal som ingås mellan å ena sidan en upphandlande myndighet eller enhet och å andra sidan en leverantör. *Lagrådet* har föreslagit att begreppen kontrakt och tilldelning av kontrakt helt utmönstras ur lagarna och i stället i huvudsak ersätts med avtal eller upphandling respektive beslut att anta anbud.

Regeringen delar inte *Lagrådets* synsätt att upphandlingsrätten i grunden handlar om att tillämpa civilrätten. Det är enligt regeringen tydligt att avsikten med direktiven inte är att reglera civilrättsliga förhållanden, utan att fastställa regler för förfarandet vid upphandlande myndigheters och enheters inköp (se artikel 1 i LOU-direktivet och LUF-direktivet). Regleringen ger alltså handlingsregler för myndigheter och enheter som de ska följa vid anskaffningen av varor, tjänster eller

Prop. 2015/16:195 byggtreprenader. Regeringen instämmer dock i att det finns ofrånkomliga kopplingar mellan civilrätten och upphandlingsrätten, som genom de nya direktiven även stärkts, t.ex. genom bestämmelser om uppsägning av kontrakt. Regeringen kan inte heller annat än att instämma i att det finns särskilda brister i direktiven när det gäller hur de begrepp och termer som Lagrådet särskilt har pekat på används. Som Lagrådet även har anmärkt används begreppen i olika betydelser och utan enhetlighet och stringens, vilket inte bara gäller 2014 års direktiv utan också 2004 års direktiv. Frågan är om dessa omständigheter nu motiverar sådana genomgripande förändringar av en sedan länge inarbetad och etablerad terminologi som Lagrådet har föreslagit. Denna fråga behandlas nedan, se avsnitt 6.1.2.

5.3 LOU- och LUF-direktiven genomförs genom två upphandlingslagar

Regeringens förslag: LOU-direktivet och LUF-direktivet genomförs genom två nya lagar som ska ersätta LOU och LUF.

De nya lagarna ska ha samma struktur som LOU och LUF, dvs. följa upphandlingsprocessens kronologi med väsentligen samma kapitelindelning. De ska benämnas lagen om offentlig upphandling respektive lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock en delvis annorlunda struktur av de inledande bestämmelserna.

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker förslaget eller har inget att invända.

Skälen för regeringens förslag

Två nya separata lagar ersätter LOU och LUF

LOU- och LUF-direktiven är omarbetningar av 2004 års båda direktiv och innebär att två nya direktiv antagits. Direktiven innehåller, förutom anpassningar och uppdateringar av det befintliga regelverket, flertalet nya bestämmelser. Det bedöms därför som lämpligast att ersätta nuvarande LOU och LUF med ny lagstiftning framför alternativet att genomföra direktiven inom ramen för de nuvarande lagarna. Vidare får det anses vara av värde från tillämpningssynpunkt att den nuvarande systematiken med två lagar behålls.

De nya lagarna ska ha samma struktur och väsentligen samma kapitelindelning som LOU och LUF

LOU och LUF är uppbyggda så att de följer upphandlingsprocessens kronologi. Det har inte framkommit att det finns särskilda tillämpningsproblem knutna till de nuvarande lagarnas struktur. De lagar som ersätter LOU och LUF bör därför bygga på samma struktur och ha i huvudsak samma kapitelindelning.

Lagrådet har föreslagit en något annorlunda struktur på inledningen av lagarna och har också föreslagit paragrafer tidigt i lagarna som övergripande anger tillämpningsområdet, förhållandet till övriga upphandlingslagar och tröskelvärdenas betydelse för vilka regler i respektive lag som är tillämpliga.

Nuvarande LOU och LUF inleds båda med en innehållsförteckning till lagen. Detta är enligt regeringen en naturlig placering, som bör följas även i de nya lagarna. Regeringen delar dock *Lagrådets* bedömning att det därefter i respektive lag bör följa en bestämmelse som övergripande anger lagarnas tillämpningsområde. Den närmare utformningen av bestämmelserna i respektive lag behandlas nedan, se avsnitt 6.1.2.

Lagrådet har vidare föreslagit att det av följande paragraf i respektive lag ska framgå att lagen inte gäller när någon av de övriga lagarna på upphandlingsområdet är tillämplig. Enligt regeringens mening riskerar emellertid en sådan undantagsbestämmelse att bli missvisande, särskilt med hänsyn till att det vid sidan av en sådan bestämmelse också kommer att krävas särskilda undantagsbestämmelser med avseende på de andra lagarna. Regeringen anser att det är lämpligare med en upplysningsbestämmelse, motsvarande den i 1 kap. 3 § LUF och 1 kap. 3 § LUF, som tydliggör att det finns andra lagar om upphandling som kan behöva beaktas. Därutöver bör, på sätt som föreslagits i promemorian, kapitlet med undantag från tillämpningsområdet i respektive lag innehålla särskilda undantagsbestämmelser för sådan upphandling som omfattas av andra lagar. Regeringen delar *Lagrådets* bedömning att det därefter i vardera lagen bör följa en paragraf om tröskelvärdenas betydelse för vilka bestämmelser i lagen som är tillämpliga.

I konsekvens med *Lagrådets* synpunkter om dispositionen av inledningen av lagen har ytterligare två paragrafer i förslaget till lag om offentlig upphandling placerats i 1 kap. Det rör sig dels om bestämmelser som avser upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster, dels om bestämmelser som avser kontrakt som subventioneras till mer än hälften av en upphandlande myndighet. Den förstnämnda paragrafen har också motsvarigheter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och den nya lagen om upphandling av koncessioner. Paragraferna kan närmast sägas avse tillämpningsområdet för lagarna och det framstår därför som naturligt att placera dem i lagarnas inledande kapitel tillsammans med övriga bestämmelser om detta.

Efter de inledande paragraferna bör bestämmelserna med definitioner av de begrepp som används i lagarna följa. Genom denna disposition samlas de bestämmelser som avser tillämpningsområdet i 1 kap. i de nya lagarna. I 2 kap. i respektive lag föreslås bestämmelser om blandad upphandling samt – i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna – även bestämmelser om de verksamheter som omfattas av lagarna.

I 3 kap. föreslås bestämmelser om undantag från lagarnas tillämpningsområde och i 4 kap. samlas vissa allmänna bestämmelser. I övrigt föreslås lagarna i huvudsak följa strukturen för nuvarande LOU och LUF. Till skillnad från nuvarande LOU har dock kapitlet om byggkoncessioner (13 kap.), som genom de nya lagarna i stället regleras i

Prop. 2015/16:195 lagen om upphandling av koncessioner, utgått och två kapitel tillkommit med bestämmelser dels om s.k. egen försäkran och utredning om leverantörer (15 kap.), dels om fullgörande av kontrakt (17 kap.). Även i LUF tillkommer ett kapitel om fullgörande av kontrakt (16 kap.). Att antalet kapitel i lagarna ökar innebär att bestämmelserna om upphandling som inte styrs av direktiven eller som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 till lagarna, dvs. motsvarande 15 kap. i nuvarande LOU och LUF, i stället föreslås i 19 kap. i respektive lag. I de därefter följande kapitlen föreslås bestämmelser om bl.a. överprövning av upphandlingar och om upphandlingsskadeavgift, som genomför rättsmedelsdirektiven och som överförs i huvudsak oförändrade från 16 och 17 kap. LOU och LUF. Båda lagarna avslutas med ett kapitel om tillsyn som motsvarar 18 kap. i nuvarande LOU och LUF.

Lagrådet har ansett att regelsystemet i den del som gäller bestämmelser om annonsering är svåröverskådligt. Enligt Lagrådet är det inte lätt att se någon systematik i bestämmelsernas placering på olika ställen lagarna. Lagrådet anser vidare att bestämmelserna är svåra att hitta och att det finns en risk för att bestämmelser överlappar.

När det gäller direktivens bestämmelser om annonsering har regeringens strävan, som framgår av avsnitt 18, varit att inte tynga lagarna med sådana bestämmelser som lämpar sig bättre att genomföra i förordning. I de fall föreslagna bestämmelser om annonsering och information placerats i andra delar av lagarna än i de kapitel som särskilt behandlar dessa frågor är skälet i flertalet fall att den bakomliggande direktivregleringen är utformad på motsvarande sätt. Det kan, som utgångspunkt, antas att syftet med direktivens utformning i dessa fall har varit att det bedömts finnas ett särskilt behov av att i tydlighetssyfte lyfta fram en fråga om annonsering eller information i anslutning till den eller de materiella bestämmelser där frågan aktualiseras. Ett exempel på detta är bestämmelserna om annonsering vid tilldelning av kontrakt i delar (se artikel 46.2 i LOU-direktivet och 4 kap. 17 § i förslaget till lag om offentlig upphandling). Ett möjligt alternativ skulle i och för sig kunna vara att genomföra alla bestämmelser om annonsering och information samlat i lagarna. Enligt regeringens mening är det dock inte klart att detta skulle leda till ett mer överskådligt och lättillgängligt regelverk. I avsaknad av närmare förslag om vilka bestämmelser som borde struktureras om och hur detta borde ske anser regeringen därför inte att det finns tillräckliga skäl att överväga en annan struktur för dessa bestämmelser.

När det gäller den risk för överlappande bestämmelser som Lagrådet har lyft fram kan regeringen konstatera att en sådan överlappning främst torde förekomma mellan å ena sidan bestämmelser i direktiven och å andra sidan bestämmelser i kommissionens direkt tillämpliga genomförandeförordning med standardformulär för annonsering. Utgångspunkten vid genomgåendet har varit att sådana bestämmelser som omfattas av uppgiftsskyldigheten i standardformulären inte ska regleras i de nya lagarna. Det är också skälet till att regeringen, på Lagrådets inrådan, föreslagit att bestämmelser om att annonsen ska innehålla uppgifter om att en upphandling ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade kontrakt, inte ska genomföras i lagarna. Regeringen konstaterar emellertid, vilket också Lagrådet har gjort, att det

förekommer uppgiftsskyldigheter som är så centrala för upphandlingen att det kan ifrågasättas om dessa bör framgå inte bara av förordningen utan även av lagen. Ett exempel på en sådan uppgiftsskyldighet är den som rör grunderna för tilldelningen av kontraktet som regeringen, på Lagrådets inrådan, föreslår ska genomföras genom särskilda bestämmelser i lagarna, trots att denna skyldighet även framgår av standardformulären.

De nya lagarnas namn

Den lag som föreslås ersätta 2007 års lag om offentlig upphandling bör ges samma namn, dvs. lagen om offentlig upphandling. Den lag som föreslås ersätta 2007 års lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster bör få namnet lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Försörjningssektorerna bedöms som ett inarbetat begrepp. Regeringen gör därför bedömningen att det inte längre är nödvändigt att i lagens beteckning särskilt ange de verksamheter som omfattas.

Det är naturligt att de föreslagna lagarna framöver i tillämpningen kommer att förkortas LOU respektive LUF, på samma sätt som 2007 års lagar. I denna lagrådsremiss används emellertid dessa förkortningar enbart som beteckning för 2007 års lagar. För de föreslagna lagarna används de fullständiga namnen.

5.4 LUK-direktivet genomförs genom en separat lag

Regeringens förslag: LUK-direktivet genomförs genom en separat lag. Lagen ska ha samma struktur som de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Den ska benämnas lagen om upphandling av koncessioner.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I utredningen föreslås dock en annorlunda struktur på de inledande bestämmelserna.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig särskilt är positiva till förslagen. *Kriminalvården* tillstyrker att begreppet upphandling av koncessioner används i stället för direktivets tilldelning av koncessioner. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att det är ändamålsenligt att ha en särskild lag för upphandling av koncessioner.

Skälen för regeringens förslag

En separat lag

LUK-direktivet är, som framgått, ett nytt direktiv inom upphandlingsområdet som gäller förfarandet vid tilldelning av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. Upphandling av byggkoncessioner, som tidigare reglerades i 2004 års LOU-direktiv, regleras numera endast i LUK-direktivet.

Prop. 2015/16:195 *Lagrådet* har ifrågasatt behovet av att genomföra LUK-direktivet i en separat lag. Lagrådet har hänvisat till den ytterligare vidlyftighet som en särskild lag bidrar till och till att det hittills varit möjligt att reglera koncessioner inom ramen för offentlig upphandling.

Regeringen konstaterar att det i och för sig skulle minska omfattningen av regelverket i stort om LUK-direktivet genomfördes genom bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling. Samtidigt skulle ett sådant genomförande bidra till att omfattningen av den lagen med nödvändighet ökade. Eftersom den stora majoriteten av de upphandlingar som sker avser annat än koncessioner får detta ses som en nackdel för flertalet av dem som ska tillämpa den nya lagen om offentlig upphandling. Nuvarande bestämmelser om upphandling av byggkoncessioner gäller, som framgått ovan, endast för upphandlande myndigheter och inte för upphandlande enheter. Redan av det skälet att bestämmelserna om upphandling av koncessioner i LUK-direktivet gäller både upphandlande myndigheter och enheter kan lämpligheten i att enbart reglera upphandling av koncessioner i lagen om offentlig upphandling ifrågasättas. Vidare konstaterar regeringen, i likhet med Genomförandeutredningen, att det numera är en vedertagen lagstiftningsteknik på upphandlingsområdet att genomföra en självständig EU-rättsakt genom en särskild lag. Sammantaget anser regeringen att fördelarna med att genomföra LUK-direktivets bestämmelser genom en separat lag överväger de nackdelar som finns med denna lösning.

Som nämnts ovan finns ett flertal likheter med upphandlingsregleringen på området för offentlig upphandling och för försörjningssektorerna. Lagens struktur bör därför i huvudsak motsvara den som följer av de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Som framgått ovan föreslår regeringen, med beaktande av Lagrådets synpunkter, att en bestämmelse bör införas i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna som upplyser om de andra lagarna på upphandlingsområdet. En motsvarande bestämmelse bör också införas i lagen om upphandling av koncessioner. Lagen bör vidare inledningsvis innehålla motsvarande bestämmelse som de båda andra lagarna när det gäller tröskelvärdenas betydelse för tillämpning av lagen.

Namnet på lagen

I LOU-direktivet används benämningen offentlig upphandling och i LUF-direktivet upphandling, medan det i LUK-direktivet i stället talas om tilldelning av koncessioner. En förklaring till denna skillnad kan vara att LUK-direktivet inte innehåller några regler för själva förfarandet utan endast s.k. förfarandegarantier. Också en tilldelning av en koncession kan emellertid sägas utgöra en anskaffning genom upphandling (jfr skäl 11 och artikel 1.1 i LUK-direktivet samt artikel 1.1 i LOU-direktivet och LUF-direktivet). Lagen bör därför ha en benämning som motsvarar övriga upphandlingslagar och benämnas lagen om upphandling av koncessioner.

Genomförandet av bestämmelser som inte är ändrade i sak

Eftersom LOU-direktivet och LUF-direktivet är omarbetningar av 2004 års direktiv är flera artiklar i huvudsak likalydande eller i vart fall oförändrade i sak. Utgångspunkten är att författningsbestämmelserna i dessa fall ska utformas med motsvarande bestämmelser i 2007 års lagar som förebild. Skälet till detta är att regeringen anser att det finns ett visst värde i att strukturen och utformningen av de bestämmelser som inte är ändrade i sak är densamma i de nya lagarna. Det finns emellertid flera fall där de nya direktiven inte är ändrade i sak men innebär förtydliganden. Sådana förtydliganden bör få genomslag i lagtexten. Vidare finns fall där direktiven visserligen måste bedömas vara oförändrade i sak men där lagtexten bör ändras i syfte att åstadkomma bättre överensstämmelse mellan den svenska lagstiftningen och direktiven. Även av detta skäl föreslås i några fall att lagbestämmelser ska utformas på ett annat sätt än motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. Utöver detta har ett antal redaktionella ändringar i förenklande syfte gjorts i förhållande till nuvarande LOU och LUF utan att någon ändring i sak varit avsedd.

Genomförandet av bestämmelser vars innehåll följer av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna

Vissa krav i direktivens artiklar följer redan av att de upphandlande myndigheterna och enheterna vid all upphandling är skyldiga att iakttä de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna (artikel 18.1 i LOU-direktivet, artikel 36.1 i LUF-direktivet och artikel 3.1 i LUK-direktivet). När sådana krav bedöms genomförda redan genom genomförandet av de allmänna principerna föreslås de inte genomföras särskilt i lagarna. Några remissinstanser framför dock att när exempelvis ett proportionalitetskrav anges särskilt i en direktivbestämmelse, bör utgångspunkten vara att kravet också ska tas in i den motsvarande författningsbestämmelsen. Regeringen anser dock som utgångspunkt att så bör ske bara när kravet är kvalificerat i den meningen att det går utöver vad den upphandlande myndigheten eller enheten har iakttä redan till följd av den allmänna principbestämmelsen. Frågan om det finns skäl att genomföra sådana bestämmelser särskilt eller inte behandlas i anslutning till varje artikel där en sådan bestämmelse aktualiseras.

Det ska dock i sammanhanget nämnas att *Lagrådet*, i anslutning till frågan om proportionalitetsprincipens tillämpning i samband med uteslutning av en leverantör, har ansett att det finns anledning att under den fortsatta beredningen överväga att genomföra direktiven i de delar där de preciserar vad som uppenbarligen har ansetts motsvara kraven på proportionalitet. Denna fråga behandlas i avsnitt 22.1.4.

Artiklar med exemplifierande uppräknings

Flera artiklar i direktiven innehåller exemplifierande uppräknings. Regeringen anser, vilket *Lagrådet* inte har haft något att invända emot, att sådana uppräknings som utgångspunkt inte bör ingå i

Prop. 2015/16:195 författningstexten. För det fall exemplen inte genomförts i lagtexten har de dock som regel nämnts i övervägandena eller i författningskommentaren till aktuell bestämmelse.

Övriga lagtekniska frågor

Lagrådet har ifrågasatt den lagtekniska utformningen av vissa typer av bestämmelser såväl i direktiven som i lagförslagen. Lagrådet har bl.a. noterat bestämmelser som ålägger upphandlande myndigheter eller andra att vidta åtgärder men där det inte föreskrivs någon påföljd för den händelse åliggandet inte efterföljs. Lagrådet har ansett att sådana bestämmelser bör undvikas i lag, men har inte generellt motsatt sig dem när de är utformade i enlighet med direktivens bestämmelser.

Regeringen vill framhålla att varje åtgärd som en myndighet eller enhet vidtar i samband med upphandling och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för överprövning (se EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5). Detta gäller också underlåtenhet att vidta sådana åtgärder som följer av skyldigheter i lagstiftningen. Att en myndighet eller enhet inte följer de skyldigheter som föreskrivs i lagstiftningen kan alltså leda till att upphandlingen måste göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett. Med dessa grundläggande utgångspunkter för regelverket framstår det enligt regeringens mening som förklarligt att direktiven inte innehåller särskilda påföljder för myndigheterna och enheterna i anslutning till de många skyldigheter som åvilar dem enligt direktiven. På motsvarande sätt får som huvudregel anses gälla att den leverantör som inte följer skyldigheterna i upphandlingen riskerar att inte längre få delta i förfarandet och ytterst att få sitt anbud förkastat. Mot denna bakgrund anser regeringen, i likhet med Lagrådet, att det inte finns anledning att generellt frånga direktivens utformning när det gäller bestämmelser av det aktuella slaget.

När det gäller vissa av de föreslagna bestämmelserna har Lagrådet särskilt preciserat sina synpunkter i denna fråga. Synpunkterna behandlas i anslutning till behandlingen av de aktuella bestämmelserna, se bl.a. avsnitten 26.2.5, 26.5 och 31.2 .

De övriga lagtekniska frågor som Lagrådet har framhållit behandlas i anslutning till de bestämmelser som aktualiserat de synpunkter Lagrådets framfört, se t.ex. avsnitt 10.5, 16.1.3, 18.1.4 och 23.1.1 samt författningskommentaren.

5.6 Bilagor till lagarna

Regeringens förslag: Var och en av de nya lagarna ska ha en bilaga med en förteckning över byggtreprenadkontrakt. Vidare ska var och en av de tre lagarna ha en bilaga som innehåller en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Utredningens och promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med 2004 års direktiv innehåller de tre nya direktiven bilagor med en förteckning över byggentreprenadkontrakt som anger olika byggverksamheter och CPV-kod för respektive verksamhet (bilaga II till LOU-direktivet och bilaga I till LUF-direktivet respektive LUK-direktivet). Bilagorna är kopplade till direktivens definition av byggentreprenadkontrakt. Nuvarande LOU och LUF har motsvarande bilagor med förteckningar. *Lagrådet* har ifrågasatt denna lagstiftningsteknik och konstaterat att informationen inte förefaller vara mer omfattande än att den kan tas in i paragrafer i lagen. Regeringen anser dock att det inte finns anledning att ändra på den rådande ordningen och föreslår därför att det till var och en av de nya lagarna fogas en bilaga som innehåller en förteckning över byggentreprenadkontrakt. Vilka uppgifter som ska framgå av de aktuella bilagorna, och särskilt om CPV-koder bör framgå, behandlas i avsnitt 10.7.

I samtliga tre nya direktiv finns en bilaga med en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Bilagan anger de tjänster för vilka direktivens enklare regler för upphandling gäller (bilaga XIV till LOU-direktivet, bilaga XVII till LUF-direktivet och bilaga IV till LUK-direktivet). Utöver benämningen på tjänsterna framgår också CPV-koder för dessa. I nuvarande LOU och LUF finns en liknande förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) i en bilaga (bilaga 3) till respektive lag. *Lagrådet* har förordat att även förteckningen i denna bilaga genomförs i lagtext. Regeringen anser emellertid att bilagan bör genomföras på motsvarande sätt som i 2004 års lagar, dvs. som en bilaga till respektive lag. När det gäller den närmare utformningen av bilagan och den särskilda frågan om de aktuella bilagorna även bör innehålla en hänvisning till aktuella CPV-koder hänvisas till avsnitt 10.7.

Utöver nämnda bilagor föreslås också i avsnitt 17.1.1 att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna var och en ska ha en bilaga med definitioner av vissa tekniska specifikationer. Därutöver föreslås i avsnitt 6.3 att lagen om upphandling av koncessioner ska ha en bilaga där det framgår vilka verksamheter som omfattas av lagen.

5.7 Artiklar av administrativ karaktär genomförs inte

Regeringens bedömning: Artiklar med bestämmelser som inte är av den karaktären att de bör genomföras i medlemsstaternas lagstiftning ska inte införas i de nya lagarna.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans framför någon invändning.

Skälen för regeringens bedömning: Direktiven innehåller artiklar med bestämmelser som inte är av den karaktären att deras innehåll ska genomföras i medlemsstaternas nationella upphandlingslagstiftning. Det gäller t.ex. artiklar med bestämmelser som ger kommissionen rätt att meddela s.k. delegerade akter och artiklar med bestämmelser rörande

5.8 Kommissionens genomförandeåtgärder

I direktiven finns ett antal bestämmelser som ger kommissionen befogenhet att anta s.k. genomförandeakter. Ett sådant exempel är fastställande av standardformulär för annonsering, ett annat är standardformuläret benämnt det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. Kommissionen har meddelat båda dessa förordningar, se kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 samt kommissionens genomförandeförordning (EU) 2016/7 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. Förordningarna gäller direkt och ska tillämpas av upphandlande myndigheter och enheter. De bestämmelser som omfattas av dessa förordningar genomförs därför som utgångspunkt inte i lagarna, se även ovan avsnitt 5.3.

5.9 Bestämmelser som genomförs genom förordning

Direktiven är, som *Lagrådet* konstaterat, omfattande och detaljerade. Vissa av bestämmelserna är dock av sådan karaktär att de enligt regeringens mening lämpligen bör genomföras i förordning. Främst gäller detta bestämmelser om annonsering om upphandling. Regeringen gör alltså, liksom i samband med genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv, bedömningen att vissa bestämmelser lämpligen bör genomföras genom förordning. Vilka bestämmelser som bör genomföras på detta sätt behandlas i övervägandena i anslutning till att den aktuella bestämmelsen behandlas.

5.10 Propositionens disposition

Överväganden

Övervägandena i propositionen är uppdelade i olika sakområden, som i huvudsak följer strukturen på de föreslagna nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller till stora delar likalydande eller i huvudsak likalydande bestämmelser varför genomförandet av bestämmelserna som regel behandlas gemensamt. Bestämmelser som har motsvarighet i nuvarande LOU och LUF och där direktiven inte ändrats i sak behandlas som regel mer översiktigt.

I anslutning till de olika sakområdena behandlas också bestämmelser i LUK-direktivet, som motsvaras av bestämmelser i de båda andra

direktiven. Sådana bestämmelser som inte har någon direkt motsvarighet i LOU-direktivet eller LUF-direktivet, behandlas i de avsnitt dessa sakligt sett närmast hör samman med.

För varje sakområde görs som utgångspunkt överväganden om i vilken utsträckning reglerna även bör gälla för upphandlingar som inte omfattas av direktiven eller endast delvis omfattas av direktiven. Motsvarande överväganden görs också beträffande bestämmelserna som föreslås genomföra LUK-direktivet.

På olika ställen i direktiven finns ett antal sekretessbestämmelser, som dels är generella, dels är kopplade till vissa specifika frågor. Samtliga sekretessfrågor är samlade i ett gemensamt avsnitt (avsnitt 21 Sekretess). Reglerna i LUF-direktivet om anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland och förhållandet till tredjeland (artiklarna 85 och 86), som helt saknar motsvarighet i LOU-direktivet, behandlas också i ett eget övervägandeavsnitt (avsnitt 29).

Flertalet av de föreslagna bestämmelserna har sin grund i förslag dels från Genomförandeutredningens betänkanden Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och En lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69), dels från departementspromemorian Nya regler om upphandling (2014:25). När i det följande anges utredningen avses därför, om inte annat särskilt anges eller tydligt framgår av sammanhanget, Genomförandeutredningen. På motsvarande sätt avses med promemorian den nyss nämnda departementspromemorian.

Författningskommentaren

Samtliga paragrafer i förslagen till nya lagar behandlas i författningskommentaren. De bestämmelser som genomför nya artiklar i LOU- och LUF-direktiven behandlas mer utförligt, medan sådana paragrafer som har motsvarighet i nuvarande LOU och LUF behandlas mer översiktligt. Bestämmelser i LOU och LUF som förts över i princip oförändrade till de nya lagarna kommenteras som regel inte. Beträffande kommentarer till dessa paragrafer hänvisas till tidigare förarbeten till respektive paragraf.

Samtliga bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner kommenteras också i författningskommentaren. De bestämmelser som motsvaras av bestämmelser i de nya lagarna om upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna behandlas dock endast kortfattat och med en hänvisning till motsvarande bestämmelser i LOU eller LUF.

Lagrådet har efterfrågat ett antal klagoranden och påpekat att sådana klagoranden kan göras genom författningskommentarer, men har samtidigt mycket riktigt framhållit att det är ett problem i sammanhanget att den svenska lagstiftaren endast har begränsade möjligheter att göra auktoritativa uttalanden om sådant som regleras i direktiven. Regeringen konstaterar alltså, i likhet med *Lagrådet*, att möjligheterna för regeringen att göra auktoritativa uttalanden i förarbetena är begränsade (jfr EU-domstolens dom i mål C-371/02 Björnekulla Fruktindustrier Aktiebolag mot Procordia Food Aktiebolag, ERS2002/182:3, särskilt p. 13). När det gäller praxis har det varit en strävan att, i den mån det finns relevant

6 Tillämpningsområde och definitioner

6.1 Tillämpningsområde för lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

LOU-direktivet och LUF-direktivet har väsentligen samma tillämpningsområden som 2004 års direktiv.

Till skillnad från 2004 års LOU-direktiv finns det i LOU-direktivet inte några bestämmelser om bygg- och tjänstekoncessioner. Upphandling av koncessioner regleras i stället i det nya LUK-direktivet.

6.1.1 Anskaffning som omfattas av lagarna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska, i likhet med LOU och LUF, gälla vid upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader samt vid projekttävlingar. Upphandling av koncessioner ska regleras i lagen om upphandling av koncessioner.

Den nya lagen om offentlig upphandling ska i likhet med LOU gälla sådan upphandling som en upphandlande myndighet genomför om inte anskaffningen är särskilt undantagen från lagens tillämpningsområde.

Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska i likhet med LUF gälla vid upphandling som genomförs av upphandlande enheter, dvs. särskilda subjekt som bedriver verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, för sådan verksamhet om inte anskaffningen är särskilt undantagen från lagens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med 2004 års direktiv omfattar 2014 års LOU- och LUF-direktiv anskaffningar av varor, tjänster och byggtreprenader. De nya direktiven saknar dock helt bestämmelser om koncessioner. Koncessioner regleras i stället i LUK-direktivet. I såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet finns bestämmelser om projekttävlingar. De nya lagarna bör därför, i likhet med 2007 års lagar, gälla vid upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader samt vid anordnande av projekttävlingar. Upphandling av koncessioner bör regleras i lagen om upphandling av koncessioner (se avsnitt 5.4 och 6.2). Någon motsvarighet till 1 kap. 12 § LOU, som avser tjänstekoncessioner, och 13 kap. LOU, som avser byggkoncessioner, föreslås därmed inte i den nya lagen om offentlig

upphandling. Inte heller föreslås bestämmelser som motsvarar 1 kap. 11 § LUF, som avser undantag för bygg- och tjänstekoncessioner, i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Den nya lagen om offentlig upphandling ska ersätta LOU och gäller varje anskaffning som en upphandlande myndighet gör om den inte omfattas av ett undantag i lagen. Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska ersätta LUF och gäller upphandling som genomförs av en upphandlande enhet som är verksam inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och är avsedd för utförandet av någon av de verksamheter som omfattas av lagen, om inte anskaffningen är särskilt undantagen (se avsnitt 6.3 om vilka verksamheter som omfattas).

Direktiven delar inte längre upp tjänster i A- och B-tjänster. Någon sådan uppdelning görs därmed inte heller i de nya lagarna. Däremot innehåller direktiven särskilda och enklare regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, som i tidigare direktiv betecknades som B-tjänster. Genomförandet av dessa bestämmelser behandlas i avsnitt 32.

Direktiven reglerar upphandlingar som uppgår till minst vissa tröskelvärden, se avsnitt 11. När det gäller upphandlingar som understiger tröskelvärdena anser regeringen, som framgår av avsnitt 31.1, att sådana upphandlingar, bör regleras i ett särskilt kapitel i de nya lagarna, på motsvarande sätt som i 15 kap. LOU och LUF. I enlighet med vad *Lagrådet* föreslagit bör det redan av en av de inledande bestämmelserna i 1 kap. i lagarna framgå vilken betydelse tröskelvärdena har för vilka regler i respektive lag som ska tillämpas. Lagrådet har föreslagit att bestämmelserna ska hänvisa till om värdet överstiger tröskelvärdena. För att tydliggöra att de direktivstyrda bestämmelserna ska tillämpas även i de fall värdet av en upphandling uppgår till de exakta tröskelvärdena bör bestämmelserna hänvisa till om värdet uppgår till minst tröskelvärdena.

6.1.2 Definitionen av upphandling och begreppet kontrakt

Regeringens förslag: Definitionen av upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla moment som är karakteristiska för upphandling och som ingår i LOU- och LUF-direktivens definition. Den ska härutöver innehålla moment som ingår i den nuvarande definitionen i LOU och LUF. Bestämmelsen ska placeras inledningsvis i lagen, tillsammans med en bestämmelse som övergripande anger tillämpningsområdet för lagen.

Regeringens bedömning: Definitionen av upphandling bör inte innehålla något moment som rör ingåendet av ett ramavtal.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock en delvis annan utformning och placering av definitionen av upphandling. I stället för en i huvudsak gemensam definition av upphandling för båda lagarna föreslås i

Prop. 2015/16:195 promemorian att offentlig upphandling ska definieras i lagen om offentlig upphandling, medan upphandling ska definieras i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Vidare görs i promemorian bedömningen att momentet ”åtgärder som vidtas i syfte att ingå ett ramavtal” bör ingå i definitionen.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans motsätter sig förslaget. Några remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* tar upp frågor om begreppet kontrakt, som rör dels om begreppet bör användas i lagarna eller om det bör ersättas med det vidare begreppet avtal, dels lämpligheten av att kontraktet ingår som ett moment i definitionen av upphandling. Konkurrensverket och Advokatfirman Delphi förordar att begreppet offentligt kontrakt används i den nya lagen om offentlig upphandling. *Sveriges advokatsamfund* framför att det inte förs något resonemang kring varför promemorian valt att använda och definiera begreppet kontrakt men inte begreppet offentligt kontrakt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Direktivens reglering och nuvarande lagar

I artikel 2.5 i LOU-direktivet definieras offentligt kontrakt som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera leverantörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster. Motsvarande definition i LUF-direktivet, som avser varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt finns i artikel 2.1.

I 2004 års direktiv definieras inte begreppet upphandling. I LOU och LUF finns dock en definition, som alltså är nationell. Enligt 2 kap. 13 § LOU förstås med offentlig upphandling de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Definitionen i LUF har motsvarande lydelse.

I artikel 1.2 i såväl LOU- som LUF-direktivet definieras begreppet upphandling. Artikel 1.2 i LOU-direktivet har följande lydelse.

Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.

Artikel 1.2 i LUF-direktivet är anpassad efter förhållandena inom försörjningssektorerna.

Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande enheters anskaffning genom varu-, byggtreprenad- eller tjänstekontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande enheter, förutsatt att byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för utövande av någon av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14.

Syftet med direktivets definition är inte att utvidga tillämpningsområdet utan att tydligare beskriva själva begreppet upphandling (se skäl 4 i LOU-direktivet). Direktivreglerna om upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar som görs i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader. Anskaffning bör förstås i vid mening och behöver t.ex. inte nödvändigtvis innebära att äganderätten överläts. Begreppet upphandling i LUF-direktivet ska så nära som möjligt stämma överens med det begrepp som tillämpas i LOU-direktivet, med beaktande av särdragen på de områden som omfattas av LUF-direktivet (se skäl 6 i LUF-direktivet).

En definition av upphandling bör tas in i de nya lagarna

De nya lagarna bör, i likhet med 2007 års lagar, innehålla en definition av begreppet upphandling. I lagrådsremissen föreslås att definitionen ska placeras i det kapitel som innehåller definitioner av begrepp i respektive lag, vilket också motsvarar placeringen i nuvarande LOU och LUF. Motsvarande placering har föreslagits av *Lagrådet*, som dock föreslår en annorlunda utformning av definitionen. Som framgår ovan, se avsnitt 5.1, delar regeringen Lagrådets bedömning att det är lämpligt med en bestämmelse tidigt i respektive lag som beskriver tillämpningsområdet för lagen. I stället för att dels ha en övergripande sådan bestämmelse om tillämpningsområdet och sedan längre fram i samma kapitel en definition av begreppet upphandling, framstår det enligt regeringens mening som ändamålsenligt att dessa bestämmelser placeras i en gemensam paragraf i inledningen av lagarna. En sådan utformning överensstämmer också med regleringen i direktiven, som behandlar definitionen av vad som avses med upphandling i artikel 1 om syfte och tillämpningsområde och alltså skiljt från andra definitioner. På detta sätt tydliggörs också att definitionen är av annorlunda karaktär och mer av en beskrivande definition, snarare än en legaldefinition i strikt mening.

Regeringen konstaterar att det, i enlighet med vad Lagrådet har föreslagit, är en fördel att alla tre lagarna innehåller en i huvudsak enhetlig definition av vad som avses med upphandling och regeringen instämmer därför i Lagrådets synpunkt att upphandling bör vara det särskilda begrepp som definieras i alla tre lagarna.

Begreppet kontrakt och dess betydelse för direktivens tillämpningsområde

Kontrakt är ett etablerat upphandlingsrättsligt begrepp som används genomgående i upphandlingsdirektiven. I likhet med tidigare direktiv används begreppet i 2014 års direktiv med delvis olika innebörd beroende på sammanhanget. Kontrakt i formell mening avser det normala sättet att avsluta en upphandling på. Av definitionen av kontrakt framgår bl.a. att det är ett skriftligt dokument med ekonomiska villkor som ingås mellan berörda parter. Kontraktet används även i bestämmelser som avgränsar direktivens tillämpningsområden eller anger undantag, t.ex. genom att det anges att direktiven inte ska tillämpas på kontrakt som avser vissa typer av anskaffning. Termen tilldelning av kontrakt beskriver vidare ett upphandlingsförfarande i allmän mening

Prop. 2015/16:195 men också sådana åtgärder som den upphandlande myndigheten eller enheten vidtar när den utvärderar inkomna anbud.

Genom EU-domstolens praxis är det klarlagt att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet, i samband med en upphandling av något som faller inom det materiella tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven, och som kan ha rättslig verkan, är ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning. När det gäller tidpunkten kan en upphandlande myndighets eller enhets beslut överprövas när myndigheten eller enheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kändedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser (se dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, se även Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 31).

I rättsmedelsdirektiven, i lydelse enligt ändringsdirektivet, finns bestämmelser om möjlighet att i vissa fall ogiltigförklara avtal som faller in under upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Avtal i rättsmedelsdirektivens mening inbegriper bl.a. kontrakt, ramavtal och dynamiska inköpssystem. Av direktiven framgår att följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning. Det är alltså fråga om en civilrättslig ogiltighet. Regeringen bedömde vid genomförandet att skiljelinjen i bestämmelsen om när överprövning av en upphandling inte längre får ske, mellan vad som är ett civilrättsligt giltigt avtal respektive ett kontrakt enligt LOU och LUF, inte behövde upprätthållas (prop. 2009/10:180 del I s. 136 f. och 172 f.). När det i upphandlingslagarnas bestämmelser om överprövning anges att överprövning av en upphandling inte får ske efter att avtal har slutits, avses alltså tidpunkten när ett civilrättsligt giltigt avtal föreligger. Efter att avtal har ingåtts, kan leverantören ansöka om ogiltigförklaring av avtalet.

Av avgörande betydelse för såväl skyldigheten att iaktta upphandlingsreglerna som möjligheterna till rättslig kontroll av en upphandling eller ett ingånget kontrakt är således att den vara, tjänst eller byggentreprenad som anskaffas materiellt faller in under upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Om upphandlingen ska eller har avslutats genom ett dokument som uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt enligt direktivens definition av kontrakt saknar däremot betydelse.

Begreppet kontrakt bör användas i lagarna

Ett antal remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, tar upp frågor som avser begreppet kontrakt och hur det används i lagarna. Frågorna rör dels allmänt om begreppet kontrakt bör användas eller om det bör ersättas med begreppet avtal, dels lämpligheten av att kontraktet ingår som ett moment i lagarnas definition av upphandling. Konkurrensverket framhåller att det vidare begreppet avtal tydliggör att upphandlingslagstiftningen inte kan kringgås genom att upphandlande myndigheter eller enheter underlåter att ingå avtal skriftligen. Verket anser att definitionen av upphandling bör förtydligas så att den beskrivna felaktiga tolkningen av regelverket undviks. Konkurrenskommissionen framhåller

att det enligt svensk rätt kan förekomma civilrättsligt bindande avtal som ingås muntligen eller konkludent mellan en upphandlande myndighet och en leverantör samt, i vissa fall, även rena bytesavtal utan skriftlig dokumentation. Dessa och liknande avtal riskerar vid en snäv tolkning av definitionen av upphandling enligt ordalydelsen att felaktigt hamna utanför lagens tillämpningsområde. Konkurrenskommissionen förordar att den mera neutrala samlingsbeteckningen avtal används i definitionen. Även Advokatfirman Delphi hänvisar till den svenska avtalsrätten och menar att det krav på skriftlighet som framgår av LOU- och LUF-direktivens kontraktsdefinition är olämpligt för den svenska rättsordningen och för en effektiv tillämpning av direktiven. Advokatfirman anför att definitionen av kontrakt saknar rättslig och faktisk betydelse för upphandlingslagarnas tillämpning och föreslår därför att begreppet kontrakt utmönstras ur definitionen och att begreppet offentligt kontrakt används i lagen i övrigt.

Som framgår av avsnitt 5.2 har även *Lagrådet* haft invändningar mot användningen av begreppet kontrakt och konstaterat att detta både till form och till innehåll begränsas i förhållande till vad som allmänt gäller inom civilrätten. Lagrådet har också riktat kritik mot att begreppet används i flera olika betydelser i lagarna. Lagrådet har föreslagit att begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt helt ska utmönstras ur lagarna.

Som en allmän utgångspunkt kan konstateras att definitionen av vad som utgör ett kontrakt i direktivens mening är en EU-rättslig fråga. Enligt EU-domstolens praxis är den rättsliga kvalificeringen av ett avtal i medlemsstaternas rätt inte relevant för att avgöra huruvida detta omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven (se EU-domstolens dom *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, särskilt p. 40, och dom *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06, EU:C:2007:815, särskilt p. 50). Det kan vidare konstateras att begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt förekommer i många olika sammanhang och på ett stort antal ställen såväl i 2004 års direktiv som i 2014 års direktiv.

Lagrådet har föreslagit en för upphandlingsrätten ny begreppsbyggnad som närmare knyter an till civilrättens terminologi och som leder till genomgående och grundläggande ändringar i flertalet bestämmelser i de förslagna lagarna och därmed betydande avvikelser från direktivens bestämmelser. Enligt regeringens bedömning är det, med hänsyn till direktivens omfattning och komplexitet, mycket svårt att avgöra vilka konsekvenser sådana genomgripande förändringar av terminologin kan komma att få. Redan av det skälet anser regeringen att det är tveksamt att i detta sammanhang föreslå så omfattande ändringar som Lagrådet föreslagit.

Även oavsett detta anser regeringen att betydelsen av att direktivens terminologi sedan länge är inarbetad och etablerad inte ska underskattas. Detsamma gäller fördelarna för tillämparna att grundläggande begreppsbyggnad i den nationella lagstiftningen nära ansluter till de begrepp som EU-domstolen använder vid tolkningen av direktiven. Det kan också konstateras att de negativa konsekvenser regeringen pekar på i avsnitt 5.1 med allt för stora avvikelser från direktivens terminologi blir särskilt påtagliga när det gäller begreppet kontrakt och termen tilldelning

Prop. 2015/16:195 av kontrakt, som förekommer i stor utsträckning i de standardformulär som upphandlande myndigheter och enheter är skyldiga att använda sig av vid annonsering av upphandlingar på EU-nivå. Dessa omständigheter talar enligt regeringens mening för att begreppet kontrakt och tilldelning av kontrakt bör användas i de nya lagarna och att de bör genomföras på ett sätt som nära ansluter till direktiven.

Sammantaget anser regeringen, trots den kritik som kan riktas mot hur begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt används i direktiven, att övervägande skäl talar för att som utgångspunkt använda dessa begrepp även i de nya lagarna. Med beaktande av vad Lagrådet har anfört kan regeringen emellertid konstatera att det finns anledning att särskilt överväga om större tydlighet kan åstadkommas i regleringen genom att begreppen används på ett mer enhetligt sätt i lagarna. I flera fall synes detta kunna åstadkommas genom att begreppen ersätts med begreppet upphandling. Denna fråga behandlas vidare nedan, se under rubriken Kontrakt bör i vissa fall ersättas med upphandling.

När det gäller utformningen av begreppet kontrakt har både Konkurrensverket och Advokatfirman Delphi förordat att begreppet offentligt kontrakt bör användas i stället. Det sistnämnda är också det begrepp som används i såväl 2004 års som 2014 års LOU-direktiv. Begreppet kontrakt infördes dock som en enhetlig beteckning för offentligt kontrakt och kontrakt på Lagrådets inrådan i samband med genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 295 och del 2 s. 597). Det finns enligt regeringens mening inte något skäl att nu ändra den bedömning som gjordes i det sammanhanget. Regeringen instämmer därmed i promemorians bedömning att begreppet kontrakt bör användas som enhetlig beteckning även i de nya lagarna. Någon skillnad i sak gentemot direktiven uppkommer inte genom detta.

Konkurrensverket anser vidare att orden ”skriftligt avtal” bör ersättas med ”avtal” i definitionen av kontrakt, för att tydliggöra att även avtal som inte är skriftliga kan omfattas av upphandlingslagstiftningen. Denna fråga hör nära samman med frågan om utformningen av definitionen av upphandling och behandlas därför nedan.

Den närmare utformningen av definitionen av kontrakt behandlas vidare i avsnitt 6.7.4. I samma avsnitt behandlas också definitionen av varu-, tjänste- och byggtreprenadkontrakt samt ramavtal närmare.

Den närmare utformningen av definitionen av upphandling

Regeringen anser att de moment som ingår i direktivens beskrivande definition och som är karakteristiska för upphandling som utgångspunkt bör tas in i lagarnas definition. Härutöver anser regeringen, i likhet med *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, att vissa moment i den nuvarande definitionen i LOU och LUF bör behållas. Det bör nämligen göras tydligt att det är fråga om upphandling i lagarnas mening så snart åtgärder vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att en anskaffning ska göras. Att upphandlande enheters upphandling måste vara avsedd för utförandet av någon av de verksamheter som omfattas av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna följer av att lagen är tillämplig endast vid sådan upphandling. Det behöver därför inte anges särskilt i definitionen.

I direktiven anges att med upphandling avses anskaffning genom ett kontrakt. Även definitionen av offentlig upphandling respektive upphandling i 2007 års LOU och LUF hänvisar till att det ska röra sig om åtgärder som vidtas i syfte att tilldela ett kontrakt. Det väcker frågan om kontraktet bör ingå i lagarnas definition av upphandling eller om detta riskerar att leda till en felaktig tolkning av lagarnas respektive tillämpningsområden.

Som redovisats ovan framför flera remissinstanser synpunkter på utformningen av definitionen av upphandling. Även *Lagrådet* har invänt mot definitionen och bl.a. anfört att på grund av den inskränkta betydelsen av termen kontrakt följer av definitionen att lagen inte är tillämplig om den upphandlande myndighetens avsikt är att ingå ett muntligt avtal. Detta kan enligt *Lagrådet* rimligen inte vara avsikten. Regeringen kan i och för sig instämma i att det kan ifrågasättas vilket berättigande skriftlighetskravet har som en del av definitionen av kontrakt. Det normala är dock att en upphandling, bl.a. för dokumentationens skull, avslutas med ett skriftligt avtal. Enligt regeringens mening bör definitionen, i likhet med hur den genomförts i nuvarande LOU och LUF, genomföras i nära anslutning till direktiven och därmed innehålla ett skriftlighetskrav. I sammanhanget kan nämnas att det i Danmark, Norge och Finland, som alla har avtalslagar med samma huvuddrag som Sveriges, har beslutats eller föreslagits definitioner som innehåller samma skriftlighetskrav som direktiven. Som Advokatfirman Lindahl noterat kan även avtal som inte uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt enligt lagarnas definition bli föremål för överprövning. Det avgörande för rätten till överprövning är alltså, som även konstaterats ovan, om det som anskaffas materiellt faller in under upphandlingslagarnas tillämpningsområden. Regeringen instämmer således i bedömningen att rättsläget är sådant att kontraktet i formell mening saknar betydelse för direktivens tillämpningsområde och att möjligheten att överpröva såväl en upphandling som ett ingånget avtal är beroende av andra faktorer.

Tidigare upphandlingsdirektiv utgår i högre grad än 2014 års direktiv från kontraktet som grund för att beskriva när enskilda upphandlingar omfattas av direktivet. Både det faktum att begreppet upphandling nu definieras och definitionens utformning är uttryck för ett mer funktionellt angreppssätt än tidigare. Det blir än tydligare att direktiven behandlar förfarandet vid upphandling. Även 2014 års direktiv utgår dock i stor utsträckning från kontraktet som begrepp. Kontraktet har också en viktig upphandlingsrättslig betydelse genom att det anvisar hur en upphandling normalt avslutas. Att det som har överenskommit mellan parterna dokumenteras skriftligt ökar transparensen och därmed möjligheten till insyn och kontroll. Direktivens definition av upphandling beskriver moment som typiskt sett karakteriserar en upphandlingssituation. Att kontrakt ingår som ett sådant moment framstår enligt regeringens mening i och för sig som naturligt.

Regeringen kan dock instämma i att hänvisningen i definitionen till att anskaffningen ska ske genom ett kontrakt enligt ordalydelsen felaktigt kan ge intryck av att det för lagarnas tillämplighet krävs att myndigheten eller enheten faktiskt har för avsikt att ingå ett skriftligt avtal. Som *Lagrådet* har noterat följer dock detta redan av direktivens definition. Det

Prop. 2015/16:195 råder enligt regeringens mening inte någon tvekan om att avsikten inte är att definitionen ska ha en sådan inskränkt betydelse. Regeringen konstaterar att den risk för feltolkning av tillämpningsområdet som Lagrådet och remissinstanserna framhåller, finns redan enligt nuvarande reglering genom utformningen av definitionen i 2007 års lagar. Såvitt regeringen kunnat konstatera har detta dock inte gett upphov till några tolkningsfrågor i rättspraxis. Det har inte heller i övrigt framkommit att definitionens utformning i här aktuellt avseende skulle ha vållat några problem i den praktiska tillämpningen av lagarna. Enligt regeringens mening är det mot den bakgrunden i och för sig tveksamt om det finns någon reell risk för kringgående eller felaktig tillämpning till följd av att kontraktet ingår som en del i definitionen.

Regeringen kan dock, i likhet med Lagrådet, konstatera att direktivens definition av upphandling lämnar en del i övrigt att önska när det gäller tydlighet och logik. Trots detta anser regeringen, med beaktande av de allmänna utgångspunkter regeringen har för genomförandet (se avsnitt 5.1), att skälen för att genomföra artikelbestämmelsen på ett i huvudsak direktivnära sätt överväger de nackdelar som eventuellt kan tänkas föreligga. För att minska det som kan uppfattas som en betoning på kontraktet, som alltså är av underordnad betydelse i sammanhanget, föreslår dock regeringen att direktivens uttryck anskaffning genom ett kontrakt ersätts med uttrycket anskaffning genom tilldelning av ett kontrakt. Eftersom det sistnämnda uttrycket även kan sägas innefatta kravet att anskaffningen ska ske från en eller flera valda leverantörer behöver det momentet i direktivens definition inte genomföras särskilt.

Alternativet att ersätta begreppet kontrakt med avtal i definitionen av upphandling, vilket *Konkurrensverket* föreslagit, skulle enligt regeringens mening innebära en avvikelse från direktiven med inte helt överblickbara konsekvenser. En sådan ändring skulle möjliggöra tolkningen att ett muntligt avtal kan vara ett godtagbart sätt att avsluta en upphandling på. Kontraktetsdefinitionens krav på skriftlighet tar emellertid inte sikte på frågan när obligationsrättslig avtalsbundenhet uppkommer mellan parterna i ett avtal.

Kontrakt bör i vissa fall ersättas med upphandling

Lagrådet har, som framgått ovan, både när det gäller kontrakt och tilldelning av kontrakt konstaterat att begreppen används i flera olika betydelser i lagarna. Lagrådet har föreslagit att det i varje enskild paragraf i stället tydligt ska anges vilken företeelse som paragrafen avser, dvs. om det är fråga om att beskriva upphandlingsprocessen, den anskaffning som upphandlingen avser eller det avtal som myndigheten önskar ingå.

Som Lagrådet också har noterat är användningen i de föreslagna lagarna av begreppen kontrakt och tilldelning av kontrakt huvudsakligen en följd av direktiven. Att termen tilldelning av kontrakt i direktiven används i olika meningar, i vissa fall för att beteckna hela upphandlingsprocessen och i andra fall endast för att beteckna själva tilldelningsbeslutet, uppmärksammades redan vid genomförandet av 2004 års direktiv (prop. 2006/07:128 del 1 s. 150). Lagrådet förordade då att beteckningen på hela förfarandet när en myndighet eller enhet handlar

upp även fortsättningsvis skulle vara upphandling och att den i direktiven använda termen tilldelning av kontrakt fick avse myndighetens eller enhetens beslut i fråga om val av leverantör (a. prop. s. 597). Regeringen konstaterade att begreppet upphandling är ett väl inarbetat begrepp hos myndigheter och företag och att det lämpligen kunde användas som ett samlingsuttryck för processen fram till och med slutande av upphandlingskontraktet eller att ett ramavtal finns (a. prop. s. 150).

Även om användningen av de aktuella begreppen i huvudsak följer direktiven kan regeringen, i linje med Lagrådets synpunkter, konstatera att det finns ett utrymme för att förtydliga lagförslagen genom att termen kontrakt i vissa fall ersätts med upphandling. Detsamma gäller termen tilldelning av kontrakt, som så långt möjligt bör förbehållas den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut att välja ut den leverantör vars anbud den avser att anta. I andra fall där termen används i direktiven bör den i lagarnas bestämmelser i vissa fall kunna ersättas med upphandling, som en mer allmän beteckning för förfarandet.

Projekttävlingar ska anges särskilt

Lagrådet har ansett att ett anordnande av en projekttävling är en form av upphandling av en tjänst där syftet är att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning. Det står enligt Lagrådet klart att en projekttävling som syftar till att den upphandlande myndigheten ska förvärva en ritning uppfyller alla faktiska krav på en upphandling. Projekttävlingar behöver därmed enligt Lagrådets uppfattning inte behandlas som en separat företeelse vid sidan om upphandlingar utan utgör en form av tjänsteupphandling.

Som anförts ovan delar inte regeringen Lagrådets uppfattning om hur upphandling ska definieras. Redan av detta skäl finns det anledning att även fortsättningsvis reglera projekttävlingar som en separat företeelse vid sidan av upphandlingar. Regeringen delar förvisso Lagrådets uppfattning så till vida att den projekttävling som anordnas i syfte att ett tjänstekontrakt ska tilldelas kan sägas omfattas av begreppet upphandling. Det finns emellertid även en form av projekttävling som omfattas av direktivets bestämmelser men som inte syftar till att ett tjänstekontrakt ska tilldelas. Sådana projekttävlingar kan enligt regeringens uppfattning inte utan vidare anses utgöra en upphandling i direktivets mening. Därutöver är projekttävlingar behandlade separat i direktiven och bör av systematiska skäl även behandlas på motsvarande sätt i lagstiftningen.

Åtgärder som vidtas i syfte att ingå ett ramavtal

Enligt den nationella definitionen av upphandling i LOU och LUF är de åtgärder som en upphandlande myndighet respektive enhet vidtar i syfte att ingå ramavtal en form av upphandling. Uttrycket att ingå ramavtal ingår däremot inte i de nya upphandlingsdirektivens definition av begreppet upphandling.

Vissa av de övriga bestämmelserna i LOU och LUF bygger på förutsättningen att ingåendet av ett ramavtal är en form av upphandling. Bland annat är bestämmelserna i 16 kap. om överprövning utformade från denna utgångspunkt. Bestämmelserna om överprövning är inte

Prop. 2015/16:195 föremål för någon egentlig översyn i detta lagstiftningsärende utan förs över i de nya lagarna med i detta avseende oförändrad lydelse. I promemorian görs bedömningen att momentet ”åtgärder som vidtas i syfte att ingå ramavtal” bör ingå i lagarnas beskrivande definition av upphandling. Motivet är att utesluta risken för en felaktig tillämpning av de aktuella bestämmelserna om överprövning.

Direktivens definition beskriver upphandling i en funktionell, övergripande mening. En upphandling avslutas enligt direktivens övriga bestämmelser normalt genom ett kontrakt, vilket också anges i definitionen. Det finns i direktiven också bestämmelser, som numera är obligatoriska för medlemsstaterna att införa, som innebär att ramavtal får användas som metod för senare anskaffningar av varor, tjänster eller byggtreprenader genom kontrakt. Detsamma gäller för dynamiska inköpssystem. Redan att det finns sådana bestämmelser tydliggör att de åtgärder som en upphandlande myndighet eller enhet vidtar för att ingå ett ramavtal, eller inrätta ett dynamiskt inköpssystem, är moment i vad som är upphandling i direktivens och de föreslagna lagarnas mening.

Bestämmelserna om överprövning av en upphandling som föreslås föras över från LOU och LUF till 20 kap. i respektive ny lag är alltså tillämpliga t.ex. när en upphandlande myndighet eller enhet ingår ett ramavtal. Regeringen bedömer att det inte är nödvändigt att särskilt ange ramavtal i de nya lagarnas definition.

Ett ramavtal ska, enligt definitionen av ramavtal, ingås med tillämpning av något upphandlingsförfarande. Därmed innefattas t.ex. selektivitet, dvs. ett urval av leverantörer från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida. När en leverantör ansöker om överprövning får domstolarnas kontroll av om ett ingånget avtal har skurit av möjligheten till överprövning av upphandlingen (se 20 kap. 6 § andra stycket i de båda nya lagarna) göras utifrån vilket slags förfarande ansökan gäller – ingåendet av ett ramavtal eller tilldelningen av ett kontrakt som grundas på ett ramavtal. I praktiken måste domstolarna göra en sådan kontroll redan i dag vid tillämpning av motsvarande bestämmelse i LOU respektive LUF.

6.2 Tillämpningsområde för lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska gälla vid upphandlande myndigheters och enheters upphandling av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. En definition av upphandling av koncessioner som motsvarar definitionen i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska tas in i lagens inledande kapitel.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig över förslaget.

Tjänstekoncessioner och byggkoncessioner

I nuvarande LOU regleras byggkoncessioner i 13 kap., medan dessa undantas från LUF:s tillämpningsområde (1 kap. 11 § LUF). Tjänstekoncessioner är i princip oreglerade i båda lagarna. Tilldelning av tjänstekoncessionsavtal som har gränsöverskridande intresse omfattas därmed i huvudsak enbart av de grundläggande bestämmelserna i EUF-fördraget om bl.a. icke-diskriminering och transparens.

Genom LUK-direktivet åläggs medlemsstaterna att införa bestämmelser som reglerar bygg- och tjänstekoncessioner. LOU-direktivet och LUF-direktivet saknar helt, till skillnad från 2004 års motsvarigheter, bestämmelser om koncessioner. Som framgår av avsnitt 5.4 föreslår regeringen att upphandling av koncessioner uteslutande ska regleras i lagen om upphandling av koncessioner som genomför LUK-direktivet.

LUK-direktivet omfattar enligt artikel 1 upphandlingsförfaranden för tilldelning av tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner som görs av antingen upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter om byggentreprenaderna eller tjänsterna rör sådan verksamhet som anges i bilaga II till direktivet. Vilka kontrakt som omfattas av definitionen av bygg- och tjänstekoncessioner utvecklas närmare i avsnitt 6.8.2. Definitionen av upphandlande myndigheter och enheter behandlas i avsnitt 6.8.3.

Lagrådet har konstaterat att de invändningar som kan riktas mot begreppet kontrakt, se avsnitt 6.1.2 ovan, även kan riktas mot begreppet koncession. Lagrådet har mot den bakgrunden föreslagit att definitionen av koncession som ett avtal med skriftliga villkor ska slopas i lagen på samma sätt som begreppet kontrakt. Regeringen anser dock att samma skäl som anförts ovan för att behålla begreppet kontrakt talar för att behålla även begreppet koncession. Regeringen anser alltså att begreppet koncession som utgångspunkt bör användas i den nya lagen om upphandling av koncessioner. Som Lagrådet har konstaterat används dock begreppet, på motsvarande sätt som kontrakt i LOU- och LUF-direktiven, i flera olika betydelser i LUK-direktivet. I likhet med vad som föreslagits beträffande de båda andra lagarna finns därför även i lagen om upphandling av koncessioner ett utrymme för att förtydliga lagförslaget genom att i vissa fall ersätta begreppet koncession.

En beskrivande definition av upphandling av koncessioner

I LUK-direktivet används begreppet upphandling endast i begränsad omfattning och utan att det definieras. Den formulering som används är i stället tilldelning av koncessioner. Någon definition av upphandling motsvarande den som finns i LOU och LUF direktiven finns inte i LUK-direktivet.

Även om reglerna för förfarandet skiljer sig åt är det i sak inte någon egentlig skillnad mellan att tilldela en koncession och att tilldela ett kontrakt. Det är i båda fallen fråga om en anskaffning som görs genom ett upphandlingsförfarande. Huruvida det är en koncession eller ett kontrakt som tilldelas är beroende av ersättningsformen och vem som bär verksamhetsrisken. Det är alltså fråga om en anskaffning oavsett om den

Prop. 2015/16:195 kallas upphandling eller tilldelning. Mot denna bakgrund och också i enhetlighetens intresse (jfr 2 kap. 1 § den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna) bör lagen om upphandling av koncessioner innehålla en definition som motsvarar den i de två andra lagarna (se avsnitt 6.1.2 ovan). I definitionen bör begreppet upphandling av koncessioner användas i stället för direktivets tilldelning av koncessioner. Definitionen bör placeras i lagens inledande kapitel.

Att upphandlande enheters upphandling av koncessioner måste avse sådana byggtreprenader eller tjänster som är avsedda för utförandet av någon av de verksamheter som anges i bilaga II till direktivet för att omfattas av direktivet följer redan av definitionen av upphandlande enheter. Detta behöver därför inte anges särskilt i paragrafen med definitionen av upphandling.

6.3 Verksamheter som omfattas av tillämpningsområdet för upphandling inom försörjningssektorerna och av koncessioner

Regeringens förslag: Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska i huvudsak omfatta samma verksamheter som nuvarande LUF.

Viss busstransportverksamhet som undantas från LUF:s tillämpningsområde ska inte undantas från den nya lagens tillämpningsområde.

Det ska enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna vara möjligt för ett företag att undanta viss sekundär verksamhet från lagens tillämpningsområde, bestående i en mindre produktion och leverans av gas eller värme, el eller dricksvatten, även när företagets huvudsakliga verksamhet avser postområdet, tillhandahållande av hamnar och flygplatser eller utvinning av olja och gas.

Vissa kontrakt som är posttjänster närstående ska undantas från den nya lagen om offentlig upphandling om de tilldelas av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster.

Lagen om upphandling av koncessioner ska förutom verksamhet inom vattensektorn omfatta samma slags verksamheter som omfattas av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Vilka verksamheter som omfattas av lagen om upphandling av koncessioner ska anges i en bilaga till den lagen.

Regeringens bedömning: Verksamhet som innefattar prospektering av olja och gas ska, till skillnad från LUF, inte omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Vissa tjänster som är posttjänster närstående ska inte heller omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Promemorians samt utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Bestämmelserna i den bilaga som förtecknar verksamheter som utövas av upphandlande enheter

enligt lagen om upphandling av koncessioner ändras dock redaktionellt i regeringens förslag, i syfte att åstadkomma överensstämmelse mellan förteckningen i bilagan och motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar frågan, *Akademikerförbundet SSR*, avstyrker varje förändring som innebär att rätten till dricksvatten begränsas och i stället görs till en vara på marknaden.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Verksamheter som omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Av artiklarna 8–14 i LUF-direktivet framgår att direktivet omfattar i stort sett samma verksamheter som 2004 års LUF-direktiv, t.ex. verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät för dricksvatten och leverans av dricksvatten till sådana nät. Dessa bestämmelser avser vilka försörjningsverksamheter som omfattas av upphandlingsregelverket och inte frågan hur t.ex. dricksvatten tillhandahålls slutkonsumenterna. De bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som genomför artiklarna bör utformas med motsvarande bestämmelser i LUF som förebild. I den mån annat inte sägs nedan får rättsläget bedömas som oförändrat beträffande vilka verksamheter inom försörjningssektorerna som omfattas av lagen.

Prospektering av olja och gas omfattas inte av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Eftersom marknaden för prospektering av olja och gas numera bedöms som konkurrensutsatt har den exkluderats från LUF-direktivets tillämpningsområde. Sådan verksamhet ska därför inte heller omfattas av den nya lagen. Verksamhet som består i utvinning av olja och gas omfattas emellertid även fortsättningsvis.

Vissa tjänster som är posttjänster närstående undantas från den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och från den nya lagen om offentlig upphandling

På området för posttjänster omfattar 2004 års LUF-direktiv bl.a. vissa verksamheter som består i tillhandahållandet av andra tjänster än posttjänster (i 2 kap. 13 § tredje stycket LUF används begreppet närstående posttjänster). I 2014 års LUF-direktiv har emellertid dessa tjänster undantagits från tillämpningsområdet. Enligt uppräknningen av andra tjänster än posttjänster i artikel 13.2 c i LUF-direktivet omfattas verksamhet som består i tillhandahållandet av

- tjänster som innebär förvaltning av posttjänster (tjänster både före och efter försändelsen, inklusive närservice), samt
- tjänster som gäller försändelser som inte innefattas i led a (postförsändelser), till exempel oadresserad direktreklam.

- Prop. 2015/16:195 Av artikel 7 i LOU-direktivet går att motsatsvis läsa vilka verksamheter som inte längre ska omfattas av LUF-direktivets tillämpningsområde. De är
- mervärdestjänster som har anknytning till och utförs helt och hållet med elektroniska medel (inbegripet säker överföring av kodade dokument med elektroniska medel, adresshanteringstjänster och överföring av registrerad e-post),
 - finansiella tjänster som omfattas av CPV-koderna 66100000-1 till 66720000-3 och i artikel 21 d i LUF-direktivet inbegripet särskilt postanvisningar och postgirobetalningar,
 - filatelitjänster, samt
 - logistiktjänster (tjänster där fysisk leverans och/eller magasinering kombineras med andra tjänster som inte är posttjänster).

Verksamhet som avser nämnda tjänster anges i 2 kap. 13 § tredje stycket andra, fjärde, femte och sjätte punkten LUF. Eftersom de inte längre ska omfattas av LUF-direktivets tillämpningsområde ska de inte heller omfattas av den nya lagens tillämpningsområde.

I artikel 7 i LOU-direktivet har kontrakt som tilldelas för utförandet av dessa tjänster även undantagits från det direktivets tillämpningsområde. Undantaget gäller om kontrakten tilldelas av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster i den mening som avses i LUF-direktivet. Undantaget är nödvändigt för att förhindra att det uppkommer upphandlingskyldighet för en upphandlande enhet, som också är en upphandlande myndighet, om den vill anskaffa de aktuella tjänsterna. Ett motsvarande undantag bör därför införas i den nya lagen om offentlig upphandling. Undantaget kan utformas med motsvarande punkter i 2 kap. 13 § tredje stycket LUF som förebild.

När det gäller finansiella tjänster definieras undantaget i artikel 7 i LOU-direktivet dels med angivande av ett intervall av CPV-koder för finansiella tjänster, dels genom en hänvisning till artikel 21 d i LUF-direktivet, som rör det särskilda undantaget för vissa finansiella tjänster. Kommissionen har genom artikel 23.2 i LOU-direktivet befogenhet att anpassa CPV-koderna till följd av ändringar i CPV-nomenklaturen. Koderna kan alltså komma att ändras. Det är emellertid nödvändigt, för att genomförandet ska bli korrekt och för förståelsens skull, att definiera undantaget genom att ange intervallet med CPV-koder direkt i den nu aktuella paragraf som genomför undantaget (se avsnitt 10.7).

Viss busstransportverksamhet undantas inte längre

I artikel 5.2 i 2004 års LUF-direktiv anges att direktivet inte omfattar de enheter som tillhandahåller busstransporttjänster för allmänheten, vilka är uteslutna från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG enligt dess artikel 2.4. Det undantaget har tagits in i 1 kap. 22 § LUF. Undantaget torde med tiden ha fått begränsad betydelse. Något motsvarande undantag görs inte i LUF-direktivet och ska därför inte heller göras i den nya lagen.

I artiklarna 8.2, 9.2 samt 10.3 i LUF-direktivet ges vissa möjligheter för en upphandlande enhet, som inte är en upphandlande myndighet, att undanta mindre verksamhet, bestående i produktion och leverans av gas eller värme, el eller dricksvatten. En förutsättning för undantaget är bl.a. att den verksamheten är en konsekvens av en annan, huvudsaklig verksamhet och i den meningen sekundär.

Det finns en motsvarande reglering i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts i 1 kap. 5 och 6 §§ LUF. Enligt dessa bestämmelser får huvudverksamheten inte bestå av någon verksamhet som omfattas av LUF. Till skillnad från den regleringen kan huvudverksamheten numera bestå i sådan verksamhet som avses i artikel 12, 13 eller 14 i LUF-direktivet, dvs. verksamhet som avser hamnar och flygplatser, posttjänster respektive utvinning av olja och gas samt prospektering och utvinning av kol eller andra fasta bränslen. Undantaget är ändå tillämpligt. Se vidare författningskommentarerna till 2 kap. 4 och 5 §§.

Verksamheter som omfattas av lagen om upphandling av koncessioner

Enligt artikel 1.2 b i LUK-direktivet gäller direktivet för tilldelning av byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner till leverantörer av upphandlande enheter, förutsatt att byggtreprenaderna eller tjänsterna är avsedda för utförandet av en av de verksamheter som avses i bilaga II till direktivet. Den bilagan innehåller en förteckning över verksamheter som en enhet ska bedriva för att utgöra en upphandlande enhet enligt LUK-direktivet. I promemorians förslag fogades en motsvarande förteckning till lagen som en bilaga. *Lagrådet* har ifrågasatt lämpligheten av att bryta ut dessa centrala bestämmelser till en bilaga. Skälet till att genomförandet har skett på detta sätt är att det följer LUK-direktivets ordning. Regeringen kan instämma i *Lagrådets* synpunkt att denna ordning kan ifrågasättas. Att denna lösning valts i LUK-direktivet kan dock förklaras med att förteckningen i bilagan endast aktualiseras för upphandlande enheter, trots att både upphandlande myndigheter och enheter är skyldiga att tillämpa direktivet, samt den strävan som funnits att åstadkomma en reglering med färre bestämmelser. Som regel torde upphandlande enheter som avser att upphandla koncessioner i praktiken vara väl införstådda med vilka verksamheter som omfattas, eftersom sådana enheter normalt har att tillämpa lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Eftersom lagen om upphandling av koncessioner med ett undantag kommer att omfatta samma verksamhetsområden torde det därför inte vara till någon avgörande nackdel att de verksamheter som utövas av upphandlande enheter förtecknas i en bilaga till lagen om upphandling av koncessioner och inte i bestämmelser i själva lagen. Regeringen bedömer därför att dessa verksamheter bör kunna framgå av en bilaga till lagen.

När det gäller den närmare utformningen av bilagan delar dock regeringen *Lagrådets* uppfattning att förteckningen bör utformas enhetligt med motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En skillnad som måste avspeglas i förteckningen, är dock att LUK-direktivet inte omfattar verksamhet inom vattensektorn. Koncessioner inom vattensektorn är nämligen till stor del undantagna

6.4 Tillämpningsområdet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

6.4.1 Lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska gälla för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster endast om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt och hållet av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Bestämmelserna i respektive lag ska i sak motsvara det nuvarande undantaget i LOU respektive LUF för sådana tjänster. Den ska dock inte formuleras som en undantagsbestämmelse, utan som en bestämmelse som anger i vilka fall lagarna är tillämpliga.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens med den skillnaden att i regeringens förslag till lagtext föreslås att CPV-koderna för tjänsterna ska anges i stället för benämningen på respektive tjänst.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser tillstyrker förslaget eller har inget att invända. *Vinnova* anser dock att uttrycket forsknings- och utvecklingsverksamhet inte är helt rättvisande. *Vinnova* menar att, för att ett projekt ska omfattas av bestämmelsen, ska projektet gå ut på antingen forsknings- eller utvecklingsverksamhet.

Skälen för regeringens förslag

Forsknings- och utvecklingstjänster i lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Kontrakt som avser forsknings- och utvecklingstjänster är i princip undantagna från tillämpningen av nuvarande LOU och LUF. Lagarna gäller inte för kontrakt som avser forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten. Bestämmelsen är alltså formulerad som en undantagsbestämmelse och är införd under rubriken Särskilda undantag, vilket följer de bakomliggande direktivens struktur.

Bilaga II A till 2004 års LOU-direktiv och bilaga XVII A till 2004 års LUF-direktiv listar de s.k. A-tjänsterna med angivande av CPV-koder. Kategori 8 i respektive lista avser forsknings- och utvecklingstjänster.

I de nya direktiven regleras forsknings- och utvecklingstjänsterna i artikel 14 i LOU-direktivet respektive artikel 32 i LUF-direktivet. I artiklarna anges CPV-koder som motsvarar koderna i kategori 8 i de nämnda bilagorna till 2004 års direktiv för kontrakt avseende forsknings- och utvecklingstjänster. Koderna är uttömmande angivna. Med ett par

undantag är de forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet som anges i kategori 8 numera inte i något fall upphandlingspliktiga enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet. Det följer av att de inte ingår i uppräknigen i artiklarna (se närmare nedan).

För de forsknings- och utvecklingstjänster som anges i artikeln uppkommer upphandlingsskyldighet endast om följande två förutsättningar är uppfyllda. Resultaten ska tillkomma endast den upphandlande myndigheten eller enheten i dess egen verksamhet (villkor a) och den tillhandahållna tjänsten ska betalas helt och hållet av den upphandlande myndigheten eller enheten (villkor b). Om båda villkoren är uppfyllda ska de aktuella tjänsterna upphandlas.

Bestämmelsen är inte formulerad som ett undantag, utan i stället anges när direktivet är tillämpligt. Förändringen av bestämmelsens uppbyggnad innebär emellertid inte någon ändring i sak utan syftet är att åstadkomma ett klagörande. Industrin bör uppmuntras att medfinansiera program för forskning och utveckling, och det bör därför klargöras att direktivet endast är tillämpligt när någon sådan medfinansiering inte förekommer och när utfallet av forsknings- och utvecklingsverksamheten endast kommer berörd upphandlande myndighet eller enhet till godo (skäl 35 i LOU-direktivet och skäl 42 i LUF-direktivet).

Regeringen förordar att bestämmelsen följer det senare alternativet. Då underlättas jämförelser mellan den nationella regleringen och direktiven t.ex. i situationer med gränsöverskridande handel eller när det uppkommer frågor om tolkning av den nationella rätten i förhållande till direktiven. Bestämmelsen om forsknings- och utvecklingstjänster i lagarna bör därför vara formulerad som en positiv bestämmelse, dvs. en bestämmelse som anger i vilka fall respektive lag är tillämplig. Begreppet forsknings- och utvecklingstjänster används i direktiven och bör enligt regeringens mening också användas i lagarna. Till skillnad från vad som föreslagits i promemorian bör CPV-koderna för tjänsterna och inte respektive tjänsts benämning anges i paragrafen. Överväganden om detta finns i avsnitt 10.7.

Det kan noteras att det bara är forsknings- och utvecklingstjänster enligt kategori 8 i bilagorna till 2004 års direktiv som avses i artiklarna i de nya direktiven. Om en upphandlande myndighet eller enhet ska anskaffa exempelvis sådana databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster som omfattas av kategori 7 i nämnda bilagor, eller marknads- och opinionsundersökningar som omfattas av kategori 10, ska dessa upphandlas enligt tillämpliga regler.

Forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet

Bilaga II A till 2004 års LOU-direktiv och bilaga XVII A till 2004 års LUF-direktiv listar de s.k. A-tjänsterna med angivande av CPV-koder. Kategori 8 i respektive bilaga avser forsknings- och utvecklingstjänster. I den kategorin anges vissa CPV-koder som avser forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet. Två slag av forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet – tjänster som omfattas av CPV-koderna 73420000-2 (förberedande genomförbarhetsstudie och teknisk demonstration) samt 73430000-5 (test och utvärdering) – ingår i uppräknigen i artikel 14 i LOU-

Prop. 2015/16:195 direktivet och artikel 32 i LUF-direktivet. I övrigt anges inte några forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet. Följande tjänster regleras alltså inte av de direktiven:

- 73400000-6 Forsknings- och utvecklingstjänster med avseende på säkerhets- och försvarsmateriel
- 73410000-9 Militär forskning och teknik
- 73421000-9 Utveckling av säkerhetsutrustning
- 73422000-6 Utveckling av skjutvapen och ammunition
- 73423000-3 Utveckling av militärfordon
- 73424000-0 Utveckling av örlogsfartyg
- 73425000-7 Utveckling av militära luftfartyg, robotar och rymdfarkoster
- 73426000-4 Utveckling av elektroniska system för militärt bruk
- 73431000-2 Test och utvärdering av säkerhetsutrustning
- 73432000-9 Test och utvärdering av skjutvapen och ammunition
- 73433000-6 Test och utvärdering av militärfordon
- 73434000-3 Test och utvärdering av örlogsfartyg
- 73435000-0 Test och utvärdering av militära luftfartyg, robotar och rymdfarkoster
- 73436000-7 Test och utvärdering av elektroniska system för militärt bruk.

Dessa forsknings- och utvecklingstjänster omfattas i stället av LUFSDirektivets tillämpningsområde. Det framgår av artikel 2 i LUFSDirektivet och dess bilaga I, punkten 14, vilken omfattar CPV-koderna för nämnda tjänster. Eftersom redan 2004 års LOU-direktiv och LUF-direktiv undantar kontrakt som omfattas av LUFSDirektivet gör regeringen bedömningen att de nya direktiven inte innebär någon egentlig ändring av rättsläget på områdena för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

6.4.2 Lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om i vilka fall tjänstekoncessioner för forsknings- och utvecklingstjänster omfattas av lagens tillämpningsområde.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens med den skillnaden att i regeringens förslag till lagtext föreslås att CPV-koderna för tjänsterna ska anges i stället för benämningen på respektive tjänst.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig särskilt, *Stockholms kommun*, ifrågasätter att utredningen förordar en reglering av forsknings- och utvecklingstjänster som utredningen bedömer står i strid med definitionen av koncessioner.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 25 i LUK-direktivet innehåller motsvarande bestämmelser om forsknings- och utvecklingstjänster som artikel 14 i LOU-direktivet respektive artikel 32 i LUF-direktivet men gäller tjänstekoncessioner.

Definitionen av en tjänstekoncession är enligt artikel 5.1 att ersättningen för tjänsterna utgörs av endast rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller dels av en sådan rätt, dels betalning. För det fall den tillhandahållna tjänsten helt och hållet betalas av den upphandlande myndigheten eller enheten består ingen del av ersättningen till leverantören av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet. Någon möjlighet för leverantören att utnyttja forsknings- och utvecklingstjänster i de situationer som artikel 25 syftar på synes inte heller kunna föreligga eftersom hela resultatet av tjänsten uteslutande ska tillkomma den upphandlande myndigheten eller enheten. Ett avtal om sådana tjänster som uppfyller kriterierna i artikeln kan inte heller medföra en övergång av verksamhetsrisken eftersom leverantörer får full ersättning för tjänsten från den upphandlande myndigheten eller enheten och tjänsten utgör sålunda ingen tjänstekoncession.

Som framhålls av Stockholms kommun har utredningen funnit att de kriterier som anges för att LUK-direktivet ska vara tillämpligt vid upphandling av koncessioner avseende forsknings- och utvecklings-tjänster framstår som oförenliga med kriterierna som definierar en koncession. Utredningen har därför övervägt om bestämmelsen i lagen om upphandling av koncessioner – till skillnad från bestämmelsen i direktivet och motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna – bör formuleras som ett undantag för dessa tjänster från lagens tillämpningsområde i stället för att ange att lagen är tillämplig vid upphandling av sådana tjänstekoncessioner endast under vissa förutsättningar. Utredningen har emellertid ansett att det finns ett betydande värde i att motsvarande bestämmelser i de olika upphandlingsdirektiven i så stor utsträckning som möjligt genomförs och utformas på ett liknande sätt i lagarna. Regeringen instämmer såväl i utredningens analys som i dess bedömning. Det är inte valfritt för medlemsstaterna att genomföra artikel 25 i LUK-direktivet. Bestämmelserna om lagens tillämplighet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster ska alltså genomföras och de bör då utformas på samma sätt som bestämmelserna i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det får utvecklas i rättstillämpningen om och i så fall vilket utrymme det finns att använda sig av tjänstekoncession som avtalsform i fråga om forsknings- och utvecklingstjänster utan att upphandlingsplikt inträder.

6.5 Vissa andra bestämmelser i direktiven som rör tillämpningsområdet

6.5.1 Förhållandet till artikel 346 i EUF-fördraget

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna som anger att lagarna ska tillämpas om inte annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget.

Promemorians respektive utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig särskilt i frågan invänder mot bedömningen. *Försvarets Materielverk (FMV)* anser att bestämmelsen bör genomföras och jämför med att artikel 346.1 a i EUF-fördraget har genomförts i LUFSS som ett särskilt undantag. FMV menar att bedömningen att fördragets artikel har företräde i förhållande till LOU givetvis är korrekt men att det förefaller ologiskt om LOU och LUFSS i denna del skulle ha olika systematik. *Advokatfirman Delphi* anser att bestämmelsen bör genomföras då relevanta undantag bör framgå av lagarna.

Skälen för regeringens bedömning

Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

I artikel 1.3 i såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet anges att direktivet ska tillämpas om inte annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget. Artikel 346 i EUF-fördraget innebär i korthet undantag från fördragets bestämmelser med hänsyn till en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen.

Direktivens bestämmelse innebär endast en upplysning om vad som följer av normhierarkin i EU-rätten. Om en viss verksamhet är undantagen från primärrätten, dvs. fördraget, kan den heller inte omfattas av sekundärrätten, dvs. direktiven. EU-rätten har vidare företräde framför den nationella rätten.

Gränslandet mellan upphandlingsdirektiven och artikel 346 i EUF-fördraget regleras främst i LUFSS-direktivet. I artikel 10 i 2004 års LOU-direktiv, i den lydelse artikeln har fått genom artikel 71 i LUFSS-direktivet, finns en föreskrift som motsvarar artikel 1.3 i de nya direktiven. Den föreskriften har inte genomförts särskilt i LOU. Regeringen bedömer det inte som nödvändigt att nu ta in en sådan författningsbestämmelse i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Det kan däremot i specifika upphandlingar enligt de nya lagarna finnas ett behov av att t.ex. undanta t.ex. ett blandat kontrakt, som till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Det kan också finnas behov att undanta ett kontrakt eller en projekttävling om en tillämpning av lagen skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot rikets väsentliga säkerhetsintressen (jfr artikel 346.1 a i EUF-direktivet). Möjligheten till undantag i dessa fall regleras i särskilda bestämmelser i de nya upphandlingsdirektiven och lagarna.

Upphandling av koncessioner

Enligt artikel 1.3 i LUK-direktivet ska tillämpningen av direktivet ske i enlighet med artikel 346 i EUF-fördraget. LUFSS-direktivet är inte tillämpligt vid tilldelning av koncessioner. Vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet ska således LUK-direktivet tillämpas. LUK-direktivet innehåller därför, i artikel 10.5 och 10.6, undantag som i huvudsak är specifika för försvars- och säkerhetsområdet och som i dessa delar motsvarar undantagen i artiklarna 12 och 13 i LUFSS-direktivet (se 1 kap. 8–10 §§ LUFSS).

Nämnda undantag i LUK-direktivet är bl.a. grundade på artikel 346 i EUF-fördraget och regeringen föreslår att de ska genomföras i lagen (se avsnitt 8.10). I likhet med bedömningen vid genomförandet av LUFSDirektivet anser regeringen att det är överflödigt att härutöver ta in en bestämmelse i lagen som allmänt berör förhållandet till artikel 346 (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 156 f.).

Prop. 2015/16:195

6.5.2 Tjänster av allmänt intresse

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna om begreppet tjänster av allmänt intresse.

Promemorians och utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Advokatfirman Lindahl* anser att lagen bör innehålla en definition av begreppet tjänst av allmänt intresse. Remissinstanserna i övrigt delar bedömningen eller har inget att invända mot den.

Skälen för regeringens bedömning

Begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse används i artiklarna 14 och 106.2 i EUF-fördraget och i EUF-fördragets protokoll 26, men det lämnas inte någon legaldefinition av begreppet i vare sig EUF-fördraget eller sekundärrätten. Någon definition finns inte heller i svensk lagstiftning. Med tjänster av allmänt ekonomiskt intresse menas allmännyttiga ekonomiska tjänster vilkas tillgänglighet anses vara så viktig för samhället att den berörda myndigheten kan ålägga leverantören en förpliktelse att utföra. Företaget måste då mot ersättning av allmänna medel erbjuda en tjänst som på förhand har fastställts av myndigheten. Tjänsterna skiljer sig från andra tjänster genom att myndigheterna måste trygga utbudet av dem under alla förhållanden, även om det inte alltid finns ett tillräckligt antal tjänsteleverantörer på marknaden. Ett svenskt exempel är statsstöd för att trygga tillgången till grundläggande betaltjänster på de orter och den landsbygd där behovet inte tillgodoses av marknaden.

I avsaknad av särskilda unionsbestämmelser som fastställer räckvidden för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har medlemsstaterna ett stort utrymme för egna bedömningar av vad de anser vara sådana tjänster. Därför får också den berörda myndigheten välja hur de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som den inrättar ska administreras.

Begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse får främst sägas vara av konkurrensrättslig natur och kopplat till bestämmelserna i EUF-fördraget om statsstöd. Bestämmelserna om offentlig upphandling ska tillämpas när det finns en skyldighet att tillhandahålla en viss tjänst mot ersättning, oberoende av vilket mål av allmänt intresse som kan kopplas till tjänsten. Detta följer av direktivens definition av upphandling som en anskaffning genom ett kontrakt (se avsnitt 6.1.2).

Om en tjänst är av allmänt intresse innebär det inte i sig någon skyldighet att konkurrensutsätta tillhandahållandet av den. En myndighet kan t.ex. besluta att tillhandahålla tjänsten själv, direkt eller genom en

Prop. 2015/16:195 intern enhet (in house). Den kan också tillhandahålla tjänsten i samarbete med andra myndigheter, enligt de villkor som fastställts i EU-domstolens praxis.

Artiklarna 1.4 i LOU-direktivet och LUF-direktivet samt artikel 4.1 i LUK-direktivet uttrycker att upphandlingsreglerna inte i sig inskränker medlemsstaternas frihet att definiera vilka tjänster de anser vara av allmänt ekonomiskt intresse eller myndigheternas rätt att välja på vilket sätt de vill tillhandahålla tjänster – i egen regi eller genom att lägga ut dem på entreprenad. Regeringen gör bedömningen att det för svensk del inte finns något behov av att införa en bestämmelse i upphandlingslagstiftningen som slår fast detta. Innebörden av bestämmelsen framgår av EUF-fördraget och preciseras genom EU-domstolens praxis. Såväl 2004 års direktiv som de nya direktiven reglerar förfarandet vid upphandling (se artikel 1.1 i LOU-direktivet och LUF-direktivet). Även de nya lagarna föreslås vara en förfarandelagstiftning. Härutöver anger lagarna de närmare förutsättningarna för att kontrakt ska få tilldelas av en upphandlande myndighet till ett internt företag eller till en eller flera upphandlande myndigheter utan konkurrensutsättning. Lagarna ska alltså tillämpas när den berörda upphandlande myndigheten väl har valt att den tjänst som är i fråga ska konkurrensutsättas genom upphandling eller, i förekommande fall, för att avgöra om tjänsten kan tillhandahållas internt eller genom samarbete med annan eller andra myndigheter. En bestämmelse med innehåll motsvarande artikel 1.4 i de nya direktiven bedöms inte vara till någon ledning för myndigheten i det skedet. Av samma skäl som de nyss anförda gör regeringen, till skillnad från advokatfirman Lindahl, bedömningen att det inte är nödvändigt att införa någon definition av begreppet tjänst av allmänt intresse i lagarna.

Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse

I artikel 1.6 i LUF-direktivet och artikel 4.2 i LUK-direktivet anges att icke-ekonomiska tjänster inte ska omfattas av direktivets tillämpningsområde. Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse faller utanför EUF-fördraget, dvs. primärrätten, och de omfattas därmed inte heller av direktiven, dvs. sekundärrätten. Det finns inte något behov av att införa en bestämmelse med sådan innebörd i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna eller i lagen om upphandling av koncessioner.

6.5.3 Lagstiftning på området för social trygghet

<p>Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna som klargör att lagarna inte påverkar lagstiftningen på området för social trygghet.</p>

Promemorians och utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna delar bedömningen eller har inget att invända mot den.

Skälen för regeringens bedömning: Tjänster under CPV-kod 75300000-9 (obligatorisk socialförsäkring) omfattas enligt bilaga

XIV till LOU-direktivet respektive bilaga XVII till LUF-direktivet av direktivens bestämmelser om sociala tjänster och andra särskilda tjänster. För överväganden angående genomförandet av dessa bestämmelser, se avsnitt 32. I bilagan erinras om, beträffande dessa tjänster, att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.

I artikel 1.5 i såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet erinras också om att direktivet inte påverkar hur medlemsstaterna organiserar sin lagstiftning på området för social trygghet. Motsvarande skrivning finns i skäl 7 i LUK-direktivet. Bestämmelsen i LOU- och LUF-direktiven är riktad till lagstiftaren. Av det skälet bedöms det inte finnas något behov av en sådan bestämmelse i upphandlingslagarna.

6.5.4 Överföring av befogenheter och ansvar mellan myndigheter

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna om att lagarna inte gäller för sådan överföring av befogenheter och ansvar mellan upphandlande myndigheter, som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning.

Promemorians och utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Försvarets Materielverk (FMV)* anser att en fördjupad bedömning kan vara påkallad rörande frågan huruvida bestämmelsen i artikel 1.6 i LOU-direktivet bör genomföras i svensk rätt. I övrigt har ingen remissinstans yttrat sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 1.6 i LOU-direktivet och artikel 1.4 i LUK-direktivet anges att överenskommelser, beslut och andra instrument för överföring mellan upphandlande myndigheter eller grupper av upphandlande myndigheter av befogenheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning, ska ses som en del av den berörda medlemsstatens interna organisation och därmed inte på något sätt påverkas av detta direktiv. Bestämmelsen förtydligar visserligen att myndigheterna har denna möjlighet och kan sägas uttrycka principer som ska vägas in vid bedömningen av om en viss tänkt transaktion är upphandlingspliktig eller inte. Men regeringen gör bedömningen att en bestämmelse med sådant innehåll inte behövs i lagen

Regeringens bedömning: Det behövs inte någon bestämmelse i lagen om upphandling av koncessioner som anger en princip om myndigheters självstyre.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 2.1 i LUK-direktivet finns bestämmelser som bl.a. anger att direktivet erkänner principen om nationella, lokala och regionala myndigheters självstyre. Myndigheter är fria att besluta om hur utförande av byggentreprenader och tillhandahållande av tjänster bäst sker. Myndigheterna får därför välja att utföra sina uppgifter av allmänintresse med egna resurser eller i samarbete med andra myndigheter eller genom att delegera dem till ekonomiska aktörer (leverantörer). I artikel 2.2 anges att direktivet inte påverkar medlemsstaternas egendomsordning. Framför allt kräver inte direktivet att offentliga företag som tillhandahåller tjänster till allmänheten privatiseras.

Utredningen har inte föreslagit att bestämmelserna ska genomföras i lagen om upphandling av koncessioner. Inte heller regeringen gör bedömningen att artikeln behöver genomföras. Den princip som kommer till uttryck i artikeln har främst ett unionspolitiskt anslag. Det är inte nödvändigt att principen kommer till uttryck i lagen.

6.6 Tillämpningsområdet vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska bestämmelserna om tillämpningsområdet gälla även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några synpunkter.

Skälen för regeringens förslag: I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör de grundläggande bestämmelserna om lagarnas tillämpningsområde, som i nuvarande lagar, gälla såväl vid upphandlingar på det direktivstyrda området som vid upphandlingar enligt 19 kap. på det icke direktivstyrda området.

6.7 Definitioner i lagen om offentlig upphandling och i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

6.7.1 Definitioner tas in i lagarnas inledande kapitel

Regeringens förslag: Definitioner av olika begrepp ska tas in i lagarnas inledande kapitel. I kapitlet ska också finnas hänvisningar till andra bestämmelser i lagarna där definitioner och förklaringar av olika begrepp finns.

Regeringens bedömning: Bestämmelserna med definitionerna i de nya lagarna bör som utgångspunkt överensstämma med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Försvarmakten* anser att det är bra att bestämmelserna behåller samma struktur och att centrala begrepp behålls. *Göteborgs stad Upphandlings AB* tillstyrker förslaget att definitionerna samlas i ett inledande kapitel förutom när de förekommer någon enstaka gång och att de då förklaras där de förekommer. *Försvarets materielverk (FMV)* anser dock att definitionerna så långt möjligt bör samlas i ett inledande kapitel. I övrigt kommenterar inte remissinstanserna frågan särskilt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: De nya direktiven innehåller en mängd begrepp som i många fall är specifika för upphandlingsområdet. Innebörden av dessa begrepp definieras i en inledande artikel i respektive direktiv. De flesta av direktivens definitioner bör föras in i de nya lagarna. Definitioner bör placeras i lagarnas inledande kapitel.

Vissa begrepp som finns med i de särskilda artiklarna med definitioner i 2004 års direktiv definieras eller förklaras i de nya direktiven i stället i anslutning till de artiklar där de används. Utgångspunkten bör vara att de nya lagarna i detta avseende ska följa den struktur som valts i direktiven. Ett undantag bör dock göras vad gäller definitionen av begreppet ramavtal. I direktiven är denna definition placerad i den inledande delen av artiklarna om ramavtal (artikel 33.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 51.1 andra stycket i LUF-direktivet). Regeringen bedömer att definitionen bör placeras i lagarnas kapitel med definitioner eftersom begreppet återkommer på ett flertal ställen i lagarna.

Begrepp som behöver definieras och som endast används i ett sammanhang eller i ett särskilt kapitel bör i regel också definieras i det kapitel där begreppet förekommer. Härigenom undviks att kapitlet med definitioner blir alltför omfattande. För att det inte ska bli svårt att hitta sådana definitioner och förklaringar bör det i lagarnas inledande kapitel föras in hänvisningar till dem. *FMV* anser att den föreslagna lösningen medför att lagarna blir svåröverskådliga och att definitionerna i stället så långt möjligt bör samlas i ett inledande kapitel. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att tillämpningen av bestämmelserna

Prop. 2015/16:195 och läsningen av EU-domstolens praxis på området underlättas om den nationella lagstiftningens struktur motsvarar direktivens struktur.

Lagrådet har föreslagit vissa språkliga och redaktionella ändringar i definitionerna. Definitionerna har som huvudregel utformats i enlighet med eller huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Beträffande *Lagrådets* synpunkter om definitionen av begreppet kontrakt, se dock avsnitt 6.1.2.

På *Lagrådets* inrådan föreslås vidare i var och en av lagarna en definition av det direktiv som genomförs genom respektive lag. Skälet till detta är att vissa paragrafer i lagarna hänvisar direkt till det bakomliggande direktivet. För att underlätta läsningen av dessa paragrafer är det lämpligt att definiera en kortform av respektive direktiv. Kortformen bör hänvisa till direktiven i deras ursprungliga lydelse.

Förutom de definitioner som finns i direktiven innehåller LOU och LUF definitioner som endast gäller för upphandling som inte omfattas av direktivens tillämpningsområde. Eftersom dessa definitioner endast gäller ett kapitel i respektive lag bör bestämmelserna med dessa definitioner tas in i sak oförändrade i dessa kapitel.

Vissa definitioner behandlas närmare i de följande avsnitten och i de särskilda avsnitt som rör respektive begrepp, se t.ex. avsnitt 6.1.2 beträffande begreppet upphandling och avsnitt 14.4 beträffande inköpscentraler.

6.7.2 Vissa definitioner införs inte

Regeringens bedömning: Direktivens definitioner av begreppen anbudsgivare, innovation, märkeskrav, skriftlig och leverantör av upphandlingstjänster bör inte införas i de nya lagarna. Definitionerna i LOU och LUF av begreppen upphandlarprofil och publikt nät bör inte tas in i de nya lagarna.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Trafikverket* tillstyrker förslaget och anför att de definitioner som inte införs inte framstår som sådana att de skulle ge ökad klarhet. *Försvarets materielverk (FMV)* anser dock att definitioner av samtliga nu aktuella begrepp bör införas i lagarna. Även *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* förordar att flera av de aktuella definitionerna införs i de nya lagarna.

Skälen för regeringens bedömning: De nya direktiven innehåller i likhet med 2004 års direktiv en definition av ”anbudsgivare”. *FMV* och *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* anser att en motsvarande definition bör införas i de nya lagarna. *FMV* anser att termen annars kan förväxlas med ”leverantör”. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att definitionen får anses överflödigt, då vad som avses med termen inte bör kunna missförstås. En definition av anbudsgivare, som inte har tagits in i LOU eller LUF, bör därför inte heller införas i de nya lagarna.

Regeringen gör motsvarande bedömning beträffande definitionen av ”märkeskrav”. Enligt *FMV* finns det utan definitionen en risk att

lagstiftningen kommer att brista i precision. Eftersom begreppet märkeskrav inte används i de nya lagarna anser regeringen dock att någon definition av begreppet inte heller behöver införas.

I artikel 2.1.18 i LOU-direktivet respektive artikel 2.14 i LUF-direktivet definieras begreppet ”skriftlig”. Regeringen har tidigare, med hänvisning till RÅ 2009 ref. 70, gjort bedömningen att det inte finns ett behov av något förtydligande av begreppet eftersom det får anses klarlagt att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas även elektroniskt (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 305 ff.). Regeringen anser, till skillnad från FMV, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet och *Konkurrenskommissionen*, att det inte finns några bärande skäl för att nu göra någon annan bedömning. Någon motsvarighet till direktivens definition av begreppet skriftlig bör därför inte införas i lagarna.

Vidare innehåller direktiven en definition av begreppet ”innovation” (artikel 2.1.22 i LOU-direktivet respektive artikel 2.18 i LUF-direktivet), som saknar motsvarighet i 2004 års direktiv. FMV, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* anser att definitionen bör införas i de nya lagarna. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att vad som omfattas av begreppet inte kan bestämmas med någon precision. Någon motsvarande definition bör därför inte införas i lagarna.

I artikel 2.1.17 i LOU-direktivet respektive artikel 2.13 i LUF-direktivet finns vidare en definition av begreppet ”leverantör av upphandlingstjänster”. FMV, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* anser att definitionen bör införas i lagarna. Eftersom begreppet inte används i de nya lagarna bör dock någon definition av begreppet enligt regeringens mening inte införas.

I 2 kap. 20 § LOU respektive 2 kap. 15 och 22 §§ LUF finns definitioner av begreppen ”upphandlarprofil” och ”publikt nät”. Begreppen definieras inte särskilt i direktiven och det finns inte något behov av att ta in motsvarande definitioner i de nya lagarna.

6.7.3 Begreppet leverantör ska fortsätta användas

Regeringens förslag: Det i direktiven använda begreppet ekonomisk aktör ska i lagarna ersättas av begreppet leverantör.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i frågan, bl.a. *Försvarsmakten*, *Försvarets materielverk (FMV)* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* föreslår vissa justeringar av definitionen.

Skälen för regeringens förslag: I de nya direktiven finns en definition av begreppet ”ekonomisk aktör”, som är en samlande benämning för dem som erbjuder sig att på marknaden leverera varor, tillhandahålla tjänster eller utföra byggentreprenader eller byggnadsverk (artikel 2.1.10 i LOU-direktivet respektive artikel 2.6 i LUF-direktivet). Vid genomförandet av 2004 års direktiv gjorde regeringen bedömningen att det väl inarbetade begreppet leverantör alljämt borde användas som en samlingsbeteckning

Prop. 2015/16:195 för entreprenörer och leverantörer och beteckna alla som ingår ett upphandlingskontrakt med en upphandlande myndighet eller enhet (prop. 2006/07:128 del 1 s. 149 f.). Regeringen anser att det inte heller vid genomförandet av de nya direktiven finns skäl att frångå det väl inarbetade begreppet leverantör.

Konkurrenskommissionen och *Advokatfirman Delphi* förordar att definitionen av leverantör justeras till att avse den som på marknaden erbjuder sig att tillhandahålla varor eller tjänster eller att utföra byggentreprenader, respektive alla som ingår eller har ett intresse av att ingå upphandlingskontrakt. Syftet med förslaget är att tydliggöra att även nyetablerade aktörer omfattas av begreppet. Regeringen kan konstatera att den föreslagna definitionen är identisk med den som finns i LOU och LUF och att definitionen i detta avseende i allt väsentligt är oförändrad sedan 1992 års LOU. Regeringen anser att även nyetablerade aktörer som ska lämna anbud i en upphandling får anses utgöra aktörer som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader. De omfattas därmed av den nuvarande lydelsen. Enligt regeringens mening finns det således inte skäl att ändra definitionen.

6.7.4 Definitionerna av de olika typerna av kontrakt och av ramavtal

Regeringens förslag: Definitionen av begreppet kontrakt ska inte innehålla något krav på undertecknande eller elektronisk signatur. Definitionerna av begreppen varukontrakt, tjänstekontrakt, byggentreprenadkontrakt och ramavtal ska utformas på ett direktivnära sätt.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanserna som yttrar sig i frågan, däribland *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Göteborgs stad Upphandlings AB* tillstyrker eller har inga invändningar mot förslaget. *Kriminalvården* och *Kronofogdemyndigheten* anser dock att kravet att kontrakt ska undertecknas bör kvarstå.

Skälen för regeringens förslag: I definitionen av kontrakt i 2 kap. 10 § LOU och 2 kap. 10 § LUF anges att ett kontrakt ska undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Definitionen av kontrakt i 2014 års direktiv (artikel 2.1.5 i LOU-direktivet respektive artikel 2.1 i LUF-direktivet) innehåller däremot inte något sådant krav. Direktiven anger endast att det ska vara fråga om skriftliga kontrakt, vilket inte i sig innefattar ett krav på undertecknande. Regeringen instämmer således i promemorians bedömning att det inte kan anses stå klart att undertecknande eller elektronisk signatur är en EU-rättslig förutsättning för att ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening ska kunna föreligga. Vidare finns det skäl att anta att t.ex. kontrakt som ingås genom avrop från ramavtal många gånger inte undertecknas i praktiken. Mot denna bakgrund och för att ge definitionen en direktivnära utformning bör det inte införas något krav på undertecknade eller elektronisk signatur i de nya lagarna.

Diskrimineringsombudsmannen (DO) anför att det är av stor vikt att veta vid vilken tidpunkt avtal har tecknats eftersom möjligheten att begära överprövning faller när detta har skett. I dessa sammanhang har påskriften av avtalet enligt DO haft en avgörande betydelse. *Kronofogdemyndigheten* anser att kravet att kontrakt ska undertecknas bör kvarstå, så att definitionen av kontrakt överensstämmer med gällande svensk avtalsrättslig praxis. Detta skulle enligt Kronofogdemyndigheten också tydliggöra vem som får företräda en myndighet vid ingående av avtal. *Kriminalvården* anför att ett undertecknat kontrakt är ett viktigt bevis om affären. Med anledning av dessa synpunkter vill regeringen understryka att förslaget endast innebär att det inte krävs ett undertecknande eller elektronisk signatur för att ett upphandlingsrättsligt kontrakt i de nya lagarnas mening ska kunna föreligga. Den nya utformningen hindrar givetvis inte att kontrakt även i fortsättningen skrivs under av parterna eller signeras med en elektronisk signatur, vilket bl.a. ur bevissynpunkt är lämpligt i de flesta fall. Som påtalats av *Trafikverket* är det alltså inget som hindrar upphandlande myndigheter eller enheter att uppställa krav på undertecknande.

Definitionerna av varukontrakt och tjänstekontrakt

Definitionerna av varukontrakt och tjänstekontrakt finns i artikel 2.1.8 och 9 i LOU-direktivet respektive artikel 2.4 och 5 i LUF-direktivet. Dessa definitioner har i de nya upphandlingsdirektiven förenklats på så sätt att de inte längre anger hur kontrakt som avser både varor och tjänster eller byggentreprenader (s.k. blandade kontrakt) ska klassificeras. Det framgår i stället av artikel 3.2 i LOU-direktivet respektive artikel 5.2 i LUF-direktivet vilka bestämmelser som ska tillämpas när det gäller sådan blandad upphandling, se vidare avsnitt 7.1.2. Bestämmelserna med definitionerna av varukontrakt och tjänstekontrakt i de nya lagarna bör i detta avseende utformas på samma sätt som i de nya direktiven.

Enligt definitionerna av varukontrakt i direktiven är ett varukontrakt ett kontrakt som avser köp, leasing, hyra eller hyrköp – med eller utan köpoption – av en vara. Texten ”med eller utan köpoption” framstår som överflödigt och bör därför inte tas in i de nya lagarna. Vidare anges det i direktivens definitioner av varukontrakt att ett sådant kontrakt som ett underordnat inslag kan omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten. Denna bestämmelse bedöms inte ha någon självständig betydelse utan endast ha ett förtydligande syfte. Som nämnts ovan framgår det av särskilda artiklar i direktiven vilka bestämmelser som ska tillämpas när det gäller blandade kontrakt. Med hänsyn till att sådana kompletterande monterings- och installationsarbeten som nämns i definitionen även omnämns i andra bestämmelser i direktiven bör dock ett motsvarande förtydligande införas i definitionerna i de nya lagarna. *Västra Götalands läns landsting* anser att det bör nämnas flera exempel på tjänster som är vanliga i samband med upphandling av varor, som produktspecifik utbildning, support och löpande underhåll. Regeringen anser dock att det saknas skäl för att på ett sådant sätt avvika från direktivtexterna.

Definitionerna av byggtreprenadkontrakt i 2.1.6 i LOU-direktivet respektive artikel 2.2 i LUF-direktivet anger i tre punkter vilka typer av kontrakt som omfattas av begreppet. Även i 2004 års direktiv anges tre typer av kontrakt som omfattas av begreppet. I 2 kap. 3 § LOU och 2 kap. 3 § LUF anger bestämmelserna dock endast två typer av kontrakt (närmare bestämt de typer av kontrakt som anges i första och tredje punkten i de nya direktivens definitioner). Även om de tre punkterna i direktivens definitioner kan anses överlappa varandra bör definitionerna av byggtreprenadkontrakt i de nya lagarna, för att underlätta tillämpningen, utformas i enlighet med den nya tydliga strukturen i direktiven. Bestämmelserna med definitionerna av byggtreprenadkontrakt i de nya lagarna bör således innehålla tre punkter som anger de tre typer av kontrakt som enligt direktiven omfattas av begreppet. Den nya utformningen är dock inte avsedd att innebära någon ändring av vilka kontrakt som kan anses utgöra byggtreprenadkontrakt.

Den tredje punkten i bestämmelserna avser kontrakt som, oavsett hur det utformas, medför förverkligande av ett byggnadsverk enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet. För att ett sådant kontrakt ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt krävs enligt 2014 års direktiv att den upphandlande myndigheten eller enheten utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen. Avsikten med bestämmelsen är att kodifiera EU-domstolens praxis (se dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, p. 67).

Begreppen vara, tjänst och byggtreprenad

Lagrådet har föreslagit att definitioner av begreppen ”tjänst” och ”byggtreprenad” förs in i de nya lagarna och har påtalat att ordet ”vara” används utan att det förklaras. I lagen om offentlig upphandling används ordet ”vara” utan att det anges om det som avses är anskaffning av lösa saker eller om ordet också omfattar anskaffning av annan lös egendom, såsom rättigheter, aktier, andelar, optionsrätter, olika slags immaterialrätter samt bostadsrätter. Lagrådet anser att det i det fortsatta arbetet bör utvecklas vilka slag av anskaffning som ska omfattas av lagens regler.

Upphandlingsdirektiven gör åtskillnad mellan köp av vara, tjänst och byggtreprenad genom definitionerna av de olika föremålen för offentlig upphandling. Ett offentligt varukontrakt definieras som ett offentligt kontrakt som avser köp, leasing, hyra m.m. av varor. Ett offentligt byggtreprenadkontrakt har getts en uttömmande bestämning genom verksamheter som omfattas av bilaga II till direktivet samt vissa andra tjänster avseende utförande, projektering och realisering av byggnadsverk. Offentligt tjänstekontrakt är negativt bestämt till offentligt byggtreprenadkontrakt, dvs. ett kontrakt som avser tillhandahållande av andra tjänster än de som anges under punkten offentligt byggtreprenadkontrakt.

Historiskt har EU-direktiven innehållit en definierad åtskillnad mellan varor, tjänster och byggtreprenader. De ursprungliga direktiven, som föregick 2004 års direktiv, behandlade varor, tjänster och

byggtreprenader i separata direktiv: 93/36/EEG upphandling av varor, 93/37/EEG upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och 92/50/EEG upphandling av tjänster. Tjänsteupphandlingsdirektivet innehöll en prioritetsordning mellan kontraktsföremålen. Definitionen av offentliga tjänsteavtal (artikel 1 a) i) gjorde undantag för offentliga varuupphandlingskontrakt enligt varudirektivet och offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten enligt byggdirektivet. Det som inte definierades som ett bygg- och anläggningsarbete eller en vara skulle således anses vara en tjänst.

De tre direktiven inom den klassiska sektorn konsoliderades i ett för sektorn gemensamt direktiv, 2004/18/EG, som behöll en tydlig prioritet mellan de tre typerna av kontraktsföremål. Av artikel 1. 2 a) – c) framgår att offentliga byggtreprenadkontrakt definieras framför allt med stöd av en uttömmande lista av verksamheter och att offentliga varukontrakt är andra offentliga kontrakt än de som inte är att anse som byggtreprenadkontrakt. Vidare definieras offentliga tjänstekontrakt som andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt och som avser sådana tjänster som anges i en bilaga till lagen (bilaga II). Bilagan innehåller dels tjänster som omfattas fullt ut av direktivet (A-tjänster) och sådana som endast till mindre del omfattas (B-tjänster). Kategorin B-tjänster anger som en sista kategori övriga tjänster. Av detta följer att om kontraktet inte är en byggtreprenad, så är det en tjänst om det inte är en vara. Om tjänsten inte är en A-tjänst, så är det en B-tjänst och i sista hand en övrig B-tjänst.

Den i 2004 års direktiv uppställda prioritetsordningen mellan kontraktsföremålen har inte upprätthållits i 2014 års direktiv på annat sätt än som angavs inledningsvis att tjänstekontrakt är negativt bestämt till byggtreprenad. Någon sådan prioritet mellan varu- och tjänstekontrakt finns numera inte i direktiven. Det nya direktivet om offentlig upphandling ger således ingen ledning till definitionen av ”vara”.

Den upphandlande myndigheten är, när det gäller bestämning av föremålet för upphandlingen, hänvisad till CPV-nomenklaturen. Enligt artikel 23.1 i direktiv 2014/24/EU ska alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för offentlig upphandling göras genom användning av den gemensamma terminologin vid offentlig upphandling, Common Procurement Vocabulary (CPV), som fastställts i förordning (EG) nr 2195/2002.

CPV-nomenklaturen ger inte någon klar uppdelning av föremålen varor och tjänster. Nomenklaturen ger således inte svar på frågan huruvida föremålet för en upphandling är att anse som en vara eller en tjänst. Inte heller ger den svar på frågan om ordet ”vara” avser anskaffning av inte enbart lösa saker, utan även omfattar även anskaffning av annan lös egendom, såsom rättigheter, aktier, andelar, optionsrätter, olika slags immaterialrätter samt bostadsrätter. Sådan lös egendom torde falla under undantagsbestämmelsen i artikel 12 i direktiv 2014/24/EU. Rubriken till artikelbestämmelsen är Särskilda undantag för tjänstekontrakt, vilket förefaller vara en reminiscens av den i tidigare direktiv upprätthållna prioritetsordningen mellan kontraktsföremålen.

Regeringen föreslår inte att begreppen ”vara”, ”tjänst ”och ”byggtreprenad” bör definieras särskilt i de nya lagarna.

Lagrådet har föreslagit en definition av ramavtal, som skiljer sig från den som föreslagits i lagrådsremissen. Trots att definitionen inte ändrats sedan 2004-års direktiv finns det enligt regeringens mening anledning att justera definitionen något så att den kommer i bättre överensstämmelse med exempelvis den engelska direktivtexten där det tydligare än i den svenska översättningen framgår att ramavtalets syfte är att fastställa de villkor som ska gälla i de senare kontrakt som tilldelas med stöd av ramavtalet. Definitionen får även med den föreslagna lydelsen anses genomförd i nära anslutning till direktivet och någon ändring i sak är inte avsedd med ändringen.

6.7.5 Centrala, regionala och lokala upphandlande myndigheter

Regeringens förslag: En definition av begreppet central upphandlande myndighet ska införas i den nya lagen om offentlig upphandling. Med en central upphandlande myndighet ska avses en statlig myndighet och en sådan upphandlande myndighet som anges i bilaga I till LOU-direktivet.

Regeringens bedömning: Direktivens definitioner av begreppen upphandlande myndigheter under den centrala nivån, regionala myndigheter och lokala myndigheter bör inte införas.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans motsätter sig förslaget eller bedömningen. *Kriminalvården* anser dock att användningen av begreppen ”central upphandlande myndighet” respektive ”upphandlande myndighet” blir förvirrande.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: I artikel 2.1.2–3 i LOU-direktivet finns definitioner av begreppen ”centrala statliga myndigheter” respektive ”upphandlande myndigheter under den centrala nivån”. Med centrala statliga myndigheter avses de upphandlande myndigheter som förtecknas i bilaga I till direktivet och med myndigheter under den centrala nivån avses alla övriga upphandlande myndigheter. Begreppen används i bestämmelserna om tröskelvärden samt i bestämmelserna där medlemsstaterna ges möjlighet att föreskriva att myndigheter under den centrala nivån får använda s.k. förhandsannonsering och ingå överenskommelser om tidsfrist att komma in med anbud.

Förteckningen över upphandlande myndigheter som finns i bilaga I till det nya direktivet baseras på WTO:s upphandlingsavtal Government Procurement Agreement (WTO-avtalet). Det är således de myndigheter och organ som omfattas av WTO-avtalet som finns upptagna i förteckningen. Det kan konstateras att förteckningen i många delar är inaktuell. Enligt artikel 6.7 i direktivet ges dock EU-kommissionen befogenhet att anta delegerade akter för att ändra bilaga I i syfte att uppdatera förteckningen, om ändringarna är nödvändiga för att det ska gå att korrekt identifiera de upphandlande myndigheterna. I avvaktan på en

sådan uppdatering ska en upphandlande myndighet som är upptagen i bilagan anses omfattas av begreppet även om myndighetens namn skulle vara felaktigt återgivet eller om myndigheten skulle ha bytt namn.

Med hänsyn till att begreppet central statlig myndighet används i ett flertal bestämmelser i LOU-direktivet finns det ett behov av att införa ett motsvarande begrepp. Regeringen gör dock bedömningen att det är mindre lämpligt att använda direktivets term central statlig myndighet. Det främsta skälet för denna bedömning är att förteckningen i bilagan innehåller flera organ som inte är myndigheter enligt svensk rätt. Att sådana organ ändå finns med i förteckningen kan möjligen vara motiverat av att de skulle kunna anses utgöra offentligt styrda organ och därmed omfattas av begreppet upphandlande myndighet. Det är emellertid angeläget att begreppet myndighet så långt som möjligt används på ett enhetligt sätt i svensk rätt och att begreppet förbehålls det som enligt svensk lagstiftning och svenskt språkbruk utgör en myndighet.

Regeringen gör därför bedömningen att ”central upphandlande myndighet” bör användas i lagen i stället för ”central statlig myndighet”. Härigenom knyts begreppet till det upphandlingsrättsliga begreppet upphandlande myndighet, som även omfattar offentligt styrda organ, samtidigt som begreppet i viss mån knyter an till termen som används i direktivet. *Kriminalvården* framför att användningen av begreppen ”central upphandlande myndighet” respektive ”upphandlande myndighet” blir förvirrande och ifrågasätter när ”central upphandlande myndighet” ska användas. Som redogjorts för ovan finns det dock ett behov av en definition av begreppet eftersom det används i bestämmelserna om tröskelvärden, tidsfrister och om förhandsannonser.

I bestämmelsen med definitionen bör, liksom i direktivet, anges att de upphandlande myndigheter som anges i bilaga I till direktivet omfattas av begreppet. Härutöver bör i bestämmelsen anges att begreppet omfattar samtliga statliga myndigheter eftersom bilagan till direktivet inte innehåller en fullständig förteckning över samtliga statliga myndigheter. Begreppet central upphandlande myndighet bör omfatta samtliga statliga myndigheter för att behålla dagens ordning där samtliga centrala statliga myndigheter omfattas av särskilda tröskelvärden, och för att förenkla tillämpningen. Denna konstruktion medför också att förteckningen i bilaga I till direktivet och eventuella inaktuella uppgifter i denna får en begränsad betydelse i praktiken.

LOU-direktivets definition av upphandlande myndigheter under den centrala nivån framstår som obehövlig. Det är tillräckligt att lagtexten i förekommande fall anger att en bestämmelse gäller för andra myndigheter än centrala upphandlande myndigheter. I artikel 2.2 i LOU-direktivet respektive artikel 3.2–3 i LUF-direktivet finns vidare definitioner av begreppen ”regionala myndigheter” och ”lokala myndigheter”. Dessa begrepp används inte i några andra artiklar än i artiklarna med definitionerna och behöver inte heller användas i de nya lagarna. Några motsvarigheter till dessa definitioner bör därför inte heller införas i de nya lagarna.

Regeringens förslag: En definition av begreppet livscykel ska införas i lagarna. Med livscykel ska avses samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår under sin livslängd, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i frågan, däribland *Ekonomistyrningsverket*, *Trafikverket* och *Arbetsförmedlingen*, tillstyrker eller har inga invändningar mot förslaget. *Tillväxtverket* anser dock att definitionen även bör omfatta återanvändning i dess vida bemärkelse, alltså en form av förlängd livscykel.

Skälen för regeringens förslag: I de nya direktiven finns en definition av begreppet "livscykel". Enligt direktivens definition avses med livscykel alla på varandra följande eller inbördes sammankopplade skeden, inklusive forskning och utveckling, produktion, handel och dess villkor, transport, användning och underhåll, som ingår i livslängden för en vara eller ett byggnadsverk eller tillhandahållandet av en tjänst, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

Begreppet livscykel används bl.a. i bestämmelserna om tekniska specifikationer och om tilldelningskriteriernas koppling till kontraktets föremålet. Begreppet används också i bestämmelserna som reglerar att upphandlande myndigheter och enheter får anlägga ett livscykelkostnadsperspektiv när de fastställer vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Eftersom begreppet används återkommande i regleringen bör en definition av begreppet införas i de nya lagarna.

Definitionen av begreppet har inte någon motsvarighet i LOU eller LUF. Däremot finns en liknande definition i LUFs-direktivet. I LUFs-direktivet och LUFs används emellertid termen "livslängd". Regeringen instämmer i promemorians bedömning att definitionen i de nya lagarna bör utformas på ett liknande sätt som definitionen i LUFs. Med livscykel bör därför avses samtliga skeden som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår under sin livslängd, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut. På *Lagrådets* inrådan har det i lagtexten förtydligats att med samtliga skeden även avses forsknings- och utvecklingsskeden. Det finns enligt regeringens mening inte skäl att, som *Tillväxtverket* föreslår, lägga till återanvändning till definitionen eftersom begreppet då skulle få en annan materiell betydelse än i direktiven.

Regeringens förslag: En definition av begreppet upphandlingsdokument ska införas i lagarna. Med upphandlingsdokument ska avses alla dokument som den upphandlande myndigheten eller enheten använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

Regeringens bedömning: Begreppet förfrågningsunderlag bör inte användas i lagarna.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig i frågan. Flertalet av dessa tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det kan vara av värde att behålla det inarbetade begreppet förfrågningsunderlag även i de nya lagarna för att särskilja detta dokument från övriga upphandlingsdokument. *Västra Götalands läns landsting* anser att upphandlingsdokument ska utgöra ett överordnat begrepp och att begreppet förfrågningsunderlag ska finnas kvar.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: I LOU-direktivet respektive LUF-direktivet finns en definition av begreppet ”upphandlingsdokument”. Begreppet är nytt och har införts i direktiven som en samlande beteckning för de olika typer av dokument som en upphandlande myndighet eller enhet tar fram eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen eller förfarandet. Enligt direktiven inbegriper begreppet bl.a. annonser om upphandling, förhandsmeddelanden eller meddelanden om att det finns ett kvalificeringssystem, tekniska specifikationer, det beskrivande dokumentet, förslag till kontraktsvillkor och upplysningar om allmänt tillämpliga skyldigheter samt eventuella kompletterande dokument.

Begreppet upphandlingsdokument används i ett stort antal bestämmelser i direktiven. Regeringen anser därför att det finns ett behov av att införa ett motsvarande begrepp som definieras särskilt i de nya lagarna. Bestämmelsen med definitionen bör utformas på ett direktivnära sätt. Eftersom direktivens uppräknade av olika dokument som omfattas av definitionen är exemplifierande bör den inte tas med i lagtexten.

Lagrådet har föreslagit att definitionen ska avse varje dokument som används för att beskriva eller fastställa ”vad upphandlingen gäller”. Ett sådant uttrycksätt riskerar enligt regeringens mening att ge intryck av att endast de dokument som beskriver själva föremålet för upphandlingen omfattas av definitionen, trots att även andra dokument rimligen måste ingå, t.ex. sådana som rör skyldigheter för leverantörer eller särskilda kontraktsvillkor. Bestämmelsen bör därför ange att med upphandlingsdokument avses varje dokument som den upphandlande myndigheten eller enheten använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen. Därmed kommer definitionen också att omfatta begreppet förfrågningsunderlag som används i LOU och LUF. I den mån en upphandlande myndighet eller enhet samlar t.ex. urvalskriterier, tekniska specifikationer, tilldelningskriterier och särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i ett dokument benämnt förfrågningsunderlag kommer således även detta dokument att omfattas

Prop. 2015/16:195 av begreppet upphandlingsdokument. Att endast använda sig av upphandlingsdokument i vilket även förfrågningsunderlag ska ingå medför enligt *Västra Götalands läns landsting* en otydlighet ifråga om vad som omfattas. Även *Kammarrätten i Göteborg* anser att det kan vara av värde att behålla det inarbetade begreppet förfrågningsunderlag. Regeringen kan instämma i att direktivens användning av begreppet upphandlingsdokument inte bidrar till någon ökad precision i regleringen. Med hänsyn till att begreppet förfrågningsunderlag som sådant helt har utmönstrats ur de nya direktiven instämmer regeringen dock i promemorians bedömning att begreppet inte heller bör användas i de nya lagarna.

6.8 Definitioner i lagen om upphandling av koncessioner

6.8.1 Definitioner som motsvarar definitioner i LOU-direktivet och LUF-direktivet

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla ett inledande kapitel med definitioner av olika begrepp. Definitionerna ska i huvudsak överensstämma med motsvarande definitioner i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna framför inga invändningar mot förslaget. *Kriminalvården* tillstyrker förslaget och anser att samtliga definitioner underlättar tolkning och tillämpning av lagen om upphandling av koncessioner. *Konkurrenskommissionen* förordar att definitionen av begreppet ”innovation” införs i den nya lagen. Konkurrenskommissionen föreslår vissa justeringar av definitionen av ”leverantör”. Även *Svenskt Näringsliv* ifrågasätter denna definition.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 5 i LUK-direktivet definieras flera begrepp som används i direktivet. Begreppen och definitionerna motsvarar till stora delar definitionerna i LOU-direktivet och LUF-direktivet.

Utredningen föreslår att definitionerna i LUK-direktivet som motsvarar dem i LOU-direktivet och LUF-direktivet ska utformas på likartat sätt i lagen om upphandling av koncessioner. Regeringen instämmer i att bestämmelserna bör genomföras på det sättet. De överväganden som görs i avsnitt 6.7 gäller således i tillämpliga delar även för genomförandet av motsvarande bestämmelser i LUK-direktivet. Frågan om införandet av en definition av begreppet ”innovation”, som *Konkurrenskommissionen* tar upp, behandlas i avsnitt 6.7.2. Synpunkterna från *Konkurrenskommissionen* och *Svenskt Näringsliv* om definitionen av begreppet ”leverantör” behandlas i avsnitt 6.7.3. Dessa remissinstanser tar även upp frågor om kontraktsbegreppet som närmast hänför sig till frågan om de nya upphandlingslagarnas tillämpningsområde. Dessa synpunkter tas upp

i avsnitt 6.1.2. Direktivets definitioner av bl.a. ensamrätt och särskild rättighet avviker i viss mån från motsvarande definition i LUF-direktivet. Definitionerna skiljer sig åt på så sätt att det inte är fråga om en ensamrätt eller särskild rättighet enligt LUF-direktivet när rättigheten har beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet har grundats på objektiva kriterier. Något motsvarande undantag finns inte i LUK-direktivet, jfr dock artikel 7.

Regeringen anser att definitionerna i allt väsentligt bör genomföras på det sätt utredningen föreslagit. En motsvarande definition av det bakomliggande direktivet, som på *Lagrådets* inrådan föreslagits i de båda andra lagarna, föreslås också i lagen om upphandling av koncessioner. Angående definitionerna av upphandlande myndighet och upphandlande enhet, se avsnitt 6.8.3.

6.8.2 Definitioner som är specifika för LUK-direktivet

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla definitioner av begreppen koncession, byggkoncession, tjänstekoncession, verksamhetsrisk och vissa andra begrepp som är specifika för LUK-direktivet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock att termen ”marknadens nycker” i direktivet ska ersättas med ”skiftningar på marknaden” i definitionen av begreppet verksamhetsrisk.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Kammarrätten i Stockholm* ifrågasätter bl.a. utredningens förslag att ersätta termen ”marknadens nycker” i direktiven med ”skiftningar på marknaden”. *Kammarrätten* anser att den term utredningen valt inte är mer klargörande än ”marknadens nycker” och noterar att det senare uttrycket bl.a. har använts av EU-domstolen och svenska domstolar. *Strålsäkerhetsmyndigheten* anser att det är positivt att definitionen av koncession förtydligas.

Kammarrätten i Göteborg noterar att utredningen har angett att det är oklart i vilken mån förekommande valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem faller in under definitionen av en tjänstekoncession i direktivet och den nya lagen. En eventuell lagkonflikt bör enligt *kammarrätten* undanröjas.

Skälen för regeringens förslag

Det som skiljer definitionerna av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner från tjänstekontrakt och byggtreprenadkontrakt är ersättningsformen. Ersättningen vid en koncession består helt eller delvis av rätten att utnyttja det som koncessionen avser. Frågor om koncessioner, framför allt tjänstekoncessioner, har behandlats av EU-domstolen i ett antal avgöranden. Utredningen har redogjort för denna praxis (se SOU 2014:69 s. 103 ff.).

I LUK-direktivet definieras koncession, byggkoncession och tjänstekoncession. Med koncession avses enligt artikel 5.1 första stycket byggkoncession eller tjänstekoncession. Med byggkoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtror utförande av byggtreprenad till en eller flera leverantörer, där ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Definitionen av tjänstekoncession enligt artikel 5.1 första stycket b är utformad på ett liknande sätt.

Av LUK-direktivets definition av byggkoncession och tjänstekoncession framgår att ersättningen vid en koncession består helt eller delvis av rätten att utnyttja det som koncessionen avser. Detta innebär att ersättning endast får utgå på två sätt; antingen genom att leverantören får rätt att utnyttja föremålet för koncessionen eller att denne dels får en sådan rätt, dels får betalning. Ersättningen till leverantören får inte utgå endast som betalning från den upphandlande myndigheten eller enheten, eftersom ersättningen då inte till någon del är avhängig av leverantörens egen rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket. I sådana fall utgör kontraktet i stället ett sedvanligt tjänste- eller byggtreprenadkontrakt varigenom myndigheten eller enheten anskaffar en tjänst eller byggtreprenad mot betalning. I kravet att koncessionshavaren ska ha rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket som är föremål för koncessionen ligger även att denne tar över verksamhetsrisken, se vidare nedan. En rätt att utnyttja det som koncessionen avser föreligger t.ex. om leverantören får rätt att uppbära ersättning för tjänsten från tredje man.

Vad som avses i bestämmelserna utvecklas vidare i skäl 11 i direktivet. Där anges att det är fråga om att den upphandlande myndigheten eller enheten anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster eller utförande av byggtreprenader till en eller flera leverantörer. Vidare anges att sådana avtal kan men måste inte innebära en överföring av äganderätt från leverantören till den upphandlande myndigheten eller enheten, men att upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter alltid får utnyttja fördelarna av byggnadsverken eller tjänsterna i fråga. I skäl 18 anges vidare att vissa kontraktsarrangemang som betalas uteslutande av en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet bör anses utgöra en koncession om ersättningen för de investeringar som entreprenören har gjort och de kostnader som denne har haft för att utföra en byggtreprenad eller tillhandahålla en tjänst beror på den faktiska efterfrågan på eller utbudet av en tjänst eller en egendom. I sådana fall, när koncessionshavaren har rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket och tar över verksamhetsrisken, verkar det avgörande inte vara varifrån ersättningen faktiskt kommer.

Överföring av verksamhetsrisk

I artikel 5.1 andra stycket förklaras innebörden av övergång av verksamhetsrisken. Av direktivbestämmelsen framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska överföra verksamhetsrisken till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta

verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av föremålet för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara. Det viktigaste kännetecknet för en koncession är rätten att utnyttja ett byggnadsverk eller en tjänst, vilket alltid innebär en överföring av en verksamhetsrisk av ekonomisk art till koncessionshavaren. Risken innebär att koncessionshavaren kanske inte kommer att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av ett byggnadsverk eller tillhandahållandet av tjänster under normala verksamhetsförhållanden, även om en del av risken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten.

I EU-domstolens praxis har tidigare uppställts krav på att hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten övergår till leverantören för att det ska vara fråga om en koncession (se t.ex. dom *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130, punkt 29 och där angiven praxis). Artikeltexten innehåller emellertid inte något krav på att en betydande del av verksamhetsrisken ska överföras till koncessionshavaren. Det anges däremot att den överförda risken ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker och att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara. Utredningen gör bedömningen att bestämmelsen, med hänsyn till att den är relativt detaljerad, måste förstås på så sätt att det inte uppställs något krav på att minst en viss andel av risken ska överföras för att en koncession ska föreligga. *Konkurrensverket* instämmer dock inte i denna bedömning utan menar att direktivet inte motsäger EU-domstolens praxis om att en ”betydande del” av risken måste övergå för att det ska kunna vara en koncession. Regeringen konstaterar att det faktum att bestämmelsen inte innehåller något krav på att åtminstone en betydande del av verksamhetsrisken ska övergå innebär att EU-domstolens tidigare praxis med denna innebörd inte har kodifierats i det nya direktivet. Att den risk som överförs ska ”omfatta verklig exponering för marknadens nycker” synes däremot utgöra en kodifiering av EU-domstolens praxis (se domen i ovan nämnda mål C-274/09, punkt 37). Som framgått ovan utgörs EU-domstolens praxis i stor utsträckning av tolkningar av undantagsbestämmelser. Regeringen anser, i likhet med utredningen, att artikel 5.1 andra stycket får förstås på så sätt att det inte uppställs något krav på att minst en betydande del av risken ska överföras för att en koncession ska föreligga. Den närmare innebörden av direktivets krav att risken ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker och att eventuella förluster inte ska vara endast nominella eller försumbara kommer emellertid att få prövas i rättstillämpningen.

Den närmare utformningen av definitionerna

Definitionerna av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner har utvecklats och förtydligats i LUK-direktivet och, motsvarar till stor del

Prop. 2015/16:195 vad EU-domstolen ansett utgör kriterier för att en koncession ska föreligga. Dock uppställs i direktivet inte något uttryckligt krav på att hela eller en betydande del av verksamhetsrisken ska övergå på leverantören. Regeringen instämmer i utredningens förslag att nu nämnda definitioner bör genomföras i lagen på ett sätt som är i nära överensstämmelse med direktivtexten. Ett sådant genomförande leder visserligen till att vissa av bestämmelserna får en svårtillgänglig utformning, men utesluter samtidigt att den nya lagens definitioner i sak avviker från direktivets. Den omfattande praxis som bestämmelserna till stor del är avsedda att kodifiera talar också för att genomförandet bör vara påtagligt direktivnära. Utredningen föreslår att uttrycket ”marknadens nyckel”, som används i artikel 5.1 andra stycket för att klargöra vad den risk som ska överföras till leverantören måste innebära, ska bytas ut mot uttrycket ”skiftningar på marknaden”. Regeringen anser dock, i likhet med *Kammarrätten i Stockholm*, att skiftningar på marknaden inte är en lämplig term. Enligt regeringens mening bör i stället ”förhållanden på marknaden” användas i lagen.

Lagrådet har föreslagit en omstrukturering av de definitioner som tillsammans utgör begreppsbyggnaden kring vad som utgör en koncession. Bland annat förespråkar *Lagrådet* att definitionen av koncession utgår. Regeringen anser också att definitionerna av koncession, byggkoncession och tjänstekoncession i förtydligande syfte bör omstruktureras något i förhållande till direktivet. Omstruktureringen utgör inte någon förändring i sak men innebär att systematiken harmoniseras med de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Det innebär att definitionen av koncession i motsats till vad *Lagrådet* föreslagit kommer att kvarstå och i huvudsak fylla samma funktion som definitionen av kontrakt i de övriga lagarna. De moment som är specifika för en kontraktsformen koncession kommer därmed att ingå i definitionen av koncession medan begreppen byggkoncession och tjänstekoncession definieras utifrån vad som är specifikt för de båda slagen. Även med den föreslagna strukturen får bestämmelserna anses genomförda i nära anslutning till direktivet. *Lagrådet* har även föreslagit att definitionen av verksamhetsrisk ska delas upp i två bestämmelser. Regeringen delar *Lagrådets* bedömning också i denna del.

Utöver de ovan behandlade definitionerna innehåller LUK-direktivet även ett antal definitioner av begrepp som är specifika för detta direktiv, såsom definition av begreppet ”koncessionshavare”. Dessa definitioner bör i allt väsentligt genomföras på det sätt utredningen föreslagit.

Förhållandet mellan lagen om upphandling av koncessioner och valfrihetssystemen

Valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem, förkortad LOV, är ett alternativ till upphandling enligt LOU, som kan tillämpas bl.a. när det gäller omsorgsverksamhet och hälso- och sjukvårdstjänster. LOV reglerar vad som gäller för de kommuner och landsting som vill konkurrensutsätta kommunala och landstingskommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare av stöd-, vård- och omsorgstjänster till brukaren eller patienten. Utöver LOV finns det bestämmelser om

valfrihetssystem bl.a. i lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare, lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

Grundprincipen i ett valfrihetssystem är att den enskilde väljer vilken av de godkända och kontrakterade leverantörerna som ska utföra en viss tjänst. Samtliga leverantörer som uppfyller uppställda krav och som har godkänts får teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten.

Vid tillkomsten av LOV gjorde regeringen den sammantagna bedömningen att kontrakt inom valfrihetssystem enligt LOV skulle anses utgöra tjänstekoncessioner (prop. 2008/09:29 s. 52 ff.). Frågan har därefter varit föremål för överväganden i flera lagstiftningsärenden. Bedömningarna har utgått från de kriterier som framgår av EU-domstolens praxis på området. Regeringen har vidhållit den ursprungliga bedömningen att kontrakt inom valfrihetssystem får anses utgöra tjänstekoncessioner, men bedömningen har tidigare ifrågasatts av Lagrådet (se prop. 2009/10:60 s. 86 ff. och 211 ff. och prop. 2009/10:146 s. 16 ff. och 33 f.).

I och med genomförandet av LUK-direktivet aktualiseras frågan om de befintliga valfrihetssystemen faller in under det nya direktivets definition av tjänstekoncession. Frågan behandlas av utredningen som dock stannar vid bedömningen att det fortfarande är oklart hur frågan ska besvaras. Även *Kammarrätten i Göteborg* och *TCO* berör frågan.

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att LUK-direktivet inte ger något klart och entydigt svar på frågan. Det kan dock konstateras att de tidigare övervägandena har utgått från frågeställningen om valfrihetssystemen ska betraktas som tjänstekoncessioner eller som ramavtal eller tjänsteavtal enligt LOU. Av skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv framgår emellertid att system där samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet inte ska ses som en upphandling, utan enbart som ett auktorisationssystem. I skäl 4 i LOU-direktivet anges sålunda att unionens regler för offentlig upphandling inte är avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel. I det andra stycket i samma skäl anförs att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster). I skäl 114 anges vidare att medlemsstater och myndigheter har frihet att organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför ingående av offentliga kontrakt, exempelvis genom att bevilja licenser eller tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, förutsatt att ett sådant system tryggar en tillräcklig annonsering och överensstämmer med principerna om öppenhet och icke-diskriminering.

Av LUK-direktivet framgår också att

[A]rrangemang där samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, [bör] inte anses utgöra

koncessioner, även de som grundas på rättsliga överenskommelser mellan myndigheten och de ekonomiska aktörerna. Sådana system brukar grundas på ett beslut av en myndighet som definierar de öppna och icke-diskriminerande villkoren för de ekonomiska aktörernas kontinuerliga tillträde till tillhandahållandet av särskilda tjänster, exempelvis sociala tjänster, så att kunderna får möjlighet att välja mellan sådana aktörer.

Av vad som ovan sagts framgår att syftet med upphandlingsregelverket är att reglera hur den upphandlande myndigheten ska agera när den ska välja ut någon eller några leverantörer vid en anskaffning av en vara eller en tjänst. Bestämmelserna reglerar hur urvalet och tilldelningen ska gå till för att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter agerar på ett öppet, marknadsmässigt och icke-diskriminerande sätt.

I de nya definitionerna av begreppet upphandling i såväl LOU- som LUF-direktivet anges att med upphandling avses en anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av en upphandlande myndighet eller enhet.

I kontrast till detta kan konstateras att ett valfrihetssystem inte innehåller något egentligt urval från den upphandlande myndighetens sida, utan endast en kontroll av att leverantörerna uppfyller uppställda krav. I valfrihetssystem råder det inte någon konkurrenssituation mellan leverantörerna om att få teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten. Några tilldelningskriterier motsvarande ”ekonomiskt mest fördelaktiga” och ”lägsta pris” som gäller enligt LOU tillämpas inte. Antalet leverantörer kan inte heller begränsas. Ett sådant förfarande resulterar därför inte i en anskaffning i den meningen att någon leverantör väljs ut av myndigheten för att leverera t.ex. en tjänst. Vilken leverantör som ska leverera tjänsten bestäms i stället i ett senare skede av den enskilde som ska bruka tjänsten. Det kan i sammanhanget noteras att den upphandlande myndigheten ska tillhandahålla ett s.k. ickevalsalternativ. Med detta avses att myndigheten i förväg ska bestämma vad som gäller om den enskilde inte gör ett val. Ickevalsalternativet får dock inte innebära att den upphandlande myndighetens handläggare slumpvis väljer bland de leverantörer som tecknat kontrakt med myndigheten eller dylikt. Viktning eller rangordning av leverantörerna är inte tillåtet i ett valfrihetssystem och ickevalsalternativet ska vara konkurrensneutralt mellan de leverantörer som tecknat kontrakt med den upphandlande myndigheten (prop. 2008/09:29 s. 97 ff.).

Slutligen bör understrykas att ett valfrihetssystem hela tiden står öppet för anslutning av leverantörer som uppfyller de krav som ställs och som är beredda att gå med på de villkor som myndigheten uppställer. Det sistnämnda kännetecknet för ett valfrihetssystem tydliggör att ett sådant system inte kan anses utgöra ett ramavtal (se vidare avsnitt 13.2).

Mot denna bakgrund finns det enligt regeringens mening skäl som talar för att ett valfrihetssystem inte ska anses utgöra en upphandlingsrättslig anskaffning, vare sig genom en koncession eller genom något annat kontrakt. Valfärdsutredningen (Fi 2015:01) har i uppdrag bl.a. att klarlägga hur valfrihetssystemen enligt LOV bör klassificeras rättsligt och bedöma om det finns behov av justeringar av LOV utifrån den

rättsliga klassificeringen. Utredningen ska vidare föreslå de författningsändringar och andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade (dir. 2015:22 tillägsdir. 2015:108). Utredningen ska redovisa uppdraget i de delar som rör ett nytt regelverk för utförande av välfärdstjänster för att säkerställa att offentliga medel används till just den verksamhet de är avsedda för senast den 1 november 2016. Uppdraget i övrigt ska redovisas senast den 2 maj 2017.

I sammanhanget ska nämnas att EU-domstolen i en dom den 2 juni 2016, med anledning av en begäran om förhandsavgörande från en tysk domstol, uttalat sig om ett system inom ramen för vilket ett offentligt organ avsåg att förvärva varor på marknaden genom att under systemets hela giltighetstid ingå avtal med varje leverantör som åtar sig att leverera varorna på i förväg fastställda villkor, utan att organet gör något val mellan intresserade leverantörer. Domstolen konstaterade att det vid ett sådant system, där leverantörer ges möjlighet att ansluta sig under hela systemets giltighetstid inte ska anses föreligga ett offentligt kontrakt i den mening som avses i 2004 års LOU-direktiv. EU-domstolen uttalade vidare att om det står klart att föremålet för ett sådant system är av ett gränsöverskridande intresse, så ska förfarandet utformas och genomföras på ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principerna om förbud mot diskriminering, om likabehandling och om öppenhet (dom Falk Pharma, C-410/14).

Då upphandlingsdirektiven skulle ha varit genomförda i april 2016, kan beslut om denna proposition inte anstå i avvaktan på Välfärdsutredningens redovisning. Utgångspunkten för regeringens förslag är i denna proposition att det inte föreligger någon potentiell normkonflikt mellan å ena sidan regelverken om valfrihetssystem och å andra sidan den nya lagen om upphandling av koncessioner.

6.8.3 Upphandlande myndigheter och enheter

Regeringens förslag: Lagen ska innehålla definitioner av begreppen upphandlande myndighet och upphandlande enhet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår en delvis annorlunda utformning av lagtexten.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Av artiklarna 6 och 7 i LUK-direktivet framgår att direktivet med vissa undantag ska tillämpas på upphandlande myndigheter och upphandlande enheter under samma förutsättningar som följer av LOU-direktivet och LUF-direktivet. Det kan dock noteras att lagstiftningstekniken inte är densamma i LUK-direktivet och LUF-direktivet såvitt gäller definitionen av upphandlande enhet. I LUF-direktivet ingår begreppet upphandlande myndighet som en självständig beståndsdel medan begreppet i LUK-direktivet definieras med de moment som konstituerar en upphandlande myndighet. Det följer vidare av artikel 6.1 i LUK-direktivet att sådana organisatoriska enheter som uppfyller momenten i artikel 7.1 a i direktivet inte är att betrakta som

Prop. 2015/16:195 upphandlande myndigheter. Detta trots att sådana enheter i och för sig uppfyller övriga förutsättningar i artikel 6 för att bedömas som upphandlande myndigheter. Denna lagstiftningstekniska skillnad torde dock inte innebära att det föreligger några materiella skillnader direktiven emellan. Däremot är en betydelsefull konsekvens av skillnaden att redan begreppet upphandlande myndighet i både direktivet och lagen markerar vilken sektor det är fråga om. När det i direktivet och lagen talas om upphandlande myndighet markeras att det handlar om den klassiska sektorn. Begreppet upphandlande myndighet utesluter sålunda att det rör sig om upphandling inom försörjningssektorerna. Därmed använder LUK-direktivet såvitt avser försörjningssektorerna inte konstruktionerna ”upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet” respektive ”upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet”. Dessa konstruktioner används däremot i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se bl.a. reglerna om utslutning av leverantörer i 13 kap. 1–3 §§.

I fråga om försörjningssektorerna fyller begreppet upphandlande enhet samma funktion som det har i LUF och visar att det rör sig om upphandling inom försörjningssektorerna och inte inom den klassiska sektorn. De försörjningssektorer som omfattas av LUK-direktivets tillämpningsområde skiljer sig dock åt jämfört med LUF-direktivet. Koncessioner inom vattensektorn är nämligen till stor del undantagna från LUK-direktivets tillämpningsområde, vilket följer av bilaga II till direktivet. Bilagan innehåller en förteckning över verksamheter som en enhet ska bedriva för att utgöra en upphandlande enhet och i denna finns inte verksamhet inom vattensektorn medtagen.

Med upphandlande enheter avses enligt artikel 7.1 c även enheter som bedriver verksamhet på grundval av en särskild rättighet eller ensamrätt vilken beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som avses i bilaga II till direktivet. Om den särskilda rättigheten eller ensamrätten har beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet har grundats på objektiva kriterier ska enheten dock, enligt artikel 7.2, inte anses utgöra en upphandlande enhet i LUK-direktivets mening.

Regeringen anser att direktivets definitioner bör genomföras i allt väsentligt på det sätt som utredningen föreslår.

Lagrådet har anmärkt på att skillnaderna i vad som avses med upphandlande enhet i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna respektive LUK kan medföra att en företeelse omfattas av den ena lagen men inte den andra. Att definitionen av enhet är något annorlunda i LUK än i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna kan möjligen medföra att en upphandlare betraktas som enhet enligt den ena lagen men inte enligt den andra men det som avgör om LUK blir tillämplig är om avtalsformen som valts är en koncession. Att något oavsiktligt skulle falla mellan lagarnas tillämpningsområden framstår därför inte som troligt.

7.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

7.1.1 En mer utförlig reglering av blandad upphandling

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om blandad upphandling med vilket förstås blandade kontrakt och, i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, även upphandling som rör flera verksamheter.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Till skillnad från promemorian föreslår dock regeringen en inledande bestämmelse som förklarar vad som avses med ett blandat kontrakt. Regeringen föreslår vidare en delvis annorlunda terminologi och utformning av vissa lagförslag.

Remissinstanserna: En remissinstans framför synpunkter på förslaget. *Försvarets Materielverk (FMV)* föreslår att lagtexten utformas mer direktivnära för att tydliggöra reglernas inbördes ordning och sammanhang.

Skälen för regeringens förslag

Nuvarande reglering

I LOU och LUF finns vissa regler om vilka bestämmelser i respektive lag som ska gälla för ett kontrakt som består av flera slag av anskaffningar, dvs. varor, tjänster eller byggentreprenader. Bestämmelserna grundas på den s.k. huvudsaksprincipen. Kontraktets huvudföremål är avgörande för vilka bestämmelser i lagen, t.ex. i fråga om tröskelvärden, som ska tillämpas för upphandlingen. I LUF finns också bestämmelser som reglerar vilken lag som ska tillämpas för kontrakt som rör flera verksamheter.

Det finns härutöver inte några bestämmelser i LOU eller LUF som behandlar s.k. blandad upphandling. Med det förstås allmänt en upphandling som består av delar, vilka omfattas av olika rättsregler varför det finns ett behov att avgöra vilka regler som ska tillämpas för hela eller delar av kontraktet. Även i LUF, som bygger på ett senare antaget direktiv, finns vissa bestämmelser om blandade kontrakt. De innebär i korthet att om en upphandling omfattas av såväl LUF som LOU eller LUF, ska LUF tillämpas och om en upphandling delvis omfattas av LUF, men i övrigt inte av LOU eller LUF, ska LUF inte tillämpas.

Allmänt om direktivens bestämmelser om blandad upphandling

I LOU-direktivet och LUF-direktivet behandlas blandad upphandling mer utförligt än i tidigare direktiv. I vissa delar är bestämmelserna också nya.

Artikel 3 i LOU-direktivet (artikel 5 i LUF-direktivet) har rubriken Blandad upphandling. Bestämmelserna utgår dock i huvudsak från termen blandade kontrakt. *Lagrådet* har genomgående föreslagit att begreppet kontrakt och uttrycket tilldelning av kontrakt ska utmönstras ur lagarna. Som framgår av avsnitt 6.1.2 är regeringens uppfattning att kontrakt och tilldelning av kontrakt som utgångspunkt ska behållas i lagtexten, men att det i vissa fall kan vara motiverat att ersätta dem. Regeringen har övervägt om detta borde göras i bestämmelserna om blandad upphandling, men har funnit att detta inte går att genomföra på ett konsekvent sätt. Därmed bedömer regeringen att en sådan ändring inte heller skulle öka tydligheten eller förståelsen av de lagtekniskt komplicerade bestämmelserna. Av samma skäl anser regeringen att begreppen nyttigheter och anskaffning inte, på det sätt som *Lagrådet* föreslagit, bör introduceras i de bestämmelser som genomför artiklarna. Att EU-domstolen i den praxis som legat till grund för direktivets reglering använder termen blandade kontrakt talar också för att termen bör användas vid genomförandet. Regeringen anser således att bestämmelserna bör genomföras på ett så direktivnära sätt som möjligt.

I artikel 3.1 i LOU-direktivet och artikel 5.1 i LUF-direktivet identifieras två typer av blandad upphandling, dels blandade kontrakt som avser olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) inom ett och samma direktiv, dels blandade kontrakt med delar som rör upphandlingar enligt ett upphandlingsdirektiv och upphandlingar som omfattas av ett annat direktiv eller andra rättsregler. Den första typen behandlas i avsnitt 7.1.2. Den andra typen behandlas i avsnitt 7.1.3. Bestämmelserna i de båda direktiven är till stora delar överensstämmande och där det inte finns skäl för annat utgår övervägandena i dessa avsnitt från regleringen i LOU-direktivet.

Artiklarna 3.1 och 3.3 i LOU-direktivet respektive 5.1 och 5.3 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser som bl.a. anvisar vilka av de övriga bestämmelserna i artikeln eller direktivet som ska tillämpas och i vilka situationer. Som *Lagrådet* föreslagit bör bestämmelserna i artikel 3.1 i LOU-direktivet och artikel 5.1 i LUF-direktivet genomföras genom en inledande paragraf i vardera kapitlet som anger vad som avses med ett blandat kontrakt.

I artikel 6 i LUF-direktivet finns bestämmelser om vad som kan beskrivas som en tredje typ av blandad upphandling, nämligen upphandling inom försörjningssektorerna som rör flera verksamheter. Dessa bestämmelser behandlas i avsnitt 7.1.4.

Uttrycken omfattas av och regleras i

Artikel 3 i LOU-direktivet och artikel 5 i LUF-direktivet skiljer på olika typer av blandade kontrakt bl.a. med utgångspunkt i vilka bestämmelser som upphandlingen eller verksamheten omfattas av. Vad uttrycket omfattas av innebär och hur det måste förstås är inte helt klart. I lagrådsremissen föreslås att uttrycket ska ersättas med uttrycket regleras i, eller – i de bestämmelser i LUF- och LUK-direktiven som behandlar upphandling som rör flera verksamheter – med uttrycket föremål för.

Lagrådet har ifrågasatt lagrådsremissens förslag och bl.a. ansett att det kan betvivlas om det i allmänt språkbruk finns en betydelseskilnad

mellan uttrycken omfattas av och regleras i. Lagrådet har i förslaget till de paragrafer som genomför artiklarna om blandad upphandling, med några undantag, valt att ersätta uttrycket omfattas av med regleras i.

Som framförts ovan utgör bestämmelserna om blandad upphandling ett slags lagvalsbestämmelser. De syftar alltså endast till att reglera vilka bestämmelser eller vilket regelverk som ska tillämpas när upphandlingen avser ett blandat kontrakt. När det gäller kontrakt som avser upphandlingar som omfattas av respektive direktiv och som också omfattas av andra bestämmelser, är det avgörande om kontraktet omfattas av tillämpningsområdet för direktivet eller inte. Det saknar alltså vid prövningen av lagvalsfrågan betydelse om det som kontraktet avser är något som i och för sig är undantaget från tillämpningsområdet. Detta är en fråga som kan avgöras först efter det att frågan om vilket regelverk som ska tillämpas avgjorts. Skälet till detta är att det kan konstateras att en upphandling är undantagen från direktiven först sedan det slagits fast att upphandlingen i och för sig omfattas av tillämpningsområdet. Att en upphandling är undantagen enligt ett visst direktiv kan alltså inte sägas innebära att den inte i och för sig omfattas av det direktivet.

Regeringen anser, i likhet med Lagrådet, att direktivets uttryck omfattas av som utgångspunkt bör ersättas med regleras i, i de bestämmelser som genomför artiklarna om blandad upphandling. I några fall, t.ex. när det gäller kontrakt som innehåller delar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, förefaller det dock, som också Lagrådet föreslagit, mer lämpligt att behålla direktivens uttryckssätt.

7.1.2 Blandade kontrakt som består av olika slag av upphandling enligt en och samma lag

Regeringens förslag: Om ett blandat kontrakt består av flera slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) enligt en och samma lag ska den s.k. huvudsaksprincipen användas för att avgöra vilka bestämmelser i lagen som ska tillämpas vid upphandlingen. I vissa fall ska kontraktets huvudföremål bestämmas med användning av den s.k. överviktsprincipen. Bestämmelserna om detta ska i sak motsvara de bestämmelser som återfinns bl.a. i definitionerna av varu- och tjänstekontrakt i 2 kap. LOU respektive LUF.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att vissa bestämmelser ska genomföras genom rubriker till lagen och att termen upphandlingslag ska användas i lagtexten.

Remissinstanserna: En remissinstans yttrar sig särskilt över förslaget. *Försvarets Materielverk (FMV)* avstyrker att termen upphandlingslag används i lagtexten, eftersom det finns en risk för att den kan förväxlas med upphandlingslag.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 3.2 första stycket i LOU-direktivet (artikel 5.2 första stycket i LUF-direktivet) ska kontrakt som avser två eller flera slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) tilldelas i enlighet med tillämpliga bestämmelser för

Prop. 2015/16:195 den typ av upphandling som karakteriserar huvudföremålet för den berörda upphandlingen. Bestämmelsen innebär att om ett blandat kontrakt avser inköp av en byggtreprenad och en vara, eller en byggtreprenad och en tjänst, ska en huvudsaksprincip användas. EU-domstolen har i flera avgöranden uttalat att det är det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka bestämmelser som är tillämpliga, när ett kontrakt innehåller både inslag av byggtreprenad och av en annan typ av kontrakt (se t.ex. dom Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, dom kommissionen mot Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664 samt dom Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067).

I artikelns andra stycke regleras kontrakt som avser olika slag av tjänster (tjänster som omfattas fullt ut av direktivets bestämmelser och tjänster som endast omfattas av regleringen om sociala tjänster och andra särskilda tjänster), eller tjänster och varor. I fråga om dessa kontrakt ska huvudföremålet bestämmas utifrån vilket av de uppskattade värdena för tjänster respektive varor som är det högsta. Detta är den s.k. överviktsprincipen.

Ett blandat kontrakt kan exempelvis avse en upphandlande myndighets hyra av en befintlig byggnad (icke upphandlingspliktigt) samt ombyggnation av densamma (en byggtreprenad). En sådan situation omfattas av artikel 3.2 i direktivet. Emellertid gäller även den allmänna principen att en upphandling inte får utformas i syfte att undandra den från direktivets tillämpningsområde (se artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet, se även dom kommissionen mot Italien, C-3/88, EU:C:1989:606). Lagvalsregeln i artikel 3.2 avser enligt regeringens bedömning därför bara fall av verklig konflikt mellan direktivets olika bestämmelser. På motsvarande sätt får lagvalsbestämmelsen inte användas om avsikten med att inkludera en social tjänst i en upphandling av en tjänst som omfattas av direktivets fullständiga reglering är att undvika en upphandling enligt dessa regler.

Bestämmelserna i artikel 3.2 i LOU-direktivet (artikel 5.2 i LUF-direktivet) har väsentligen i sak sin motsvarighet i 2004 års direktiv men de kan sägas tydliggöra att huvudsaksprincipen är den grundläggande principen när det gäller att avgöra vilka bestämmelser som ska tillämpas. I vissa fall ska överviktsprincipen användas som metod för att fastställa vad som är det huvudsakliga föremålet för ett kontrakt. Bestämmelserna är vidare mer överskådliga genom att de samlar de principer som i 2004 års direktiv kommer till uttryck på flera olika ställen, bl.a. i definitionerna av olika kontrakt. De nya lagarna bör utformas på samma sätt.

I promemorians förslag till lagtext används termen upphandlingslag. Som *Förvarets Materielverk (FMV)* anför finns en risk för förväxling med upphandlingslag. Regeringen föreslår därför att termen i lagtexten ersätts med slag av upphandling.

Regeringens förslag: Bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, vilka inte har sin motsvarighet i LOU respektive LUF, ska ge anvisningar om vilket eller vilka regelverk som en upphandlande myndighet eller enhet ska eller får tillämpa när ett blandat kontrakt består av flera delar som regleras av olika upphandlingslagar eller andra rättsregler.

Olika bestämmelser ska gälla beroende på om kontraktet är delbart eller odelbart, dvs. om de ingående delarna objektivt sett kan särskiljas eller inte.

Särskilda bestämmelser ska gälla för såväl delbara som odelbara blandade kontrakt som till någon del avser försvars- eller säkerhetsaspekter. Bestämmelserna ska bl.a. innebära att i vissa fall kan ett kontrakt i dess helhet tilldelas enligt LUF eller utan ett upphandlingsförfarande.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock en något annorlunda utformning av vissa bestämmelser.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser behandlar förslaget. De tillstyrker förslaget i stort men *Konkurrensverket*, *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* har synpunkter på den föreslagna utformningen av enskilda lagbestämmelser.

Skälen för regeringens förslag

Artikel 3.3 första stycket i LOU-direktivet anvisar punkten 4 för sådana blandade kontrakt där delarna objektivt sett kan särskiljas och punkten 6 för sådana blandade kontrakt där delarna objektivt sett inte kan särskiljas. I artikel 5.3 första stycket i LUF-direktivet görs motsvarande hänvisningar. Blandade kontrakt som objektivt sett kan delas upp i separata kontrakt bör i lagarna benämnas som delbara blandade kontrakt. Kontrakt som objektivt sett inte kan delas upp bör benämnas som odelbara blandade kontrakt. Artikel 3.3 första stycket i LOU-direktivet och artikel 5.3 första stycket i LUF-direktivet kan genomföras med en paragraf i respektive lag som förklarar begreppen delbara och odelbara kontrakt och anger vilka av de följande paragraferna som ska tillämpas för respektive kategori. På detta sätt kan bestämmelsernas inbördes ordning och sammanhang tydliggöras.

De materiella bestämmelserna om blandade kontrakt som omfattas av flera regelverk finns i artikel 3.4–6 och artikel 16 i LOU-direktivet (artikel 5.4–5 och artikel 25 i LUF-direktivet). Artikel 3 i LOU-direktivet (artikel 5 i LUF-direktivet) rör blandade kontrakt utom sådana kontrakt som till någon del innehåller försvars- eller säkerhetsaspekter. Kontrakt som till någon del innehåller försvars- eller säkerhetsaspekter regleras i stället i artikel 16 i LOU-direktivet (artikel 25 i LUF-direktivet). Motiven finns i skäl 11–13 i LOU-direktivet (skäl 13–15 i LUF-direktivet).

Ett exempel på ett kontrakt som regleras av flera regelverk kan vara en byggentreprenad som avser uppförandet av en byggnad med både civil

Prop. 2015/16:195 och militär användning. Den upphandlingen innehåller delar som regleras av LOU-direktivet eller, i förekommande fall, LUF-direktivet, och LUFSDirektivet. Ett kontrakt får alltid delas upp. Den första frågan som måste avgöras är om kontraktet går att dela upp eller inte.

Bedömningen av om ett blandat kontrakt objektivt sett kan delas upp eller inte ska enligt skäl 11 i LOU-direktivet respektive skäl 13 i LUF-direktivet bygga på relevant rättspraxis från EU-domstolen och får avgöras från fall till fall. Som bl.a. *Konkurrensverket* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* berör kan det vara en svår bedömning, särskilt när omständigheterna inte ger någon tydlig vägledning om kontraktets huvudsakliga syfte. Bedömningen ska grundas på sakliga omständigheter som visar att det är motiverat och nödvändigt att ingå ett enda kontrakt. Behovet kan uppstå av såväl tekniska som ekonomiska skäl. Från praxis kan nämnas EU-domstolens dom *Gestión Hotelera Internacional mot Comunidad Autónoma de Canarias m.fl.*, C-331/92, EU:C:1994:155, dom *Club Hotel Loutraki m.fl.*, C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247 och dom *Mehiläinen och Terveystalo Healthcare*, C-215/09, EU:C:2010:807.

När det gäller den andra delen av det blandade kontraktet ska denna enligt artikel 3.1 andra stycket i LOU-direktivet (5.1 andra stycket i LUF-direktivet) bestå av upphandling som omfattas av andra rättsregler. I artikel 3.4 (5.4 i LUF-direktivet) används uttrycket upphandling som inte omfattas av detta direktiv. Att begreppet upphandling används visat, som *Konkurrensverket* framhåller, att bestämmelserna främst tar sikte på upphandlingar som i stället för LOU-direktivet respektive LUF-direktivet till någon del regleras av något annat upphandlingsdirektiv.

Något om skillnaden mellan separata kontrakt och kontrakt som delas upp i separata delar

Det kan möjligen i den praktiska tillämpningen bli svårt att skilja mellan bestämmelserna om delbara blandade kontrakt, som kan delas upp i separata kontrakt, och bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar som innebär att kontrakt kan tilldelas i separata delar (se avsnitt 10.5). En tumregel kan vara att ett blandat kontrakt, såväl delbart som odelbart, avser anskaffningar av flera slag av upphandling eller upphandling som styrs av olika regler. Kontraktet är alltså blandat i den meningen. Frågan är om det kontraktet kan delas upp i separata kontrakt och vilka rättsregler som får eller ska vara styrande för hela eller delar av kontraktet. Sådana kontrakt som avses i bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar kan sägas avse en anskaffning av samma slag av upphandling som styrs av samma regler, och frågan är om den upphandlande myndigheten eller enheten ska dela upp det kontraktet i separata delar.

Upphandlande enheter ska utgå från bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

En upphandlande enhet som också är en upphandlande myndighet kan stå inför situationen att ett och samma kontrakt avser upphandling som regleras såväl i LOU-direktivet som i LUF-direktivet. Artikel 3.5 i LOU-direktivet gäller enligt sin placering enbart när ett sådant kontrakt

objektivt sett är delbart, således inte när kontraktet är odelbart. Bestämmelsen innebär att den upphandlande enheten ska utgå från artiklarna 5 och 6 i LUF-direktivet för att avgöra frågan vilket regelverk som ska vara styrande för ett sådant kontrakt. Eftersom bestämmelserna i LOU- och LUF-direktiven om odelbara blandade kontrakt är likalydande, och en tillämpning av endera bestämmelsen därmed ger samma resultat, är det möjligt att placera en bestämmelse som genomför artikel 3.5 i LOU-direktivet redan i den inledande delen av kapitlet om blandade kontrakt i den nya lagen om offentlig upphandling. Genom bestämmelsen hänvisas upphandlande enheter till lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En upphandlande enhet ska alltså alltid – oavsett om kontraktet är delbart eller odelbart – tillämpa bestämmelserna om blandad upphandling i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna när den har att bedöma vilket regelverk som ska vara styrande i fråga om kontrakt som omfattas av båda lagarna.

Delbara blandade kontrakt

Hur får delbara blandade kontrakt tilldelas?

I artikel 3.4 första stycket i LOU-direktivet (artikel 5.4 första stycket i LUF-direktivet) anges att när det gäller kontrakt som avser både upphandling som omfattas av detta direktiv och upphandling som inte omfattas av detta direktiv, får upphandlande myndigheter välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller att tilldela ett enda kontrakt. När upphandlande myndigheter väljer att tilldela separata kontrakt, ska beslut om vilka regler som ska gälla för de olika kontrakten fattas på grundval av de egenskaper som varje del har. Det står enligt skäl 12 i LOU-direktivet (skäl 14 i LUF-direktivet) alltid en upphandlande myndighet eller enhet fritt att dela upp ett blandat kontrakt och tilldela separata kontrakt för de olika delarna.

I artikel 16.2 första och andra stycket i LOU-direktivet (artikel 25.2 första och andra stycket i LUF-direktivet) uttrycks samma princip när det gäller sådana kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter. De nu nämnda artiklarna bör genomföras genom en författningsbestämmelse.

När ett delbart blandat kontrakt tilldelas som ett enda kontrakt

Enligt artikel 3.4 andra stycket i LOU-direktivet ska, om den upphandlande myndigheten väljer att tilldela ett enda kontrakt, bestämmelserna i LOU-direktivet tillämpas för det blandade kontrakt som ingås om inte annat följer av artikel 16. Det gäller oavsett värdet av de tillagda delarna och vilka rättsregler som de delarna annars skulle ha omfattats av. För ett blandat kontrakt som består av varor, tjänster eller byggtreprenader och av koncessioner ska det blandade kontraktet tilldelas i enlighet med LOU-direktivet när det uppskattade värdet av den del av kontraktet som utgör ett kontrakt som omfattas av LOU-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde. Detta anges i artikel 3.4 tredje stycket. Artikel 5.4 andra och tredje stycket i LUF-direktivet innehåller motsvarande reglering.

Det som sägs i artikel 3.4 tredje stycket i LOU-direktivet (artikel 5.4 tredje stycket i LUF-direktivet) följer även av artikel 20.4 i LUK-

Prop. 2015/16:195 direktivet. Enligt den bestämmelsen ska kontrakt som innehåller inslag av koncessioner och av kontrakt som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet tilldelas i enlighet med LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Enligt artikel 20.3 andra stycket i LUK-direktivet ska LUK-direktivet tillämpas i övriga fall, dvs. om artikel 20.4 inte leder till en tilldelning enligt LOU- eller LUF-direktivet. Om LOU-direktivet eller LUF-direktivet inte är tillämpligt – dvs. om den del som avser LOU eller den del som avser LUF är undantagen eller värdet inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde enligt berört direktiv – men LUK-direktivet är det, ska alltså upphandling ske enligt LUK-direktivet. Den främsta avsikten med bestämmelserna är att tillförsäkra att under förutsättning att LOU-direktivet eller LUF-direktivet är tillämpligt – dvs. så snart värdet av den del som omfattas av LOU-direktivet eller i LUF-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde – ska det blandade kontraktet tilldelas enligt det direktivets bestämmelser. Detta gäller oavsett om värdet av en tillagd koncession skulle vara mångdubbelt större. Principen är alltså att det striktaste regelverket ska tillämpas.

Denna reglering skiljer sig från vad som enligt avsnittet närmast nedan gäller när ett blandat kontrakt delvis regleras av LUF-direktivet. I ett sådant fall får, under förutsättning att det är motiverat av objektiva skäl, den del av kontraktet som omfattas av LUF vara styrande för det blandade kontraktet även när tröskelvärdet inte uppnås eller när den delen är undantagen enligt det direktivet.

Utöver vid koncessioner kan det vara svårt att identifiera i vilka praktiska fall de nu aktuella bestämmelserna är tillämpliga. Som framgår nedan får en upphandlande myndighet eller enhet i vissa fall låta artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet vara styrande för tilldelningen av ett delbart blandat kontrakt i sin helhet. Om förutsättningarna för det inte är uppfyllda, och den upphandlande myndigheten eller enheten ändå vill tilldela ett enda kontrakt, är LOU-direktivet eller, i förekommande fall, LUF-direktivet tillämpligt för hela kontraktet. Den upphandlande myndigheten eller enheten har i en sådan situation givetvis också möjlighet att inte tilldela ett enda kontrakt, utan dela upp kontraktet i separata kontrakt. En upphandlande myndighet eller enhet kan vidare alltid välja att upphandla ett enda kontrakt med tillämpning av LOU-direktivet respektive LUF-direktivets bestämmelser trots inslaget av försvar eller säkerhet.

Delbara blandade kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter och som tilldelas som ett enda kontrakt

I artikel 3.3 andra stycket i LOU-direktivet hänvisas till artikel 16 i LOU-direktivet om en del av ett kontrakt omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller av LUF-direktivet. Artikel 5.3 andra stycket LUF-direktivet innehåller motsvarande bestämmelse.

I artikel 16 i LOU-direktivet (artikel 25 i LUF-direktivet) finns bestämmelser om blandade kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter. Det rör sig om kontrakt som till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller regleras i LUF-direktivet. Det är i förtydligande syfte som bestämmelserna om försvar och säkerhet har reglerats i egna artiklar i direktiven. Det har dock fått till följd att vissa

bestämmelser i de artiklarna reglerar samma sak som bestämmelser i artikel 3 i LOU-direktivet respektive artikel 5 i LUF-direktivet. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att de nya lagarnas bestämmelser om blandade kontrakt bör struktureras annorlunda än i direktivet, för att undvika nyss nämnda dubbelreglering. Nedan behandlas de särskilda bestämmelser angående försvar eller säkerhet som bör genomföras i lagarna.

För delbara blandade kontrakt gäller enligt artikel 16.2 tredje stycket a och b i LOU-direktivet (artikel 25.2 tredje stycket a och b i LUF-direktivet) särskilda krav för att en upphandlande myndighet eller enhet ska få tilldela ett enda kontrakt och låta antingen artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet vara styrande för hela kontraktet. Det måste i sådana fall vara objektivt motiverat att ett sådant kontrakt inte delas upp.

I artikel 16.2 fjärde stycket i LOU-direktivet (artikel 25.2 fjärde stycket i LUF-direktivet) föreskrivs även att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte får fattas för att förhindra att kontraktet omfattas av LOU-direktivet (LUF-direktivet) eller LUF-direktivet. I den engelska språkversionen uttrycks detta med att beslutet inte får fattas "...for the purpose of excluding contracts from the application of either this Directive or Directive 2009/81/EC". Genom den engelska lydelsen tydliggörs att det inte är tillåtet att fatta beslut om att tilldela ett enda kontrakt med det illojala syftet att undvika de unionsrättsliga upphandlingsreglerna. Bestämmelsen bör därför genomföras på ett sätt som motsvarar den engelska språkversionen.

Det måste alltså finnas objektivt godtagbara skäl för att få tilldela ett enda kontrakt i dessa fall. Anledningen är att resultatet kan bli att hela kontraktet får tilldelas utan upphandlingsförfarande. Om den förutsättningen är uppfylld, får den upphandlande myndigheten eller enheten emellertid tilldela ett enda kontrakt utan tillämpning av LOU-direktivet respektive LUF-direktivet.

Omfattas kontraktet till viss del av artikel 346 i EUF-fördraget, får kontraktet enligt artikel 16.2 tredje stycket a i LOU-direktivet (artikel 25.2 tredje stycket a i LUF-direktivet) tilldelas utan något upphandlingsförfarande.

Enligt följande punkt b gäller att om en del av kontraktet omfattas av LUF-direktivet får kontraktet tilldelas i enlighet med det direktivet. Det anges vidare att detta led inte påverkar de tröskelvärden eller undantag som föreskrivs i LUF-direktivet. Den sistnämnda bestämmelsen förtydligar att om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att tilldela hela kontraktet i enlighet med LUF-direktivet, ska hela kontraktet upphandlas med tillämpning av LUF-direktivet, om värdet av den del som avses i LUF-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde. Kontraktet ska undantas, om den del som regleras i LUF-direktivet omfattas av en undantagsbestämmelse i det direktivet. Om värdet av den del av kontraktet som regleras i LUF-direktivet understiger tillämpligt tröskelvärde är LUF-direktivet inte tillämpligt på det blandade kontraktet. För svenska upphandlande myndigheter och enheter gäller emellertid i dessa fall att upphandlingen i stället ska göras enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i LUF-direktivet.

Prop. 2015/16:195 Avsikten med särregleringen av kontrakt med inslag av försvar eller säkerhet är att en upphandlande myndighet eller enhet inte ska vara skyldig att tillämpa regelverken i LOU-direktivet eller LUF-direktivet till den del ett kontrakt är av så känsligt slag att det är nödvändigt med det särskilda skydd som LUF-direktivet erbjuder eller att någon upphandling inte alls sker.

De nu behandlade bestämmelserna bör genomföras genom särskilda paragrafer i de nya lagarna. När det gäller föreskriften i artikel 16.2 andra stycket b andra meningen LOU-direktivet, om att bestämmelsen inte påverkar de tröskelvärden och undantag som föreskrivs i LUF-direktivet, har *Lagrådet* till skillnad från promemorian inte föreslagit någon motsvarande bestämmelse i lagen. Någon närmare motivering till detta har inte lämnats. Även om bestämmelsen i huvudsak har endast ett förtydligande syfte bör den enligt regeringens mening genomföras i lagen.

Odelbara blandade kontrakt

I artikel 3.6 i LOU-direktivet (artikel 5.5 i LUF-direktivet) regleras situationen att ett blandat kontrakt, som inte innehåller något inslag av försvar eller säkerhet, objektivt sett inte kan delas upp. Kontraktet är alltså en odelbar enhet. Huvudsaksprincipen ska då användas för att avgöra vilket regelverk som är tillämpligt. För objektivt sett odelbara kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter gäller dock andra bestämmelser genom artikel 16.4 i LOU-direktivet (artikel 25.4 i LUF-direktivet).

Odelbara blandade kontrakt utan några inslag av försvars- eller säkerhetsaspekter

Promemorians lagförslag när det gäller odelbara blandade kontrakt utan inslag av försvars- eller säkerhetsaspekter har ändrats redaktionellt efter särskilda synpunkter från *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* om att det felaktigt ger intryck av en möjlighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att välja vilket regelverk som ska tillämpas.

Bestämmelsen om odelbara blandade kontrakt är likadant utformad i de tre nya direktiven. Den innebär att huvudsaksprincipen ska tillämpas om det inte går att lösa regelkonflikten på något annat sätt. Det gäller givetvis i förhållandet mellan de tre direktiven. Störst praktisk betydelse torde bestämmelsen emellertid få i de fall det blandade kontraktet till någon del omfattas av andra rättsregler än något upphandlingsregelverk. Om ett sådant kontrakt objektivt sett inte kan delas upp i separata kontrakt ska huvudsaksprincipen användas för att avgöra om kontraktet ska upphandlas eller – om den icke upphandlingspliktiga delen måste bedömas vara det huvudsakliga syftet med kontraktet – om transaktionen i sin helhet kan genomföras utan upphandlingsförfarande. Detta är ett område där det kan förväntas en rättsutveckling. Se angående hittillsvarande praxis t.ex. EU-domstolens dom *Club Hotel Loutraki* m.fl., C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247.

Odelbara blandade kontrakt som till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet ska som utgångspunkt inte hanteras inom ramen för LOU-direktivet eller LUF-direktivet. I dessa fall följer av artikel 16.4 i LOU-direktivet (artikel 25.4 i LUF-direktivet) att skyldighet att upphandla enligt LOU-direktivet respektive LUF-direktivet inte föreligger. Här ska alltså inte någon huvudsaksprincip tillämpas, utan det är tillräckligt att kontraktet endast till någon del innehåller nämnda delar. Om kontraktet till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget bortfaller alltså upphandlingsskyldigheten helt. Om kontraktet till någon del regleras av LUF-direktivet, får den upphandlande myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet i enlighet med det direktivets bestämmelser. Om den del som avser LUF träffas av en uttrycklig undantagsbestämmelse i LUF-direktivet, kan hela det blandade kontraktet undantas. Om LUF-delen inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde, är direktivet inte tillämpligt på kontraktet. För svenska upphandlande myndigheters och enheters vidkommande ska kontraktet dock i sådana fall upphandlas enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i LUF. En upphandlande myndighet eller enhet kan välja att upphandla ett kontrakt med tillämpning av LOU-direktivet respektive LUF-direktivets bestämmelser trots inslaget av försvar eller säkerhet.

7.1.4 Upphandling som avser flera verksamheter i försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska ge anvisningar om vilket regelverk en upphandlande enhet ska använda när ett kontrakt avser mer än en verksamhet hos enheten. Förutom bestämmelser som har sin motsvarighet i LUF ska det i den nya lagen finnas bestämmelser om vad som ska gälla när ett kontrakt även avser en verksamhet som är föremål för lagen om upphandling av koncessioner och när någon av de berörda verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag

I avsnitten ovan behandlas artikel 5 i LUF-direktivet om blandade kontrakt inom ramen för samma verksamhet. I artikel 6 i LUF-direktivet finns bestämmelser om upphandling som avser flera verksamheter. De bestämmelserna är specifika för försörjningsområdet. De motsvarar delvis 1 kap. 25–28 §§ LUF men är delvis nya. Bestämmelserna om blandade kontrakt i artikel 5 gäller när ett kontrakt avser flera anskaffningar som ska användas inom en och samma verksamhet hos den upphandlande enheten, medan bestämmelserna i artikel 6 gäller när ett

Prop. 2015/16:195 kontrakt avser en eller flera anskaffningar som ska användas inom flera verksamheter hos enheten. Det kan röra sig om verksamheter som omfattas av olika regelsystem i LUF-direktivet, nämligen om den ena verksamheten är föremål för den fulla regleringen i direktivet och den andra är föremål för den särskilda regleringen i artikel 33 för upphandlande enheter som är verksamma på vissa områden i Nederländerna, Tyskland eller Storbritannien. Det kan också röra sig om en verksamhet som omfattas av LUF-direktivet och en annan verksamhet som är undantagen enligt bestämmelserna i artikel 34 om verksamheter som är direkt konkurrensutsatta. Vanligare torde dock vara att den andra verksamheten omfattas av ett annat regelverk, t.ex. LOU-direktivet. Artikel 6 anger i dessa fall vilka bestämmelser eller vilket regelverk som får eller ska vara styrande för upphandlingen av kontraktet.

Bestämmelserna om blandade kontrakt i artikel 5 i LUF-direktivet reglerar exempelvis fallet att en upphandlande enhet avser att installera utrustning för att upptäcka explosiva ämnen i samband med uppförandet av en ny terminal på en flygplats och hur valet mellan bestämmelserna i LUF-direktivet och LUFSD-direktivet då ska göras. Artikel 6 träffar däremot det fallet att en upphandlande enhet vill upphandla en tjänstekoncession för driften av ett närbeläget hotell samtidigt som utbyggnad av terminal, dvs. om kontraktets anskaffningar avser två verksamheter hos enheten.

En utgångspunkt, som numera anges uttryckligen i artikel 6.1 i LUF-direktivet, är att en upphandlande enhet får välja mellan att dela upp ett kontrakt i flera separata kontrakt eller att tilldela ett enda kontrakt. Dock gäller, i likhet med vad som gäller enligt nuvarande reglering, att det valet inte får göras i syfte att undandra kontraktet från upphandlingsskyldighet.

Om enheten väljer att tilldela separata kontrakt, anges numera uttryckligen (artikel 6.1) att beslut om vilka regler som ska gälla för de olika separata kontrakten ska fattas på grundval av de egenskaper som varje verksamhet har.

Om enheten väljer att tilldela ett enda kontrakt ska de bestämmelser tillämpas som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för (artikel 6.2, vilken motsvarar artikel 9.2 i 2004 års LUF-direktiv och 1 kap. 25 § LUF). Om det inte är möjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för, finns en katalog i artikel 6.3 som anger vilket direktiv som ska tillämpas. Katalogen motsvarar i princip bestämmelserna i artikel 9.3 i 2004 års LUF-direktiv och 1 kap. 26 och 27 § i LUF, dock har tillkommit bestämmelser om förhållandet till det nya LUK-direktivet. Bestämmelserna följer principen att striktast möjliga regelverk ska tillämpas.

Särskilda bestämmelser om upphandling som avser flera verksamheter och även innehåller försvars- eller säkerhetsaspekter

I artikel 26 i LUF-direktivet finns särskilda bestämmelser om upphandling som avser flera verksamheter och som även innehåller försvars- och säkerhetsaspekter. Artikeln har samma anslag som artikel 25 (se avsnitten ovan). En upphandlande enhet ska alltså inte vara

skyldig att tillämpa LUF-direktivet till den del det som upphandlas ska användas i en verksamhet på försvars- och säkerhetsområdet och är av så känsligt slag att det är nödvändigt med det särskilda skydd som LUFSDirektivet erbjuder eller att någon upphandling inte alls sker.

I fråga om sådana kontrakt gäller enligt artikel 26.2 tredje stycket sista ledet att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte får fattas i syfte att förhindra att kontraktet omfattas av LUF-direktivet ("for the purpose of excluding contracts from the application of this Directive" i den engelska språkversionen). Med det måste i praktiken avses samma sak som att valet mellan att tilldela ett enda kontrakt eller att tilldela ett antal separata kontrakt inte får göras i syfte att undanta kontraktet eller kontrakten från bl.a. LUF-direktivets tillämpningsområde ("with the objective of excluding the contract or contracts from the scope of this Directive..." i den engelska språkversionen), vilket anges i artikel 6.1 tredje stycket respektive 26.1 andra stycket i LUF-direktivet. Det som samtliga bestämmelser avser att uttrycka är att den upphandlande enheten inte får ha det illojala syftet att undvika att de unionsrättsliga reglerna om upphandling blir tillämpliga för kontraktet eller kontrakten. De tre direktivbestämmelserna kan genomföras i en och samma författningsbestämmelse.

Även i övrigt innebär artikel 26 en viss dubbelreglering av vad som regleras i artikel 6, vilket bör undvikas i den nya lagen som genomför LOU-direktivet. När två bestämmelser i artiklarna i sak överensstämmer med varandra bör de alltså genomföras genom en och samma författningsbestämmelse.

Vissa bestämmelser i artikel 26 bör dock genomföras genom särskilda lagbestämmelser. Av artikel 26.2 tredje stycket första ledet framgår att det måste finnas objektivt godtagbara skäl för att den upphandlande enheten ska få välja att tilldela ett enda kontrakt utan tillämpning av LUF-direktivet, dvs. låta artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSDirektivet vara styrande för hela kontraktet. När det gäller vilka skäl, av tekniskt eller ekonomiskt slag, som är objektivt godtagbara för att på detta sätt låta försvars- eller säkerhetsinslaget vara styrande för hela kontraktet, får detta avgöras från fall till fall efter en helhetsbedömning.

Motivet för att enheten inte fritt får välja att tilldela ett enda kontrakt i dessa fall är att kontraktet då i vissa fall kan komma att tilldelas utan ett upphandlingsförfarande. Av artikel 26.2 andra stycket följer nämligen att om kontraktet till någon del är avsett för en verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget bortfaller upphandlingsskyldigheten för hela kontraktet. Om kontraktet till någon del är avsett för en verksamhet som omfattas av LUFSDirektivet får enheten upphandla med tillämpning av det direktivet. På samma sätt som när det gäller blandade kontrakt påverkar inte detta de tröskelvärden och undantag som föreskrivs i LUFSDirektivet. LUFSDirektivet får alltså vara styrande när den del av kontraktet som avser LUFSDirektivet uppgår till tillämpligt tröskelvärde enligt det direktivet men också när den är undantagen enligt en uttrycklig undantagsbestämmelse i det direktivet och när kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet. I det sistnämnda fallet ska, för svenska upphandlande enheters del, upphandling i stället ske med tillämpning av de icke direktivstyrda bestämmelserna i LUFSDirektivet.

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om blandad upphandling som i huvudsak utformas i överensstämmelse med motsvarande reglering i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens bedömning: De nya upphandlingsdirektivens bestämmelser om blandad upphandling bör inte genomföras på så sätt att den nya lagen om offentlig upphandling tillförs lagvalsregler, med kortfattade hänvisningsbestämmelser i respektive övriga upphandlingslagar.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en något annorlunda utformning av vissa bestämmelser. Utredningen gör även bedömningen att det vore värt att i ett lämpligt sammanhang överväga om inte en bättre ordning skulle vara att lagvalsreglerna koncentreras till den nya lagen om offentlig upphandling med hänvisningsbestämmelser i de övriga lagarna.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser kommenterar inte förslaget. *Konkurrensverket* anser att bestämmelsen om upphandling som avser flera verksamheter bör kompletteras med en bestämmelse som anger förhållandet till den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Några remissinstanser tar upp utredningens resonemang om att lagvalsreglerna kan koncentreras till den nya lagen om offentlig upphandling. Bland andra *Kammarrätten i Stockholm* och *Sveriges Advokatsamfund* instämmer i utredningens uppfattning att det bör övervägas. *Kriminalvården* rekommenderar allmänt att hela kapitlet med blandad upphandling ses över, eftersom kapitlet kräver att författningskommentarerna samtidigt läses för att förstå villkoren i paragraferna. *Förvaltningsrätten i Härnösand* anser att systemet med lagvalsbestämmelser i alla tre lagarna bör behållas.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

I artiklarna 20–23 i LUK-direktivet regleras vilka bestämmelser som ska tillämpas vid tilldelning av olika typer av blandad upphandling. Motiven finns i skälen 29 och 30. Artiklarna anvisar tillämpliga bestämmelser när en upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela olika slags koncessioner eller kontrakt med delar som rör anskaffningar enligt olika upphandlingsdirektiv eller andra regler. I artiklarna 20 och 21 finns bestämmelser som gäller blandade kontrakt för både upphandlande myndigheter och enheter medan det i artiklarna 22 och 23 finns bestämmelser om upphandling som rör flera verksamheter, som enbart riktar sig till upphandlande enheter.

Artiklarna är uppbyggda på samma sätt som artiklarna om blandad upphandling i LOU-direktivet och LUF-direktivet och avser att kodifiera EU-domstolens hittillsvarande praxis på området (se skäl 20 i LUK-direktivet). Utredningen har genomgående föreslagit att bestämmelserna i lagen om upphandling av koncessioner ska utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling

och om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen instämmer i att bestämmelserna bör genomföras på det sättet. De överväganden som görs i avsnitt 7.1 bör därför i tillämpliga delar gälla för genomförandet av motsvarande bestämmelser i LUK-direktivet, och även för hur bestämmelserna bör struktureras. Nedan behandlas vissa frågor som är specifika för LUK-direktivet.

Blandade kontrakt som består av olika typer av koncessioner

I artikel 20.1 första stycket i LUK-direktivet anges att koncessioner som avser både byggtreprenader och tjänster ska tilldelas i enlighet med reglerna för den typ av koncession som utgör huvudföremålet för det berörda kontraktet, dvs. enligt huvudsaksprincipen. I artikel 20.1 andra stycket anges vidare att för blandade koncessioner som består av dels sociala och andra särskilda tjänster vilka förtecknas i bilaga IV, dels andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån den typ av koncession som har det högsta värdet, dvs. enligt överviktsprincipen. Som utredningen föreslår kan begreppet typer av koncessioner användas i lagen för att beteckna de två typerna tjänstekoncessioner och byggkoncessioner.

Förhållandet till de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

I artiklarna 20.3–20.5 och 21 i LUK-direktivet finns bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid upphandling av blandade kontrakt som avser delar som omfattas av direktivet och andra delar.

I artikel 20.4 regleras vilket direktiv som ska vara styrande om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att tilldela ett enda kontrakt med inslag av både koncessioner och kontrakt som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Ett sådant kontrakt ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Utredningen har föreslagit en lagbestämmelse som avviker från direktivets ordalydelse och som innebär att bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska tillämpas om värdet av den del av kontraktet som omfattas av någon av de lagarna överstiger tillämpligt tröskelvärde enligt berörd lag. Detta kan inte anses följa omedelbart av bestämmelsen i LUK-direktivet, utan först genom en läsning mot artikel 3.4 i LOU-direktivet respektive 5.4 i LUF-direktivet. Regeringen anser emellertid att artikel 20.4 i LUK-direktivet kan och bör genomföras på det sätt som utredningen föreslår.

När värdet av den del av kontraktet som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet understiger tillämpligt tröskelvärde, men värdet av den del som omfattas av LUK-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde, ska kontraktet tilldelas i enlighet med LUK-direktivets bestämmelser. Det följer av artikel 20.3 andra stycket i LUK-direktivet. Vad som bör gälla när ingen del har ett värde som överstiger relevanta tröskelvärden behandlas i avsnitt 7.3.

Blandade kontrakt som utöver koncessioner innehåller delar med försvars- eller säkerhetsaspekter vilka omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSDirektivet regleras i artikel 21 i direktivet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten ska upphandla kontrakt som har inslag av dels koncessioner, dels kontrakt inom försvars- eller säkerhetsområdet, gäller enligt artikel 21.2 tredje stycket a och b särskilda krav för att få tilldela ett sådant kontrakt som ett enda kontrakt. Det måste i sådana fall vara objektivt motiverat att kontraktet inte delas upp.

Om förutsättningarna för att tilldela ett enda kontrakt är uppfyllda får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela ett kontrakt utan tillämpning av LUK-direktivet. Om en del av kontraktet omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får nämligen tilldelning ske utan tillämpning av något upphandlingsdirektiv. Vidare får den upphandlande myndigheten eller enheten, om en del av kontraktet omfattas av LUFSDirektivet, välja att tilldela kontraktet enligt bestämmelserna i LUK-direktivet eller LUFSDirektivet. Det kan innebära att kontraktet tilldelas utan tillämpning av något upphandlingsdirektiv. Enligt artikel 3.2 i LUFSDirektivet (som genomförs genom 1 kap. 5 § LUFSDirektivet) ska nämligen ett blandat kontrakt som innehåller en del som omfattas av det direktivet och en del som varken omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet tilldelas utan tillämpning av det direktivet. En del som inte omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet är exempelvis tjänstekoncessioner. I anledning av LUK-direktivets tillkomst faller även byggkoncessioner utanför LOU-direktivets tillämpningsområde. Blandade kontrakt som utöver en koncession till någon del avser försvars- eller säkerhetsaspekter och omfattas av LUFSDirektivet ska alltså, enligt LUFSDirektivets bestämmelser, inte upphandlas enligt det direktivet. De nya bestämmelserna i LUK-direktivet innebär således inte annat än att den upphandlande myndigheten eller enheten ges möjlighet att välja att upphandla med tillämpning av LUK-direktivet som ett alternativ till att underlåta upphandling med stöd av LUFSDirektivets bestämmelser. *Lagrådet* har trots detta ifrågasatt om inte lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska tillämpas vid en blandad upphandling som består av både delar som omfattas av den lagen och av lagen om upphandling av koncessioner. Detta är som framgår inte givet. Det direktiv som den sistnämnda lagen genomför har heller inte ändrats på denna punkt i samband med antagandet av de nya upphandlingsdirektiven. Det saknas därför möjlighet att ändra i den lagen och ytterligare klargöra förhållandet till lagen om upphandling av koncessioner.

När det gäller förhållandet till artikel 346 i EUF-fördraget kan starkt förenklat sägas att LUK-direktivet ska tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet med vissa undantag som motsvarar de som avses i LUFSDirektivet (se artikel 10.6 i LUK-direktivet). Men om kontraktet innefattar en del som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, ska upphandling inte göras i enlighet med något av upphandlingsdirektiven. Detta kommer till uttryck bl.a. i artikel 21.3 som

Upphandling som rör flera verksamheter

I artikel 22 i direktivet finns bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid upphandling av kontrakt som avser dels sådan verksamhet som anges i bilaga II (verksamhet inom försörjningssektorerna), dels andra verksamheter. Dessa bestämmelser ska tillämpas i stället för de i artikel 20 när det som anskaffas genom det blandade kontraktet ska användas inom flera verksamheter. Bestämmelserna är i stora delar likalydande med de i artikel 6 i LUF-direktivet (se avsnitt 7.1.4). I den utsträckning bestämmelserna överensstämmer bör reglerna i LUK-direktivet genomföras på samma sätt som motsvarande artiklar i LUF-direktivet. Detta gäller för artikel 22.1 och 22.2.

De bestämmelser i LUK-direktivet som reglerar upphandling som avser flera verksamheter och där det inte är möjligt att särskilja delarna i kontrakten på objektiva grunder i artikel 22.3, skiljer sig något från motsvarande bestämmelser i artikel 6.3 i LUF-direktivet. Bestämmelserna anger tillämpliga regler vid upphandling av kontrakt där det är omöjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet kontraktet främst avser. Vilka bestämmelser som tillämpas vid en sådan upphandling regleras i artikel 22.3 a.

Av artikel 22.3 a framgår att när den ena verksamheten regleras av de bestämmelser i direktivet som är tillämpliga på upphandlande myndigheter och övriga verksamheter regleras av de bestämmelser som gäller för upphandlande enheter, ska bestämmelserna som gäller för upphandlande myndigheter tillämpas.

Om det odelbara blandade kontraktet avser en verksamhet som omfattas av LOU-direktivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet, framgår av artikel 22.3 b att tilldelning ska ske i enlighet med bestämmelserna i LOU-direktivet.

Om en av verksamheterna i det odelbara blandade kontraktet avser verksamhet som omfattas av LUK-direktivet och övriga verksamheter varken omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet, följer av artikel 22.3 c att kontraktet ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna i LUK-direktivet. Dock gäller, som framgår nedan, särskilda bestämmelser enligt artikel 23 om en av verksamheterna avser försvars- eller säkerhetsaspekter.

Situationen att ett odelbart blandat kontrakt avser en verksamhet som omfattas av LUF-direktivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet regleras inte i LUK-direktivet. Men av bestämmelserna i 6.3 b i LUF-direktivet följer att upphandlingen då ska göras enligt reglerna i LUF-direktivet. Det är bara upphandlande enheter som berörs av bestämmelserna i artikel 22 i LUK-direktivet. En upphandlande enhet utgår i den givna situationen från bestämmelserna i LUF-direktivet. Regeringen bedömer det inte nödvändigt att, såsom *Konkurrensverket* föreslår, införa en bestämmelse i lagen om upphandling av koncessioner eftersom en sådan i praktiken skulle reglera samma sak som den bestämmelse i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som genomför artikel 6.3 b i LUF-direktivet.

Prop. 2015/16:195 I artikel 23 i LUK-direktivet finns särskilda bestämmelser om upphandling av kontrakt som avser flera verksamheter när en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSDirektivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet. Som anförts i tidigare avsnitt innebär förekomsten av artikel 346 att ingen upphandlingslag blir tillämplig. Om en av verksamheterna omfattas av LUFSDirektivet råder valfrihet mellan att tilldela kontraktet i enlighet med LUFSDirektivet eller LUK-direktivet. En förutsättning är dock att tilldelningen av ett enda kontrakt motiveras av objektiva skäl och att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte fattas i syfte att förhindra att kontraktet omfattas av direktivet.

Bör bestämmelserna om blandad upphandling koncentreras till den nya lagen om offentlig upphandling?

Alla upphandlingsdirektiv innehåller artiklar som avgör vilket direktiv som är tillämpligt vid blandade kontrakt. För att en sådan fråga ska kunna uppkomma förutsätts alltså att ett kontrakt består av åtminstone två delar som avser olika direktiv eller en upphandling som avser åtminstone två verksamheter. Dessa lagvalsregler genomförs i respektive upphandlingslagar. Utredningen anser att denna lagtekniska lösning visserligen är direktivenlig, men att den inte är lämplig utan leder till oreda och är oöverblickbar. Det vore enligt utredningen värt att i ett lämpligt sammanhang överväga om inte en bättre ordning skulle vara att den nya lagen om offentlig upphandling tillförs lagvalsregler som avser all konkurrens mellan de olika upphandlingslagarna, med kortfattade hänvisningsbestämmelser i respektive övrig upphandlingslag. Några remissinstanser instämmer i utredningens bedömning.

Regeringen konstaterar att de tre direktivens bestämmelser om blandad upphandling är komplexa och svårtillgängliga, både sedda var för sig och som en helhet. Det problemet är svårt att komma åt, vilken lagstiftningsteknik som än används. Regeringen bedömer, i vart fall för närvarande, att det inte är lämpligt med en ordning enligt den modell som utredningen framhåller. En sådan skulle nödvändiggöra en helt annan systematik än direktivens och i sig innebära en viss komplexitet, vilket medför en risk för diskrepans mellan lagstiftningen och direktiven. Vidare bedömer regeringen att det finns ett värde i att den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska kunna tillämpas självständigt av upphandlande enheter. Jämfört med den nya lagen om offentlig upphandling tillkommer här nämligen momentet att en upphandling kan omfatta flera verksamheter hos en upphandlande enhet. De tre nya direktivens bestämmelser om blandad upphandling kan allmänt beskrivas så att LUK-direktivet befinner sig längst ner i hierarkin. Det är därför tänkbart att LUK-direktivets bestämmelser skulle kunna arbetas in i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen bedömer emellertid att ett direktivnära genomförande är att föredra. Därmed regleras direkt i lagen om upphandling av koncessioner sådana fall där den lagen kan vara styrande för en blandad upphandling.

Regeringens förslag: I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska bestämmelserna om tillämpningsområdet och om blandade kontrakt i respektive lag gälla även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Även enligt lagen om upphandling av koncessioner ska bestämmelserna om blandad upphandling tillämpas vid sådana upphandlingar.

En särskild bestämmelse om delbara blandade kontrakt i respektive lag ska ange vad som gäller för kontrakt som avser koncessioner och upphandling enligt någon av de andra två lagarna, om värdet av samtliga ingående delar understiger tillämpliga tröskelvärden i respektive lag.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens i fråga om den nya lagen om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens i fråga om lagen om upphandling av koncessioner.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som framför synpunkter i frågan, *Sveriges advokatsamfund*, ifrågasätter om det är ändamålsenligt att den nya lagen om offentlig upphandling ska äga företräde framför lagen om upphandling av koncessioner i fall av delbara blandade kontrakt där värdet av de ingående delarna understiger tillämpliga tröskelvärden i respektive lag.

Skälen för regeringens förslag

I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör de grundläggande bestämmelserna om lagarnas tillämpningsområde, som i nuvarande lagar, gälla såväl vid upphandlingar på det direktivstyrda området som vid upphandlingar enligt 19 kap på det icke direktivstyrda området. Som framgår nedan bör detta gälla även de delvis nya bestämmelserna om blandad upphandling.

Bestämmelserna om blandad upphandling

Utgångspunkten för regeringens förslag till 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna är att regleringen så långt som möjligt ska motsvara 15 kap. LOU respektive LUF. Det bör därför övervägas särskilt om de delvis nya bestämmelserna om blandad upphandling ska göras tillämpliga också utanför det direktivstyrda området. Det främsta skälet mot detta är att bestämmelserna är tämligen komplicerade. De principer som kommer till uttryck genom de nya direktivens bestämmelser om blandad upphandling är emellertid av grundläggande karaktär. De motsvarar till viss del bestämmelser i de nuvarande lagarna som har gjorts tillämpliga för icke direktivstyrda upphandlingar. I övriga delar är bestämmelserna avsedda att kodifiera EU-domstolens praxis. Samma problem med att identifiera

Prop. 2015/16:195 tillämpligt regelverk som kan uppstå i direktivstyrda upphandlingar, kan givetvis uppstå när en upphandling består av delar som omfattas av de icke direktivstyrda bestämmelserna i olika upphandlingslagar. Som regeringen anfört under avsnitt 7.1.1 måste bestämmelserna om blandad upphandling också förstås så att de anvisar vilket regelverk som ska eller får vara styrande för en blandad upphandling bl.a. i avseende på prövningen gentemot tröskelvärdesbestämmelserna. Det innebär att bestämmelserna också bör gälla för icke direktivstyrda upphandlingar så att regleringen blir heltäckande.

Av samma skäl bör bestämmelserna om blandad upphandling i 2 kap. lagen om upphandling av koncessioner göras tillämpliga vid upphandlingar enligt 15 kap. den lagen.

Artikel 3.4 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 5.4 tredje stycket i LUF-direktivet gäller delbara blandade kontrakt som delvis avser koncessioner. Här anges som en förutsättning för att LOU-direktivet respektive LUF-direktivet ska vara styrande att värdet av den del av kontraktet som utgör ett kontrakt som omfattas av berört direktiv överstiger tillämpligt tröskelvärde. Så har också motsvarande lagbestämmelser utformats. Därför behövs av rent lagtekniska skäl en kompletterande bestämmelse i alla tre lagarna som anger vad som ska gälla när inte någon av de ingående delarna överstiger tillämpligt tröskelvärde. Regeringen anser att den inbördes ordningen mellan regelverken bör vara densamma vid rent nationella blandade upphandlingar som vid direktivstyrda upphandlingar, dvs. följa principen om striktast möjliga regelverk.

I övrigt bedöms de direktivstyrda bestämmelserna om blandad upphandling kunna göras tillämpliga för upphandlingar utanför det direktivstyrda området i alla tre lagarna utan några särskilda bestämmelser.

8 Undantag från lagarnas tillämpningsområden

LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller i huvudsak samma undantag från respektive direktivs tillämpningsområde som 2004 års direktiv. Genomförandet av LOU- och LUF-direktivens bestämmelser behandlas i avsnitt 8.1–8.8. I avsnitt 8.9 behandlas frågan om undantag på det icke direktivstyrda området i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Genomförandet av LUK-direktivets bestämmelser om undantag behandlas i avsnitt 8.10. I stor utsträckning föreskrivs i LUK-direktivet undantag från tillämpningsområdet som motsvarar de undantag som anges i LOU-direktivet eller LUF-direktivet eller i båda direktiven.

Regeringens förslag: Det inbördes förhållandet mellan den nya lagen om offentlig upphandling, den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och LUF ska vara oförändrat i förhållande till gällande rätt. Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för upphandlingar som omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna eller LUF. Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för upphandlingar som omfattas av LUF.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Såväl LOU som LUF innehåller bestämmelser som reglerar det inbördes förhållandet mellan LOU, LUF och LUF och som alltså syftar till att avgöra vilken lag som ska tillämpas för olika slag av upphandling. Bestämmelserna återfinns i 1 kap. 3 § och 3 a § i såväl LOU som LUF. De nya direktiven innebär inte någon ändring av rättsläget.

Av artikel 7 i LOU-direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på kontrakt eller projektävlingar som tilldelas eller anordnas av upphandlande myndigheter som utövar en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14 i LUF-direktivet och som tilldelas för utförandet av dessa verksamheter, och inte heller på offentliga kontrakt som är undantagna från det direktivets tillämpningsområde enligt artiklarna 18, 23 och 34 i det direktivet.

I artikel 15.1 i LOU-direktivet anges att direktivet ska tillämpas på tilldelning av offentliga kontrakt och anordnande av projektävlingar på försvars- och säkerhetsområdet, med undantag för sådana kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för LUF-direktivet och kontrakt på vilka LUF-direktivet inte är tillämpligt enligt artikel 8, 12 och 13 i det direktivet. I artikel 24.1 i LUF-direktivet finns ett motsvarande undantag. Artikel 8 i LUF-direktivet anger vilka tröskelvärden som gäller för de kontrakt som direktivet ska tillämpas på. För upphandlingar som omfattas av LUF tillämpningsområde, men där kontraktets värde beräknas vara under tröskelvärdena, gäller de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LUF (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 323).

Förhållandet mellan lagarna kan beskrivas så att den nya lagen om offentlig upphandling är den grundläggande lagen. Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska dock tillämpas för upphandling eller projektävling som görs inom ramen för sådan verksamhet som regleras i den lagen. Varken den nya lagen om offentlig upphandling eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska tillämpas om ett kontrakt på försvars- och säkerhetsområdet i stället ska upphandlas enligt antingen de direktivstyrda eller icke direktivstyrda bestämmelserna i LUF eller undantas enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § den lagen.

Bestämmelserna i 1 kap. 3 a § LUF, som innebär att lagen inte gäller för upphandling som omfattas av LUF eller ska undantas med stöd av den lagen, är införd under rubriken Lagens tillämpningsområde. Bestämmelsens innebörd är att en anskaffning, som annars skulle ha

Prop. 2015/16:195 omfattats av LUF, inte gör det eftersom karaktären av det som anskaffas gör att upphandlingen faller in under LUF. Motsvarande paragraf i den nya lagen bör därför placeras i kapitlet med undantag från lagens tillämpningsområde, utan att någon skillnad i sak är avsedd.

8.2 Undantag i vissa fall på grund av sekretess

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som möjliggör undantag från respektive lags tillämpningsområde i vissa fall på grund av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

Lagarna ska också innehålla en bestämmelse om undantag från lagens tillämpningsområde i vissa fall på grund av sekretess eller Sveriges väsentliga intressen. Bestämmelsen ska i sak motsvara regleringen i LOU.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag innehåller dock inte det krav på proportionalitet som följer av direktiven.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna har ingen synpunkt på förslaget. *Försvarsmakten* anser att förslaget om sekretess och rikets väsentliga intressen är bra, men att det bör förtydligas när undantaget för sekretess hänförligt till rikets väsentliga säkerhetsintressen kan bli tillämpligt. *Konkurrensverket*, *Gotlands kommun*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Lindahl* anser att det krav på proportionalitet som följer av direktivtexten bör framgå av lagtexten.

Skälen för regeringens förslag

I 1 kap. 5 a § LOU anges att bestämmelserna i lagen inte gäller för upphandlingar som omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen. I 1 kap. 13 a § LUF görs undantag från den lagen för upphandlingar som omfattas av sekretess. Paragraferna genomför artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 21 i 2004 års LUF-direktiv. De gavs aktuella lydelse i samband med ikraftträdandet av LUF (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 323 f.).

I artikel 15 i LOU-direktivet respektive artikel 24 i LUF-direktivet finns bestämmelser som rör försvar och säkerhet. I första punkten finns ett undantag för upphandlingar som omfattas av LUF-direktivet (se avsnittet ovan). Artikel 15.2–3 i LOU-direktivet respektive artikel 24.2–3 i LUF-direktivet överensstämmer inbördes i allt väsentligt. I punkterna medges undantag i vissa situationer för upphandlingar som inte ska undantas till följd av LUF-direktivet men som ändå är av känslig karaktär. Punkt 2 är ny. Regleringen i punkt 3 motsvaras i sak av artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv. Övervägandena nedan utgår från bestämmelserna i LOU-direktivet.

I artikel 15.1 i LOU-direktivet respektive artikel 24.1 i LUF-direktivet finns ett undantag för upphandlingar som omfattas av LUF-direktivet (se avsnittet ovan).

Artikel 15.2 och 3 i LOU-direktivet respektive artikel 24.2 och 3 i LUF-direktivet överensstämmer inbördes i allt väsentligt. I punkterna medges undantag från upphandlingsskyldighet i vissa situationer för upphandlingar som inte ska undantas till följd av LUF-direktivet men som är av känslig karaktär. Punkt 2 är ny. Regleringen i punkt 3 motsvaras av artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv. Övervägandena nedan utgår från bestämmelserna i LOU-direktivet.

Ett nytt undantag hänförligt till Sveriges väsentliga säkerhetsintressen

I artikel 15.2 i LOU-direktivet (artikel 24.2 i LUF-direktivet) finns bestämmelser om undantag från direktivets tillämpningsområde på grund av medlemsstaters väsentliga säkerhetsintressen. Sådana bestämmelser saknas i 2004 års båda direktiv. Avsikten med den nya regleringen synes vara att den ska omfatta sådana anskaffningar på försvars- och säkerhetsområdet som av något skäl inte kan bedömas falla in under LUF-direktivet, men som på grund av att de innehåller känslig information ändå inte lämpar sig för ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU- eller LUF-direktiven. Bestämmelserna har karaktär av säkerhetsventiler och därmed är det svårt att, som *Försvarsmakten* också konstaterar, ange närmare i vilka fall de kan aktualiseras. De synes emellertid vara föranledda bl.a. av EU-domstolens dom *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, EU:C:2012:324, vilken kan tjäna som vägledning. Se även författningskommentaren till 3 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Artikel 15.2 första stycket i LOU-direktivet (artikel 24.2 första stycket i LUF-direktivet) undantar från direktivets tillämpningsområde offentliga kontrakt och projektävlingar, som inte annars omfattas av ett undantag enligt punkt 1, om skyddet av en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder, exempelvis att det ställs krav för att skydda den konfidentiella karaktären för information som den upphandlande myndigheten lämnar ut i ett förfarande för kontraktstilldelning som genomförs enligt direktivet. Artikelbestämmelsens andra stycke rör åtgärden att lämna ut information. De nu aktuella bestämmelserna i första stycket torde dock kunna omfatta uppgifter av annat slag än ren information, t.ex. den fysiska utformningen av lokalerna där en tjänst ska utföras.

Artikelbestämmelsens sista led ger uttryck för proportionalitetsprincipen. Utgångspunkten är att kontraktet i fråga ska konkurrensutsättas genom upphandling. Ett kontrakt får bara undantas från upphandling när det inte är möjligt att garantera det skydd som behövs genom att t.ex. lämna ut handlingar med sekretessförbehåll under upphandlingsförfarandet eller genom att ingå säkerhetsskyddsavtal med berörda leverantörer enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627). Undantag ska tillämpas restriktivt och den upphandlande myndigheten eller enheten måste således noggrant överväga om det går att konkurrensutsätta kontraktet eller om det enda möjliga alternativet är att

Prop. 2015/16:195 undanta det från upphandling. Regeringen anser, i likhet med flera remissinstanser, att direktivens proportionalitetskrav bör tas in i lagarna.

I artikel 15.2 andra stycket (24.2 andra stycket) finns en koppling till artikel 346.1 a i EUF-fördraget, enligt vilken ingen medlemsstat är skyldig att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. Fördragsbestämmelsen är begränsad till åtgärden att lämna ut information. Direktivbestämmelsen kompletterar fördragsbestämmelsen på så sätt att ett kontrakt kan undantas från konkurrensutsättning genom upphandling, om ett genomförande av en upphandling skulle medföra att sådan information som omfattas av fördragsbestämmelsen skulle röjas. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 13 a i LUFs-direktivet, genomförd i 1 kap. 10 § första stycket 1 LUFs. I förarbetena framhålls att bestämmelsen endast ska tillämpas när det är strikt nödvändigt. Bestämmelsen tar endast sikte på sådana inköp av särskilt känslig karaktär som kräver extremt hög sekretess (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 165 f.).

Regeringen anser att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser om undantag på grund av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen vilka utformas med utgångspunkt i direktivens lydelse och med justeringar efter förslag från *Lagrådet*. På Lagrådets inrådan ska uttrycket ”inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder” ersättas med ”inte kan säkerställas om upphandlingen eller projekttävlingen genomförs enligt denna lag”. Någon ändring i sak är inte avsedd.

Sekretess och Sveriges väsentliga intressen

Artikel 15.3 i LOU-direktivet (artikel 24.3 i LUF-direktivet) möjliggör undantag på grund av sekretess eller en medlemsstats väsentliga intressen, vilket också är vad regleringen i artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv tar sikte på (se ovan). Artikel 15.3 har följande lydelse:

Om upphandlingen och fullgörandet av det offentliga kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller måste åtföljas av särskilda säkerhetsåtgärder i enlighet med lagar och andra författningar som gäller i en medlemsstat, ska detta direktiv inte tillämpas, förutsatt att medlemsstaten har fastslagit att de berörda väsentliga intressena inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder, såsom de som avses i punkt 2 första stycket.

Även om artikeln är utformad annorlunda än artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv gör regeringen bedömningen att det inte är någon skillnad när det gäller vilket skyddsbehov undantaget är avsett att tillgodose. Att undantaget är tillämpligt även vid projekttävlingar framgår nu direkt av artikeln, och inte som i 2004 års direktiv genom en hänvisning (se artikel 68 b i 2004 års LOU-direktiv). *Lagrådet* föreslår att det i lagtexten uttryckligen ska framgå att skyddsbehovet måste finnas under såväl själva upphandlingsförfarandet som fullgörandefasen. Det torde dock enligt regeringens mening inte vara nödvändigt att skyddsbehovet avser varje moment i upphandlingen eller fullgörandet och därför inte heller båda faserna, för att undantaget ska vara tillämpligt, även om det torde vara det normala. Vidare anges ett proportionalitetskrav genom att det sägs inte bara att det ska vara reglerat att det finns ett behov av skydd,

utan också fastslaget att de berörda väsentliga intressena inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder. Undantaget ska alltså tillämpas restriktivt. Enligt regeringens mening bör direktivens proportionalitetskrav, som flera remissinstanser anför, tas in i lagarna.

Regleringen i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 21 i 2004 års LUF-direktiv är inte helt överensstämmande, vilket avspeglas i LOU och LUF. Bestämmelserna i de nya direktiven är i allt väsentligt likalydande och regleringen i de nya lagarna bör därmed också vara det. Regeringen anser att de nya lagarna bör innehålla en bestämmelse, som utformas med 1 kap. 5 a § LOU som förebild. Bestämmelsen ska föreskriva undantag från lagarnas tillämpningsområde om en upphandling och fullgörandet av det tilldelade kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen. På Lagrådets inrådan ska uttrycket ”och behovet av skydd inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder” ersättas med ”det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling eller en projekttävling enligt denna lag”. Någon ändring i sak är inte avsedd.

8.3 Undantag som är specifika för försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som i huvudsak motsvarar bestämmelserna i LUF om undantag från lagens tillämpningsområde för

1. kontrakt för återförsäljning eller uthyrning till tredje man,
2. verksamhet i tredjeländ, och
3. kontrakt som tilldelas anknutna företag, samriskföretag eller upphandlande enheter som ingår i ett samriskföretag.

Regeringens bedömning: Artikel 33 i LUF-direktivet om kontrakt som omfattas av särskilda bestämmelser och rör förhållandena i Republiken Österrike och Förbundsrepubliken Tyskland bör, i likhet med dess motsvarighet i 2004 års LUF-direktiv, inte genomföras i Sverige.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 18 i LUF-direktivet reglerar undantag från direktivets tillämpningsområde för kontrakt som tilldelas för återförsäljning eller uthyrning till tredje man. Regleringen innebär ingen ändring i sak och en bestämmelse bör införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som motsvarar 1 kap. 12 § LUF. Lagrådet föreslår att författningstexten ska ändras i förhållande till den gällande lydelsen så att uttrycket ”andra” som ska beskriva tredje man i stället uttrycks ”andra upphandlande enheter eller företag”. Avsikten med Lagrådets förslag uppges vara att inte begränsa regeln till andra upphandlande enheter. Enligt Regeringens mening innebär Lagrådets förslag dock en begränsning som saknas

Prop. 2015/16:195 genom uttrycket ”andra”. Regleringen ska därför överföras utan ändring. Av artikel 2.12 andra stycket i LUF-direktivet framgår att artikel 18 i direktivet inte ska tillämpas på upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet. Enligt regeringens mening bör en motsvarande bestämmelse genomföras i lagen och den bör placeras i den paragraf som genomför artikel 18.

Artikel 19 i LUF-direktivet reglerar undantag för kontrakt som tilldelas eller projekttävlingar som anordnas för annat än utövandet av verksamhet som omfattas av direktivet, eller för utövandet av sådana verksamheter i tredjeland. I artikeln sägs bl.a. att detta direktiv inte är tillämpligt på kontrakt som den upphandlande enheten tilldelar för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i artiklarna 8–14. Detta följer dock redan av den grundläggande bestämmelsen om lagens tillämpningsområde (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 456 f.).

I artikel 28–30 i LUF-direktivet finns bestämmelser om undantag från direktivens tillämpningsområde för kontrakt som tilldelas anknutna företag, samriskföretag eller upphandlande enheter som ingår i samriskföretag. Artikel 29.3 respektive artikel 30 inleds med klargörandet att undantagen gäller utan hinder av de nya bestämmelserna i artikel 28 om kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Innebörden är att de båda undantagsbestämmelserna gäller parallellt och att bestämmelserna i artikel 28 inte har företräde vid tillämpningen – en upphandlande enhet kan alltså välja att tillämpa bestämmelserna om anknutna företag, även om det också skulle vara möjligt att tillämpa bestämmelserna om kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Regeringen bedömer att detta klargörande inte behöver komma till uttryck i lagtexten. LUF-direktivet innebär inte någon ändring av rättsläget och lydelsen av paragraferna i den nya lagen bör därför motsvara 1 kap. 15–18 §§ LUF.

Artikel 33 i LUF-direktivet om kontrakt som omfattas av särskilda bestämmelser rör enbart förhållandena i Republiken Österrike och Förbundsrepubliken Tyskland. Dess motsvarighet i artikel 27 i 2004 års LUF-direktiv har inte genomförts i LUF. Artikeln saknar relevans för svenska förhållanden och bör inte genomföras i den nya lagen.

8.3.1 Verksamheter som är direkt konkurrensutsatta

<p>Regeringens förslag: Bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna om undantag från lagens tillämpningsområde för direkt konkurrensutsatt verksamhet ska i allt väsentligt motsvara bestämmelserna i LUF.</p>

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: I 1 kap. 23 § LUF ges möjlighet att få undantag för en verksamhet, som annars skulle ha omfattats av lagen, om verksamheten är direkt konkurrensutsatt. Paragrafen genomför delar av artikel 30 i 2004 års LUF-direktiv. Innebörden av paragrafen är att LUF inte gäller om det fastställs enligt ett särskilt förfarande att verksamheten

är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Ansökan om undantag görs hos kommissionen som prövar om förutsättningarna är uppfyllda. Direktivets utgångspunkt är att ansökan görs av en medlemsstat. Sverige har dock utnyttjat den möjlighet som ges i direktivet att ge upphandlande enheter rätt att själva begära prövning hos kommissionen. Artikel 30 reglerar härutöver närmare de materiella förutsättningarna för undantag och förfarandet hos kommissionen.

I det nya direktivet har bestämmelserna delats upp så att de materiella förutsättningarna för undantag finns i artikel 34 medan förfarandet hos kommissionen regleras i artikel 35, som i sin tur hänvisar till direktivets bilaga IV där de olika tidsfristerna anges.

Upphandlande enheter bör även fortsättningsvis ha möjlighet att själva begära prövning hos kommissionen. Artikel 34.1 första stycket i LUF-direktivet ger möjlighet att föreskriva om detta i den nationella lagstiftningen. Den möjligheten bör enligt regeringens mening utnyttjas även i den nya lagen.

Det finns inte heller skäl att frånga den lösning som har valts att i 1 kap. 23 § LUF endast införa de mer grundläggande bestämmelserna som, i korthet, anger att lagen inte gäller om kommissionen fastställt att verksamheten är direkt konkurrensutsatt. Dessa mer grundläggande bestämmelser återfinns i artikel 34.1 och 35.1 första stycket i LUF-direktivet. Eftersom det är kommissionen som beslutar om undantag från tillämpningen av lagen bör inte artikelbestämmelserna i övrigt genomföras i lagen.

I förhållande till nuvarande ordning anges numera uttryckligen i artikel 34.1 att det är sökanden (berörd medlemsstat eller en upphandlande enhet) som ska visa att förutsättningarna för undantag är uppfyllda. Det är med andra ord sökanden som har bevisbördan. Som tidigare är det två villkor som ska vara uppfyllda – dels att det råder fritt tillträde till den berörda marknaden, dels att det fria tillträdet har resulterat i att verksamheten är konkurrensutsatt. Det sägs nu i artikeln att den berörda verksamheten kan ingå i en större sektor eller utövas endast i vissa delar av den berörda medlemsstaten. Vidare klargörs att bedömningen av konkurrensläget inte påverkar tillämpningen av konkurrenslagstiftningen och att bedömningen görs på grundval av den information som är tillgänglig för kommissionen.

Bedömningen av konkurrensläget ska göras med beaktande av den aktuella marknaden och den s.k. geografiska referensmarknaden, vilken definieras närmare i artikel 34.2.

Av artikel 35.1 framgår att det numera är obligatoriskt att bifoga ett yttrande från en oberoende nationell myndighet med ansvar för den berörda verksamheten till alla ansökningar. Yttrandet ska enligt artikel 35.2 vara motiverat och välgrundat.

Reglerna om tidsfrister i artikel 35.3 har förenklats i flera avseenden och framgår av bilaga IV till direktivet. Det görs inte längre någon skillnad mellan om en ansökan kommer in från en medlemsstat eller från en upphandlande enhet. En tidsfrist om 90 arbetsdagar gäller när det råder en presumtion för fritt tillträde till den aktuella marknaden på grund av att medlemsstaten har implementerat den unionslagstiftning som anges i bilaga III till direktivet. I andra fall gäller en tidsfrist om 130 arbetsdagar.

Prop. 2015/16:195 Kommissionen har inte längre någon möjlighet att själv ta initiativ till ett ansökningsförfarande. Det är alltså medlemsstaten eller den berörda upphandlande enheten som måste ta initiativ till en ansökan. Det bör som *Lagrådet* föreslår klargöras i lagen.

Av artikel 35.3 andra stycket framgår i vilka två fall en verksamhet ska anses som undantagen från direktivet. Det första fallet, punkten a, är när kommissionen har antagit en genomförandeakt inom tidsfristen. I punkten b finns alltså en presumptionsregel (jfr artikel 30.4 tredje stycket i 2004 års LUF-direktiv) som innebär att en viss verksamhet automatiskt ska anses som undantagen om kommissionen inte har fattat beslut inom tidsfristen.

8.4 Elektronisk kommunikationstjänst

Regeringens förslag: Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för kontrakt eller projekttävlingar som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller för att tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst för allmänheten.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag

Den nuvarande lagen undantar telekommunikation

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller inte lagen för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Paragrafen genomför artikel 13 i 2004 års LOU-direktiv.

Telekommunikationssektorn omfattades tidigare av upphandlingsregelverket på försörjningsområdet, men genom 2004 års LUF-direktiv togs den sektorn bort från försörjningsdirektivets tillämpningsområde. Avsikten med undantagsbestämmelsen i 2004 års LOU-direktiv och LOU är att sådana upphandlande enheter inom försörjningssektorerna som också är upphandlande myndigheter inte ska omfattas av bestämmelserna i LOU vid upphandling för den uteslutna verksamheten (prop. 2006/07:128 del 1 s. 250).

Undantaget utökas till att avse allmänt kommunikationsnät

I artikel 8 i LOU-direktivet har undantaget från direktivets tillämpningsområde utökats till kontrakt som huvudsakligen syftar till tillhandahållandet eller driften inte enbart av telekommunikationsnät utan av alla former av allmänna kommunikationsnät. Vidare undantas kontrakt som huvudsakligen syftar till att tillhandahålla inte enbart teletjänster utan alla slag av elektroniska kommunikationstjänster. Ändringen innebär en anpassning av terminologin till den som används i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och

kommunikationstjänster (ramdirektiv), senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG, härafter förkortat ramdirektivet. I artikel 8 i LOU-direktivet hänvisas också till ramdirektivet när det gäller begreppen allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst. Med elektronisk kommunikationstjänst avses enligt artikel 2 c i ramdirektivet följande.

[...] en tjänst som vanligen tillhandahålls mot ersättning och som helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät, däribland teletjänster och överföringstjänster i nät som används för radio- och tv-sändningar, men inte tjänster i form av tillhandahållande av innehåll som överförs med hjälp av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster eller utövande av redaktionell kontroll över detta innehåll. Den omfattar inte de av informationshällets tjänster enligt definitionen i artikel 1 i direktiv 98/34/EG som inte helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät.

Definitionen tydliggör att det aktuella undantaget inte omfattar tillhandahållandet av innehåll i t.ex. tv-program, utan kontrakt som rör den elektroniska överföringen av det. För anskaffning, utveckling och produktion m.m. av programmaterial finns ett särskilt undantag från upphandlingsskyldighet, se avsnitt 8.8.2 nedan.

Regeringen anser att den bestämmelse som genomför artikel 8 i LOU-direktivet bör, när det gäller betydelsen av begreppen allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst hänvisa till den betydelse begreppen har i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, vilken lag genomför ramdirektivet.

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som i sak motsvarar dagens bestämmelser om att kontrakt eller projekttävling ska undantas från lagens tillämpningsområde om den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att använda vissa andra, internationella bestämmelser för förfarandet.

De nya lagarna ska också innehålla nya bestämmelser som rör frågan om val av tillämpligt regelverk för förfaranden som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut.

Regeringens bedömning: Det saknas behov av en bestämmelse i lagarna om skyldigheter för medlemsstaterna att lämna internationella avtal eller arrangemang till kommissionen. Hänvisningarna i artikel 9.3 LOU-direktivet respektive artikel 17.3 i LUF-direktivet bör inte genomföras i lagarna.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar förslaget, *Försvarets materielverk (FMV)*, efterlyser skälen för att ange EES-stat, och inte direktivtextens medlemsstat, i de lagbestämmelser som genomför artiklarna 9.1 a och 17.1 a i LOU-direktivet.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

LOU och LUF undantar upphandlingar enligt andra internationella regler

I 1 kap. 5 § LOU respektive 1 kap. 14 § LUF finns bestämmelser om undantag från lagarnas tillämpningsområde för upphandlingar som görs enligt vissa internationella regler. Paragraferna genomför artiklarna 15 och 68 b i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 22 och 62.1 i 2004 års LUF-direktiv.

Ett undantag i de nya lagarna för upphandling enligt andra internationella regler

I artikel 9 i LOU-direktivet respektive artikel 20 i LUF-direktivet finns bestämmelser om kontrakt och projekttävlingar på det civila området som tilldelas enligt internationella regler. De artiklarna kompletteras av artikel 17 i LOU-direktivet respektive artikel 27 i LUF-direktivet, som gäller sådana kontrakt och projekttävlingar som avser försvars- eller säkerhetsaspekter. Regleringen i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet överensstämmer i allt väsentligt och övervägandena nedan utgår från LOU-direktivet.

Bestämmelserna i artikel 9.1 i LOU-direktivet (artikel 20.1 i LUF-direktivet) har formulerats på ett annat sätt än i 2004 års direktiv i syfte att tydligare lyfta fram de grundläggande förutsättningarna för att direktivet inte ska vara tillämpligt. Någon skillnad i sak är inte avsedd. Det tydliggörs i den inledande delen av artikeltexten att direktivet inte

ska tillämpas på offentliga kontrakt och projekttävlingar som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att tilldela eller anordna enligt andra upphandlingsförfaranden än de som föreskrivs i direktivet. Det måste alltså röra sig om en reell normkonflikt. De nya lagarna bör enligt regeringen i denna del följa direktivens utformning men med justeringar efter förslag från *Lagrådet*.

Därefter anges i punktform närmare vilka upphandlingsförfaranden som avses. I artikel 9.1 första stycket a i LOU-direktivet (artikel 20.1 första stycket a i LUF-direktivet) anges att undantaget gäller för upphandlingsförfaranden som fastställts genom ett rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter, såsom ett internationellt avtal som i överensstämmelse med fördragen har ingåtts mellan en medlemsstat och ett eller flera tredjeländer eller delar av sådana och som omfattar byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för ett projekt som signatärerna ska genomföra eller utnyttja gemensamt. I 2004 års direktiv, och även i LOU och LUF, anges endast internationellt avtal. I de nya lagarna bör det samlande begreppet rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter användas för att motsvara samtliga de instrument som avses i bestämmelsen.

Direktivens formulering ”en medlemsstat och ett eller flera tredjeländer eller delar av sådana” bör även i de nya i lagarna ersättas med ”någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan”. *Försvarets materielverk (FMV)* efterlyser skälen för detta. EES-avtalet är ett frihandelsavtal som gäller för EU:s medlemsstater och Island, Liechtenstein och Norge. Avtalet ger företag i de deltagande staterna tillträde till EU:s inre marknad. All relevant EU-lagstiftning på området för den inre marknaden är integrerad med EES-avtalet så att den gäller inom hela EES-området. Detta ska säkerställa en enhetlig tillämpning av lagstiftningen. Upphandlingsdirektiven riktar sig till medlemsstaterna (se artikel 94 i LOU-direktivet och artikel 110 i LUF-direktivet). Medlemsstaterna är dock, till följd av EES-avtalet, skyldiga att tillämpa upphandlingslagstiftningen inte bara i förhållande till andra medlemsstater, utan även i förhållande till alla EES-stater.

Av artikel 9.1 första stycket b i LOU-direktivet (artikel 20.1 första stycket b i LUF-direktivet) framgår att ett upphandlingsförfarande kan fastställas av en internationell organisation.

Artikel 17 i LOU-direktivet (artikel 27 i LUF-direktivet) gäller försvars- och säkerhetsområdet. Den är uppbyggd på samma sätt som artikel 9 (artikel 20). De grundläggande förutsättningarna för undantag från direktivens tillämpningsområde är desamma. När det gäller sådana internationella avtal eller arrangemang som avses i artikel 17.1 a (artikel 27.1 a) finns dock inte något krav att avtalet eller arrangemanget ska medföra internationella rättsliga skyldigheter.

I artikel 17.1 b i LOU-direktivet (artikel 27.1 b i LUF-direktivet) anges att ett upphandlingsförfarande kan fastställas genom ”internationellt ingångna avtal eller arrangemang om stationering av trupper och som avser åtaganden i en medlemsstat eller ett tredjeland”. En motsvarighet finns i 1 kap. 5 § 2 LOU respektive 1 kap. 14 § 2 LUF. I likhet med nuvarande lagstiftning bör uttrycket militär personal användas i stället för trupper.

Prop. 2015/16:195 I de motsvarande bestämmelserna i 2004 års direktiv talas om ”företag i en medlemsstat eller tredje land”, vilket dock inte har kommit till uttryck i lagtexten. I motsvarande bestämmelse i LUFs-direktivet, artikel 12, används i den svenska språkversionen lokutionen ”en medlemsstats eller ett tredje lands åtaganden”, vilket i 1 kap. 8 § 2 LUFs anges som ”en stats åtaganden”. Det rör sig om skilda översättningar av det engelska ordet *undertakings*. De nya lagarna bör följa det nya direktivet och ordet *åtaganden* därmed användas. Undantaget synes emellertid avse åtaganden av en medlemsstat eller ett tredjeland (”*undertakings of a Member State or a third country*” i den engelska språkversionen) och inte i en medlemsstat eller ett tredjeland. Eftersom det inte finns några andra stater är det vidare en onödig precisering att ange medlemsstat eller ett tredjeland (jfr prop. 2010/11:150 del 1 s. 160). Sammanfattningsvis bör undantaget utformas på samma sätt som artikel 12 i LUFs-direktivet har genomförts i 1 kap. 8 § 2 LUFs.

Enligt artikel 9.1 andra stycket respektive 17.1 andra stycket i LOU-direktivet (20.1 andra stycket respektive 27.1 andra stycket i LUF-direktivet) är medlemsstaterna skyldiga att lämna de rättsliga instrumenten (avtal respektive arrangemang) till kommissionen. Motsvarande bestämmelse i 2004 års direktiv har inte tagits in i LOU eller LUF, eftersom det bedömdes att det saknades behov av att ta in en sådan bestämmelse i lagarna (prop. 2006/07:128 del 1 s. 288 och 458). Det behovet saknas alltså.

I artikel 9.3 i LOU-direktivet (artikel 20.3 i LUF-direktivet) görs en hänvisning till artikel 17 i LOU-direktivet (artikel 27 i LUF-direktivet) när det gäller kontrakt och projektävlingar som avser försvars- och säkerhetsaspekter. Bestämmelsen, som enbart utgör en hänvisning, bör inte genomföras i lagarna.

Ett nytt undantag som rör finansieringen av internationella förfaranden

I artikel 9.2 och 17.2 i LOU-direktivet (artikel 20.2 och 27.2 i LUF-direktivet) regleras frågan om val av tillämpligt regelverk för förfaranden som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut. Sådana bestämmelser saknas i 2004 års direktiv. Direktivet ska inte tillämpas på kontrakt och projektävlingar som en upphandlande myndighet eller enhet tilldelar respektive anordnar i enlighet med upphandlingsregler som fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när berörda kontrakt eller projektävlingar helt finansieras av den organisationen eller det institutet. När det gäller kontrakt och projektävlingar som till största delen medfinansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna enas om tillämpliga upphandlingsförfaranden.

I artikel 9.2 och 17.2 i LOU-direktivet (artikel 20.2 och 27.2 i LUF-direktivet) ges alltså riktlinjer för vilka regler som ska tillämpas vid upphandlingar eller projektävlingar när kontraktet eller projektävlingen helt eller delvis finansieras av annat, internationellt organ utan att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att följa de andra upphandlingsreglerna. Den sistnämnda situationen regleras i de aktuella artiklarnas första punkt.

Den förmodat praktiskt viktigaste konsekvensen av den nya regleringen är att när det internationella organet finansierar förfarandet inte helt, men till största delen, måste den upphandlande myndigheten eller enheten och det internationella organet se till att komma överens om tillämpligt regelverk.

Bestämmelserna i de nya lagarna bör enligt regeringen huvudsakligen utformas i enlighet med direktiven.

8.6 Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska, i likhet med LOU och LUF, inte gälla för tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig särskilt över förslaget. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget men önskar förtydligande kring hänvisningen till författning i lagbestämmelsen. Enligt Konkurrensverkets mening kan med uttrycket författning i detta sammanhang inte avses annat än sådana rättsregler som i 8 kap. regeringsformen betecknas som föreskrifter men att detta bör framgå. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att ensamrättsundantagets omfattning bör klargöras. I likhet med Konkurrensverket ställer sig SKL frågande till vad begreppet författning innefattar och anser att det är viktigt att Sverige inte har strängare regler än vad LOU-direktivet kräver. Såväl Konkurrensverket som SKL och *Advokatfirman Lindahl* anser att regeringen bör klargöra omfattningen av undantaget.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 11 i LOU-direktivet respektive artikel 22 i LUF-direktivet innehåller ett undantag för tjänstekontrakt som tilldelas en upphandlande myndighet som har ensamrätt att utföra tjänsten. 2004 års direktiv innehåller motsvarande undantag, vilka har genomförts i 1 kap. 7 § LOU respektive 1 kap. 20 § LUF.

Den engelska formuleringen i direktiven, ”a law, regulation or published administrative provision”, har såväl i 2004 års som i 2014 års svenska språkversioner av direktiven översatts till ”lagar eller andra offentliggjorda författningar”. Direktivbestämmelsen är oförändrad. Detta talar för att bestämmelsen i de nya lagarna bör utformas på samma sätt som i 2007 års lagar. Regeringen anser inte att det finns skäl att nu utforma bestämmelsen annorlunda. Med författning får förstås sådana rättsregler som i 8 kap. regeringsformen betecknas som föreskrifter. Kännetecknande för föreskrifter är att de är bindande och att de inte bara avser ett konkret fall utan har generell tillämpbarhet.

Regeringens förslag: Upphandling som är att anse som intern upphandling eller upphandling mellan upphandlande myndigheter ska under vissa förutsättningar undantas från lagarna. Interna upphandlingar ska avse anskaffningar som sker mellan aktörer inom den offentliga sektorn och gälla olika typer av situationer.

För att en upphandling ska anses vara intern och undantas, ska tre förutsättningar vara uppfyllda. För det första ska moderföretaget (myndigheten) utöva en kontroll över motparten eller motparterna som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet). När moderföretaget (myndigheten) gemensamt med andra myndigheter kontrollerar en motpart, ska kontrollen motsvara den som moderföretaget och myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar. För det andra ska dotterföretaget, i egenskap av upphandlande myndighet eller motpart, utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för moderföretagets räkning eller för andra personer som moderföretaget kontrollerar (verksamhetskriteriet). När dotterföretaget kontrolleras av moderföretaget gemensamt med andra myndigheter, ska dotterföretaget utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för moderföretagets och de andra myndigheternas räkning. För det tredje ska det inte finnas något direkt privat ägarintresse i den motpart som är leverantör.

En upphandling mellan upphandlande myndigheter ska undantas från lagarna om två eller flera upphandlande myndigheter upprättar eller reglerar formerna för ett samarbete mellan dem för att uppnå mål som är gemensamma för dessa, samarbetet styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och myndigheterna utövar verksamhet på den privata marknaden som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens förslag om intern upphandling och direkt privat ägarintresse skiljer sig dock från regeringens. Enligt utredningen förutsätter en tillämpning av undantaget att det i avtalsparten inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser är kritiska till bestämmelserna om intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter som innebär att offentliga anskaffningar med stöd av sådana kontrakt får genomföras utan att upphandlingslagarna tillämpas. Sådana synpunkter framförs av *Almega*, *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen*, *Återvinningsindustrierna (ÅI)* och *Stena Metall AB*. Flera remissinstanser är dock uttalat positiva till att undantagen lagfästs i de nya lagarna, däribland *Försvarets materielverk (FMV)*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Vinnova*, *Sandvikens kommun*, *Landstinget i Jönköpings län* och *Advokatfirman Delphi*. FMV påtalar vidare att det finns ett behov av motsvarande regler i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

När det gäller omfattningen av privat ägarintresse som kan accepteras inom ramen för Teckal-undantagen (intern upphandling) är flera remissinstanser kritiska till förslaget. Genom lydelserna i lagförslagen har undantagen getts en omfattning som enligt bl.a. *Konkurrensverket*, *Stockholms universitet*, Konkurrenskommissionen och Advokatfirman Delphi går utöver det som följer av direktivbestämmelserna.

Skälen för regeringens förslag

Bestämmelser om undantag för intern upphandling och för upphandling mellan upphandlande myndigheter

Sedan den 1 januari 2013 undantas vissa typer av avtal från upphandlingsreglerna i LOU genom uttryckliga bestämmelser i samma lag. Dessa bestämmelser finns i 2 kap. 10 a § LOU. Dessförinnan gällde ett liknande undantag enligt samma paragraf temporärt den 15 juli 2010–31 december 2012. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LUF.

Bestämmelserna enligt paragrafens nu gällande lydelse i LOU har som framgår av förarbetena utformats med utgångspunkt från EU-domstolens dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, och flera därefter följande domar (se prop. 2011/12:106 s. 56). Då den praxis från domstolen som inleddes med Teckal-målet dock fortfarande var under utveckling, ansåg regeringen att lagtexten i paragrafen i möjligaste mån borde utformas i enlighet med hur domstolen dittills hade formulerat detta in house-undantag. Begrepp och systematik från Teckal-praxisen borde därför enligt regeringen återspeglas i den svenska lagstiftningen. Regeringen anförde därvid att det således var mer ändamålsenligt att endast grundelementen skulle komma till uttryck i bestämmelsen medan detaljerna fick överlåtas till rättstillämpningen, ytterst genom förhandsavgöranden från EU-domstolen. Lagstiftningstekniken medförde dock, vilket Lagrådet påpekade, att oklarheterna beträffande in house-undantagen fördes över till svensk lagstiftning. Men detta var enligt regeringen (prop. 2011/12:106 s. 57) en effekt som var ofrånkomlig, då den nationella regleringen endast var avsedd att utgöra en länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av densamma.

I propositionen (s. 16 och 17) finns en uppräknig av de avgöranden från EU-domstolen som ansågs vara av särskilt intresse när det gällde utvecklingen efter Teckal-domen. I denna uppräknig nämns bl.a. dom i målet kommissionen mot Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357. Till tidigare gjorda uppräknig av avgöranden från EU-domstolen kan också läggas följande domar från samma domstol:

- dom Econord, C-182/11 och C-183/11, EU:C:2012:758,
- dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817,
- dom Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385,
- dom Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, och
- dom Centro Hospitalar de Setúbal och SUCH, C-574/12, EU:C:2014:2004.

De bestämmelser som EU-lagstiftaren nu har fört in i 2014 års upphandlingsdirektiv syftar som framgår av skälen i direktiven till att

Prop. 2015/16:195 klargöra vad som gäller i fråga om upphandlingsreglernas tillämplighet för kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn. Ett sådant klargörande ska enligt skälen vägledas av de principer som har fastställts i EU-domstolens relevanta rättspraxis. (Se skäl 31 i LOU-direktivet, skäl 38 i LUF-direktivet och skäl 45 i LUK-direktivet.)

Som framgår av direktiven bör alltså EU-domstolens praxis i fråga om de undantag som behandlas bl.a. i domarna Teckal och Hamburg vara vägledande vid tolkningen av de nya direktivbestämmelserna om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn (artikel 12 i LOU-direktivet), om kontrakt mellan upphandlande myndigheter (artikel 28 i LUF-direktivet) och om koncessioner mellan enheter i den offentliga sektorn (artikel 17 i LUK-direktivet). Detta ska enligt regeringen gälla även för bestämmelserna i de nya lagar som genomför dessa direktivbestämmelser. Den praxis vilken regeringen hänvisat till ovan, är alltså till ledning även för tillämpningen av bestämmelserna i de nya lagarna.

När det gäller regelverkets övergripande struktur instämmer regeringen i Genomförandeutredningens förslag till genomförande. Strukturen har dock i viss mån justerats på *Lagrådets* inrådan. Den närmare terminologin i reglerna har Lagrådet också framfört synpunkter på och bl.a. föreslagit att interna kontrakt eller avtal mellan upphandlande myndigheter i detta sammanhang ska benämnas intern upphandling. Regeringen instämmer i att terminologin kan behöva ses över. Den typ av samarbeten som reglerna avser att undanta kräver inga avtal eller kontrakt för att vara tillämpliga. Sådana samarbeten kan komma till stånd genom en rad rättshandlingar och åtgärder som kan ta sig formen av beslut och komma till uttryck i kommunala protokoll, i bolagsordningar etc. Begreppen avtal eller kontrakt ger därför inte alltid en rättvisande bild av hur samarbetena som undantas genom den aktuella regleringen konstitueras. Regeringen instämmer därför i att intern upphandling kan användas som beteckning på sådana interna samarbeten som ska regleras i lagarna.

Undantagsregleringen ska kunna tillämpas av en upphandlande myndighet oavsett om det rör sig om en anskaffning genom offentlig upphandling eller genom upphandling inom försörjningssektorerna. Det innebär att en upphandlande enhet enligt bestämmelserna för försörjningssektorerna också kan tillämpa undantaget, under förutsättning att det rör sig om en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet. Om det inte är en sådan enhet, är undantagen alltså inte tillämpliga. En motsvarande ordning ska gälla för upphandling av koncessioner även om den inte uttrycks på samma sätt. Uttrycket ”en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 7.1 a” i artikel 17 i LUK-direktivet fångar nämligen inte in några andra organ än de som enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet definieras som upphandlande myndigheter. Detta gäller för övrigt även sådana kontrakt som avses i artikel 17.4 i LUK-direktivet. Till skillnad mot utredningens förslag till genomförande bör detta uttryckligen framgå av de bestämmelser som genomför artikel 17.4 i LUK-direktivet. I den fortsatta behandlingen i detta avsnitt görs ingen åtskillnad mellan hur de ovan berörda organen beskrivs lagtekniskt i de olika lagarna utan i stället används begreppet upphandlande myndighet som samlande begrepp.

Regelverket bör också i likhet med vad utredningen föreslår delas upp på ett antal olika paragrafer för att återspegla dels den grundläggande skillnaden mellan undantagen som de behandlas i bl.a. domarna Teckal och Hamburg – Teckal-undantagen och Hamburg-samarbeten, dels de olika partsförhållanden som kan aktualiseras inom ramen för Teckal-undantagen. Enligt regeringens uppfattning leder en sådan uppdelning till ett mindre komplicerat regelverk. Regeringen instämmer således inte i *Advokatfirman Delphis* remissynpunkt att utredningens förslag i denna del komplicerar regelverket. Så länge bestämmelserna innehåller samma grundläggande begrepp som direktivtexten innebär uppdelningen inte heller någon omtolkning av direktivens bestämmelser. Den upprepning som uppdelningen med nödvändighet leder till får enligt regeringens accepteras. Detta då alternativet att slå samman bestämmelserna, särskilt de som gäller Teckal-undantagen, leder till en lagtekniskt komplicerad konstruktion.

Som angetts ovan instämmer regeringen i utredningens förslag till genomförande när det gäller regelverkets övergripande struktur. Detta gäller dock inte förslaget att hänvisa till bestämmelserna om Teckal-undantagen i de paragrafer som definierar vad som avses med kontrakt i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Att lagstiftaren när den utan stöd i uttryckliga direktivbestämmelser valde att formulera 2 kap. 10 a § LOU som ett undantag från kontraktsbegreppet och placera bestämmelsen närmast efter paragrafen där det anges vad som avses med kontrakt, innebär inte att det i den nu aktuella situationen är nödvändigt med en sådan konstruktion. En av remissinstanserna, *Arbetsförmedlingen*, efterlyser också en mer sammanhållen reglering än den som utredningen föreslår. Någon motsvarande uppdelning finns för övrigt inte heller i utredningens förslag till lag om upphandling av koncessioner. Detta talar också för att terminologin intern upphandling kan ersätta uttrycket interna kontrakt.

De bestämmelser det nu är fråga om, som är relativt detaljerade och omfattande, skiljer sig från de mer allmänt hållna och kortfattade reglerna som i dag återfinns i 2 kap. 10 a § LOU. Denna skillnad talar enligt regeringens för att artiklarna i direktiven bör genomföras materiellt genom bestämmelser som placeras i de nya lagarnas kapitel om undantag från lagens tillämpningsområde. Detta är också en lösning som förordas av utredningen. Däremot menar utredningen, som framgått, att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna dessutom bör innehålla en konstruktion som motsvarar den i 2 kap. 10 a § LOU. Utredningen har löst detta genom att föreslå en bestämmelse av närmast upplysningskaraktär i kapitlet med bl.a. definitioner vilken hänvisar till bestämmelserna om Teckal-undantagen i kapitlet om undantag från lagens tillämpningsområde. Enligt regeringens är en bestämmelse med en sådan karaktär knappast motiverad när undantagen regleras utförligt på annan plats i lagarna. Regeringen anser därför att de bestämmelser som genomför artiklarna bör placeras samlat i de nya lagarnas kapitel om undantag från lagens tillämpningsområde.

Som framgått anser regeringen således att artikel 12 i LOU-direktivet, artikel 28 i LUF-direktivet och artikel 17 i LUK-direktivet bör genomföras med i huvudsak den lagtekniska struktur som utredningen

Prop. 2015/16:195 föreslår. Det innebär att Teckal-undantagen bör genomföras som bestämmelser om undantag för intern upphandling och att undantag för Hamburg-samarbeten bör genomföras som undantag för upphandling mellan upphandlande myndigheter. Regeringen anser vidare, till skillnad mot *Stena Metall AB*, att det inte finns något skäl att begränsa de upphandlande myndigheternas möjligheter att återropa dessa undantag inom någon särskild sektor. Det kan dock här finnas anledning att erinra om att det fortfarande rör sig om undantagsbestämmelser. Att bestämmelserna nu återfinns i direktiven och förs in i lag ändrar inte på detta förhållande. Bestämmelserna bör därmed alltjämt tolkas restriktivt.

I fråga om LUFs-direktivet kan antecknas att nu aktuellt lagstiftningsärende syftar till att genomföra 2014 års upphandlingsdirektiv. Dessa direktiv innebär inte att LUFs-direktivet, vilket huvudsakligen har genomförts genom lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, har tillförts bestämmelser som motsvarar de i artikel 12 i LOU-direktivet, artikel 28 i LUF-direktivet respektive artikel 17 i LUK-direktivet. Departementspromemorian och utredningens betänkanden innehåller på nu aktuellt område inte heller några förslag till ändringar i nämnda lag. Det saknas alltså underlag för att föreslå ett lagfästande i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av bestämmelser om undantag för intern upphandling och för upphandling mellan upphandlande myndigheter som motsvarar förslagen i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Så länge EU-direktivet på försvars- och säkerhetsområdet inte ändras på denna punkt, anser regeringen vidare att det saknas anledning att ändra lagen (jfr även prop. 2011/12:106 s. 52 och 53).

Intern upphandling – Teckal-undantagen

I fråga om bestämmelserna i direktiven som tar sikte på Teckal-undantagen (artikel 12.1–12.3 i LOU-direktivet, artikel 28.1–28.3 i LUF-direktivet och artikel 17.1–17.3 i LUK-direktivet), dvs. intern upphandling, instämmer regeringen i allt väsentligt i utredningens förslag till genomförande i fråga om två av de förutsättningar som ska vara uppfyllda för att undantagen ska kunna tillämpas, nämligen kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet. Vad gäller den tredje förutsättningen, direkt privat ägarintresse, finns det dock enligt regeringen anledning att föreslå regler som inte helt överensstämmer med utredningens förslag till genomförande.

Såvitt avser den första förutsättningen, kontrollkriteriet, kan framhållas att varken upphandlingsdirektiven eller de svenska upphandlingsbestämmelserna ställer några krav på hur kontrollen faktiskt utövas. Så länge kontrollen motsvarar den som den upphandlande myndigheten utövar över sin egen förvaltning, saknar det således betydelse hur denna kontroll närmare ter sig. Detta innebär exempelvis att upphandlingsregelverket inte hindrar att en enskild representant företräder flera eller till och med samtliga deltagande upphandlande myndigheter i en kontrollerad parts beslutsorgan.

Att upphandlingsregleringen, som konstaterats ovan, inte styr hur kontrollen rent faktiskt kan utövas innebär inte att frågan hur kontrollen

utövas är oreglerad. Sådana bestämmelser finns i stället i de författningar som styr respektive organisationsform. Det kan därvid röra sig om privaträttsliga organisationsformer som används i offentlig verksamhet, t.ex. aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar, ideella föreningar eller försäkringsbolag, eller om kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan, t.ex. kommunalförbund eller gemensamma nämnder. Dessutom kan det finnas regler som särskilt tar sikte på statens eller på kommuners, landstings eller kommunalförbunds möjligheter att kontrollera olika organisationsformer. Regeringen hänvisar därvid till den redogörelse av de olika organisationsformer som är relevanta för frågeställningen och de bestämmelser som styr organisationsformerna vilken finns i propositionen Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor (se prop. 2011/12:106 avsnitten 4.4.1 och 4.4.2).

I den nys nämnda propositionen gjordes bedömningen att bestämmelserna beträffande berörda privaträttsliga organisationsformer medgav att kontrollkriteriet kunde uppfyllas avseende ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening eller ett försäkringsbolag. När det gällde stiftelser uttalades i propositionen att möjligheterna enligt svensk rätt för en stiftare att utöva ett bestämmande inflytande framstod som små. Därför bedömdes det att kontrollkriteriet sannolikt inte kunde uppfyllas avseende stiftelser. I fråga om de kommunalrättsliga organisationsformerna bedömdes i propositionen att kommuner och landsting skulle kunna skapa möjligheter att uppfylla kontrollkriteriet beträffande kommunalförbund och gemensamma nämnder (se prop. 2011/12:106 s. 40–47).

Det saknas enligt regeringen skäl att nu göra några andra bedömningar än de närmast ovan redovisade avseende kontrollkriteriet. Det bör dock framhållas att bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt är en bedömning som måste göras i varje enskilt fall efter en analys av organisationsformen och möjligheterna till kontroll. Ytterst får frågan avgöras i rättstillämpningen. Som framgått ställer sig regeringen också tveksam till att kontrollkriteriet kan uppfyllas avseende stiftelser. Att organisationsformen stiftelse således inte kan antas medge att kontrollkriteriet uppfylls, är enligt regeringen en konsekvens av regleringen av stiftelser som får accepteras. Regeringen kan således inte instämma i vad *Advokatfirman Lindahl* anför beträffande kontrollkriteriet och stiftelser, nämligen att frågan om huruvida en stiftelse kan uppfylla kontrollkriteriet bör bli föremål för en översyn.

Vad gäller den andra förutsättningen, verksamhetskriteriet, anser regeringen att bedömningen av denna inte påverkas av om samma typ av verksamhet bedrivs av olika juridiska personer eller gemensamma nämnder inom en och samma koncern eller koncernliknande organisation. Det avgörande för bedömningen är i stället den kontrollerade partens verksamhet. Det är dennes verksamhet som måste utföras till mer än 80 procent för den eller de kontrollerande parternas räkning. Att det inom en och samma koncern eller koncernliknande organisation kan finnas ytterligare juridiska personer eller gemensamma nämnder som bedriver samma typ av verksamhet men utan att uppfylla verksamhetskriteriet, påverkar enligt regeringens uppfattning inte bedömningen av huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. Detta följer redan av ordalagen i artiklarna. I den mån en koncerns eller en

Prop. 2015/16:195 koncernliknande organisations verksamhet i det enskilda fallet skulle visa sig ge effekter som hindrar en effektiv konkurrens, är det något som i första hand får hanteras med stöd av annan lagstiftning än den upphandlingsrättsliga, framför allt de konkurrensrättsliga regelverken och reglerna om statsstöd.

När det gäller verksamhetskriteriets närmare tillämpning, finns det i direktiven anvisningar om detta. Av direktivbestämmelserna framgår visserligen att man ska beakta faktorer av kvantitativ art (se artikel 12.5 i LOU-direktivet, artikel 28.5 i LUF-direktivet och artikel 17.5 i LUK-direktivet). Detta följer inte bara av att det i direktivtexten relateras till procentsatser utan även av att verksamhetskriteriet uttryckligen kopplas till omsättning och kostnader. Att dessa kvantitativa faktorer särskilt nämns i artiklarna utesluter emellertid enligt regeringens uppfattning inte att även andra faktorer kan påverka tillämpningen av verksamhetskriteriet. Detta bör enligt regeringen framgå av de bestämmelser som genomför artiklarna. Det bör vidare framgå av de bestämmelser som innehåller närmare anvisningar om vilka faktorer som bör beaktas när verksamhetskriteriet tillämpas, att dessa är tillämpliga oavsett vilket av lagarnas olika interna upphandlingar det är fråga om.

Verksamhetskriteriet ska som utgångspunkt bedömas på grundval av uppgifter som sträcker sig tre år tillbaka i tiden, om det finns sådana uppgifter och de fortfarande är relevanta. Enligt direktivartiklarna ska beräkningen av den tiden utgå ifrån tilldelningen av kontraktet eller koncessionen och enligt lagrådsremissens förslag från kontraktet eller koncessionen. *Lagrådet* anser, med ett i sig logiskt resonemang, att tiden ska beräknas från initiativet till anskaffningen och därför att treårsperioden ska vara den närmast innan upphandlingen påbörjas. Detta skulle enligt regeringens mening innebära en väsentlig förskjutning av tidpunkten i förhållande till direktivtextens som alltså utgår ifrån när upphandlingen avslutas. Att direktiven har den utgångspunkten torde bero på att det är först när det föreligger något som i sig skulle kunna utgöra ett upphandlingspliktigt kontrakt eller koncession som det står klart att direktiven är tillämpliga. Samtidigt är det så att om förutsättningarna enligt de aktuella undantagsbestämmelserna är uppfyllda, det inte föreligger något upphandlingsrättsligt kontrakt eller koncession över huvud taget. Lagrådets resonemang bygger dock på att åtgärderna vidtas som led i ett upphandlingsförfarande. Detta trots att om den upphandlande myndigheten följer reglerna för undantaget, är det inte fråga om en upphandling. Följs de uppställda förutsättningarna för undantag innebär det i stället att ett samarbete inleds utan att den tilldelning som sker inom ramen för samarbetet behöver genomföras enligt bestämmelserna i direktiven. Regeringen instämmer i så måtto med *Lagrådet* i att den upphandlande myndigheten måste överväga om en tilldelning av ett uppdrag att leverera en vara, tjänst eller byggentreprenad ska ske inom ramen för ett samarbete som är undantaget upphandlingsreglerna eller ett som inte är det. I praktiken kan det emellertid inte alltid vara möjligt att redan när ett samarbete inleds, avgöra om det kommer att ske anskaffningar inom samarbetet. Det är först genom anskaffningen, med andra ord tilldelningen, som det går att bedöma om undantaget är uppfyllt eller inte. De upphandlande myndigheterna agerar således på egen risk om det först vid den

tidpunkten visar sig att de inte följt upphandlingsreglerna trots att förutsättningarna för undantag inte varit uppfyllda. Regeringen finner mot denna bakgrund inte skäl att frångå direktivtexten på det sätt Lagrådet föreslagit. Däremot kan det med anledning av Lagrådets synpunkter finnas anledning att överväga om begreppen kontrakt och koncession är lämpliga i sammanhanget. Om undantagen är tillämpliga föreligger ändå inte några sådana. Tidpunkten kan därför lämpligast uttryckas genom direktivtexternas begrepp tilldelningen. Detta beskriver enligt regeringens mening bättre den situation och tidpunkt som är den relevanta vid beräkningen av verksamhetskriteriet oavsett om det fattas ett tilldelningsbeslut med tillämpning av upphandlingsreglerna eller om det sker en faktisk tilldelning genom en anskaffning inom ramen för undantagen.

I fråga om den tredje förutsättningen, direkt privat ägarintresse, uttalar *Konkurrensverket*, *Stockholms universitet*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* i sina remissyttranden att bestämmelserna enligt utredningens förslag till genomförande vidgar undantagen för intern upphandling på ett sätt som varken har stöd i upphandlingsdirektiven eller EU-domstolens praxis. Regeringen instämmer därvid i att det samband som uttrycks i utredningens förslag mellan ett direkt privat ägarintresse och det inflytande ett sådant intresse medför innebär att undantagen ges en omfattning som inte har stöd i direktiven.

I linje med vad några av remissinstanserna anför, däribland *Konkurrensverket*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, bör direktivbestämmelserna i denna del i stället delas upp i två moment.

Det första momentet kan sägas bestå av en regel som innebär att ett direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personen utesluter en tillämpning av undantagen för intern upphandling.

Det andra momentet innehåller ett undantag från denna regel. Undantaget enligt det momentet innebär att ett direkt privat ägarintresse under vissa förutsättningar inte utesluter en tillämpning av undantagen för intern upphandling. Dessa förutsättningar hänger samman med förekomsten av särskilda offentliga organisationsformer med direkta privata ägarintressen vilka intressen enligt nationell lagstiftning är icke-kontrollerande och icke-blockerande. Av *Konkurrensverkets* och *Advokatfirman Delphis* remissyttranden följer att det inte tycks förekomma några sådana ägarformer i Sverige. Med hänsyn till det remissinstanserna anför beträffande förekomsten av sådana organisationsformer i Sverige, får slutsatsen dras att det saknas behov av ett sådant undantag som avses i regelns andra moment. Det finns därmed inte heller någon anledning att tynga lagtexten med bestämmelser som genomför direktivens bestämmelser i denna del. Den del av direktivbestämmelserna som tar sikte på ovan beskrivna särskilda organisationsformer behöver alltså inte genomföras i svensk rätt genom lagstiftning eller genom några andra åtgärder.

Såvitt gäller det första momentet, finns det inget utrymme för att underlåta att genomföra direktivbestämmelserna genom bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner. Det bör sålunda även i dessa lagar finnas bestämmelser av vilka det framgår att

Prop. 2015/16:195 ett direkt privat ägarintresse utesluter en tillämpning av undantagen för intern upphandling. Den närmare betydelsen av ett direkt privat ägarintresse får tolkas i ljuset av EU-domstolens praxis.

När det gäller EU-domstolens praxis, kan noteras att begreppet privat ägarintresse inte tycks ha använts av domstolen som ett självständigt begrepp utan i stället utgjort ett av momenten vid tillämpningen av kontrollkriteriet (se t.ex. EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 49–51, och dom Centro Hospitalar de Setúbal och SUCH, C-574/12, EU:C:2014:2004, p. 36–43). Begreppet synes dock ha haft en särskild betydelse vid tillämpningen av detta kriterium, då förekomsten av sådant ägarintresse hos den leverantör som tilldelas kontrakt har uteslutit ett uppfyllande av kriteriet. Tillägget direkt i anslutning till privat ägarintresse synes dock inte ha använts av domstolen. Huruvida EU-lagstiftaren har avsett att ändra rättsläget genom att markera att det ska röra sig om ett direkt intresse i enheten som tilldelas kontraktet är oklart.

Uttalandena i skälen i direktiven tyder dock på att någon ändring av rättsläget inte har varit avsedd med tillägget direkt i anslutning till privat ägarintresse (se skäl 31 i LOU-direktivet, skäl 38 i LUF-direktivet och skäl 45 i LUK-direktivet). Begreppen bör snarare ses som en anvisning om att det saknas anledning för tillämparen att göra en komplicerad prövning av kontrollkriteriet eller verksamhetskriteriet, om det finns ett direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personen. Även om det inte med någon exakthet går att uttala sig om vad tillägget direkt innebär, får det antas att ett direkt ägande i den kontrollerade juridiska personen är ett sådant direkt privat ägarintresse som avses med formuleringen. Att ett ägarintresse inte är direkt torde dock inte utesluta att intresset kan ha betydelse i sammanhanget. Det är i så fall ett intresse som framför allt kan komma att påverka bedömningen av kontrollkriteriet. Denna och övriga bedömningar i fråga om direkt privat ägarintresse är emellertid något som får bedömas i rättstillämpningen.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter – Hamburg-samarbeten

Regeringen instämmer i utredningens förslag till genomförande som gäller de bestämmelser som rör s.k. Hamburg-samarbeten (artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet), dvs. kontrakt eller upphandling mellan upphandlande myndigheter. Med hänsyn till att något motsvarande undantag inte har varit lagfäst i någon av tidigare upphandlingslagar, finns det enligt regeringens mening anledning att kort ange bakgrunden till undantaget.

Som framgår av EU-domstolens praxis utgör ett bristande uppfyllande av kontrollkriteriet inom ramen för Teckal-undantagen inte med nödvändighet att upphandlingsdirektiven är tillämpliga. Av EU-domstolens praxis följer att ytterligare undantag kan göras från tillämpningen av direktiven, nämligen om det rör sig om Hamburg-samarbeten (se Hamburg p. 36–49 och Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. p. 31–40). Dessa Hamburg-samarbeten är således en av två typer av samarbeten som kan upprättas av upphandlande myndigheter och som inte omfattas av tillämpningsområdet för de EU-rättsliga reglerna om offentlig

upphandling. I EU-domstolens dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., p. 34 och 35, beskrivs undantaget för Hamburg-samarbeten på följande sätt. Prop. 2015/16:195

34. Det är för det andra fråga om avtal genom vilka ett samarbete mellan myndigheter inrättas, vilket syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa myndigheter fullgörs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-4747, p. 37).

35. I ett sådant fall är unionsreglerna om offentlig upphandling inte tillämpliga i den mån sådana avtal dessutom ingås enbart mellan offentliga organ utan inblandning av någon privat part, så att ingen privat leverantör ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter, och det samarbete som inrättas uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, p. 44 och 47).

Med denna bakgrund till bestämmelserna i artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet, kan konstateras att leden a och b i de båda artiklarna med ett undantag överensstämmer med det som anges i ovan citerade punkter. I led a i nämnda artiklar anges nämligen inte bara att det rör sig om kontrakt som inrättat ett samarbete utan också om kontrakt som genomför ett samarbete. Detta synes vara en skillnad i förhållande till hur undantaget formulerades i den ovan citerade domen. En förutsättning för undantagets tillämpning är således att kontraktet inrättat eller genomför ett samarbete. I fråga om led c i artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet är dock skillnaderna större.

Formuleringarna i punkterna 34 och 35 i den ovan citerade domen ger inte någon direkt vägledning beträffande det som enligt Teckal-undantagen benämns som verksamhetskriteriet. Att verksamheten i betydande utsträckning måste utföras på ett offentligt reglerat område och inte på den öppna marknaden kan dock möjligen antas följa av att samarbetet uteslutande ska styras ”av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse”. I led c i artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet klargörs emellertid att undantaget för kontrakt mellan upphandlande myndigheter (Hamburg-samarbeten) kan användas endast om verksamheten på den öppna marknaden understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet. Hur detta verksamhetskriterium ska bedömas följer av bestämmelserna i nämnda led och av de bestämmelser som är gemensamma för verksamhetskriteriet för intern upphandling (Teckal-undantagen). Dessa gemensamma bestämmelser finns i artikel 12.5 i LOU-direktivet, artikel 28.5 i LUF-direktivet och artikel 17.5 i LUK-direktivet.

I detta sammanhang bör också några påpekanden göras beträffande förutsättningen att det ska röra sig om kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Denna förutsättning påverkar enligt regeringens

Prop. 2015/16:195 uppfattning inte den grundläggande förutsättningen för upphandlingsregelverkets tillämpning att det enligt samma regelverk ska vara fråga om anskaffning från en från den upphandlande myndigheten fristående person som är en leverantör enligt samma regler. Handlar det inte om en sådan anskaffning utan om en anskaffning från en enhet inom samma juridiska person som den upphandlande myndigheten, omfattas ett sådant kontrakt inte av upphandlingsregleringen. Även om det, när det gäller transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person, inte klart framgår av EU-domstolens praxis huruvida upphandlingskyldighet föreligger över huvud taget eller under vilka förutsättningar, så gör regeringen bedömningen att rättspraxis inte ger stöd för att kontrakt i upphandlingsrättslig mening uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Detta innebär i sin tur att bl.a. samarbeten mellan statliga myndigheter normalt sett inte kan anses vila på kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Detsamma får antas gälla för relationen mellan en enligt 3 kap. 3 a § kommunallagen (1991:900) tillsatt gemensam nämnd och en värdkommun enligt samma lagrum. En sådan gemensam nämnds relationer till övriga samverkande kommuner är däremot sådana att förhållandena kan konstituera upphandlingsrättsliga kontrakt. Samtidigt får det antas att undantaget för Hamburg-samarbeten normalt sett kan åberopas för samarbeten mellan den gemensamma nämnden och övriga samverkande kommuner. De ovan berörda frågorna får dock enligt regeringen ytterst lösas i rättstillämpningen.

I fråga om statliga myndigheters möjligheter att samarbeta, kan vidare antecknas att dessa dessutom bestäms av vad som är möjligt enligt de föreskrifter som styr respektive myndighet, dvs. regler som inte är upphandlingsrättsliga. Detsamma gäller för kommunala myndigheter (se även prop. 2009/10:134 s. 45 och prop. 2011/12:106 s. 15 och 125). De bestämmelser som en av remissinstanserna, *Advokatfirman Lindahl*, tar upp i sitt remissyttrande är exempel på sådana ovan nämnda föreskrifter. Regeringen ser dock inte någon anledning att nu se över de bestämmelser som Advokatfirman Lindahl särskilt framhåller, nämligen lokalisering-principen i kommunallagen (1991:900) och förbudet mot offentlig säljverksamhet i konkurrenslagen (2008:579).

8.8 Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt

Regeringens förslag: De särskilda undantagen från direktivens tillämpningsområde för vissa tjänstekontrakt, som anges i artikel 10 i LOU-direktivet respektive artikel 21 i LUF-direktivet, ska i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna delas upp i flera paragrafer.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig angående uppdelningen i flera paragrafer. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* och *Konkurrensverket* ifrågasätter placeringen i lagen av undantaget för förvärv av fastigheter under rubriken Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt. Detta eftersom en fastighet inte är en tjänst och ett fastighetsförvärv därmed inte avser ett tjänsteköp. *Advokatfirman*

Skälen för regeringens förslag: Artikel 10 i LOU-direktivet och artikel 21 i LUF-direktivet innehåller de särskilda undantagen för tjänstekontrakt. I likhet med 2004 års direktiv räknas undantagen upp i form av en lista. Själva regleringen av undantagen har dock ökat betydligt i omfång. Det är därför redan av lagtekniska skäl nödvändigt att dela upp de särskilda undantagen i flera skilda paragrafer.

Utgångspunkten för LOU- och LUF-direktiven är att alla tjänster ska upphandlas enligt direktivens fulla regelverk om tjänsterna inte är uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet eller är sådana sociala tjänster eller andra särskilda tjänster som omfattas av enklare regler. Att undantaget för förvärv och hyra m.m. av fastighet i direktiven har placerats under rubriken Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt ger vid handen att EU-lagstiftaren betraktar exempelvis fastighetsförvärv som en tjänst som i och för sig skulle kunna upphandlas. I LOU och LUF används på motsvarande ställe rubriken Särskilda undantag. Regeringen instämmer i synpunkten att det är främmande att beskriva fastighetsförvärv som en tjänst. Rubriceringen bör därför ändras.

8.8.1 Förvärv av fastighet

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska liksom nuvarande lagar inte gälla för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Finansiella tjänster (t.ex. lån) som har samband med sådana kontrakt ska inte längre vara upphandlingspliktiga.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* anser att det bör förtydligas i lagtexten att undantaget endast gäller befintliga byggnader, vilket anges i artikelbestämmelsen. Remissinstanserna i övrigt tillstyrker förslaget eller har inte några invändningar.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 10 a i LOU-direktivet respektive artikel 21 a i LUF-direktivet undantas kontrakt som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom. Undantaget motsvarar i huvudsak regleringen i 2004 års direktiv (artikel 16 a i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 24 a i 2004 års LUF-direktiv). I de äldre direktiven anges att varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet dock ska omfattas av direktivet. Någon sådan inskränkning av undantaget görs inte i de nya direktiven. Såväl enligt 2004 års direktiv som enligt de nya direktiven är kontrakt som avser upptagande av lån undantagna från upphandlingskyldighet, se avsnitt 8.8.4 nedan.

Prop. 2015/16:195 Som *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* påpekar anges i artikeltexten uttryckligen att undantaget avser befintlig byggnad. Villkoret syftar till att klargöra att undantaget inte avser byggtreprenadkontrakt. Detta noterades i förarbetena till 2007 års lagar (prop. 2006/07:128 del 1 s. 290 f.). Villkoret togs inte in i lagtexten. Regeringen anser inte att det finns skäl att nu genomföra bestämmelsen på ett annat sätt. Vad som konstituerar ett byggtreprenadkontrakt, och hur ett blandat kontrakt som har inslag av både byggtreprenad och hyra av fastighet ska bedömas, är frågor som ytterst måste avgöras i rättstillämpningen (se bl.a. EU-domstolens dom *Impreza Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067). I författningskommentaren till 2 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling behandlas den sistnämnda frågan.

Lagrådet har ifrågasatt om inte tjänstekontrakt som avser förvärv av fast egendom avser något annat än själva överlåtelsen av fastigheten och att förvärv av fastighet i själva verket faller utanför lagens regler redan av det skälet att det inte kan anses utgöra vare sig en tjänst eller en vara i lagens mening. Enligt regeringens mening kan undantaget inte rimligen tolkas på annat sätt än att det innefattar även själva förvärvet av fastigheten, även om beteckningen tjänstekontrakt framstår som något missvisande. Regeringen kan konstatera att undantaget har funnits med som ett undantaget tjänstekontrakt även i föregångarna till direktiven. En förklaring kan vara den kategorisering som gjorts i tidigare direktiv, se avsnitt 6.7.4. Regeringen föreslår därför att undantaget som avser förvärv av fast egendom tas in även i de nya lagarna. De överväganden som gjordes vid genomförandet av 2004 års direktiv när det gäller utformningen av lagbestämmelserna äger därför alltså giltighet (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 288 f.). De nya lagarnas bestämmelser bör därmed utformas enligt mönster av LOU och LUF. I överensstämmelse med de nya direktiven bör dock undantaget inte inskränkas när det gäller upphandling av finansiella tjänster.

8.8.2 Radio- och tv-området

Regeringens förslag: Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för upphandling

1. som ska genomföras av en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster, eller

2. som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som ska tillhandahållas av en leverantör av medietjänster.

Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för kontrakt som avser sändningstid eller tillhandahållande av program och som tilldelas en leverantör av medietjänster.

Begreppet leverantör av medietjänster ska i båda lagarna ha samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett par av remissinstanserna kommenterar förslaget särskilt. *Kriminalvården* önskar att undantaget förtydligas. *Sveriges Television AB (SVT)* anser att undantaget bör ges en explicit

dynamisk innebörd som följer tv-mediets fortsatta utveckling. Samtliga programtjänster, oavsett om de är traditionella tv-program, sökbar text-tv eller interaktiva mobil- eller webbapplikationer, som utgör en integrerad del i ett programerbjudande bör uttryckligen omfattas av programundantaget.

Skälen för regeringens förslag

Nuvarande undantag i LOU

Enligt 1 kap. 6 § första stycket 2 LOU gäller inte lagen för kontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och tv-program samt upphandling av sändningstid.

En tydligare uppdelning av undantaget i två delar

I artikel 10 b i LOU-direktivet undantas från direktivets tillämpningsområde kontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för audiovisuella medietjänster eller radioutsändningar som tilldelas av leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster, eller kontrakt för sändningstid eller tillhandahållande av program som tilldelas leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster.

Genom formuleringen av undantaget i LOU-direktivet tydliggörs att den första delen av undantaget (kontrakt avseende programmaterial) avser kontrakt som leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster förvärvar, medan den andra delen av undantaget (kontrakt avseende sändningstid eller tillhandahållande av program) avser kontrakt som tilldelas sådana leverantörer. Lagbestämmelsen i den nya lagen om offentlig upphandling bör enligt regeringen utformas på samma sätt.

Den första delen av undantaget riktar in sig på situationen att en leverantör av medietjänster, som är en upphandlande myndighet, anskaffar programmaterial från leverantörer av sådant material. Sådana anskaffningar ska undantas från lagens tillämpningsområde. Den som levererar programmaterialet kan vara såväl en annan upphandlande myndighet som ett privaträttsligt företag, det är således inte avgörande för undantagets tillämpning. Den andra delen av undantaget riktar in sig på situationen att en upphandlande myndighet vänder sig till en leverantör av medietjänster och anskaffar sändningstid eller program. Sådana anskaffningar ska också undantas från lagens tillämpningsområde. Huruvida leverantören av medietjänsterna själv är en upphandlande myndighet eller ett privaträttsligt företag är inte avgörande för undantagets tillämpning.

Medietjänster som avses i radio- och tv-lagen

Artikel 10 b i LOU-direktivet hänvisar beträffande begreppen audiovisuella medietjänster och leverantörer av medietjänster till definitionerna i artikel 1.1 a respektive d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster,

Prop. 2015/16:195 förkortat AV-direktivet. Vidare anges att med program avses samma sak som i artikel 1.1 b i AV-direktivet, med tillägget att denna term också ska avse radioprogram och radioprogrammaterial. Med program avses samma sak som programmaterial.

Undantagsbestämmelsen i LOU-direktivet har alltså anpassats till AV-direktivets terminologi. I skäl 23 i LOU-direktivet anges att det bör klargöras att undantaget bör tillämpas på både radio- och tv-tjänster och beställtjänster (icke-linjära medietjänster).

I övrigt är skäl 23 identiskt med skäl 25 i 2004 års LOU-direktiv. I skältexten redovisas syftet med undantaget. Det anges att hänsyn bör kunna tas till kulturella eller sociala överväganden som gör att upphandlingsreglerna inte bör tillämpas. Vidare framgår att avsikten är att undantaget ska avse anskaffning, utveckling m.m. av programmaterial som är färdigt för användning ("off-the-shelf programmes" i engelska språkversionen) samt andra förberedande tjänster, t.ex. sådana tjänster som har samband med manuskript eller artistuppträdanden vilka behövs för att genomföra programmet. Den närmare innebörden av den valda lokutionen programmaterial färdigt för användning får sägas vara oklar. Det avgörande måste dock vara att undantaget ska gälla för alla kontrakt som avser förberedelser beträffande själva det materiella innehållet i olika program. När sådana kontrakt ska ingås görs nämligen sådana överväganden av kulturellt slag som gör att kontrakten inte lämpar sig för upphandling. Avslutningsvis framgår av skälet att avsikten inte är att undantaget ska tillämpas på tillhandahållandet av den tekniska utrustning som behövs för produktion, samproduktion och sändning av program.

AV-direktivet är ett s.k. minimidirektiv. Det innebär att direktivet lägger fast en lägsta nivå som medlemsstaterna ska uppfylla. Därutöver får en medlemsstat föreskriva mer långtgående eller strängare regler på de områden som regleras av direktivet under förutsättning att dessa regler överensstämmer med unionsrätten i övrigt. 2010 års direktiv är en konsoliderad version av de två direktiven 89/552/EEG och 2007/65/EG, vilka har genomförts delvis i svensk rätt genom radio- och tv-lagen (2010:696).

Radio- och tv-lagen omfattar, utöver vad som regleras i AV-direktivet, även s.k. sökbar text-tv och ljudradiosändningar. Att ljudradiosändningar omfattas av undantaget från upphandlingsskyldighet framgår redan av LOU-direktivet. Text-tv-sändningar faller in under yttrandefrihetsgrundlagens, YGL, definition av radioprogram (se 1 kap. 1 § tredje stycket YGL). Hänsynen till mediernas redaktionella frihet och oberoende gör sig här gällande. De kulturella och sociala överväganden som gör att upphandlingsreglerna inte bör tillämpas för radio- och tv-program är relevanta också för text-tv. Text-tv har kommit att bli en naturlig del av ett programutbud som i hög grad utnyttjas av tittarna. Text-tv fungerar både som ett självständigt massmedium och som ett komplement till andra programtjänster. I den sistnämnda funktionen kan text-tv vara ett sätt att förbättra tillgängligheten för hörselskadade eller ett annat sätt att tillhandahålla ytterligare material med anknytning till tv-programmen. Det torde inte vara möjligt att dra någon klar gräns mellan de olika funktionerna (se prop. 2009/10:115 s. 209). Med ledning av YGL kan sökbar text-tv omfattas av undantaget från upphandlingsskyldighet såsom radioprogram. Det betyder att samtliga

medietjänster som omfattas av radio- och tv-lagen omfattas av Prop. 2015/16:195 undantaget.

Regeringen anser att begreppet medietjänster bör användas i den paragraf som genomför undantaget i stället för audiovisuella medietjänster eller radiotjänster. Det bör vidare göras en hänvisning till radio- och tv-lagen när det gäller betydelsen av begreppet leverantör av medietjänster. Begreppet definieras där som den som har det redaktionella ansvaret för valet av innehåll i en ljudradio- eller tv-sändning, beställ-tv eller sökbar text-tv, och avgör hur innehållet struktureras (3 kap. 1 § 6). Genom hänvisningen avgränsas undantaget och vilka medietjänster som avses.

Med program avses i radio- och tv-lagen detsamma som i yttrandefrihetsgrundlagen (se prop. 1995/96:160 s.65 och prop. 2009/10:115 s.150). Det är enligt regeringen inte nödvändigt att definiera begreppen program eller programmaterial i den nya lagen.

Teknikutvecklingen på medieområdet har beaktats i LOU-direktivet genom att terminologin har anpassats till AV-direktivet. Det tas om hand i de nya upphandlingslagarna genom hänvisningar till radio- och tv-lagen. Frågan i vilken utsträckning undantaget är teknikoberoende rör således tillämpningsområdet för AV-direktivet och radio- och tv-lagen, och vilken innebörd som t.ex. begreppen medietjänst och programtjänst har inom den rättsliga ramen. Det är inte lämpligt att frångå ett direktivnära genomförande av undantaget i upphandlingsdirektiven och, som *Sveriges Television AB (SVT)* förordar, ge undantaget i lagarna en alternativ utformning. Däremot bör vissa språkliga justeringar ske med anledning av *Lagrådets* förslag.

Upphandling som avser sändningstid eller tillhandahållande av program

LUF innehåller inte någon undantagsbestämmelse på radio- och tv-området. I artikel 21 i) i LUF-direktivet finns ett nytt undantag för kontrakt för sändningstid eller tillhandahållande av program som tilldelas leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster. Undantaget motsvarar det senare ledet av undantaget i artikel 10 b i LOU-direktivet. I artikel 21 i) i LUF-direktivet hänvisas till AV-direktivet beträffande begreppet leverantörer av medietjänster.

Undantaget avser den situationen att en upphandlande enhet, inom ramen för sin försörjningsverksamhet, anskaffar sändningstid eller program från en leverantör av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster. En bestämmelse bör införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som genomför undantaget. På samma sätt som i den nya lagen om offentlig upphandling bör omfattningen avgränsas genom en hänvisning till radio- och tv-lagen när det gäller betydelsen av leverantör av medietjänster.

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för upphandling som avser skiljemanna- och förlikningsuppdrag.

De nya lagarna ska inte heller gälla för upphandling som avser vissa andra juridiska tjänster, t.ex. biträde av advokat i vissa rättsliga förfaranden.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock en delvis annan utformning av lagbestämmelsen om undantag för viss juridisk rådgivning.

Remissinstanserna: *Försäkringskassan*, *Arbetsmiljöverket* och *Sveriges advokatsamfund* tillstyrker att undantag ska göras i lagarna för vissa advokattjänster. *Konkurrensverket* anser dock av konkurrensskäl att detta undantag inte ska genomföras i de nya upphandlingslagarna. *Gotlands kommun* anser att undantaget innebär ett materiellt krav att en advokat faktiskt ska utföra tjänsten i fråga. Om regeringen inte instämmer i den bedömningen, anser kommunen att undantaget, med hänsyn till konkurrensintresset, bör utvidgas till att gälla flera utövare av juridiska tjänster än advokater. *Foyen Advokatfirma AB* anser att advokattjänster inriktade på rådgivning för att förebygga tvister också bör undantas.

Skälen för regeringens förslag

Juridiska tjänster är i dag en s.k. B-tjänst, dvs. de omfattas endast i begränsad omfattning av direktiven och regleras genom de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF. I de nya direktiven omfattas de juridiska tjänster som anges i bilaga XIV till LOU-direktivet respektive bilaga XVII till LUF-direktivet av det enklare systemet, dvs. bestämmelserna om sociala tjänster och andra särskilda tjänster. I bilagorna erinras om att tjänsterna omfattas av det enklare systemet i den mån de inte är undantagna enligt artikel 10 d i LOU-direktivet respektive artikel 21 d i LUF-direktivet. Till den del juridiska tjänster faller in under dessa undantag, som är nya i förhållande till 2004 års direktiv, är de alltså helt undantagna från direktivens tillämpningsområden.

Undantagen behandlas nedan uppdelade på de olika tjänsterna. Direktivens bestämmelser är i allt väsentligt överensstämmande och om inte annat framgår av sammanhanget utgår övervägandena från regleringen i LOU-direktivet.

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

I 1 kap. 6 § första stycket 3 LOU respektive 1 kap. 19 § första stycket 3 LUF anges att lagen inte gäller för kontrakt som avser skiljemanna- och förlikningsuppdrag. De nya direktiven innehåller motsvarande undantag (artikel 10 c i LOU-direktivet och artikel 21 b i LUF-direktivet). Bestämmelser som avser skiljemanna- och förlikningsuppdrag ska tas in i de nya lagarna.

Genom artikel 10 d i) i LOU-direktivet (motsvaras i LUF-direktivet av artikel 21 c i) undantas från direktivets tillämpningsområde kontrakt som avser en advokats företrädande av en klient vid vissa nationella eller internationella rättsliga förfaranden. De rättsliga förfaranden som avses är nationella och internationella skiljemanna- och förlikningsförfaranden samt rättsliga förfaranden inför nationella domstolar, tribunaler eller myndigheter eller inför internationella domstolar, tribunaler eller institutioner.

Beteckningen advokat har enligt artikelbestämmelsen den mening som avses i artikel 1 i rådets direktiv 77/249/EEG av den 22 mars 1977 om underlättande för advokater att effektivt begagna sig av friheten att tillhandahålla tjänster, i lydelsen efter rådets direktiv 2006/100/EG. I artikel 1.2 i direktiv 77/249/EEG anges för Sveriges del att med beteckningen avses varje person som har rätt att utöva sin yrkesmässiga verksamhet just under beteckningen advokat. Undantaget är alltså begränsat till att gälla tjänster som tillhandahålls av advokater.

Konkurrensverket anser att undantaget inte ska genomföras i upphandlingslagarna. Eftersom Sverige, till skillnad från många EU-stater, inte uppställer krav på advokattitel skulle ett sådant undantag innebära att advokatbyråer ges en konkurrensfördel i förhållande till andra företag som erbjuder juridisk rådgivning i de sammanhang som avses. Sveriges advokatsamfund anser dock att undantaget ska genomföras. Samfundet pekar bl.a. på att många advokatbyråer i Sverige bedriver verksamhet i samarbete med internationella advokatbyråer. Denna typ av advokatbyråer skulle gynnas framför svenska advokatbyråer som inte har sådant internationellt samarbete om undantaget inte genomförs i Sverige, men i andra medlemsstater.

Av skäl 25 i LOU-direktivet (skäl 33 i LUF-direktivet) framgår att ett motiv för undantaget är att tjänsteutövarna väljs ut på ett sätt som inte kan underkastas upphandlingsregler. EU-lagstiftaren har alltså tagit hänsyn till att uppdraget att företräda någon i rätten är särpräglat i den meningen att det är knutet till den person som utses, men har valt att begränsa undantaget till att gälla advokater. Det framgår av bestämmelserna i direktiv 77/249/EEG, som har införlivats i svensk rätt i huvudsak genom bestämmelser i 8 kap. rättegångsbalken, att advokater har en särskild ställning i EU-rätten.

Som Konkurrensverket framhåller råder det inte något advokattvång i Sverige. Utgångspunkten är dock att direktivens undantagsbestämmelser ska genomföras eftersom de direktivstyrda upphandlingsreglernas tillämpningsområde bör vara detsamma inom hela unionen. Regeringen anser vidare att de skäl som särskilt har motiverat undantaget i direktiven också motiverar att tjänsterna undantas i den svenska lagstiftningen. På det direktivstyrda området är det inte möjligt att undanta andra slags juridiska tjänster än sådana som uttryckligen undantas i direktiven, eftersom det skulle innebära ett felaktigt genomförande av direktiven. Det gäller både i fråga om vad tjänsterna får avse som vilken leverantör som kan vara kontraktspart. Frågan som *Gotlands kommun* tar upp, om det bör införas ett undantag på det icke direktivstyrda området för juridiska tjänster som tillhandahålls av andra än advokater, kräver

Prop. 2015/16:195 särskilda överväganden. Det saknas förutsättningar att inom ramen för det här lagstiftningsärendet närmare överväga en sådan ändring. Regeringen lämnar därför inte heller något sådant förslag.

En upphandlande myndighet är givetvis fri att kontraktera eller förordna den de önskar som ombud eller biträde, men för att undantaget ska vara tillämpligt krävs att kontraktet tecknas med en advokat. Regeringen bedömer emellertid inte att direktiven innefattar någon föreskrift om hur tjänsten faktiskt ska utföras. Upphandlingsdirektiven kan inte inskränka den kontraktstecknande advokatens möjlighet att genom t.ex. en substitutionsfullmakt sätta någon annan, som inte nödvändigtvis är advokat (t.ex. en biträdande jurist), i sitt ställe. Frågan om en advokat får delegera uppdrag att t.ex. företräda någon i domstol är en fråga för medlemsstaternas nationella rättsordningar. Den får avgöras med tillämpning av bestämmelserna i rättegångsbalken, eller motsvarande reglering för det rättsliga förfarandet i fråga, samt sedvanlig fullmaktslära.

Med tribunal förstås allmänt en domstol som har inrättats för ett speciellt ändamål. I svensk rätt används inte det begreppet. Det finns vissa domstolsliknande organ som funktionellt motsvarar tribunaler, t.ex. hyres- och arrendenämnder och Statens va-nämnd. Dessa faller dock in under begreppet myndighet. Begreppet tribunal bör därför inte användas i författningstexten utom såvitt avser internationella förfaranden. Att, som i direktiven, ange att undantagen gäller för förfaranden i en medlemsstat eller i ett tredjeland är vidare en onödig precisering eftersom det inte finns några andra stater. Härutöver bör lagtexten utformas i nära överensstämmelse med direktiven.

I artikel 10 d ii i LOU-direktivet (artikel 21 c ii i LUF-direktivet) undantas från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant rättsligt förfarande som avses i artikeln. Regeringen bedömer att de nya lagarna därmed inte heller bör gälla för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför sådana förfaranden. Enligt direktiven är undantaget tillämpligt inte bara inför ett konstaterat förfarande, utan även när det finns en ”påtaglig indikation om och en stor sannolikhet för att det ärende som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för sådana förfaranden”. Enligt promemorians föreslagna lagbestämmelse ska undantaget aktualiseras när det är hög sannolikhet för ett förfarande. Direktivens bestämning innebär dels att det ska finnas faktiska omständigheter som talar för ett förfarande, dels att dessa tillsammans med stor sannolikhet kan grunda bedömningen att det kommer att inledas ett förfarande. Regeringen instämmer i Konkurrensverkets synpunkt att detta bör framgå av lagtexten och att lagbestämmelsen bör ges en mer direktivnära utformning än enligt promemorians förslag men med de förslag till språkliga justeringar som *Lagrådet* föreslår.

Notarius publicus

I artikel 10 d iii i LOU-direktivet (artikel 21 c iii i LUF-direktivet) undantas från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser tjänster inom certifiering och autentisering av dokument som måste tillhandahållas av notaries. I Sverige finns notarius publicus, som är en

offentlig institution vars verksamhet går ut på att tillhandahålla allmänheten bl.a. officiella bevis om vissa faktiska förhållanden, t.ex. bestyrka namnunderskrifter, avskrifter, översättningar och andra uppgifter om innehållet i handlingar. Verksamheten utövas av enskilda uppdragstagare som förordnas av länsstyrelsen, se lagen (1981:1363) om notarius publicus och förordning (1982:327) om notarius publicus.

Undantaget avser situationen att en upphandlande myndighet eller enhet, på grund av lag eller annan föreskrift, måste använda sig av notarius publicus tjänster för certifiering av dokument eller äkthetsbevisning. Detta är vanligt i vissa medlemsstater. Regeringen bedömer att undantaget har begränsad betydelse i Sverige. Många gånger torde också värdet av det enskilda kontraktet vara så lågt, och det samlade anskaffningsbehovet så litet, att tjänsten hade kunnat direktupphandlas. En bestämmelse som genomför direktivens undantag bör emellertid enligt regeringens mening ändå tas in i lagarna.

Juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man

Artikel 10 d iv i LOU-direktivet (artikel 21 c iv i LUF-direktivet), första ledet, undantar från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridiska tjänster som tillhandahålls av förvaltare eller förmyndare. Här undantas kontrakt som tilldelas sådana uppdragstagare på det familjerättsliga området vars tjänster visserligen kan sägas vara juridiskt betingade, men vars uppdrag är att bistå eller företräda en enskild person på grund av hans eller hennes personliga eller ekonomiska förhållanden. Som *Lagrådet* har framhållit begränsar sig artikeln inte enbart till det familjerättsliga området. Även uppdragstagare på det förmögenhetsrättsliga området exempelvis gode män som utses enligt lagen (1904:48) om samäganderätt och andra förordnanden, t.ex. enligt lagen (2005:429) om god man för ensamkommande barn omfattas också av bestämmelsen. En sådan uppdragstagare måste inte enligt artikelns ordalydelse vara utsedd av domstol. Familjerättsliga ställföreträdare utses i Sverige i många fall av överförmyndarnämnden även om de också kan utses av domstol. En bestämmelse om detta ska tas in i lagarna. Utöver förvaltare och förmyndare, som anges i direktivtexten, bör det i svensk rätt reglerade institutet god man anges i lagtexten.

Juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller utför uppdraget under överinseende av domstol

Artikel 10 d iv i LOU-direktivet (artikel 21 c iv i LUF-direktivet), andra ledet, undantar från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridiska tjänster vars leverantörer är utsedda av en domstol eller tribunal i medlemsstaten i fråga eller enligt lag är utsedda att utföra särskilda uppgifter under överinseende av sådana tribunaler eller domstolar. I skäl 25 i LOU-direktivet (skäl 33 i LUF-direktivet) anges följande.

Ett visst antal juridiska tjänster utförs av tjänsteleverantörer som utses av en medlemsstats domstol eller tribunal, innefattar advokaters företrädande av klienter i rätten, måste tillhandahållas av notarier eller är förenade med utövandet av offentlig makt. Sådana juridiska tjänster brukar tillhandahållas av organ eller fysiska personer som utses eller

väljs på ett sätt som inte kan underkastas upphandlingsregler, exempelvis utnämningen av åklagare i vissa medlemsstater. Dessa juridiska tjänster bör följaktligen undantas från detta direktivs tillämpningsområde.

Undantaget tar alltså sikte på domstolens eller tribunalens själva beslut att utse någon och de tjänster som den personen därefter utför åt upphandlande myndigheter eller enheter inom ramen för sitt förordnande. En förutsättning för att upphandlingsskyldighet ska uppkomma i ett enskilt fall är att myndigheten kan anses anskaffa en prestation mot vederlag. Myndigheten ska välja ut den leverantör som utför tjänsten, vilket utesluter ren auktorisation eller tillståndsgivning.

När en svensk domstol förordnar någon att utföra ett juridiskt uppdrag är det många gånger huvudsakligen andra än domstolen som har intresse av att utnämningen sker och som använder sig av personens tjänster. Så kan sägas vara fallet i fråga om konkursförvaltare enligt konkurslagen (1987:672). I vissa fall får den förordnande och/eller andra myndigheter nytta av den utsedda personens tjänster. När en domstol förordnar t.ex. ett offentligt biträde för någon i ett mål hos domstolen kan såväl domstolen som den enskilda parten sägas dra nytta av tjänsten. När det gäller vederlag ersätts den förordnade personen ibland av allmänna medel, vilket kan ske genom domstolens försorg men i vissa fall genom beslut av någon annan myndighet. I andra fall får den förordnade personen ersättning av den enskilde helt eller delvis. Avgörande för vem som betalar i ett specifikt fall kan t.ex. vara vilken ekonomisk förmåga den enskilde har. När det gäller valet av vem som ska förordnas görs detta i vissa fall på förslag av den enskilde eller av någon annan myndighet. I andra fall är inslaget av fritt skön för den förordnande domstolen större. Förhållandena varierar alltså stort, i flera avseenden, beroende dels på hur de regelverk som domstolen tillämpar vid förordnandena är utformade, dels på omständigheterna i de enskilda fallen.

Exemplifieringen visar att det är svårt att avgöra om upphandlingsskyldighet uppkommer när en domstol utser någon att utföra en juridisk tjänst, både på ett generellt plan och från fall till fall. Den yttersta uttolkaren av regelverket är EU-domstolen. Det är också sannolikt att medlemsstaternas nationella bestämmelser uppvisar skillnader t.ex. när det gäller vilken grad av inblandning en domstol har efter att den har utsett någon att utföra ett visst uppdrag. En ändamålsenlig tolkning är därför att undantaget avser att träffa alla förordnanden som en domstol eller tribunal gör, när uppdraget är av juridisk natur, oavsett om upphandlingsskyldighet hade kunnat anses uppkomma i det enskilda fallet eller inte. Det bärande skälet bakom undantaget är att valet av vem som ska tillhandahålla tjänsten styrs av överväganden som gör att tjänsten inte lämpar sig för konkurrensutsättning.

En förutsättning för att undantag från tillämpningsområdet ska bli aktuellt är emellertid att kontraktet avser tjänster som är juridiska. Det innebär att tjänster som inte är av juridisk karaktär utan avser annan service – t.ex. tolktjänster – inte kan anses vara omfattade av undantaget.

Regeringen anser att direktivens bestämmelser om undantag för juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller tribunal bör genomföras i de nya lagarna. Eftersom begreppet tribunal inte används i svensk rätt, och detta undantag bara avser nationella förhållanden, bör endast domstol anges i författningstexten. Det finns vissa svenska domstolsliknande organ som faller in under begreppet tribunal utan att vara domstolar, t.ex. hyres- och arrendenämnder och Statens va-nämnd. Sådana organ kan alltså tillämpa undantaget men enligt regeringens bedömning är det inte nödvändigt att det kommer till särskilt uttryck i lagarna. De får i detta sammanhang jämföras med domstol.

Direktiven gör också undantag från tillämpningsområdet för kontrakt som avser juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som enligt lag har att fullgöra vissa uppgifter under överinseende av domstol. Regeringen bedömer att det undantaget är anpassat främst efter förhållandena i andra medlemsstater och att det får en begränsad betydelse i Sverige. Även denna del av undantaget bör dock tas in i de nya lagarna.

Juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning

Artikel 10 d v i LOU-direktivet (artikel 21 c v i LUF-direktivet) undantar från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridiska tjänster som i medlemsstaten i fråga är förenade, om än endast tillfälligt, med utövandet av offentlig makt. Undantaget anknuter till artikel 51 i EUF-fördraget. Den artikeln stadgar undantag från fördragets bestämmelser om etableringsfrihet för verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

En bestämmelse som genomför undantaget ska tas in i de nya lagarna. Bestämmelsen bör lämpligen utformas efter mönster av 1 kap. 2 § första stycket 8 lagen (2009:1079) om tjänster på den inre marknaden. I stället för utövandet av offentlig makt bör därmed begreppet offentlig maktutövning användas.

8.8.4 Vissa finansiella tjänster

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för upphandling som avser vissa finansiella tjänster.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock inte någon bestämmelse i den nya lagen om offentlig upphandling om att lagen inte gäller för kontrakt som avser verksamhet som rör förvaltning av statsskulden.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar frågan, *Riksgäldskontoret*, anser att det är positivt att begreppet finansiella instrument får samma innebörd som i övrig lagstiftning och att lån undantas från tillämpningen. Riksgäldskontoret anser emellertid att all verksamhet som rör förvaltning av statsskulden

Skälen för regeringens förslag

I artikel 10 e i LOU-direktivet undantas från direktivets tillämpningsområde kontrakt som avser finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG. Vidare undantas kontrakt som avser centralbankstjänster och insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen. I artikel 21 d i LUF-direktivet finns en bestämmelse med motsvarande undantag. Eftersom en centralbank inte kan vara en upphandlande enhet görs i detta direktiv inte något undantag för centralbankstjänster. I följande punkt, artikel 10 f i LOU-direktivet (artikel 21 e i LUF-direktivet), görs undantag för kontrakt som avser lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument. De två punkterna i direktiven motsvaras av regleringen i artikel 16 d i 2004 års LOU-direktiv och artikel 24 c i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts i 1 kap. 6 § första stycket 4 och 7 i nuvarande LOU respektive 1 kap. 19 § första stycket 3 i nuvarande LUF. Bestämmelser som motsvarar artiklarna 10 e och 10 f i LOU-direktivet samt artiklarna 21 d och 21 e i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarna.

Begreppet finansiella instrument

När det gäller definitionen av begreppet finansiella instrument i artikel 10 e i LOU-direktivet (artikel 21 d i LUF-direktivet) hänvisas i direktiven till direktiv 2004/39/EG, vilket får ses som ett klagörande. Direktiv 2004/39/EG har i svensk rätt genomförts i huvudsak genom lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Finansiella instrument definieras i 1 kap. 4 § första stycket 1 nämnda lag. De nya lagarna bör hänvisa till den definitionen.

Statsskuldsförvaltning

I 2004 års LOU-direktiv anges inte uttryckligen att kontrakt som avser verksamhet som rör förvaltning av statsskulden är undantagen från direktivets tillämpning. Statsskuldsförvaltning angavs dock som en undantagen verksamhet i skälen till det numera upphävda tjänstedirektivet 92/50/EEG, och så även i skäl 27 i 2004 års LOU-direktiv. I 1 kap. 6 § första stycket 7 LOU anges att verksamhet som rör förvaltning av statsskulden är undantagen vilket följer utformningen av motsvarande bestämmelse i 1992 års LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 291).

I LOU-direktivet anges inte heller statsskuldsförvaltning uttryckligen som en undantagen verksamhet. Att sådan verksamhet är undantagen

från direktivets tillämpningsområde får i och för sig anses framgå av undantagen för finansiella tjänster och för lån. *Riksgäldskontoret* anför att finansiella instrument, såsom derivat, inte klassas som finansiell tjänst eller lån. Att kontrakt som avser finansiella tjänster i samband med handel med finansiella instrument är undantagna från direktivets tillämpningsområde får dock förstås på det sättet att finansiella tjänster som är nödvändiga för att den upphandlande myndigheten ska kunna bedriva handel med sådana instrument, t.ex. derivatinstrument, är undantagna. Även om det inte, som i 2004 års direktiv, anges i LOU-direktivets skältexter att verksamhet som avser statsskuldsförvaltning är undantagen är det enligt regeringens mening helt klart att direktivet inte är avsett att ändra rättsläget i det avseendet. För att klargöra att rättsläget är oförändrat anser dock regeringen, i likhet med Riksgäldskontoret, att även den nya lagen om offentlig upphandling bör innehålla ett uttryckligt undantag för kontrakt som avser verksamhet som rör statsskuldsförvaltning. Undantag ska, enligt etablerad praxis från EU-domstolen, tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som ska kunna visa att det finns förutsättningar för undantag.

Lån

I artikel 16 c i 2004 års LOU-direktiv och artikel 24 c i 2004 års LUF-direktiv undantas från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser transaktioner för att förse de upphandlande myndigheterna med pengar eller kapital. Det bedömdes inte nödvändigt att särskilt ange i lagarna att lån inte behöver upphandlas (prop. 2006/07:128 del 1 s. 291). I artikel 10 f i LOU-direktivet (artikel 21 e i LUF-direktivet) görs nu undantag för kontrakt som avser lån. Regeringen bedömer att undantaget, sådant det nu har utformats, är tydligt uttryckt och att det ligger ett värde från tillämpningssynpunkt i att det i likhet med direktiven uttryckligen anges i de nya lagarna att kontrakt som avser lån är undantagna. Det tillägg som föreslås i lagarna görs alltså av tydlighetsskäl och syftar inte till att markera någon ändring av rättsläget.

8.8.5 Anställningskontrakt

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för kontrakt som avser anställning.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 10 g i LOU-direktivet respektive artikel 21 f i LUF-direktivet undantar från direktivens tillämpningsområde kontrakt som avser anställningar. Undantaget motsvarar nuvarande reglering, se 1 kap. 6 § första stycket 5 i nuvarande LOU och 1 kap. 19 § första stycket 4 i nuvarande LUF, och bör enligt regeringens mening tas in i de nya lagarna.

Regeringens förslag: De nya lagarna ska inte gälla för upphandling av vissa tjänster inom områdena civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara om tjänsterna tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och omfattas av vissa s.k. CPV-koder.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag innebär dock inte en anpassning av terminologin efter begrepp som används i lagen (2003:778) om skydd mot olyckor, förkortad LSO, och lagen (1992:1403) om totalförsvar och höjd beredskap.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans invänder mot förslaget men några framför önskemål om att det ska förtydligas. *Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB)* är positiv till förslaget men vill peka på att det är otydligt vilken omfattning undantaget har, bl.a. mot bakgrund av den definition av räddningstjänst som finns i LSO och eftersom det finns närliggande tjänster som omfattas av andra CPV-koder än de som särskilt har pekats ut i undantaget. Det framgår enligt MSB inte av lagförslaget vad de angivna CPV-koderna omfattar, hur de skiljer sig från varandra och från närliggande CPV-koder. *Stockholms läns landsting, Västra Götalands läns landsting, Jönköpings läns landsting* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att undantaget för ambulanstjänster bör förtydligas.

Skälen för regeringens förslag

Vilka tjänster omfattas av undantaget?

I bilaga XIV till LOU-direktivet respektive bilaga XVII till LUF-direktivet listas tjänster som omfattas av det s.k. enklare systemet, dvs. direktivens bestämmelser om sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Bland dessa återfinns tjänster som omfattas av CPV-koderna 75231210-9 till 75231230-5, 75240000-0 till 75252000-7, 794300000-7, 98113100-9, kategoriserade som fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster (se om CPV-koder avsnitt 10.7). I bilagorna erinras om att de tjänsterna omfattas av det enklare systemet i den mån de inte är undantagna enligt artikel 10 h i LOU-direktivet respektive artikel 21 h i LUF-direktivet.

Artikel 10 h i LOU-direktivet (artikel 21 h i LUF-direktivet) innehåller nya undantag för kontrakt som avser civilförsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara som tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och som omfattas av följande CPV-koder:

- 75250000-3 (brandkårs- och räddningstjänster)
- 75251000-0 (brandkårstjänster)
- 75251100-1 (brandsläckning)
- 75251110-4 (brandskyddstjänster)
- 75251120-7 (bekämpning av skogsbränder)

- 75252000-7 (räddningstjänster)
- 75222000-8 (civilförsvartjänster)
- 98113100-9 (nukleära säkerhetstjänster)
- 85143000-3 (ambulanstjänster) utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Skäl 28 i LOU-direktivet och skäl 36 i LUF-direktivet har följande lydelse.

Detta direktiv bör inte tillämpas på vissa räddningstjänster när de utförs av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar, eftersom det skulle vara svårt att bibehålla dessa organisationers särskilda karaktär om tjänsteleverantörerna måste väljas ut i enlighet med de förfaranden som anges i detta direktiv. Detta undantag bör dock inte sträcka sig utöver vad som är absolut nödvändigt. Det bör därför uttryckligen anges att ambulanstjänster för transport av patienter inte bör undantas. I detta sammanhang är det dessutom nödvändigt att klargöra att CPV-grupp 601 ”landtransport” inte omfattar ambulanstjänster, som faller under CPV-undergrupp 8514. Det bör därför klargöras att tjänster som omfattas av CPV-kod 85143000-3 som uteslutande består av ambulanstjänster för transport av patienter bör omfattas av det särskilda systemet som gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster (nedan kallat det enklare systemet). Detta innebär att också blandade kontrakt för tillhandahållande av allmänna ambulanstjänster omfattas av det enklare systemet om värdet av ambulanstjänster för transport av patienter är större än värdet av andra ambulanstjänster.

Undantaget för ambulanstjänster

Artikel 10 h i LOU-direktivet (artikel 21 h i LUF-direktivet) undantar från direktivets tillämpningsområde bl.a. tjänster som omfattas av CPV-kod 85143000-3, ambulanstjänster, utom ambulanstjänster för transport av patienter. Som skäl 28 i båda direktiven får förstås ska tjänsten om transportinslaget i tjänsten är det värdemässigt dominerande betraktas som en ambulanstjänst som ska upphandlas i enlighet med reglerna för det enklare systemet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster, men om det medicinska inslaget är större får kontraktet undantas. Transportinslaget gör, enligt skältexten, inte att tjänsten omfattas av CPV-grupp 601 (landtransport). Tjänster som omfattas av den CPV-gruppen omfattas fullt ut av direktivens regler. Ett nyligen meddelat avgörande från EU-domstolen (dom Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440) rörde sjuktransporttjänster och äldre upphandlingsdirektiv. EU-domstolen utgick här från att transportinslaget utgjorde en A-tjänst, dvs. en tjänst som omfattas av direktivens fulla regelverk. Det kan därför inte anses vara helt klart om transportinslaget i en sjuktransporttjänst, som utförs av ambulanser, ska betraktas som en transporttjänst som omfattas av direktivens fulla regelverk eller en ambulanstjänst som omfattas av det enklare systemet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Regeringen konstaterar emellertid att transportinslag i en sjuktransporttjänst inte omfattas av undantaget i artikel 10 h i LOU-direktivet (artikel 21 h i LUF-direktivet). I skäl 28 i LOU-direktivet (skäl 36 i LUF-direktivet) sägs att undantaget

Prop. 2015/16:195 inte bör sträcka sig utöver vad som är absolut nödvändigt varför ambulanstjänster för transport av patienter inte omfattas.

Avsikten synes vara att undantaget inte ska omfatta sådana kontrakt som avser transporttjänster där det saknas ett medicinskt syfte med transporten, utan där transporten i sig är det huvudsakliga syftet med tjänsten. En tjänst av sådant slag skulle exempelvis kunna avse ambulanstransporter av funktionshindrade patienter till sjukhus för dialysbehandling. Undantaget avser därmed att träffa sådana ambulanstransporter där det finns ett medicinskt syfte med transporten i sig och där t.ex. en medicinsk bedömning och behandling vid behov kan påbörjas redan under transporten. Ett exempel kan vara ambulanstransporter av patienter som på grund av sitt hälsotillstånd akut behöver transport till t.ex. sjukhus för fortsatt vård. Om detta slag av tjänst värdemässigt dominerar kontraktet kan undantaget alltså aktualiseras. Frågan om undantagets omfattning får emellertid ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Kontraktet ska tilldelas icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar

En förutsättning för att upphandling som avser de aktuella tjänsterna ska undantas från upphandlingsskyldighet är att kontraktet tilldelas icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar. Av skäl 28 i LOU-direktivet och skäl 36 i LUF-direktivet framgår att just denna karaktär hos de berörda organisationerna är det viktigaste skälet för att tjänsterna undantas. Det skulle enligt skältexten vara svårt att bibehålla organisationernas särskilda karaktär om tjänsteleverantörerna måste väljas ut i ett upphandlingsförfarande. Det sägs inte något ytterligare, vare sig i artikeln eller i skältexterna, om vilka organisationer eller sammanslutningar som avses och hur termen icke vinstdrivande ska tolkas i detta sammanhang. Se dock ovan nämnda dom i mål C-113/13, särskilt p. 61 och 62.

Hur bör undantagen genomföras och vad innebär de i praktiken?

I 1 kap. 2 § lagen LSO finns en definition av räddningstjänst. I lagen (1992:1403) om totalförsvaret och höjd beredskap används begreppet civilt försvar, vilket inte är synonymt med begreppet civilförsvaret.

Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB) anför bl.a. att det är problematiskt att tolka begreppet räddningstjänst i direktivens undantagsbestämmelser i förhållande till bestämmelserna i LSO. I CPV-förordningen (2195/2002) finns andra CPV-koder som är närliggande till de CPV-koder som anges i direktiven men som inte räknas upp i undantagen. Dessa närliggande CPV-koder omfattar tjänster som i svensk rätt utgör räddningstjänst. MSB anger som exempel CPV-koderna 797114100-3 (eftersökning), 79714110-6 (uppspårning av försvunna) och 60443000-6 (flyg- och sjöräddning). MSB anser därför att det bör förtydligas hur begreppet räddningstjänst i upphandlingsdirektiven ska tolkas. Det framgår inte heller av den lagbestämmelse som föreslås i promemorian vad de angivna CPV-koderna omfattar, hur de skiljer sig åt från varandra och från andra närliggande CPV-koder som inte omfattas av undantaget. T.ex. omfattas bekämpning av skogsbränder (CPV-kod

75251120-7) av undantaget, medan bekämpning av skogsbränder från luften (CPV-kod 60442000-8) inte gör det. Otydligheten kring vilka kontrakt som omfattas av de nio CPV-koderna som räknas upp i de föreslagna lagbestämmelserna gör enligt MSB undantaget mycket svårt att tillämpa.

Det är endast sådana tjänster som motsvaras av de CPV-koder som anges i artiklarna som får undantas från upphandling. Sådana tjänster som motsvaras av närliggande CPV-koder får inte undantas, även om de tjänsterna i och för sig faller in under definitionen av räddningstjänst i LSO. Sådana tjänster är upphandlingspliktiga. Eftersom direktiven utgår från CPV-nomenklaturen för att ange de undantagna tjänsterna bör också motsvarande lagbestämmelser göra det. Regeringen bedömer att det är vare sig möjligt eller lämpligt att utgå från något annat i den nationella lagstiftningen eftersom det riskerar innebära ett felaktigt genomförande av direktiven. Dock bör, som MSB föreslår, begreppet civilt försvar kunna användas i lagbestämmelserna i stället för direktivens begrepp civilförsvar. Lagbestämmelsen om undantaget kan även i övrigt, i tydliggörande syfte, utformas enligt det förslag som MSB lämnar.

Regeringen instämmer i MSB:s synpunkt att undantagen ter sig svårtillämpade. Det kan t.ex. vara svårt för upphandlande myndigheter och enheter att avgöra om ett kontrakt enbart avser sådana tjänster som omfattas av undantagsbestämmelsen eller om det också avser sådana närliggande tjänster som inte är undantagna och därmed upphandlingspliktiga. Det kan även förutses svårigheter att avgöra vad som avses med kravet att kontraktet ska tilldelas icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar. Viss vägledning ges här i domen i ovan nämnda mål C-113/13. Den upphandlande myndigheten eller enheten har dock möjlighet att, i tveksamma fall, konkurrensutsätta kontraktet genom upphandling. Allmänt gäller att undantag ska tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten eller enheten som ska kunna visa att förutsättningarna för undantag är uppfyllda. Det är inte möjligt att inom ramen för detta lagstiftningsarbete ge närmare vägledning om vilka tjänster som omfattas av CPV-koderna. Det får utvecklas i tillämpningen.

Kommissionen har enligt artikel 23.2 i LOU-direktivet respektive artikel 41.2 i LUF-direktivet befogenhet att anpassa de CPV-koder som anges i respektive direktiv när ändringar av CPV-nomenklaturen ska införas i direktivet och de inte medför en ändring av direktivets tillämpningsområde. Det rör sig om rena konsekvensändringar. Om CPV-koderna anges i lagarna medför det en risk för att lagstiftningen tidvis skulle kunna bli inaktuell, om koderna i direktiven ändras till följd av ändringar av CPV-nomenklaturen. Av det skälet bör de aktuella tjänsterna återges med sin benämning men utan några direkt angivna koder. Koderna bör i stället tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling (se vidare avsnitt 10.7).

Regeringens förslag: Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för upphandling som avser politiska kampanjer och som omfattas av vissa CPV-koder på området, när de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans kommenterar förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 10 j i LOU-direktivet undantar kontrakt som avser tjänster som avser politiska kampanjer och som omfattas av CPV-koderna 79341400-0, 92111230-3 och 92111240-6, när de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj (se om CPV-koder avsnitt 10.7).

I skäl 29 erinras om att direktiven endast gäller för medlemsstaternas upphandlande myndigheter. Följaktligen omfattas politiska partier i allmänhet inte av direktivets bestämmelser, eftersom de inte är upphandlande myndigheter. Politiska partier i vissa medlemsstater kan emellertid omfattas av begreppet offentligrättsliga organ.

Svenska politiska partier är privata rättssubjekt och inte offentlig-rättsliga organ. Undantaget får därför ingen praktisk betydelse för svenska förhållanden. Regeringens utgångspunkt är dock att direktivens undantagsbestämmelser bör genomföras eftersom tillämpningsområdet bör vara samma inom hela unionen. Regeringen konstaterar att det inte kan uteslutas att det i något fall kan vara en fördel om undantaget finns i svensk rätt och det bör därför genomföras i lagen.

8.9 Bestämmelser om undantag utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om undantag i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans kommenterar förslaget särskilt.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om undantag i LOU och LUF är tillämpliga även vid upphandlingar enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i lagarna. I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna är de direktivstyrda undantagen i huvudsak oförändrade. Till den del undantag har tillkommit eller utökats bör det få genomslag även för upphandlingar utanför direktivens område. Samtliga föreslagna bestämmelser som gäller undantag i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i de föreslagna lagarna.

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla undantag från tillämpningsområdet som motsvarar de undantag som finns i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Lagen ska även innehålla vissa undantag från tillämpningsområdet som är specifika för den lagen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig i frågan lämnar i huvudsak motsvarande synpunkter som beträffande undantagen i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. *Domstolsverket* ställer sig frågande till hur bestämmelserna om undantag i lagen om upphandling av koncessioner förhåller sig till motsvarande bestämmelser i de andra två lagarna, bl.a. avseende det s.k. hyresundantaget. Om avsikten är att bestämmelserna i lagen om upphandling av koncessioner ska ha samma innebörd bör detta enligt *Domstolsverket* kunna lösas genom en hänvisning till relevant bestämmelse i någon av de andra två lagarna. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* framhåller att den ersättningsform som används vid tjänstekoncessioner sannolikt inte är förenlig med Sveriges advokatsamfunds bestämmelser, varför det troligtvis aldrig blir aktuellt att upphandla advokattjänster med den avtalsformen. Det kan därför vara lämpligt att inte införa något undantag.

Skälen för regeringens förslag

Undantag som har motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Genomförandet av bestämmelserna i artikel 17 i LUK-direktivet om koncessioner mellan enheter i den offentliga sektorn behandlas ovan i avsnitt 8.7.

I den utsträckning LUK-direktivet föreskriver undantag från tillämpningsområdet som motsvarar undantag i LOU-direktivet eller LUF-direktivet, bör enligt regeringen undantag föreskrivas i lagen om upphandling av koncessioner på samma sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. I den utsträckning promemorians föreslagna bestämmelser i de sistnämnda lagarna har redigerats föreslås motsvarande redigeringar i lagen om upphandling av koncessioner.

Undantagen är avsedda att träffa samma situationer som motsvarande undantag i de andra två lagarna, dock med den skillnaden att avtalsformen är en koncession. Skillnaden gör, enligt regeringens bedömning, att LUK-direktivets bestämmelser inte bör genomföras genom hänvisningar i lagen om upphandling av koncessioner till de andra två lagarna, som *Domstolsverket* föreslår, utan genom bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner. I vad mån det

Prop. 2015/16:195 finns utrymme att exempelvis förvärva fastigheter genom avtalsformen koncession och därmed åberopa undantaget i lagen om upphandling av koncessioner får utvecklas i rättstillämpningen. Även frågan som *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* tar upp, om det i praktiken är möjligt att anskaffa advokattjänster genom avtalsformen tjänstekoncession, får enligt regeringens mening ytterst avgöras i tillämpningen. Att så kan vara fallet, av de skäl som fakultetsnämnden anför, bör dock inte få till konsekvens att undantaget för vissa advokattjänster inte genomförs i lagen om upphandling av koncessioner.

Ensamrätt

I artikel 10.1 första stycket i LUK-direktivet anges att direktivet inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner som på grund av en ensamrätt tilldelas en upphandlande myndighet eller upphandlande enheter som avses i artikel 7.1 a. Artikel 11 i LOU-direktivet och artikel 22 i LUF-direktivet, vilka genomförs genom 3 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling respektive 3 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

I LUK-direktivet föreskrivs emellertid i artikel 10.1 andra stycket även att undantag från tillämpningsområdet gäller när tjänstekoncessioner tilldelas en leverantör på grundval av en ensamrätt som har beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som avses i bilaga II. I skäl 33 i direktivet framhålls att när en tjänstekoncession tilldelas ekonomiska aktörer på grundval av en ensamrätt som aktören åtnjuter enligt nationella lagar och andra offentliggjorda författningar och som beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på sådana verksamheter som avses i bilaga II, är det inte möjligt att tillämpa ett konkurrensutsatt förfarande för tilldelningen. Därför, sägs det i skältexten, saknas det skäl att tilldela sådana koncessioner enligt bestämmelserna i direktivet. Dock ska, enligt artikel 10.2, bestämmelserna om meddelande om koncessionstilldelning i artikel 32 tillämpas när en koncession tilldelas en leverantör på grund av en ensamrätt om det inte i unionens sektorslagstiftning som avses i artikel 10.1 andra stycket föreskrivs sektorsspecifika regler för öppenhet och insyn.

För att direktivet inte ska vara tillämpligt när en koncession tilldelas en leverantör på grund av en ensamrätt krävs alltså att ensamrätten har beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde och att ensamrätten eller den särskilda rättigheten har beviljats för verksamheter i någon av de försörjningssektorer som omfattas av direktivet. Som exempel på en rättsakt som möjliggör att en sådan rättighet beviljas kan nämnas Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG genom vilken medlemsstater kan bevilja ensamrätt eller särskild rättighet för driften av eldistributionsnät. Ett annat exempel är Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för

naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG. Tjänstekoncessioner för drift av sådana nätverk kan alltså tilldelas en leverantör utan tillämpning av direktivet om leverantören redan tidigare har beviljats en ensamrätt eller särskild rättighet att bedriva sådan verksamhet som tjänsten avser. Om det inte finns särskilda regler om offentliggörande av tilldelningsbeslut avseende en sådan koncession i den lagstiftning som gäller för sektorn i fråga, ska reglerna om annonsering i LUK-direktivet tillämpas. Vidare ska kommissionen enligt artikel 32 underrättas när en leverantör beviljas en ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter i försörjningssektorerna som omfattas av direktivet. Någon sanktion finns inte kopplad till bestämmelsen att kommissionen ska underrättas. Bestämmelserna bör med vissa språkliga justeringar införas i LUK.

Försvars- och säkerhetsområdet

I artikel 10.5 och 10.6 i LUK-direktivet anges att detta inte ska tillämpas på tilldelning av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet i vissa fall. De undantagna situationerna motsvarar i princip de undantag avseende upphandlingar av varor, tjänster och byggtreprenader inom försvars- och säkerhetsområdet som är undantagna från tillämpningsområdet i LUFSDirektivet. Bestämmelser om undantag finns i artikel 12 och 13 i LUFSDirektivet.

De föreskrivna undantagen i LUK-direktivet avviker därigenom från LOU-direktivet och LUF-direktivet i vilka föreskrivs undantag för upphandlingar eller projektävlingar på försvars- och säkerhetsområdet som omfattas av LUFSDirektivets tillämpningsområde eller som ska undantas med stöd av det direktivet. Avvikelsen beror på att LUFSDirektivet inte är tillämpligt vid tilldelning av koncessioner. Vid upphandling av koncessioner inom försvars- och säkerhetsområdet ska LUK-direktivet gälla utom i de fall som särskilt undantagits i artikel 10.5 och 10.6 eller om upphandlingen av något annat skäl är undantagen från LUK-direktivets tillämpningsområde. I de fall upphandlingen inte bara rör koncessioner utan utgör ett blandat kontrakt gäller dock särskilda regler (se avsnitt 7.2).

I artikel 10.5 i LUK-direktivet föreskrivs på motsvarande sätt som i artikel 12 i LUFSDirektivet att direktivet inte är tillämpligt på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet som regleras av särskilda förfaranderegler. Artikeln i LUFSDirektivet har genomförts genom 1 kap. 8 § LUFSD. Delvis liknande bestämmelser finns i LOU- och LUF-direktiven (se avsnitt 8.5). Vidare anges i artikel 10.6 i LUK-direktivet vissa särskilda undantag vilka även är undantagna i LUFSDirektivet i enlighet med artikel 13 i det direktivet, vilken har genomförts genom 1 kap. 10 § LUFSD. Regeringen anser att bestämmelserna i lagen om upphandling av koncessioner i relevanta delar bör utformas på samma sätt som angivna bestämmelser i LUFSD.

Beträffande artikel 10.6 a i LUK-direktivet bör dock anmärkas att bestämmelsen innehåller två delar. Den första delen motsvarar artikel 13 a i LUFSDirektivet, artikel 15.2 andra stycket sista meningen i LOU-direktivet och artikel 24.2 andra stycket sista meningen i LUF-

Prop. 2015/16:195 direktivet. Den andra delen motsvarar artikel 15.3 i LOU-direktivet och artikel 24.3 i LUF-direktivet.

Första delen avser undantag i situationer där tilldelning enligt LUK-direktivet skulle innebära en skyldighet för medlemsstaten att tillhandahålla information vars avslöjande den anser strida mot statens väsentliga säkerhetsintressen. Regeringen bedömer att bestämmelsen i lagen om upphandling av koncessioner bör genomföras på samma sätt som i 1 kap. 10 § första stycket 1 LUF. Andra delen avser undantag för upphandling eller fullgörande av en koncession som omfattas av sekretess eller måste åtföljas av särskilda säkerhetsåtgärder i vissa fall. Det undantaget bör genomföras i LUK på samma sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna (se avsnitt 8.2).

Lufttransporttjänster

Av artikel 10.3 i LUK-direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på tjänstekoncessioner för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av en sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen. Den förordningen innehåller särskilda regler om utfärdande av tillstånd för EG-lufttrafikföretag, deras rätt att utöva lufttrafik inom gemenskapen och prissättning av trafiken. Rätten att utöva sådan trafik ska erbjudas genom anbudsförfarande enligt det direktivet. Undantaget i LUK-direktivet kan antas ha tillkommit för att klargöra vilka regler som ska tillämpas. Regeringen föreslår att undantaget genomförs i lagen.

Vatten

Av artikel 12 i LUK-direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på koncessioner för tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten tjänster i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten samt för leverans av dricksvatten till sådana nät. Enligt samma artikel är direktivet inte heller tillämpligt på vissa verksamheter som har anknytning till sådant tillhandahållande, sådan drift eller leverans. Det rör sig bl.a. om vattenbyggnadsprojekt samt om bortscaffande och rening av avloppsvatten. I den här delen föreligger en skillnad jämfört med LUF-direktivet som är tillämpligt på kontrakt avseende sådan verksamhet. Skälet till att koncessioner inom vattensektorn är undantagna från direktivets tillämpningsområde är enligt motiven till direktivet (skäl 40) att sådana koncessioner ofta omfattas av specifika och komplicerade arrangemang som kräver särskilda hänsynstaganden. Regeringen föreslår att undantaget genomförs i lagen.

Lotteritjänster

I artikel 10.9 i direktivet anges att direktivet inte är tillämpligt på lotteritjänster som omfattas av CPV-kod 92351100-7. Att tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster ska vara undantagna tillämpningsområdet motiveras av att det ansetts nödvändigt att bevara medlemsstaternas möjlighet att reglera spelsektorn på nationell nivå på

8.11 Upphandlingsdirektivens undantag för kollektivtrafik

Regeringens bedömning: Undantagen i LOU- och LUF-direktiven för tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana bör inte nu genomföras. Detsamma gäller undantaget i LUK-direktivet för koncessioner för kollektivtrafik.

Promemorians förslag: Överensstämmer i sak med regeringens bedömning. Förslaget är dock en del av ett mer omfattande förslag om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning, som inte behandlas i denna lagrådsremiss.

Skälen för regeringens bedömning: Artikel 10 i) i LOU-direktivet och artikel 21 g i LUF-direktivet gör undantag från direktivens tillämpningsområden för tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana. I artikel 10.3 i LUK-direktivet görs undantag från det direktivets tillämpningsområde för koncessioner för kollektivtrafik i den mening som avses i EU:s kollektivtrafikförordning.

Promemorian föreslår att LOU- och LUF-direktivens undantag inte genomförs. Promemorian föreslår i stället, sammanfattningsvis, att det tas in bestämmelser i de föreslagna lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som kompletterar bestämmelserna i EU:s kollektivtrafikförordning med anvisningar om hur tilldelning av tjänstekontrakt enligt den förordningen ska gå till. Utredningen föreslår visserligen att undantaget genomförs i den föreslagna lagen om upphandling av koncessioner. Näringsdepartementet har dock i en promemoria (dnr N2014/5126/TE) sammanfattningsvis föreslagit att det undantaget utgår och att det i stället tas in bestämmelser i lagen som på motsvarande sätt som i de två andra föreslagna upphandlingslagarna kompletterar EU:s kollektivtrafikförordning.

Promemorians förslag och det förslag som lämnas i Näringsdepartementets promemoria är delar i ett mer omfattande förslag om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning. Förslag till sådan reglering har lämnats i ett utkast till lagrådsremiss Upphandling av vissa kollektivtrafiktjänster (dnr N/2016/00487/RS), som innehåller bearbetningar av promemoriornas förslag. Regeringen avser alltså att behandla frågan om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning i ett annat lagstiftningsärende. Avsikten är att de kompletterande reglerna ska träda i kraft vid samma tidpunkt som de lagar som föreslås i denna lagrådsremiss. Regeringen lämnar av dessa skäl för närvarande inte något förslag om att genomföra direktivens undantagsbestämmelser i lagarna.

9.1 Allmänna principer

Regeringens förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdena för de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner. Den får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock inte att bestämmelserna om allmänna principer ska genomföras med bestämmelser i de tre nya lagarna som i princip ordagrant motsvarar varandra. Utredningens förslag innebär att ordalagen i en av bestämmelserna som ska gälla för upphandling av koncessioner skiljer sig från motsvarande bestämmelser som ska gälla för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker förslaget eller har inget att invända mot det. *Kammarkollegiet* anser dock att det är oklart vad det som anges om konkurrensbegränsning i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet, artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet och artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet medför för svenskt vidkommande. Då det som anges i denna fråga i dessa artiklar redan följer av de allmänna principerna, bör enligt *Kammarkollegiet* artiklarna i dessa delar inte genomföras. *Rådet för offentlig upphandling, Sif Competence*, anser vidare att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser som motsvarar den i 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Skälen för regeringens förslag: Av artikel 18.1 i LOU-direktivet, artikel 36.1 i LUF-direktivet och artikel 3.1 i LUK-direktivet framgår bl.a. de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet. *Lagrådet* har konstaterat att det i och för sig kan ifrågasättas om det behövs en uttrycklig bestämmelse om att dessa grundläggande principer, som har sitt ursprung i EUF-fördraget, även gäller för medlemsstaternas upphandling. Enligt regeringens mening har emellertid principerna en så central betydelse för upphandlingsområdet att de bör framgå av lagarna.

Utredningen har gjort bedömningen att det som anges i skäl 1 och artikel 18.1 första stycket i LOU-direktivet och skäl 2 och artikel 36.1 första stycket i LUF-direktivet motsvarar den ordning som redan gäller i dag. I likhet med remissinstanserna instämmer regeringen i den slutsatsen. Upphandlingsdirektivens artiklar i dessa delar bör därför genomföras med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF som förebilder.

Bestämmelser som motsvarar de ovan berörda bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet finns i artikel 3.1 första stycket i LUK-

direktivet. Bestämmelserna bör genomföras på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet.

Sammanfattningsvis bör alltså lagarna innehålla bestämmelser som anger att upphandlande myndigheter och enheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

När det gäller artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet, finns det inte några uttryckliga motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv. Detta innebär dock inte att det som anges i artiklarna inte skulle gälla redan i dag. Artiklarnas bestämmelser om att en upphandling inte får utformas i syfte att undandra den från regelverkets tillämpning eller att begränsa konkurrensen, följer enligt regeringens uppfattning redan av en tillämpning av ovan nämnda allmänna principer. Även om det som anges i artiklarna redan följer av en tillämpning av de allmänna principerna finns det likväl anledning att särskilt tydliggöra gränserna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme. Eventuella oklarheter avseende det tillåtna i att agera med sådana syften som avses i artiklarna undanröjs med nu aktuella bestämmelser.

I artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet finns en bestämmelse som motsvarar de i stycket ovan behandlade bestämmelserna i LOU- och LUF-direktivet. Bestämmelsens lydelse i LUK-direktivet överensstämmer dock inte ordagrant med dess motsvarigheter i nyss nämnda bestämmelser i LOU- och LUF-direktivet. I fråga om den materiella betydelsen av denna skillnad mellan direktiven instämmer regeringen i utredningens bedömning. Det kan alltså för det första antas att den avvikande lydelsen i LUK-direktivet inte leder till någon skillnad i praktiken. För det andra finns det inte heller något som tyder på att någon skillnad i tillämpningen av direktiven på denna punkt har varit avsedd från EU-lagstiftarens sida. Mot denna bakgrund kan konstateras att det finns ett utrymme för att genomföra artiklarna i de tre direktiven med i princip likalydande bestämmelser. Då det i tillämpningshänseende finns ett betydande värde i att utforma regler med samma innebörd så lika som möjligt, anser regeringen att artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet kan genomföras på samma sätt som motsvarande bestämmelser i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet.

En av remissinstanserna, *Rådet för offentlig upphandling, Silf Competence*, anser att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser som motsvarar den i 1 kap. 4 § 1992 års LOU (lagen [1992:1528] om offentlig upphandling). I den delen gör regeringen dock samma bedömning som vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 156 och 157). Att upphandlande myndigheter och enheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet motsvarar alltså de krav som tidigare ställdes i nämnda paragraf i 1992 års lag på konkurrens, affärsmissighet och frånvaro av ovidkommande hänsyn. Till detta kan numera dessutom läggas de ovan behandlade bestämmelserna som

Prop. 2015/16:195 tydliggör gränserna för upphandlande myndigheters och enheters handlingsutrymme.

Det ovan sagda innebär sammanfattningsvis att en upphandling enligt någon av de tre lagarna inte får utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för lagen ifråga. Den får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

9.2 Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter

Möjligheterna att ta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn har getts en mer framträdande roll i 2014 års upphandlingsdirektiv i jämförelse med de äldre. Avsikten med regleringen är att krav på sådana hänsyn bör integreras i offentliga upphandlingar. Detta uttrycks såväl i flera av skälen till direktiven som i flera bestämmelser.

Allmänt om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn

Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn kan få betydelse under olika moment i en upphandling. De kan för det första få betydelse vid beslut om uteslutning av en leverantör från att delta i en upphandling. Ett annat moment under vilket dessa hänsyn kan aktualiseras är för det andra när det i en upphandling används tekniska specifikationer eller tekniska krav och funktionskrav. För det tredje kan övervägas att förkasta ett anbud vars pris är onormalt lågt på grund av att miljö-, social- eller arbetsrättsliga regler inte har följts. För det fjärde kan det i en upphandling ställas särskilda villkor för hur det kontrakt som upphandlingen gäller ska fullgöras. Sådana villkor kan avse särskilda sociala, miljömässiga eller andra villkor för fullgörandet.

Miljöhänsyn och sociala hänsyn i nuvarande reglering

Det finns redan i nuvarande reglering möjlighet att beakta sociala hänsyn i flera av upphandlingsprocedurens faser. De regler som har betydelse för sociala hänsyn är i princip identiska i både LOU och LUF. Både nuvarande LOU och LUF har i 15 kap. bestämmelser om upphandlingar som inte alls, eller endast delvis, omfattas av respektive direktiv. Dessa avser kontrakt som understiger de s.k. tröskelvärdena eller avser oprioriterade tjänster (B-tjänster). Bestämmelserna i det kapitlet hänvisar dock i stor utsträckning till lagens övriga bestämmelser. Den främsta skillnaden är att bestämmelserna i det kapitlet innebär en något enklare procedur. De nuvarande reglerna om sociala hänsyn gäller därför även för dessa kontrakt.

I nuvarande 1 kap. 9 a § LOU anges att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar det. Bestämmelsen är utformad som ett s.k. målsättningsstadgande. Den innehåller ingen skyldighet för upphandlande myndigheter att ställa miljökrav eller sociala krav och inte heller någon möjlighet att med framgång klandra en upphandling för att sådana krav inte har ställts. Bestämmelsen infördes eftersom det ansågs finnas starka skäl att skapa incitament för upphandlande myndigheter och

enheter som ännu inte prövat möjligheten att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar. Detta mot bakgrund av den ökade betoningen av miljöaspekter och sociala aspekter i unionsrätten och Sveriges inställning i dessa frågor.

Utöver målsättningsstadgandet finns möjlighet att beakta sociala hänsyn bl.a. i de nu gällande bestämmelserna om tekniska specifikationer i 6 kap. LOU, uteslutningskriterier i 10 kap. LOU, tilldelning av kontrakt i 12 kap. 1 och 2 §§ LOU och i bestämmelsen om onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § LOU. Det är dock inom ramen för särskilda kontraktsvillkor som det ansetts möjligt att ställa längst gående krav vad gäller sociala hänsyn.

Av 6 kap. 13 § LOU följer att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor på hur ett kontrakt ska fullgöras under förutsättning att villkoren anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Dessa villkor kallas för särskilda kontraktsvillkor. Som sociala anses även arbetsrättsliga villkor. De särskilda kontraktsvillkoren är inte tekniska specifikationer, kvalificeringskrav, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. De är förpliktelser som den leverantör som tilldelas kontraktet måste acceptera.

Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn i de nya direktiven

I de nya direktiven finns flera bestämmelser som rör miljö-, social- och arbetsrättsliga krav vid upphandling. En central bestämmelse i detta avseende är den om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (artikel 18.2 i LOU-direktivet, artikel 36.2 i LUF-direktivet och artikel 30.3 i LUK-direktivet). I artikel 18.2 i LOU-direktivet anges följande.

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.

När det gäller sociala krav är även bestämmelserna om villkor för fullgörande av kontrakt relevanta (artikel 70 i LOU-direktivet och artikel 87 i LUF-direktivet). I direktiven finns dessutom flera hänvisningar till bestämmelserna om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Sådana hänvisningar finns i bestämmelserna om ett anbuds överensstämmelse med skyldigheterna (artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet), om skäl för uteslutning (artikel 57.4 första stycket a i LOU-direktivet och artikel 38.7 a i LUK-direktivet), om onormalt låga anbud (artikel 69.2 d och 69.3 i LOU-direktivet och artikel 84.2 d och 84.3 i LUF-direktivet), och om anlitande av underleverantörer (artikel 71.1 och 71.6 i LOU-direktivet, artikel 88.1 och 88.6 i LUF-direktivet och artikel 42.1 och 42.4 i LUK-direktivet).

Flertalet av de nämnda bestämmelserna är knutna till artikel 18.2 i LOU-direktivet och dess motsvarigheter i de andra direktiven. Enligt artikel 57.4 i LOU-direktivet finns möjlighet att utesluta en leverantör

Prop. 2015/16:195 från att delta i en upphandling, om den har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, får den upphandlande myndigheten eller enheten enligt artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet. En leverantör ska kunna förklara att ett anbud förefaller vara onormalt lågt med hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. En upphandlande myndighet eller enhet ska dock förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Det finns således ett antal artikelbestämmelser som alla innebär att ett anbud eller en leverantör kan avfärdas i en upphandling och som därför delvis överlappar varandra. *Lagrådet* har i anslutning till förslaget till reglering av arbetsrättsliga skyldigheter ansett att det ibland är oklart hur bestämmelserna överlappar varandra och att regleringen är svåröverskådlig. Regeringen har förståelse för att det kan uppfattas så. De överlappningar som finns är dock en följd av direktivregleringen. Den metod som regeringen har valt innebär bara att arbetsrättsliga hänsyn får eller ska tas i den utsträckning som direktiven föreskriver det i de olika momenten av en upphandling.

Syftet med direktivens bestämmelser om miljö, sociala och arbetsrättsliga hänsyn framgår bl.a. av skälen i direktiven (se skälen 2 och 37 i LOU-direktivet, skälen 4 och 52 i LUF-direktivet och skälen 3 och 55 i LUK-direktivet). I skäl 37 första stycket i LOU-direktivet uttrycks det på följande sätt (hänvisningen till en av bilagorna till direktivet i citatet nedan bör rätteligen avse bilaga X).

I syfte att på ett lämpligt sätt integrera miljö-, social- och arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingsförfaranden är det av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och som följer av lagar, författningar, dekret och beslut både på nationell nivå och unionsnivå, samt av kollektivavtal, förutsatt att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten. Likaså bör de skyldigheter som följer av internationella avtal som har ratificerats av alla medlemsstater och som förtecknas i bilaga XI tillämpas under fullgörandet av kontraktet. Detta bör dock inte på något sätt hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas.

Av bestämmelserna ovan och skälen i direktiven framgår alltså tydligt att ett av syftena med 2014 års upphandlingsdirektiv är att ge upphandlande myndigheter och enheter bättre möjligheter att använda upphandling till stöd för gemensamma samhällsliga mål. För att uppnå detta syfte är det av vikt att det för upphandlande myndigheter och enheter tydligt framgår vilka typer av krav som kan ställas i en upphandling. Regeringen anser

att en avgörande faktor är att detta så långt möjligt framgår direkt av bestämmelserna i de tre nya lagarna. Prop. 2015/16:195

Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn i de nya lagarna

Genomförandet av bestämmelserna om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn sker i ett flertal avseenden i de nya lagarna. Nedan följer en översikt av dessa.

Allmänt ska den s.k. bör-regeln om miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn gälla (se avsnitt 9.3).

En leverantör ska få uteslutas från att delta i en upphandling, om den har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (se avsnitt 22.1.3).

En leverantör ska kunna förklara att ett anbud förefaller vara onormalt lågt med hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter (se avsnitt 25.3).

En upphandlande myndighet eller enhet ska dock förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt och det beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter (se avsnitt 25.3).

Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, ska den upphandlande myndigheten eller enheten få besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet (se avsnitt 25.4).

Genomförandet av artikel 18.2 i LOU-direktivet, och motsvarigheten i de övriga direktiven, bör göras bl.a. med hänsyn till den svenska arbetsmarknadsmodellen och lämpligast genom bestämmelser om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt (se avsnitt 26.2).

9.3 Målsättningsbestämmelser om miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn

<p>Regeringens förslag: Bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter ska kompletteras med en målsättningsbestämmelse med innebörden att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.</p>
--

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorians förslag används inte begreppet arbetsrättsliga.

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker förslaget eller har inget att invända mot det. *Konkurrensverket* anför dock att det finns principiella invändningar mot lagstiftningstekniken med en målsättningsbestämmelse. Bestämmelsen uttrycker endast en politisk vilja och ger enligt verket inte någon praktisk vägledning för upphandlande myndigheter eller enheter.

Förslaget i delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal och i utkastet till lagrådsremissen Miljö-, social- och

Prop. 2015/16:195 **arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling** överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Arbetsgivarverket* har inget att erinra mot att det i målsättningsbestämmelsen för de tre upphandlingslagarna införs en föreskrift om att arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling. Detta ligger i linje med intentionerna enligt artikel 18.2 i LOU-direktivet. *Skatteverket* och *Svenskt Näringsliv* avstyrker förslaget att inkludera arbetsrättsliga hänsyn i målsättningsbestämmelsen. *Upphandlingsmyndigheten* anser att det inte föreligger något egentligt behov av att ange att även arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas eftersom sociala hänsyn innefattar också mycket annat, såsom sysselsättningsmöjligheter, social integration, jämställdhet, tillgänglighet, rättvis handel m.m. Om man särskilt vill framhålla möjligheten att ta just arbetsrättsliga hänsyn kan det dock enligt myndigheten vara ändamålsenligt att lyfta fram detta särskilt i målsättningsparagrafen. *Företagarna* kan i sig acceptera en bör-bestämmelse och har i sak inga invändningar mot en sådan bestämmelse i de tre lagarna. *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser att förslaget medför en uppenbar lagkonflikt i förhållande till lagförslaget i 17 kap. 2 och 4 §§ att sociala och arbetsrättsliga krav ska ställas när så är behövligt samt att det bör klargöras hur bör, om upphandlingens art motiverar det förhåller sig till ska, om det är behövligt. *Advokatfirman Delphi* anser att tillägget leder till onödiga tolkningssvårigheter avseende vad begreppet sociala hänsyn i en svensk kontext egentligen innebär.

Skälen för regeringens förslag: Sedan den 15 juli 2010 finns det i 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF en bestämmelse som anger målsättningen vid upphandling för upphandlande myndigheter och enheter. Den anger att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Bestämmelsen genomför inte någon uttrycklig bestämmelse i 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 267–273).

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal anser att för ett fullgott genomförande av artikel 18.2 i LOU-direktivet, i den del som rör arbetsrättsliga skyldigheter, bör det framgå av målsättningsbestämmelsen att även arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling. Som *Upphandlingsmyndigheten* påpekar innefattas arbetsrättsliga hänsyn i begreppet sociala hänsyn. Regeringens avsikt är att detta ska bestå. Regeringen delar dock inte *Advokatfirman Delphis* uppfattning att förslaget leder till tolkningssvårigheter i fråga om vad som är sociala hänsyn. Genom att det tydliggörs att sociala hänsyn omfattar mer än arbetsrättsliga hänsyn finns det enligt regeringens mening bättre möjligheter för rättsutvecklingen att klargöra vad som i övrigt ryms inom sociala hänsyn. Till målsättningsbestämmelsen ska därför föras även arbetsrättsliga hänsyn.

Konkurrensverket och *Lagrådet* ifrågasätter behovet av den s.k. bör-regeln. Regeringen anser, att en målsättningsbestämmelse erinrar om att upphandlande myndigheter och enheter när de överväger vad som ska upphandlas, vilka krav som ska ställas på leverantören och hur upphandlingsföremålet ska specificeras, bör ta miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn. Bestämmelsen framhåller alltså att

upphandling bör användas för att uppnå miljömässiga och sociala mål om upphandlingens art motiverar detta. Detta ligger också väl i linje med ett av syftena med 2014 års upphandlingsdirektiv, nämligen att myndigheter och enheter i större utsträckning bör använda upphandling till stöd för att uppnå gemensamma samhällliga mål.

Regeringen föreslår i denna proposition konkreta åtgärder i de olika stadierna av en upphandling som kompletterar målsättningsbestämmelsen för att säkerställa att leverantörerna uppfyller miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. De konkreta åtgärderna innebär i vissa fall både möjligheter och skyldigheter för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn. I dessa delar kan det emellertid, som *Konkurrenskommissionen* gör, rättsligt ifrågasättas om det finns ett behov av att därutöver bibehålla den s.k. bör-regeln. *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser dessutom att bör-regeln kommer i konflikt med de föreslagna bestämmelserna om skyldigheten att ta arbetsrättsliga hänsyn. Regeringen instämmer i att behovet av bör-regeln i enskilda fall kommer att minska och i vissa fall kommer att saknas, bl.a. när de särskilda bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor blir tillämpliga. Lagrådet har efterfrågat vad som gäller i förhållande till bestämmelser om att hänsyn får tas. I det sammanhanget ska framhållas att bör-regeln har generell tillämpning, dvs. den gäller inte endast för särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Den är tillämplig i alla faser av en upphandling och vid alla åtgärder som kan vidtas. Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn bör således generellt beaktas vid upphandling, om upphandlingens art motiverar det. När det föreligger skyldigheter att ta sådana hänsyn enligt de bestämmelser som föreslås har dessa förstås företräde framför den icke-förpliktande bör-regeln. Är det inte fråga om en situation då det föreligger en skyldighet att ställa sådana villkor tillämpas i stället bör-regeln. I denna proposition föreslås dessutom ett antal regler som genomför direktiven som ska tillämpas vid vissa specifika moment av en upphandling. Även i fråga om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn gör de särskilda reglerna bör-regeln i vissa fall överflödig. I vilken utsträckning det gäller för de bestämmelser enligt vilka hänsyn får tas är mera oklart. De föreslagna reglerna täcker dock inte in samtliga situationer då miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn kan tas. Som exempel kan pekas på att redan vid ställningstagandet om vad kontraktsföremålet i en upphandling ska vara, kan sådana hänsyn tas trots att det inte finns bestämmelser som reglerar den situationen. Det kommer därför fortsättningsvis att utöver de föreslagna reglerna finnas behov av en bör-regel. Hur stort det behovet är får tillämpningen utvisa. Bör-regeln utgör dessutom en svensk reglering som omfattar såväl de direktivstyrda som de icke direktivstyrda områdena. En eventuell översyn av regeln bör därför hellre ske i samband med att de nationella bestämmelserna ses över. En sådan översyn har aviserats av regeringen (se prop. 2015/16:1, utg. omr. 2 s. 99). Sammanfattningsvis anser regeringen således att den s.k. bör-regeln tills vidare ska kvarstå och förtydligas på det sätt som föreslås genom att arbetsrättsliga hänsyn uttryckligen förs in.

Även de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner bör enligt regeringens mening innehålla bestämmelser som motsvarar

Prop. 2015/16:195 bestämmelserna i 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF. Det bör i sammanhanget framhållas att kraven som ställs med sikte på miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn givetvis ska vara förenliga med de allmänna principerna som dessa har uttolkats av EU-domstolen och EU-rätten i övrigt. Av domstolens praxis (se redogörelserna av relevant praxis i SOU 2006:28 s. 180–186, prop. 2009/10:180 del 1 s. 267–273, 317 och 376 samt SOU 2014:51 s. 33, 40 och 41) följer att kraven ska vara relevanta samt möjliga att följa upp och kontrollera. Kraven bör dessutom rent faktiskt följas upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten.

9.4 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om principer för upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner ska även tillämpas på det icke direktivstyrda området.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I utredningens förslag finns dock bestämmelser som motsvarar bestämmelserna i det regelkomplex som behandlas i avsnitt 9.2.

Remissinstanserna invänder inte mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna om principer för upphandling i 1 kap. 9 och 9 a §§ LOU och 1 kap. 24 och 24 a §§ LUF ska enligt 15 kap. 2 § i både LOU och LUF tillämpas vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Samma ordning bör gälla enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner. De nya lagarnas bestämmelser om principer för upphandling ska alltså tillämpas även vid upphandling på det icke direktivstyrda området.

10 Allmänna bestämmelser

I de tre upphandlingsdirektiven finns, förutom allmänna principer för upphandling (se avsnitt 9), andra bestämmelser som är allmänna i den meningen att de ska beaktas av upphandlande myndigheter och enheter i varje upphandling. Sådana bestämmelser behandlas i detta avsnitt.

10.1.1 De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som i huvudsak motsvarar regleringen i LOU och LUF om rätten att få delta i en upphandling.

En upphandlande myndighet respektive enhet ska få ange i upphandlingsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kvalificeringskraven, om det är berättigat av objektiva skäl.

En upphandlande myndighet respektive enhet ska få ställa upp särskilda villkor för hur grupper av leverantörer ska fullgöra kontraktet, om det är berättigat av objektiva skäl.

Regeringens bedömning: Det finns inte något behov av att författningsreglera standardvillkor för hur grupper av leverantörer ska uppfylla krav på teknisk kunskap och yrkeskunskap respektive villkor för kvalificering.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans invänder mot förslaget eller bedömningen.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 19 i LOU-direktivet och artikel 37 i LUF-direktivet om ekonomiska aktörer motsvarar till stor del regleringen i 2004 års LOU- och LUF-direktiv, som har genomförts genom bestämmelserna om rätten att få delta i en upphandling i 1 kap. LOU respektive LUF. I dessa delar bör författningstexten i de nya lagarna i huvudsak utformas i överensstämmelse med lydelsen av motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. I artikel 19.1 andra stycket i LOU-direktivet och korresponderande bestämmelser i de andra direktiven anges att en juridisk person kan åläggas att ange namn och yrkeskvalifikationer på berörd personal. I motsvarande bestämmelser i LOU och LUF används ordet uppmånat. Ordet åläggas har en skarpare innebörd. Det ordet bör användas i de nya lagarnas bestämmelser.

I artikel 19.2 andra stycket i LOU-direktivet om grupper av ekonomiska aktörer finns en ny bestämmelse om att de upphandlande myndigheterna vid behov får klargöra i upphandlingsdokumenten hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap som avses i artikel 58 i LOU-direktivet. Motsvarande bestämmelse i artikel 37.2 andra stycket i LUF-direktivet riktar in sig på de kriterier och krav avseende kvalificering och urvalsbedömning som avses i artiklarna 77–81 i LUF-direktivet.

Det är oklart om det ligger någon avsedd begränsning i att de klargöranden som får göras enligt artikel 19.2 andra stycket i LOU-direktivet får avse teknisk och yrkesmässig kunskap. Sådana krav behandlas inte särskilt i artikel 58.4 i LOU-direktivet, som gäller krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Regleringen får emellertid antas ha

Prop. 2015/16:195 sin grund i att det i vissa fall, t.ex. i fråga om större projekt, kan vara nödvändigt för den upphandlande myndigheten, eller enheten, att klargöra t.ex. att vissa åberopade nyckelpersoner måste komma från en och samma leverantör. Det är inte möjligt att ställa upp andra villkor för grupper av leverantörer än för enskilda deltagare, men bestämmelsen får förstås som att det finns ett utrymme för klargöranden av nämnda slag. Lagtexten bör utformas i överensstämmelse med direktivet.

En förutsättning för att den upphandlande myndigheten ska få vidta denna åtgärd är enligt direktivet att det är motiverat av objektiva skäl och är proportionellt. Kravet på proportionalitet följer redan av de grundläggande principerna för upphandling och behöver inte anges särskilt i den paragraf som genomför denna bestämmelse (se även avsnitt 5.5).

Medlemsstaterna får fastställa standardvillkor för hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla de aktuella villkoren. Bestämmelsen har förmodligen sin grund i förhållanden i någon eller några andra medlemsstater. Regeringen bedömer att det inte finns något behov av författningsbestämmelser med standardvillkor i Sverige. Det är en fråga för berörda marknadsaktörer att vid behov ta fram sådana villkor.

I artikel 19.2 tredje stycket i LOU-direktivet och 37.2 tredje stycket i LUF-direktivet finns en likaledes ny bestämmelse om att villkor för grupper av ekonomiska aktörers fullgörande av ett kontrakt som skiljer sig från dem som gäller för enskilda deltagare också ska motiveras av objektiva skäl och vara proportionella. Den upphandlande myndigheten eller enheten får alltså ställa upp andra särskilda kontraktvillkor för grupper av leverantörer än för enskilda deltagare. Kravet på proportionalitet följer redan av de grundläggande principerna för upphandling och behöver inte anges särskilt i den paragraf som genomför denna bestämmelse (se även avsnitt 5.5).

10.1.2 Lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om rätten att få delta i en upphandling som utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans behandlar frågan särskilt.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 26 i LUK-direktivet finns bestämmelser som i huvudsak motsvarar artikel 19 i LOU-direktivet respektive artikel 37 i LUF-direktivet. Regeringen anser, i likhet med utredningen, att de paragrafer som genomför den artikeln bör utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens förslag: Bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid offentlig upphandling ska i huvudsak överensstämma med nuvarande reglering.

Även vid innovationspartnerskap ska det vid offentlig upphandling vara möjligt att begränsa antalet anbudssökande på samma villkor som vid förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog.

Vid upphandling inom försörjningssektorerna ska det även vid innovationspartnerskap och konkurrenspräglad dialog vara möjligt att begränsa antalet anbudssökande.

En bestämmelse om begränsning av antalet anbudssökande ska införas i lagen om upphandling av koncessioner.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår en annan placering av bestämmelserna i lagen.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag

Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regleringen av begränsning av antalet anbudssökande har behållits i princip oförändrad i de nya direktiven och återfinns i artikel 65 i LOU-direktivet och artikel 78.2 i LUF-direktivet. De förändringar som gjorts i de nya direktiven inskränker sig beträffande offentlig upphandling till att innovationspartnerskap har lagts till de upphandlingsformer som tidigare omfattats av reglerna. De förändringar som gjorts vid upphandling inom försörjningssektorerna är en följd av att regelverket tillförts två nya upphandlingsförfaranden nämligen innovationspartnerskap och konkurrenspräglad dialog.

Regleringen bör genomföras med nuvarande bestämmelser som förebild. Däremot anser regeringen att bestämmelserna bör få en annan placering i lagen än den promemorian föreslagit. I såväl den nya lagen om offentlig upphandling som den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande införas i kapitlet om allmänna bestämmelser.

Lagen om upphandling av koncessioner

Av artikel 37.3 i LUK-direktivet framgår att antalet anbudssökande eller anbud får begränsas till en lämplig nivå under förutsättning att detta sker på ett öppet sätt och på grundval av objektiva kriterier. Bestämmelsen liknar regleringen om begränsning av antalet anbudssökande eller anbud som kan göras vid upphandling genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap i LOU och LUF. Vid koncessionsupphandling är det alltid tillåtet med en begränsning av antalet anbudssökande och anbud. Eftersom förfarandet vid upphandling av koncessioner inte är reglerat följer naturligtvis att den upphandlande myndigheten eller enheten är fri att i den utsträckning den finner lämpligt begränsa antalet anbudssökande eller anbud. Bestämmelsen i artikel 37.3 får ses som en sätt att säkerställa att

Prop. 2015/16:195 myndigheten vid ett sådant förfarande iakttar de grundläggande principerna och beaktar behovet av tillräcklig konkurrens. Det är emellertid lämpligt att strukturen i den nya lagen om upphandling av koncessioner så långt det är möjligt följer den som finns i de båda andra upphandlingslagarna. Bestämmelsen bör därför placeras i de allmänna bestämmelserna i kapitel 4.

Något lägsta antal anbudsgivare eller anbud anges inte i artikeln. Vid upphandling av kontrakt i den klassiska sektorn gäller enligt artikel 65.2 i LOU-direktivet att antalet anbudssökande inte får bestämmas till färre än fem vid selektivt förfarande eller färre än tre vid bl.a. förhandlat förfarande under konkurrens. I artikel 78.2 i LUF-direktivet ges inget bestämt lägsta antal anbudssökande men det föreskrivs att antalet ska bestämmas till vad som anses rimligt med tanke på speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det. Vidare framgår att minskningen inte får leda till att konkurrensen inte blir tillräcklig. Regeringen bedömer att detta innebär att antalet inte bör minskas till färre än tre.

LUK-direktivets bestämmelse om begränsning av anbudssökande och anbud är vagare formulerad än motsvarande i LUF-direktivet. Här gäller att begränsningen får göras till en ”lämplig nivå” baserat på objektiva kriterier. Antalet ska dock vara tillräckligt för att garantera verklig konkurrens. Med hänsyn till de speciella förhållanden som gäller för koncessioner, där det ofta är fråga om omfattande och långsiktiga projekt, är det enligt regeringens mening inte lämpligt att vid upphandling av koncessioner föreskriva ett lägsta antal anbud eller anbudsgivare som begränsningen får avse. Vilket antal som är lämpligt får bestämmas i det enskilda fallet och får rimligen göras beroende av vad koncessionen avser och hur marknaden för denna ser ut. Om en begränsning av antalet anbudsgivare gjorts på ett sätt som garanterar verklig konkurrens är enligt EU-domstolens praxis beroende av vad som kännetecknar upphandlingen och vad det är som upphandlas (se dom Hochtief och Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627). Antalet måste vara sådant att den upphandlande myndigheten eller enheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier (se dom Sintesi, C-247/02, EU:C:2004:593, p. 37 och dom Fracasso och Leitschutz, C-27/98, EU:C:1999:420, p. 31).

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om vad som ska gälla om en leverantör som är anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av upphandlingen. Bestämmelserna ska innebära en rätt för de övriga anbudsgivarna och anbudssökandena att få information om upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats till leverantören under förberedelserna. Bestämmelserna ska vidare erinra om i vilka fall leverantören får uteslutas från upphandlingen med anledning av att ha deltagit i förberedelserna av upphandlingen och vad den upphandlande myndigheten eller enheten då ska iaktta.

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna om att en upphandlande myndighet eller enhet får genomföra förberedande marknadsundersökningar. Vidare behövs det inte bestämmelser om att den upphandlande myndigheten ska vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen i upphandlingen inte snedvrids när en anbudssökande eller anbudsgivande leverantör har deltagit i förberedelserna. Det behövs inte heller några bestämmelser om tidsfrister för mottagande av anbud i dessa fall eller bestämmelser om att åtgärderna som vidtas ska dokumenteras.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som berör frågan tillstyrker promemorians förslag eller har inget att invända. *Konkurrensverket* och *SKL Kommentus* tillstyrker också promemorians bedömning. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Trafikverket*, *Stockholms läns landsting* och *Swedish Medtech* anser dock att direktivens bestämmelser om förberedande marknadsundersökningar ska genomföras. *Trafikverket* och *Stockholms läns landsting* vill även se ett genomförande av bestämmelserna om att den upphandlande myndigheten ska vidta lämpliga åtgärder för att jämställa konkurrensen när en anbudssökande eller anbudsgivande leverantör, eller anknutna företag, har deltagit i förberedelserna.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Förberedande marknadsundersökningar är tillåtna – men det behövs inte uttryckliga bestämmelser om det i lagarna

Innan en upphandlande myndighet eller enhet inleder ett upphandlingsförfarande både kan och får den undersöka marknaden för att förbereda upphandlingen. En sådan förberedande marknadsundersökning kan i många fall vara ett effektivt sätt för myndigheten eller enheten att tydliggöra sitt behov och vilka möjligheter det finns för marknaden att tillgodose detta. Detta kan resultera i en bättre utformad upphandling. Att marknadsundersökningar är tillåtna följer emellertid inte av någon bestämmelse i 2004 års direktiv. I skäl 8 i 2004 års LOU-

Prop. 2015/16:195 direktiv anges att den upphandlande myndigheten, innan ett upphandlingsförfarande inleds, genom en teknisk dialog får söka eller godta råd som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen.

I LOU- och LUF-direktiven har rådande rättsläge kodifierats genom uttryckliga bestämmelser i artikel 40 i LOU-direktivet och artikel 58 i LUF-direktivet. Första stycket föreskriver att marknadsundersökningar får genomföras. I andra stycket upplyses om hur en marknadsundersökning genomförs. Där sägs att i syfte att förbereda upphandlingar och informera om dem får den upphandlande myndigheten eller enheten till exempel rådfråga eller godta råd från oberoende experter eller myndigheter eller från marknadsaktörer. Dessa råd får användas vid planering och genomförande av upphandlingsförfarandet, under förutsättning att råden inte snedvrider konkurrensen eller bryter mot principerna om icke-diskriminering och öppenhet.

Försvarets materielverk (FMV) anför att rättsläget inte är entydigt och odiskutabelt och att direktivens bestämmelser klargör de ramar som gäller för förberedande marknadsundersökningar. *SKL Kommentus* uttalar å andra sidan att om det förberedande stadiet inför en upphandling tyngs med ytterligare bestämmelser kommer det att leda till färre kontakter mellan upphandlande myndigheter eller enheter och leverantörer. *Konkurrensverket* instämmer i promemorians bedömning att reglerna inte behöver införas i lag.

Som nyss konstaterats innebär de nya direktiven inte någon ändring av rättsläget. Bestämmelserna kan inte heller bedömas innebära något tydliggörande av rättsläget. De är inte i egentlig mening några handlingsregler. De är närmast en upplysning om att det är tillåtet att genomföra marknadsundersökningar, och en påminnelse om att de grundläggande principerna om icke-diskriminering och öppenhet måste beaktas. Regeringen instämmer i den uppfattning som de remissvar som kommenterar bestämmelserna ger uttryck för, dvs. att det är önskvärt att upphandlande myndigheter och enheter genomför förberedande marknadsundersökningar när det är lämpligt. Men det behöver inte tydliggöras i lagen att det är tillåtet. Det kan inte uteslutas att det finns en risk för att lagregler om detta i praktiken skulle få en hämmande effekt. Som Konkurrensverket pekar på kan det informeras om möjligheten att genomföra förberedande marknadsundersökningar på andra sätt, t.ex. genom Upphandlingsmyndigheten. Regeringen gör därför bedömningen att bestämmelser om marknadsundersökningar inte ska tas in i lagarna.

Swedish Medtech har i sitt remissvar berört frågan när en upphandling ska anses påbörjad. Frågan är relevant för att dra gränsen mellan vad som utgör just förberedande marknadsundersökningar och vad som är en del av ett upphandlingsförfarande. Här kan erinras om Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 31, i vilket domstolen uttalar bl.a. att den tidpunkt när en upphandling anses påbörjad bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta

beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Enligt regeringens mening tydliggör domstolens uttalanden att det såväl kronologiskt som rent praktiskt finns ett utrymme för upphandlande myndigheter och enheter att genomföra förberedande marknadsundersökningar. Det som krävs är att myndigheten eller enheten strukturerar sitt arbete så att det är tydligt för samtliga involverade i vilket skede man befinner sig.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

De nya direktiven tydliggör vad som gäller om en leverantör som har varit involverad i förberedelserna av upphandlingsförfarandet deltar som anbudssökande eller anbudsgivare i det förfarandet. Det anges att om en anbudssökande eller anbudsgivare eller anknutna företag till en anbudssökande eller en anbudsgivare har bistått den upphandlande myndigheten eller enheten med rådgivning eller på annat sätt har deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, ska den upphandlande myndigheten eller enheten vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvids till följd av att den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren deltar (artikel 41 första stycket i LOU-direktivet respektive artikel 59 första stycket i LUF-direktivet). Några särskilda bestämmelser av denna innebörd behöver dock inte tas in i de nya lagarna, då detta följer av likabehandlingsprincipen.

I de nya direktiven anges vidare, något förenklat uttryckt, att sådana anbudssökande och anbudsgivare som inte har deltagit i förberedelserna av upphandlingen ska erhålla samma information som sådana som deltagit i förberedelserna och att lämpliga tidsfrister för mottagande av anbud ska fastställas (artikel 41 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 59 andra stycket i LUF-direktivet). Kravet att andra anbudssökande och anbudsgivare ska erhålla samma information som sådana som deltagit i förberedelserna är ett utflöde av likabehandlingsprincipen. Kravet är emellertid så pass specifikt att uttryckliga bestämmelser av denna innebörd bör tas in i de nya lagarna. Det andra kravet, att lämpliga tidsfrister för mottagande av anbud ska fastställas, får ses som en erinran om att den upphandlande myndigheten eller enheten, när tidsfristen bestäms, ska beakta att dessa leverantörer behöver tid att bearbeta informationen. Detta följer dock redan av det generella kravet att den upphandlande myndigheten eller enheten, när tidsfristen bestäms, ska ta hänsyn till hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbuden (12 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, 11 kap. 1 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Några bestämmelser om lämpliga tidsfrister i detta specifika fall behöver därför inte tas in i de nya lagarna.

I de nya direktiven erinras, i motsats till 2004 års direktiv, också om i vilken utsträckning en anbudssökande eller anbudsgivare som har varit involverad i förberedelserna av ett upphandlingsförfarande kan delta i samma förfarande (artikel 41 andra och tredje styckena LOU-direktivet respektive artikel 59 andra och tredje styckena LUF-direktivet). Det anges att en sådan anbudssökande eller anbudsgivare endast ska uteslutas från förfarandet på grund av deltagandet i förberedelserna om det inte

Prop. 2015/16:195 finns något annat sätt att garantera att principen om likabehandling följs. Det anges vidare att innan en anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet på grund av att de varit involverade i förberedelserna av det, ska de få möjlighet att bevisa att deras deltagande inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen. Bestämmelserna innebär, allmänt uttryckt, att den upphandlande myndigheten eller enheten ska beakta såväl kravet att vidtagna åtgärder ska vara proportionerliga som principen om likabehandling. De är så pass detaljerade och specifika att de uttryckligen bör framgå av de nya lagarna. Bestämmelser av denna innebörd bör således tas in i dessa lagar. Som *Lagrådet* påpekat är den aktuella uteslutningsgrunden emellertid reglerad i artikel 57 som en fakultativ uteslutningsgrund som ger den upphandlande myndigheten möjlighet men inte skyldighet att utesluta leverantören. Det bör därför även här uttryckas att myndigheten har en fakultativ möjlighet att utesluta leverantören på grund av dennes deltagande i förberedelserna.

Av direktiven framgår också att de åtgärder som vidtas i detta sammanhang ska dokumenteras så att kontroll i efterhand är möjlig. Detta framgår dock beträffande den nya lagen om offentlig upphandling klart av bestämmelserna om individuella rapporter och får även anses omfattas av den skyldighet att bevara information som följer av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

10.3 Grundläggande bestämmelser om vissa centrala moment i en upphandling

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla grundläggande bestämmelser som reglerar vilka bestämmelser som en upphandlande myndighet respektive enhet ska tillämpa vid kvalificering av leverantör och tilldelning av kontrakt.

Regeringens bedömning: Det finns inte någon anledning att utnyttja den möjlighet som direktiven ger att begränsa den ordning enligt vilken, i öppna förfaranden, den upphandlande myndigheten eller enheten får utvärdera anbudet innan den kontrollerar leverantören.

Det är inte nödvändigt att genomföra bestämmelsen i artikel 76.3 i LUF-direktivet om att en upphandlande enhet inte får särbehandla leverantörer, eller kräva redan tillgängliga prover och bevis, när den väljer ut deltagare till ett upphandlingsförfarande.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser berör frågan. *Trafikverket* har vissa synpunkter angående hur bestämmelserna bör placeras i lagarna.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

I artikel 56 i LOU-direktivet och artikel 76 i LUF-direktivet finns bestämmelser som, i likhet med bestämmelserna i artikel 44.1 i 2004 års LOU-direktiv och artiklarna 51 och 52.1 i 2004 års LUF-direktiv

beskriver några av de centrala momenten under en upphandling. Bestämmelserna i artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv är dock mer omfattande än motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv. På samma sätt finns vissa liknande bestämmelser i artikel 37 i LUK-direktivet.

Artiklarna i LOU- och LUF-direktiven är rubricerade Allmänna principer. Det handlar dock inte om de principer för upphandling som behandlas i artikel 18 i LOU-direktivet och artikel 36 i LUF-direktivet (se avsnitten 9.1 och 9.2). Det handlar i stället om grundläggande bestämmelser om de formella kraven för urval av deltagare, utvärdering av anbud samt tilldelning av kontrakt.

Genom artiklarna har de allmänna övergripande bestämmelserna samlats i en och samma artikel i respektive direktiv. Motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv är inte samlade på samma sätt. Ett genomförande av artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv handlar därför i praktiken om att överföra den ordning som redan gäller i dag.

De bestämmelser som riktar sig till kommissionen (artikel 56.4 i LOU-direktivet och artikel 76.8 i LUF-direktivet) föreslås inte genomföras i lagarna (se avsnitt 5.8).

I LUK-direktivet har artikel 37 rubricerats Förfarandegarantier och de flesta av bestämmelserna rör grundläggande bestämmelser för upphandlingen. Flertalet av bestämmelserna i artikel 37 i LUK-direktivet har placerats i ett eget kapitel om förfarandet vid upphandling och behandlas under avsnitt 12.3 (upphandlingsförfarandet). En bestämmelse om kontroll av anbudet innan kontrakt tilldelas har emellertid placerats under allmänna bestämmelser.

Grundläggande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling

I artikel 56.1 första stycket a och b i LOU-direktivet finns bestämmelser om tillvägagångssättet när en upphandlande myndighet utifrån inlämnade anbud ska avgöra vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet. Sammanfattningsvis innebär bestämmelserna att myndigheten innan den tilldelar kontraktet ska kontrollera att anbudet uppfyller de krav m.m. som uppställts i upphandlingsdokumenten, att leverantören inte ska uteslutas i enlighet med artikel 57 och att leverantören uppfyller de kvalificeringskrav som myndigheten har ställt upp i enlighet med artikel 58 och, i förekommande fall, artikel 65. I artikel 56.2 första stycket finns vidare en bestämmelse som innebär att den upphandlande myndigheten, i ett öppet förfarande, får besluta att utvärdera anbuden innan den kontrollerar den leverantör som enligt den gjorda utvärderingen har lämnat det bästa anbudet. *Trafikverket* har föreslagit att de paragrafer som genomför de nu nämnda artiklarna ska placeras i kapitlet Val av leverantörer (motsvarande kapitlet Kvalificering i propositionens förslag) i den nya lagen om offentlig upphandling. Regeringen anser emellertid att bestämmelserna bör placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser, eftersom de har en grundläggande karaktär och rör flera moment i den s.k. utvärderingsfasen. Det finns vidare enligt regeringens mening inte någon anledning att med stöd av artikel 56.2 andra stycket i LOU-direktivet begränsa tillämpningen av den ordning som följer av första stycket.

Prop. 2015/16:195 Artikel 56.3 i LOU-direktivet rör fallet att information eller dokumentation som ska lämnas av leverantörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig, eller att särskilda dokument saknas. Bestämmelserna behandlas i avsnitt 10.4.1.

Grundläggande bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Artikel 76.1 och 76.5 i LUF-direktivet innehåller grundläggande bestämmelser om de villkor en leverantör ska uppfylla och som den upphandlande enheten ska pröva innan den tilldelar ett kontrakt. Bestämmelserna innebär sammanfattningsvis att en upphandlande enhet ska tillämpa sådana regler och kriterier för uteslutning av anbudssökande eller anbudsgivare som den har fastställt. Därefter ska enheten välja ut anbudssökande eller anbudsgivare på grundval av de objektiva regler och kriterier för detta ändamål som den har fastställt. De innebär vidare att enheten ska kontrollera att anbuden från anbudsgivarna som valts ut på detta sätt stämmer överens med de regler och krav som gäller för anbud och tillämpa bestämmelserna om tilldelning av kontrakt. Artikel 76.7 innehåller bestämmelser som motsvarar artikel 56.2 första stycket i LUF-direktivet om att ett anbud i öppna förfaranden kan prövas innan leverantören som har lämnat anbudet kontrolleras. LUF-direktivets bestämmelser bör, enligt samma resonemang som förts beträffande LOU-direktivets bestämmelser, placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns, i överensstämmelse med regeringens bedömning avseende artikel 56.2 andra stycket i LOU-direktivet, inte någon anledning att med stöd av artikel 76.7 andra stycket begränsa tillämpningen av den ordning som följer av första stycket.

Artikel 76.2 rör situationen att en anbudsinfördran görs med hjälp av ett meddelande om kvalificeringssystem. Artikel 76.2 motsvaras av artikel 51.2 i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts i 11 kap. 3, 4 och 6–10 §§ LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 533). Enligt regeringens mening saknas skäl att genomföra artikel 76.2 i LUF-direktivet på något annat sätt. Det innebär att artikeln får anses genomförd genom de bestämmelser som genomför artiklarna 77 och 78 i LUF-direktivet om kvalificeringssystem och kvalitativa urvalskriterier.

Artikel 76.3 rör situationen att en upphandlande enhet väljer ut deltagare till ett selektivt eller förhandlat förfarande, en konkurrenspräglad dialog eller ett innovationspartnerskap. Den upphandlande enheten får då inte ställa upp administrativa, tekniska eller ekonomiska villkor för vissa ekonomiska aktörer som inte gäller för andra. Den får heller inte kräva prover eller bevis som redan finns i tillgängligt objektiva material. Artikel 76.3 motsvaras av artikel 52.1 i 2004 års LUF-direktiv. Artikel 76.3 i 2004 års direktiv genomfördes inte särskilt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 530). Artikel 76.3 i 2014 års direktiv kan hanteras på samma sätt.

Bestämmelserna i artikel 76.4 överensstämmer med artikel 56.3 i LOU-direktivet och behandlas i avsnitt 10.4.1.

I artikel 37.1 första stycket a–c i LUK-direktivet finns en bestämmelse som påminner om artikel 56.1 första stycket i LOU-direktivet. I bestämmelsen anges att tilldelning ska ske med hänsyn tagen till de kriterier som ställts upp under förutsättning att vissa andra villkor är uppfyllda. Villkoren innefattar att anbudsgivaren inte ska vara utesluten från deltagande i tilldelningsförfarandet enligt bestämmelserna om uteslutning och att anbudet står i överensstämmelse med villkoren för deltagande i fråga om leverantörens yrkesmässiga och tekniska kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning. Vidare ska anbudet överensstämma med de minimikrav som i tillämpliga fall uppställts.

En bestämmelse om att uppställda krav på anbudsgivare och anbud måste vara uppfyllda innan en koncessionshavare väljs ut, som motsvarar bestämmelsen i artikel 56.1 i LOU-direktivet, bör därför införas i lagen. Den bör utformas på liknande sätt som i den nya lagen om offentlig upphandling och bör placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser.

Något om bestämmelserna om begränsad kontroll i LOU och LUF

Lagrådsremissens lagförslag innehåller inte några bestämmelser som direkt motsvarar de nationella bestämmelserna i 11 kap. 17 § LOU och 11 kap. 13 § LUF om begränsad kontroll. Flera av de bestämmelser som föreslås syftar emellertid till att underlätta för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer och kommer att ge samma resultat som nämnda paragrafer i nuvarande lagar. Angående motiven till dessa paragrafer, se prop. 2009/10:180 del 1 s. 279–283, 341 och 384.

10.4 Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

10.4.1 De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören.

Myndigheten eller enheten ska också få tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En rättelse, ett förtydligande eller en komplettering ska endast få göras om principerna om likabehandling och öppenhet iakttas.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens bestämmelse är dock mer direktivnära utformad och placerad i det kapitel i lagarna som reglerar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser uttalar sig särskilt i frågan. *Foyen advokatfirma* motsätter sig inte förslaget, som beskrivs som en redaktionell ändring. Det är enligt advokatfirman fråga om den svåraste och mest tvistedrivande bestämmelsen i LOU. Advokatfirman anser inte att lagstiftaren bör förtydliga bestämmelsen utan att det måste vara en fråga för rättstillämpningen. *Göteborgs stad Upphandlings AB*

Prop. 2015/16:195 tillstyrker utredningens förslag och vill särskilt betona att några striktare regler än vad som följer av direktiven inte bör införas. Göteborgs stad Upphandlings AB menar att bestämmelsen innebär en stor förändring i förhållande till den restriktiva domstolspraxis som råder i dag.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 56.3 i LOU-direktivet och artikel 76.4 i LUF-direktivet regleras situationen att information eller dokumentation som ska lämnas av de ekonomiska aktörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller att särskilda dokument saknas. I en sådan situation får den upphandlande myndigheten eller enheten, såvida inte annat föreskrivs i nationell rätt som genomför direktiven, begära att de berörda ekonomiska aktörerna lämnar, kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation inom en lämplig tidsfrist, förutsatt att en sådan begäran görs i full överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet.

Regleringen i artikel 56.3 i LOU-direktivet avviker något från regleringen i 2004 års LOU-direktiv. I artikel 51 i detta direktiv föreskrivs endast att den upphandlande myndigheten får anmoda de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga vissa typer av inlämnade certifikat och handlingar. 2004 års LUF-direktiv saknar en motsvarande bestämmelse.

I 9 kap. 8 § LOU respektive LUF finns bestämmelser om rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Bestämmelserna har sitt ursprung i 1 kap. 21 § i 1992 års LOU (jfr prop. 1992/93:88 s. 70 f., prop. 1997/98:170 s. 17 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 376 f.). Enligt bestämmelsernas första stycke får en upphandlande myndighet eller enhet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv. Enligt andra stycket i bestämmelserna får den upphandlande myndigheten eller enheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten eller enheten får enligt andra stycket också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i lagarnas 10 och 11 kap. (t.ex. registerutdrag och bevis om leverantörens ekonomiska eller tekniska kapacitet).

Utredningen har föreslagit ett direktivnära genomförande av artikel 56.3 i LOU-direktivet och artikel 76.4 i LUF-direktivet. I lagrådsremissen har bestämmelserna utformats i huvudsaklig enlighet med utredningens förslag. *Lagrådet* har anmärkt att bestämmelsernas innebörd är oklar. Enligt *Lagrådet* behöver paragrafernas innebörd klargöras, om de alls ska behållas. *Lagrådet* har pekat på den möjlighet som direktiven ger att föreskriva annat i nationell rätt. Regeringen har förståelse för *Lagrådets* synpunkt. LOU- och LUF-direktivens bestämmelser är svårbegripliga. De båda remissinstanserna som yttrar sig särskilt över utredningens förslag gör också olika tolkningar av bestämmelsernas innebörd.

Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut. Det torde därför stå klart att avsikten med direktivbestämmelserna inte är att tillåta materiella ändringar av lämnade anbud. De åtgärder som kan vidtas enligt

artikel 56.3 i LOU-direktivet och artikel 76.4 i LUF-direktivet kan enligt regeringens mening sammanfattas med begreppen rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Gemensamt för dessa åtgärder är att de inte innebär att anbudet ändras i sak. I direktiven talas även om färdigställande av relevant information eller dokumentation. Enligt regeringens bedömning har detta begrepp ingen självständig betydelse utan omfattas av begreppet komplettering.

Enligt regeringens mening uttrycker direktivbestämmelserna att handlingar som har getts in av leverantörer får rättas, kompletteras eller förtydligas, om det är förenligt med principerna om öppenhet och likabehandling. Bestämmelserna torde därmed i huvudsak motsvara de nuvarande bestämmelserna i LOU och LUF. En avgörande skillnad är dock att rättelse av fel får göras enligt direktivbestämmelserna även om felet inte är uppenbart för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Den begränsade möjligheten till rättelse enligt de nuvarande bestämmelserna har kritiserats såväl av leverantörer som av upphandlande myndigheter och enheter. Enligt Upphandlingsutredningen (SOU 2011:73 s. 44) minskar stödet för regelverket bland aktörerna, om konkurrenskraftiga anbud utesluts på grund av mindre formella fel. Lagstiftningen bör enligt regeringens mening inte sätta snävare gränser än vad som följer av principerna om öppenhet och likabehandling. Regeringen anser därför att möjligheterna till rättelse av fel, förtydligande och komplettering enligt de nya lagarna bör motsvara vad som gäller enligt direktivbestämmelserna.

Det nuvarande uttryckssättet i LOU och LUF bör användas för att ange vad som avses med en rättelse. Bestämmelserna bör således innefatta uttrycken felskrivning, felräkning eller något annat fel i handlingen. I LOU och LUF anges att en upphandlande myndighet eller enhet får tillåta en rättelse medan den får begära ett förtydligande eller en komplettering. Enligt regeringens mening bör det dock inte spela någon roll vem som tar initiativ till åtgärden. De nya bestämmelserna bör därför ange att den upphandlande myndigheten eller enheten får tillåta eller begära en sådan åtgärd som avses.

De nya bestämmelserna bör sammanfattningsvis innebära att en upphandlande myndighet eller enhet ska få tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten eller enheten ska också få tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd som avses i bestämmelserna ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Förutsättningarna för förtydligande och komplettering av handlingar enligt de nya bestämmelserna motsvarar vad som gäller enligt LOU och LUF. I likhet med vad som gäller enligt nuvarande bestämmelser ska sådana åtgärder vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet som dessa principer uttolkas i EU-domstolens praxis.

Lagrådet har anmärkt att bestämmelsernas plats i regelsystemet behöver klargöras. De aktuella artiklarna i direktiven har rubriken Allmänna principer. Bestämmelserna tar inte sikte på något särskilt upphandlingsförfarande. Enligt regeringens mening bör bestämmelserna därför placeras i det kapitel i lagarna som innehåller allmänna bestämmelser (4 kap.). Som Lagrådet har påpekat finns det i lagarnas

Prop. 2015/16:195 6 kap. särskilda bestämmelser som medger att anbud får ändras i vissa fall vid förfaranden som bygger på förhandlingar eller dialog. Sådana bestämmelser utgör lex specialis i förhållande till de allmänna bestämmelserna om rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Som exempel kan nämnas bestämmelsen i 6 kap. 26 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap. 19 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt bestämmelserna får anbudsgivaren vid konkurrenspräglad dialog, på den upphandlande myndighetens eller enhetens uppmaning, klarlägga, precisera eller optimera sitt slutgiltiga anbud. En optimering av anbudet innebär – till skillnad från en rättelse, ett förtydligande eller en komplettering – att anbudet ändras materiellt.

10.4.2 Lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om rättelse av fel, förtydligande och komplettering bör inte införas i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: LUK-direktivet innehåller inte någon allmän bestämmelse om rättelse, förtydligande och komplettering av handlingar som getts in av leverantörer. Någon bestämmelse om detta föreslås därför inte i den nya lagen om upphandling av koncessioner, vare sig på eller utanför det direktivstyrda området. Frågan om en åtgärd av aktuellt slag är tillåten får därför bedömas enligt principerna om likabehandling och öppenhet.

10.5 Uppdelning av kontrakt i delar

Regeringens förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska, enligt bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, överväga att dela upp större kontrakt i separata delar och ska vara skyldiga att motivera de fall ett kontrakt inte delas upp. Myndigheten eller enheten ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar. Myndigheten eller enheten ska få begränsa antalet delar som får tilldelas en och samma leverantör. Myndigheten eller enheten ska också ha möjlighet att förbehålla sig rätten att tilldela kombinerade delar av kontrakt.

Regeringens bedömning: Uppdelning av kontrakt i delar bör inte göras obligatoriskt.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen bedömer dock att bestämmelserna om möjlighet att tilldela kombinerade delar av kontrakt inte bör genomföras.

Remissinstanserna: De remissinstanser som behandlar frågan instämmer, med något undantag, i utredningens bedömning att uppdelning av kontrakt inte ska göras obligatoriskt, bl.a. *Domstolsverket*,

Konkurrensverket, Kammarkollegiet, Kommerskollegium, Trafikverket, Svenskt Näringsliv och Sveriges Kommuner och Landsting (SKL). Ett antal remissinstanser, bl.a. Trafikverket, Konkurrensverket, Arbetsförmedlingen och SKL, anser till skillnad från utredningen att direktivens bestämmelser om möjlighet att tilldela kombinerade delar av kontrakt ska genomföras. Några remissinstanser, bl.a. Trafikverket, Stockholms läns landsting, SKL, Svenskt Vatten och Svensk Energi avstyrker utredningens förslag att inte bara upphandlande myndigheter utan också upphandlande enheter ska vara skyldiga att motivera varför ett kontrakt inte delas upp. *Företagarna* tillstyrker dock det förslaget.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

En skyldighet att överväga uppdelning av vissa kontrakt – men ingen skyldighet att dela upp kontrakt

I 2004 års upphandlingsdirektiv och i LOU och LUF finns inga bestämmelser som rör skyldigheter för upphandlande myndigheter eller enheter att dela upp större kontrakt i delar eller att överväga detta. Regelverket om beräkning av ett kontrakts värde kan dock sägas förutsätta att kontrakt ska kunna delas upp i mindre delar. Ett än tydligare uttryck för att uppdelning är möjlig finns i punkt 7 under rubriken Meddelande om upphandling i bilaga VII A till 2004 års LOU-direktiv (jfr även motsvarigheterna i delarna A–C bilaga XII till 2004 års LUF-direktiv). Enligt punkten ska följande information finnas i ett meddelande om upphandling. ”Om kontrakten är uppdelade i delar skall det anges om de ekonomiska aktörerna kan lämna anbud på en eller flera och/eller alla delar.”

Ett av syftena med den omarbetning som har lett fram till 2014 års LOU- och LUF-direktiv har varit att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. De nya bestämmelserna i artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet om uppdelning av kontrakt i delar är ett uttryck för denna målsättning.

Lagrådet har föreslagit att uttryckssättet ”tilldelning av kontrakt i separata delar” ersätts med ”separata avtal i en upphandling”. Lagrådet har föreslagit liknande uttryckssätt genomgående i bestämmelserna om uppdelning av kontrakt. Regeringen har emellertid valt att behålla begreppen tilldelning och kontrakt. Närmare överväganden om detta finns i avsnitt 6.1.2.

I artikel 46.1 i LOU-direktivet respektive artikel 65.1 i LUF-direktivet slås fast den existerande möjligheten för upphandlande myndigheter respektive enheter att dela upp kontrakt i delar. Myndigheten eller enheten får vidare även bestämma storleken på och föremålet för delarna. Efter de ovanstående inledande bestämmelserna skiljer sig regleringen i första punkten i LOU-direktivet från den i LUF-direktivet. Enligt artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet ska en upphandlande myndighet ange huvudskälen till varför ett kontrakt inte har delats upp i delar. Det åligger sålunda myndigheten att förklara varför den har valt att inte dela upp ett kontrakt (apply or explain). I LUF-direktivet saknas en motsvarande bestämmelse som ålägger en upphandlande enhet att förklara varför den har valt att inte dela upp ett kontrakt. Regeringen instämmer i utredningens bedömning att denna skillnad är en följd av att

Prop. 2015/16:195 LUF-direktivet i allmänhet medger ett något större handlingsutrymme för upphandlande enheter än LOU-direktivet medger för upphandlande myndigheter.

Regeringen anser, i likhet med utredningen, att artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet ska genomföras med föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna med samma utformning. Det innebär att även upphandlande enheter i förekommande fall ska vara skyldiga att motivera varför ett kontrakt inte har delats upp. Direktiven kräver att en upphandlande myndighet eller enhet seriöst överväger konsekvenserna av en uppdelning. Detta får anses gälla för kontrakt enligt båda direktiven. Syftet med regleringen i LOU-direktivet och LUF-direktivet är alltså detsamma. Regeringen instämmer i utredningens uppfattning att det till och med är eftersträvansvärt med en likadan utformning av de båda lagarna, då det torde underlätta tillämpningen. Att införa en motiveringsskyldighet även i försörjningssektorerna kan inte bedömas innebära någon mer betydande ökad administrativ börda för de upphandlande enheterna. Med denna utgångspunkt för genomförandet får uttalandena i de något fylligare skälen i LOU-direktivet, skälen 78 och 79 i LOU-direktivet även relevans för hur artikel 65 i LUF-direktivet bör tolkas.

Att dela upp kontrakt i delar, och på så sätt anpassa storleken efter små och medelstora företag, är ett sätt att underlätta tillträde till upphandlingar för sådana företag. De nya direktiven kan sägas lägga fast en miniminivå när det gäller vad upphandlande myndigheter och enheter ska göra eftersom regelverket ska kunna tillämpas i alla medlemsstater. Det finns medlemsstater som redan har föreskrifter med olika långt gående skyldigheter för myndigheter och enheter angående uppdelning av kontrakt. Därmed finns också enligt artikel 46.4 i LOU-direktivet och artikel 65.4 i LUF-direktivet en möjlighet för medlemsstaterna att gå längre och göra det obligatoriskt att tilldela kontrakt i separata delar. Den möjligheten bör inte utnyttjas i svensk rätt. Tilldelning av kontrakt i delar bör inte vara obligatoriskt.

Bestämmelserna i de nya direktiven och de föreslagna lagarna innebär alltså inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter eller enheter att faktiskt dela upp kontrakt. Bestämmelserna syftar enbart till att uppmuntra upphandlande myndigheter och enheter att göra det. Direktiven går i detta avseende inte längre än att det i LOU-direktivet föreskrivs en skyldighet för upphandlande myndigheter att åtminstone överväga saken och motivera ett ställningstagande att inte dela upp. Lagrådet har ansett att regleringen är ett exempel på *lex imperfecta* men har ansett att lagregleringen kan godtas då den följer av direktiven. Direktivens bestämmelser på området bör enligt regeringens mening läsas i ljuset av att den upphandlande myndigheten eller enheten har ett betydande handlingsutrymme när den närmare bestämmer föremålet för upphandlingen och därmed också när det gäller utformningen av den. I skäl 78 i LOU-direktivet anges att skyldigheten för en upphandlande myndighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar gäller samtidigt som det står myndigheten fritt att självständigt fatta sitt beslut på de grunder den anser vara relevanta. Det sägs även att detta

kan ske utan att myndigheten underkastas administrativ eller rättslig kontroll (se närmare nedan).

När det gäller omfattningen av motiveringsskyldigheten är det enligt ordalydelsen av artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet huvudskälen till valet att inte dela upp ett kontrakt som ska anges. Några remissinstanser, bl.a. *Domstolsverket*, anser att denna lokution bör användas i lagtexten. Lokutionen förekommer inte, med något undantag, i svensk lagstiftning. Regeringen anser, i likhet med utredningen, att begreppet skälen bör användas i lagtexten. Det får anses följa av sammanhanget att någon mer ingående beskrivning av skälen inte behöver lämnas. Regeringen delar således inte Domstolsverkets uppfattning att den valda lokutionen innebär att det läggs en större börda på upphandlande myndigheter och enheter.

Vilka kontrakt kan delas upp och hur beräknas upphandlingens värde?

Som konstaterats ovan har den upphandlande myndigheten eller enheten ett betydande handlingsutrymme när den bestämmer vad den ska anskaffa. Bestämmelserna om uppdelning av kontrakt varken utökar eller minskar det utrymme. Myndigheten eller enheten har därför stor frihet att utforma sitt anskaffningsbehov, t.ex. uppdelat på flera upphandlingstillfällen eller ett enda. Ett exempel kan vara att en upphandlande myndighet har ett behov av olika typer av möbler. Produktkategorin möbler delas upp i flera kvalitativa delområden men varje del annonseras var för sig och resultatet blir ett kontrakt inom respektive produktkategoridel men flera kontrakt inom den övergripande produktkategorin möbler. En sådan paketering kan myndigheten göra i dag och även fortsättningsvis, oavsett bestämmelserna om uppdelning av kontrakt. Givetvis kan intresset av att få in anbud från små och medelstora företag påverka hur myndigheten väljer att tillgodose sitt behov.

Bestämmelserna om uppdelning av kontrakt kan beskrivas som ett särskilt system som aktualiseras när det i en upphandling – efter sedvanlig paketering – finns kontrakt som lämpligen skulle kunna delas upp i särskilt syfte att öka små och medelstora företags möjlighet att lämna in anbud i upphandlingen.

Med ledning av skältexterna (skäl 78 och 79 i LOU-direktivet och skäl 87 och 88 i LUF-direktivet) kan sägas att det ska röra sig om att det, antingen som en hel upphandling eller som en del av en upphandling, görs en större anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad. Den aktuella anskaffningen kan i och för sig göras genom tilldelning av ett enda kontrakt, men det finns en möjlighet att dela upp kontraktet på antingen kvantitativ eller kvalitativ grund. Exempelvis kan en planerad anskaffning av ett visst antal enheter av en vara delas upp på kvantitativ grund, dvs. i delar som är mindre sett till antalet enheter. Ett exempel på kvalitativ uppdelning kan vara att en planerad byggentreprenad, som skulle kunna upphandlas genom tilldelning av ett enda kontrakt som en totalentreprenad, i stället delas upp i en del som avser arkitektarbeten, en del som avser byggkonstruktionen och en del som avser inredning. Det går inte att säga något mer exakt om när det kan sägas inträda en skyldighet att överväga uppdelning av ett kontrakt. Ytterst måste det vara

Prop. 2015/16:195 den upphandlande myndigheten eller enheten som tar ställning till detta utifrån omständigheterna, såsom vad det är som anskaffas, storleken på det aktuella kontraktet och hur den aktuella marknaden ser ut.

Avsikten med direktivens bestämmelser synes vara att de separata delar som blir resultatet av en uppdelning var för sig ska betraktas och behandlas som självständiga kontrakt inom ramen för en och samma upphandling. I fråga om beräkning av upphandlingens värde blir bestämmelserna om s.k. delkontrakt tillämpliga. Här följer av huvudregeln i 5 kap. 8 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 7 § första stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna att värdet av delkontrakten ska läggas ihop. I vissa fall kan undantagsbestämmelserna i andra stycket i nämnda paragrafer aktualiseras för något eller några av delkontrakten (jfr skäl 78 andra stycket, första meningen i LOU-direktivet och skäl 87 första stycket, sista meningen i LUF-direktivet).

När bör en uppdelning göras?

Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som självständigt avgör om ett kontrakt lämpligen bör delas upp. Den givna utgångspunkten för övervägandena är att myndigheten eller enheten ska sträva efter att underlätta för små och medelstora företag att delta i den förestående upphandlingen. Övervägandena torde i övrigt kunna grundas på myndighetens eller enhetens eget behov och en analys av hur den aktuella marknaden ser ut. I skäl 78 i LOU-direktivet lämnas exempel på omständigheter som kan leda till beslutet att inte dela upp ett kontrakt. Myndigheten eller enheten kan enligt skältexten komma fram till att en uppdelning riskerar att begränsa konkurrensen, eller att kontraktets genomförande blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt, eller att behovet av att samordna de olika leverantörerna av delarna allvarligt kan riskera att underminera ett korrekt genomförande av kontraktet.

Svenskt Näringsliv framhåller att en uppdelning av ett kontrakt förutsätter att den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt axlar ansvaret som projektledare eller samordnare, och därmed tar ett ansvar för helheten. Ett sätt att förebygga den av Svenskt Näringsliv befarade risken för brister i kvalitet och funktionalitet vid en uppdelning kan i vissa fall vara att låta uppdraget som projektledare eller samordnare ingå som ett moment i något av delkontrakten.

Hur kan kontrakt delas upp?

Bestämmelserna om att en upphandlande myndighet eller enhet ska ange om anbud får lämnas för enbart en eller flera delar eller för samtliga delar av ett uppdelat kontrakt (artikel 46.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 65.1 andra stycket i LUF-direktivet) medger att en upphandling anpassas med hänsyn till förutsättningarna i varje enskild situation. Myndigheten eller enheten bestämmer själv vilken ordning som är lämpligast i det enskilda fallet.

En upphandlande myndighet eller enhet kan, om anbud får lämnas på fler än en av det uppdelade kontraktets separata delar, begränsa antalet delar som kan tilldelas en och samma leverantör. Om myndigheten eller enheten väljer en sådan begränsning, ska det anges i något av

upphandlingsdokumenten. Av dessa ska då framgå hur myndigheten eller enheten avser att hantera situationen att en leverantörs anbud på olika separata delar är sådana att leverantören bör tilldelas kontrakt för fler delar än vad den valda begränsningen medger. I artikel 46.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 65.2 i LUF-direktivet uttrycks det på det sättet att myndigheten eller enheten ska ”ange de objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som de avser att tillämpa när de fastställer vilka delar som ska tilldelas om tillämpningen av tilldelningskriterierna skulle leda till att en anbudsgivare tilldelas fler delar än det högsta tillåtna antalet delar”.

Som har framgått ska alltså möjliga konflikter mellan en vald begränsning och resultatet av en tillämpning av tilldelningskriterierna i en upphandling hanteras genom objektiva och icke-diskriminerande regler som anges i upphandlingsdokumenten. Med tanke på att kravet på objektiva och icke-diskriminerande regler är allmänt hållet, kan man tänka sig en mängd konstruktioner som skulle kunna anses uppfylla kravet i fråga. Vad det närmare innebär får dock bedömas i rättstillämpningen.

Även om den närmare betydelsen av kravet får utvecklas i rättstillämpningen, avser regeringen att i det följande framhålla en åtgärd som enligt regeringens mening får bedömas uppfylla kravet på objektiva och icke-diskriminerande regler. Denna åtgärd innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som har beslutat att en och samma leverantör får tilldelas endast ett begränsat antal separata delar av ett uppdelat kontrakt ska ange att en leverantör, om den lämnar anbud på fler delar än vad begränsningen tillåter tilldelning för, ska rangordna de anbud som den lämnar.

Ett exempel på metoden enligt stycket ovan skulle kunna vara att en myndighet eller enhet har delat upp ett kontrakt i sex separata delar och samtidigt har begränsat antalet delar som en och samma leverantör kan tilldelas till två. Om en leverantör lämnar anbud på delarna 1–4 och 6 och en tillämpning av tilldelningskriterierna leder till att leverantören bör tilldelas kontrakt för delarna 1, 2 och 6, aktualiseras den rangordning som leverantören ska ha angett. Om denna rangordning anger delarna 6, 4, 2, 1 och 3, ska leverantören således tilldelas kontrakt för delarna 6 och 2. Tilldelningen av övriga delar av kontraktet, delarna 1 och 3–5, kan vid ytterligare konflikter följa samma procedur med den skillnaden att redan tilldelade delar stryks från de rangordningar som angetts av respektive aktuell leverantör.

Göteborgs stad Upphandlings AB har påpekat att en tillämpning enligt ovan kan få till resultat att det i och för sig finns anbud för en eller flera delar men att begränsningen av antalet delar, tillsammans med leverantörernas rangordning, innebär att något kontrakt inte kan tilldelas för dessa delar. Detta är inte möjligt att förutse redan när upphandlingen utformas. Det beror nämligen av dels hur anbudsvärderingen utfaller, dels vilken rangordning av de olika delarna som anbudsgivarna har gjort. Enligt regeringens bedömning bör det emellertid vara möjligt att föreskriva i upphandlingsdokumenten att det, i händelse av ett sådant resultat, ska kunna vara möjligt att med avvikelser från begränsningsregeln tilldela kontrakt till den leverantör som lämnat det

Prop. 2015/16:195 bästa anbudet för den eller de aktuella delarna och som annars skulle stå utan kontraktspart.

En möjlighet att tilldela kombinerade delar av kontrakt

Reglerna om tilldelning av kombinerade delar av kontrakt i artikel 46.3 i LOU-direktivet och artikel 65.3 i LUF-direktivet medger att en upphandlande myndighet eller enhet kombinerar flera delar av ett uppdelat kontrakt och tilldelar en och samma leverantör en sådan kombination av delar. En förutsättning för bestämmelsernas tillämpning är att myndigheten eller enheten i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse har angivit dels att den förbehåller sig rätten att kombinera olika delar, dels vilka delar eller grupper av delar som kan kombineras. Av punkten framgår att medlemsstaterna avgör om punktens bestämmelser ska genomföras.

Utredningen har föreslagit att dessa bestämmelser inte ska genomföras. Regeringen anser dock, i likhet med ett antal remissinstanser, att bestämmelserna bör genomföras. Bestämmelserna om uppdelning av kontrakt innebär att en upphandlande myndighet eller enhet seriöst ska överväga lämpligheten av en uppdelning i de fall det i en upphandling finns kontrakt som lämpligen kan delas upp. Det är då, enligt regeringens bedömning, nödvändigt att myndigheten eller enheten har möjlighet att tilldela uppdelade kontrakt i kombinerade delar. Utan den flexibiliteten kan resultatet bli att upphandlande myndigheter och enheter, med hänvisning till t.ex. de affärsrättsliga riskerna, i större utsträckning än annars väljer att avstå från att dela upp större kontrakt som i och för sig hade kunnat delas upp. I skäl 79 i LOU-direktivet hålls också fram att målet att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentlig upphandling kan hämmas om upphandlande myndigheter förpliktas att tilldela kontraktet del för del även när detta skulle innebära att man måste godta avsevärt mindre fördelaktiga lösningar jämfört med en tilldelning som slår samman flera eller samtliga delar. Sedd för sig kan bestämmelsen om kombinerade delar synas motverka syftet att underlätta för små och medelstora företag, särskilt om man i detta läser in den näraliggande målsättningen att dessa företag också ska tilldelas separata kontrakt. Men bestämmelsen måste alltså ses i sitt sammanhang. Regeringen bedömer att ett införande får gynnsamma effekter för möjligheterna att ta hänsyn till de små och medelstora företagens intresse att delta i upphandlingar. Eftersom det ska anges i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse om och i så fall hur kombinationer av delar kan komma att göras är det vidare möjligt för alla intresserade leverantörer att anpassa anbudsgivningen efter detta.

En upphandlande myndighet eller enhet bör alltså ha möjlighet att förbehålla sig möjligheten att kombinera delar t.ex. när det kan identifieras en risk att en tilldelning av enbart separata kontrakt kan resultera i en omotiverat dyrare affär för myndigheten eller enheten. Bestämmelserna kan utformas i enlighet med det alternativa lagförslag som utredningen har lämnat.

I skäl 78 i LOU-direktivet uttalas att en upphandlande myndighets beslut i fråga om huruvida ett kontrakt ska delas upp i delar inte kan ”underkastas administrativ eller rättslig kontroll”. Utredningen har ifrågasatt om uttalandet avser att inskränka den rätt till överprövning av åtgärder under en upphandling som följer av EU-domstolens praxis (se EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5). Utredningen tolkar uttalandet som en påminnelse om att en rättslig kontroll i praktiken mycket sällan kommer leda till något annat konstaterande än att myndigheten eller enheten har hållit sig inom det handlingsutrymme som myndigheten eller enheten har. Några remissinstanser, bl.a. *Migrationsverket*, *Konkurrensverket* och *Sveriges Television AB (SVT)*, invänder mot utredningens tolkning. Ytterligare några framför att saken bör övervägas ytterligare. Migrationsverket befarar att för det fall besluten kan bli föremål för prövning av domstol, kommer det att leda till ett stort antal ytterligare överprövningsmål.

Upphandlande myndigheter och enheter ska självständigt bestämma upphandlingsföremålet och har inte enligt direktiven någon skyldighet att dela upp kontrakt. Regeringen instämmer i Konkurrensverkets uppfattning att ett beslut i fråga om uppdelning eller inte är ett sådant förberedande, internt övervägande som inte i sig kan bli föremål för en ansökan om överprövning (jfr nämnda avgörande från EU-domstolen, p. 35). Som SVT framhåller är det emellertid så att alla åtgärder, även i fråga om uppdelning av kontrakt, måste vara i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling. Om en upphandlande myndighet eller enhet i något fall skulle använda bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i ett otillbörligt syfte att styra utfallet i upphandlingen på ett konstgjort sätt (jfr artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet, se avsnitt 9.1), måste detta kunna kontrolleras inom ramen för en rättslig prövning av upphandlingen som sådan.

10.6 Reserverad upphandling

10.6.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

<p>Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska ha möjlighet att reservera deltagandet i upphandlingsförfaranden för vissa s.k. sociala företag, alternativt föreskriva att kontrakt ska fullgöras inom ramen för program med skyddad anställning.</p>

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en delvis annan utformning av lagparagrafen om reserverad upphandling.

Remissinstanserna: Ett flertal remissinstanser, bl.a. *Försäkringskassan*, *Konkurrensverket*, *Tillväxtverket*, *Arbetsförmedlingen*, *Landsorganisationen i Sverige (LO)*, *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)*, *Tjänstemännens central-*

Prop. 2015/16:195 *organisation (TCO)* och ett antal kommuner tillstyrker att direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt genomförs. Konkurrensverket anser att eventuella marknadsstörande effekter som reserverade kontrakt kan medföra bör följas upp. *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv* tillstyrker även de att bestämmelserna genomförs. De framhåller dock att direktivens bestämmelser innehåller vaga begrepp, t.ex. missgynnade personer, och att det bör förtydligas under vilka omständigheter kontrakt ska kunna reserveras. De remissinstanser, bl.a. *Skatteverket*, *Kommerskollegium* och *Almega*, som avstyrker ett genomförande anger som skäl för detta huvudsakligen att bestämmelserna är vaga samt att det finns en risk för marknadsstörande effekter. *Kammarrätten i Göteborg* föreslår att andra begrepp än direktivens begrepp arbetstagare respektive missgynnade personer används i lagtexten. LO, SACO och TCO anser till skillnad från utredningen att det ligger i begreppet arbetstagare att dessa ska vara anställda hos leverantören. De anser vidare att det s.k. andelskravet om 30 procent ska förstås i relation till de arbetstagare hos leverantören som arbetar inom ramen för det som ska upphandlas, och inte leverantörens hela verksamhet.

Skälen för regeringens förslag

Reserverade kontrakt i 2014 års upphandlingsdirektiv

De bestämmelser om reserverade kontrakt som finns i 2004 års upphandlingsdirektiv genomfördes inte i svensk rätt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 186 f.). I 2014 års upphandlingsdirektiv återfinns bestämmelser om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet. De innebär liksom tidigare motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv att medlemsstaterna kan föreskriva att vissa leverantörer av sociala hänsyn får positivt särbehandlas inom ramen för upphandlingsregleringen. Möjligheterna att särbehandla leverantörer enligt de nya direktiven har dock utvidgats i förhållande till 2004 års regler. Den nya regleringen tar sikte inte enbart på personer med funktionsnedsättning utan innehåller också begreppet missgynnade personer. I regleringen framhålls också att den verksamhet som leverantörerna bedriver ska syfta till social och yrkesmässig integration.

I de nya direktiven har det dessutom preciserats hur stor andel av de personer som leverantören sysselsätter som ska vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer i direktivens mening. Enligt artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet är en förutsättning för att en leverantör ska kunna särbehandlas enligt nämnda artiklar att minst 30 procent av leverantörens arbetstagare är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. Den beskrivna preciseringen i fråga om andelen hos leverantören sysselsatta personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, 30 procent, innebär också en utvidgning i förhållande till 2004 års regler. Ordalydelsen i 2004 års direktiv kan tolkas som att minst hälften av de hos leverantören sysselsatta ska vara personer med funktionsnedsättning.

Den särbehandling som artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet medger kan göras på två olika sätt. För det första kan deltagandet i ett upphandlingsförfarande reserveras till vissa leverantörer, nämligen s.k. skyddade verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är

social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer. För det andra kan ett kontrakt villkoras med att det ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. För båda varianterna gäller den grundläggande förutsättningen att minst 30 procent av dem som leverantören sysselsätter i nämnda verksamheter är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

I skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv (skäl 36 i LOU-direktivet och skäl 51 i LUF-direktivet) betonas betydelsen av anställning och sysselsättning som grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla. Enligt skälen kan skyddade verkstäder och andra sociala företag vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättningar och missgynnade personer spela en väsentlig roll i detta sammanhang. Missgynnade personer exemplifieras i skälen med arbetslösa, missgynnade minoriteter och på annat sätt marginaliserade grupper av personer. Då verksamheter av nu aktuellt slag kan sakna möjligheter att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden, är det enligt skälen lämpligt att ge medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva regler om reserverade kontrakt.

Det anges uttryckligen i artikel 20.2 att det i meddelandet om upphandling ska hänvisas till artiklarna om reserverade kontrakt.

Direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt genomförs i svensk rätt

Varje medlemsstat har möjlighet att själv avgöra om direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt ska genomföras i den nationella lagstiftningen. Remissutfallet över utredningens delbetänkande, tillsammans med 2010 års Upphandlingsutredning och remissutfallet beträffande den utredningens del- och slutbetänkande (SOU 2011:73 och 2013:12) tyder på att det i dag finns ett behov av bestämmelser om reserverade kontrakt i svensk rätt. Som *Lagrådet* dock påpekat är det mer rättvisande att tala om reserverad upphandling varför det uttrycket bör användas i stället.

Mot ett genomförande talar främst att det, som bl.a. *Konkurrensverket* har framhållit, inte kan uteslutas att systemet med reserverade kontrakt skulle kunna få mer betydande marknadsstörande effekter. Den risken bör dock enligt regeringens mening inte överdrivas och är inte skäl att underlåta att införa bestämmelserna. Regeringen anser därför att bestämmelserna bör genomföras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna och, som framgår av avsnittet nedan, i lagen om upphandling av koncessioner. Om det i tillämpningen framkommer skäl för det, får det övervägas om en översyn av bestämmelserna bör göras.

Upphandlingsdirektivens regler om reserverad upphandling innebär emellertid inte att en svensk upphandlande myndighet eller enhet kan vända sig till en inhemsk leverantör och tilldela kontrakt utan upphandling. Bestämmelserna innebär enbart att myndigheten eller enheten får reservera deltagandet i ett i övriga delar ordinärt upphandlingsförfarande för vissa slag av företag, och i det avseendet göra ett avsteg från en full konkurrensutsättning.

Prop. 2015/16:195 Myndigheten eller enheten kan alternativt föreskriva som ett särskilt kontraktsvillkor att kontraktet ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning. För det fall en myndighet eller enhet utöver reglerna om reserverad upphandling önskar precisera de sociala hänsyn eller mål en leverantör ska ta eller uppnå, är den hänvisad till att tillämpa upphandlingsreglerna i övrigt. Handlingsutrymmet i det hänseendet bestäms således av hur sociala krav i allmänhet kan användas i en upphandling för att exempelvis gynna särskilt utsatta personer i samhället.

Direktivens begrepp arbetstagare och missgynnade personer

Utredningen och några remissinstanser har framhållit att vissa begrepp i direktivens artiklar om reserverade kontrakt framstår som vaga och att de i tillämpningshänseende möjligen skulle tjäna på att preciseras i den svenska lagtexten. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det är bättre att använda begreppet de som är sysselsatta i stället för direktivens arbetstagarbegrepp. *LO* m.fl. fackliga organisationer anser att det ligger i begreppet arbetstagare att dessa personer ska vara anställda. Regeringen uppfattar, i ljuset av skältexterna, att ett syfte med bestämmelsen om reserverad upphandling är att möjliggöra för sådana skyddade verkstäder och andra sociala företag som åsyftas att tilldelas kontrakt som de annars skulle sakna möjlighet till att få under normala konkurrensförhållanden. Som utvecklas närmare nedan verkar ofta dessa leverantörer inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program och då inte enbart genom att anställa personerna. Regeringen anser därför att det är mer ändamålsenligt att i lagtexten använda det av kammarrätten föreslagna begreppet de som är sysselsatta.

Kammarrätten i Göteborg föreslår också att begreppet socialt och ekonomiskt utsatta personer används i lagarna i stället för direktivens begrepp missgynnade personer. Regeringen instämmer i att direktivens begrepp är vagt. Det är även olämpligt i en svensk kontext. Lagtexten bör därför ges en annan utformning som i sak motsvarar direktiven. Bestämmelserna om reserverad upphandling syftar i nu aktuell del till att stödja integration eller återintegration av personer som bl.a. på grund av vissa omständigheter som t.ex. arbetslöshet eller etnicitet har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Regeringen anser att uttrycket personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden ger en tydligare och bättre anvisning än direktivens begrepp om vilka personer som avses. Det uttrycket bör därför användas i lagtexten. Uttrycket ska i fråga om personkretsen förstås som motsvarande direktivens begrepp missgynnade personer. I uttrycket ligger även en anvisning om att de personer som sysselsätts ska ha ett faktiskt behov av integrerande insatser för att leverantören ska kunna komma i fråga för deltagande i en reserverad upphandling (se nedan).

Det finns inte någon definition av begreppet missgynnade personer i direktiven. I skäl 36 i LOU-direktivet lämnas emellertid exemplen arbetslösa, missgynnade minoriteter eller på annat sätt marginaliserade befolkningsgrupper. Ytterligare vägledning kan hämtas i kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt

Enligt artikel 2 (3) ska med arbetstagare med funktionshinder förstås personer som

- a) erkänns som arbetstagare med funktionshinder i nationell lagstiftning, eller
- b) har varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar som i samspel med olika hinder kan hindra dem från att fullt och effektivt delta i en arbetsmiljö på lika villkor med andra arbetstagare.

Enligt artikel 2 (4) ska med arbetstagare med sämre förutsättningar förstås personer som

- a) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under de senaste sex månaderna, eller
- b) är mellan 15 och 24 år, eller
- c) inte har gymnasiekompetens eller yrkesutbildning (International Standard Classification of Education, nivå 3) eller som för senast två år sedan har avslutat en utbildning med heltidsstudier och som ännu inte fått sin första reguljära avlönade anställning, eller
- d) är över 50 år, eller
- e) lever ensamma och har vårdnaden om ett eller flera barn, eller
- f) arbetar inom en sektor eller ett yrke i en medlemsstat där obalansen mellan könen är minst 25 procent högre än den genomsnittliga könsobalansen inom alla ekonomiska sektorer i den berörda medlemsstaten och som tillhör den underrepresenterade könsgruppen, eller
- g) tillhör en etnisk minoritet inom en medlemsstat och måste förbättra sin profil när det gäller språkkunskaper, yrkesutbildning eller arbetslivserfarenhet för att förbättra sina möjligheter att få fast anställning.

Enligt artikel 2 (99) ska med arbetstagare med kraftigt sämre förutsättningar förstås personer som

- a) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under minst 24 månader, eller
- b) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under minst tolv månader och tillhör en av de kategorier b–g som anges i definitionen av arbetstagare med sämre förutsättningar.

Regeringen bedömer att sådana personkategorier som beskrivs i artikel 2 (4) och 2 (99) i förordningen kan falla in under direktivens begrepp missgynnade personer. Till exempel kan sådana personer som är arbetslösa i den meningen att de inte har haft en ordinarie avlönad anställning under de senaste sex månaderna anses omfattade.

Förordningen ger enligt regeringens mening en vägledning om vilken den unionsrättsliga ramen är, dvs. vilka personkategorier som EU-lagstiftaren anser bör kunna omfattas av begreppet missgynnade personer. Eftersom upphandlingsdirektiven saknar en definition kan det tänkas att begreppet avser även andra personer. I ljuset av

Prop. 2015/16:195 direktivbestämmelsernas syfte, att möjliggöra positiv särbehandling av vissa leverantörer, får betydelsen dock inte utsträckas i tillämpningen utan grund i bestämmelserna.

Det kan också påminnas om att ett syfte med direktivens bestämmelser om reserverad upphandling är att stödja social och yrkesmässig integration av de berörda personerna. Det är därmed inte ensamt avgörande, för att en leverantör ska komma i fråga för deltagande i en reserverad upphandling, att leverantören kan visa att den sysselsätter en tillräcklig andel personer vars förhållanden motsvarar någon av beskrivningarna ovan. Personerna ska även ha ett faktiskt behov av integrerande insatser. Om det bedöms nödvändigt bör leverantören kunna visa på vilket sätt de som sysselsätts behöver integrerande insatser och även hur detta tillgodoses.

Vilka leverantörer kan komma i fråga?

Artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet innehåller två villkor för att en leverantör ska vara aktuell för deltagande i en reserverad upphandling. För det första ska det främsta syftet med verksamheten vara social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer. För det andra ska minst 30 procent av arbetstagarna vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

Utredningen har i sitt delbetänkande (SOU 2014:51, avsnitt 3.3.3) utförligt gått igenom leverantörer i Sverige som i dagsläget bedriver sådan verksamhet som avses med bestämmelserna om reserverad upphandling. Sammanfattningsvis finner utredningen att det i flera fall rör sig om leverantörer som i varierande utsträckning verkar inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program. Det statligt helägda bolaget Samhall AB anställer personer med funktionshinder och nedsatt arbetsförmåga i skyddat arbete. En annan kategori leverantörer som utredningen identifierar är de som sysselsätter personer inom ramen för kommunala åtgärder för att särskilt utsatta personer ska få sysselsättning och arbete. Det kan handla om att en socialnämnd fullgör sin skyldighet enligt 4 kap. 4 § socialtjänstlagen (2001:453) i syfte att stärka en individs möjlighet att komma in på arbetsmarknaden eller enligt 5 kap. 7 § socialtjänstlagen att medverka till att en individ med funktionshinder får en meningsfull sysselsättning.

En grupp av aktörer som bör nämnas särskilt i detta sammanhang är de s.k. arbetsintegrerande sociala företagen. Med sådana företag avses enligt regeringens handlingsplan för arbetsintegrerande sociala företag den 22 april 2010 (N2010/1894/ENT) företag som driver näringsverksamhet, dvs. producerar och säljer varor eller tjänster, och företag

- med övergripande ändamål att integrera människor som har stora svårigheter att få och/eller behålla ett arbete, i arbetsliv och samhälle,
- som skapar delaktighet för medarbetarna genom ägande, avtal eller på annat väl dokumenterat sätt,
- som i huvudsak återinvesterar sina vinster i den egna eller liknande verksamheter, och
- som är organisatoriskt fristående från offentlig verksamhet.

Här bör också nämnas Kriminalvårdens s.k. arbetsdrift som är en del i Kriminalvårdens uppdrag att förebygga att intagna återfaller i brott och tillgodose de intagnas behov av sysselsättning (se 2, 3 och 5 §§ förordningen [2007:1172] med instruktion för Kriminalvården). Kriminalvårdens arbetsdrift både levererar varor och utför tjänster.

Utredningen finner att de leverantörer som sysselsätter personer inom ramen för nämnda insatser inte låter sig beskrivas på något mer precist eller samlat sätt. Det rör sig om aktörer av olika storlek och i olika associationsrättsliga former som sysselsätter aktuella personer i varierande antal och i varierande proportion till övriga anställda. Det som förenar dem är dock att syftena med deras verksamheter – hela eller delar av dem – och de personer som de sysselsätter är sådana att kraven i dessa delar för deltagande i en reserverad upphandling kan anses uppfyllda.

Verksamhetsinriktning och andelskravet

När det gäller leverantörens syfte med verksamheten kan det konstateras att direktivet inte uppställer något krav på att leverantören ska ha en särskild associationsrättslig form eller företagsstruktur. Det finns inte heller något krav på auktorisation. Enligt direktivet ska social och yrkesmässig integration vara leverantörens främsta syfte. Det som ordvalet torde syfta till är att markera att det inte får råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Regeringen anser det inte lämpligt eller nödvändigt att, som *Domstolsverket* föreslår, införa ett nationellt register eller ett system med auktorisation av s.k. sociala företag. Det måste i alla händelser ytterst vara den upphandlande myndigheten eller enheten som i varje enskilt fall vid en kvalificeringsprövning bedömer om kravet beträffande verksamhetsinriktning är uppfyllt eller inte. Detsamma gäller i fråga om andelskravet.

När det gäller andelskravet kommer det, som framgår ovan, till uttryck i artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet på så sätt att en tillämpning av bestämmelserna om reserverad upphandling kräver att minst 30 procent av de hos leverantören sysselsatta personerna är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Såväl när det gäller verksamhetsinriktning som andelskravet ska ställningstagandet till om leverantören uppfyller kraven grundas på dennes förhållanden vid tidpunkten då anbudsansökan eller anbudet lämnas in. Det är endast den leverantör som vid denna tidpunkt uppfyller villkoren som har rätt att delta i en reserverad upphandling. Så som direktivbestämmelserna är formulerade bör denna tidpunkt vara avgörande inte bara när det rör sig om en reserverad upphandling, utan också när den upphandlande myndigheten eller enheten väljer alternativet att föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. En annan sak är att leverantörens förhållanden får förväntas bestå under tiden för kontraktets fullgörande. Det synes lämpligt att villkora detta i kontraktet. I händelse av att leverantören ändrar inriktning på sin verksamhet eller inte längre

Prop. 2015/16:195 uppfyller andelskravet bör den upphandlade myndigheten eller enheten kunna göra gällande att det rör sig om en väsentlig ändring av kontraktet (se angående bestämmelserna om ändring av kontrakt under löptiden avsnitt 26.4.1). Kontrollen av att leverantören alltså uppfyller villkoren kan ingå som ett moment i den löpande avtalsuppföljningen.

Bedömningen av om de båda villkoren är uppfyllda ska göras utifrån det underlag som leverantören har gett in. Beträffande verksamhetsinriktningen kan t.ex. leverantörens bolagsordning eller stadgar vara relevant dokumentation. I praktiken torde prövningen av om andelskravet är uppfyllt vara det viktigaste men också svåraste momentet vid kvalificeringsprövningen. Det är leverantören som ska visa, med lämplig dokumentation, att andelskravet är uppfyllt. Kravet gäller i förhållande till leverantörens verksamhet i dess helhet.

Regeringen anser att det inte, så som *LO* m.fl. fackliga organisationer gör gällande, går att i direktivbestämmelserna läsa in ett krav om att just personerna med funktionsnedsättning eller de personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden faktiskt ska delta i produktionen eller utförandet av de varor eller tjänster som upphandlas. Så länge andelskravet för leverantörens verksamhet i dess helhet är uppfyllt saknar det alltså betydelse vem hos leverantören som utför de arbetsuppgifter som är kopplade till det som upphandlas.

Sammanfattningsvis kan sägas att i frågan vilka leverantörer som typiskt sett kan anses uppfylla kravet på verksamhetsinriktning och andelskravet kan vägledning hämtas av redogörelsen ovan och av den genomgång som görs i utredningens delbetänkande (utredningens avsnitt 3.3.3). Ytterst måste dock ställningstagandet till om en viss leverantör uppfyller kraven eller inte göras i varje enskilt fall. I detta sammanhang har, som *Konkurrensverket* framhåller, upphandlingsstödet en viktig funktion när det gäller att stödja och underlätta tillämpningen för upphandlande myndigheter och enheter som önskar använda sig av möjligheten att reservera deltagande i en upphandling.

10.6.2 Reserverad upphandling vid upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om reserverad upphandling som motsvarar regleringen i de två andra lagarna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig i frågan lämnar motsvarande synpunkter som beträffande reserverade kontrakt.

Skälen för regeringens förslag: I LUK-direktivet finns på motsvarande sätt som i LOU-direktivet och LUF-direktivet bestämmelser om reserverade koncessioner. I likhet med artiklarna 20 och 38 i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet är artikel 24 i LUK-direktivet utformad så att det står medlemsstaterna fritt att införa särskilda bestämmelser om reserverade kontrakt/koncessioner. Det finns inte skäl att beträffande reserverad upphandling vid upphandling av koncessioner göra någon annan bedömning än den som görs i avsnittet ovan angående

10.7 CPV-nomenklaturen

Regeringens förslag: Alla hänvisningar till nomenklatur inom upphandling ska göras med användning av CPV-nomenklaturen. De paragrafer i lagarna som genomför artiklar i direktiven med hänvisningar till CPV-koder ska innehålla sådana hänvisningar. Även den bilaga till lagarna som förtecknar sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska innehålla hänvisningar till CPV-koder.

Regeringens bedömning: Bilagan till lagarna med en förteckning över byggtreprenadkontrakt, bör inte innehålla CPV-koder. Dessa koder, såsom de för varje tid har beslutats av kommissionen, bör i stället tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling.

Promemorians och utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. Till skillnad från den bedömning som gjorts i promemorian och av utredningen anser regeringen att de artiklar i direktiven som innehåller hänvisningar till CPV-koder genomgående bör genomföras genom bestämmelser i lagarna som hänvisar till dessa CPV-koder.

Remissinstanserna: De remissinstanser som berör frågan i sina remissvar över promemorian instämmer i promemorians förslag och bedömning. *Västra Götalands läns landsting* noterar dock att det i promemorians lagförslag förekommer alternativa sätt att hänvisa till CPV-koder och önskar att man i lagtexten ska välja ett enhetligt sätt att hänvisa till CPV-koderna. Flera remissinstanser, bl.a. *Arbetsförmedlingen* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* framhåller att CPV-nomenklaturen är föråldrad och behäftad med allvarliga brister. *Boverket* anför i sitt remissvar över utredningens slutbetänkande att begreppet "Nace Rev. 1" i bilaga 1 bör få en förklaring jämförbar med den förklaring som akronymen CPV har fått i promemorians förslag till paragraf om CPV-nomenklaturen.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Något om CPV-nomenklaturen

Common Procurement Vocabulary, CPV-nomenklaturen, är ett klassificeringssystem med numeriska koder för varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten, som regleras i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 (förkortad CPV-förordningen). CPV-nomenklaturen standardiserar de referenser som upphandlande myndigheter och enheter ska använda för att beskriva föremålet för upphandlingen (skäl 3 i CPV-förordningen). Syftet med att ha en gemensam nomenklatur är att öka tillgängligheten och öppenheten för leverantörerna. Hänvisningar till CPV-nomenklaturen och koderna i denna (CPV-koder) finns i alla tre direktiv.

Prop. 2015/16:195 De bestämmelser som är nödvändiga för revideringen av CPV-nomenklaturen ska, enligt artikel 2 i CPV-förordningen, antas av kommissionen.

CPV-nomenklaturen ska användas vid all upphandling

Av artikel 23.1 i LOU-direktivet respektive artikel 41.1 i LUF-direktivet och artikel 27.1 i LUK-direktivet följer att alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för offentlig upphandling ska göras genom användning av CPV-nomenklaturen, som fastställs i CPV-förordningen.

När det gäller den s.k. Nace-nomenklaturen på området för byggtreprenader anges i bilaga II till LOU-direktivet respektive bilaga I till LUF-direktivet att om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och NACE, ska CPV-nomenklaturen tillämpas. I 2004 års LOU- och LUF-direktiv och i LOU och LUF anges det motsatta förhållandet, se vidare nedan.

En bestämmelse bör tas in i respektive lag som motsvarar artikel 23.1 i LOU-direktivet, artikel 41.1 i LUF-direktivet och artikel 27.1 i LUK-direktivet. Bestämmelsen bör tas in i lagarnas kapitel med allmänna bestämmelser. Enligt *Lagrådet* kan utöver detta en definition också vara på sin plats i det inledande kapitlet i varje lag. Med hänsyn till att CPV-nomenklaturen och CPV-koderna förklaras genom den direkt tillämpliga CPV-förordningen, bedömer dock regeringen att en sådan definition inte är nödvändig vid sidan av den allmänna bestämmelsen.

Hur används CPV-koder i upphandlingsdirektiven och hur kan de ändras?

CPV-koder används på ett flertal ställen i direktiven och dess bilagor för att benämna tjänster och byggtreprenader och därigenom avgränsa direktivens tillämpningsområden när det gäller dessa. Det är dock viktigt att notera att CPV-kodernas funktion endast är att benämna varor, tjänster och byggtreprenader, i syfte att skapa enhetlighet och bättre öppenhet för leverantörer. Koderna har alltså inte någon rättslig verkan i sig utan är endast ett hjälpmedel för att korrekt kunna identifiera vilka varor, tjänster och byggtreprenader som avses.

Genom artikel 23.2 i LOU-direktivet, artikel 41.2 i LUF-direktivet och artikel 27.2 i LUK-direktivet har kommissionen fått befogenhet att anpassa de CPV-koder som anges i direktiven genom s.k. delegerade akter, till följd av ändringar i CPV-nomenklaturen. Ändringarna får inte medföra en ändring av direktivens tillämpningsområden.

I artikel 7 i LOU-direktivet undantas vissa kontrakt som avser tjänster som är posttjänster närstående från direktivets tillämpningsområde. När det gäller finansiella tjänster avgränsas undantaget i första stycket bl.a. med angivande av ett intervall av CPV-koder.

I artikel 14 i LOU-direktivet, artikel 32 i LUF-direktivet och artikel 25 i LUK-direktivet om forsknings- och utvecklingstjänster används CPV-koder för att ange vilka tjänster på forsknings- och utvecklingsområdet som omfattas av upphandlingsskyldighet i vissa fall.

I artikel 10 h i LOU-direktivet, artikel 21 h i LUF-direktivet och artikel 10.8 g i LUK-direktivet används vidare CPV-koder i det nya undantaget för civilförsvartjänster m.m. I artikel 10 j i LOU-direktivet

och artikel 10.8 h i LUK-direktivet används CPV-koder i undantaget för politiska kampanjer.

I artikel 10.9 i LUK-direktivet används CPV-koden för lotteriverksamhet för att ange vilka lotteritjänster som undantas från direktivets tillämpningsområde.

När det gäller byggtreprenader framgår av definitionen av byggtreprenadkontrakt i respektive direktiv att direktiven är tillämpliga för sådan verksamhet som finns angiven i bilaga II till LOU-direktivet, bilaga I till LUF-direktivet och bilaga I till LUK-direktivet. I dessa bilagor redovisas verksamheterna med angivande dels av undergrupper enligt den s.k. NACE-nomenklaturen, dels med CPV-koder.

I bilaga XIV till LOU-direktivet, bilaga XVII till LUF-direktivet och bilaga IV till LUK-direktivet anges vilka sociala tjänster och andra särskilda tjänster som omfattas av endast ett mindre antal regler i direktiven. Tjänsterna anges med CPV-koder.

Lagarnas paragrafer bör innehålla motsvarande hänvisningar till CPV-koder som i direktivens artiklar

Bestämmelserna i CPV-förordningen är bindande och direkt tillämpliga. De upphandlande myndigheterna och enheterna ska använda CPV-nomenklaturen vid all upphandling. Därmed ska de också tillämpa de eventuella ändringar av CPV-förordningen som kommissionen, med stöd av sin befogenhet att ändra i denna, kan komma att besluta. Nackdelen med att CPV-koder används i lagarna för att benämna t.ex. undantagna tjänster är att dessa benämningar kan bli inaktuella. Det finns en risk att nödvändiga konsekvensändringar av lagstiftningen inte är möjliga att genomföra i tid innan ändringar av CPV-förordningen träder i kraft.

Utgångspunkten i lagrådsremissens förslag var att CPV-koderna i möjligaste mån inte skulle tas med i lagarna och dess bilagor utan att dessa i stället skulle tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling. I vissa fall bedömde dock regeringen att det för en korrekt tillämpning inte gick att undvika att ange CPV-koderna. *Lagrådet* har anfört att lagrådsremissens förslag är inkonsekvent, eftersom två olika metoder används. *Lagrådet* anser också att de överlappningar som förekommer i CPV-nomenklaturen blir mindre i ögonfallande om CPV-koderna används i stället för benämningarna i nomenklaturen.

När det gäller genomförandet av artiklar i direktiven kan regeringen godta *Lagrådets* synpunkt att ett enhetligt genomförande är att föredra. Regeringen anser också, liksom *Lagrådet*, att den nackdel det innebär att lagarna måste ändras när koderna ändras får accepteras. Detta gäller särskilt eftersom nu gällande CPV-förordning hittills endast ändrats vid två tillfällen sedan den trädde i kraft. I enlighet med *Lagrådets* synpunkter bör alltså de artiklar som anger CPV-koder genomföras på så sätt att CPV-koderna, men inte de enskilda tjänsternas benämningar, tas in i paragraferna. En följd av detta blir alltså att en lagändring måste göras om eventuella framtida ändringar av CPV-förordningen nödvändiggör detta, på grund av kommissionens konsekvensändringar av motsvarande bestämmelser i och bilagor till upphandlingsdirektiven. Det finns visserligen en risk för att lagändringar inte hinner ske i tid och att

Prop. 2015/16:195 därmed en osäkerhet kan uppstå på grund av skillnaderna i förhållande till CPV-förordningen. Regeringen vill dock framhålla att för det fall en sådan situation skulle uppstå så följer det av normhierarkin att CPV-förordningen, som är bindande och direkt tillämplig för upphandlande myndigheter och enheter, ska tillämpas framför lagens bestämmelser.

Lagarnas bilagor bör innehålla CPV-koder endast när det framstår som helt nödvändigt

Som framgår av avsnitt 5.6 föreslår regeringen att två av bilagorna till direktiven, som innehåller CPV-koder, ska genomföras genom bilagor till lagarna. Dessa bilagor innehåller dels en förteckning över byggtreprenadkontrakt, dels en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

När det gäller bilagan med en förteckning över byggtreprenadkontrakt har *Lagrådet* framhållit att CPV-koderna är den avgörande informationen och att dessa därför måste framgå. En motsvarande bilaga, utan angivande av CPV-koder, finns till nuvarande LOU och LUF. När 2004 års direktiv genomfördes angavs CPV-koderna i bilagan. I samband med genomförandet av LUFs-direktivet upphävdes emellertid dessa bilagor och ersattes med nya bilagor som inte innehåller uppgifter om CPV-koder. Samtidigt infördes en upplysningsbestämmelse i lagarna om att de aktuella CPV-koderna skulle tillkännages i Svensk författningssamling. Som skäl för denna ändring anförde regeringen att CPV-förordningen, som innehåller reviderade bilagor till direktiven, i alla delar är bindande och direkt tillämplig och därför inte bör tas in i lagen (prop. 2010/11:150 del 1 s. 329). När det gäller bilagan med byggtreprenadkontrakt finns det enligt regeringens mening inte skäl att nu ändra på den gällande ordningen. Bilagan bör därför utformas på motsvarande sätt som bilagorna i nuvarande LOU, LUF och LUFs, vilket också innebär en enhetlighet mellan samtliga lagar.

Lagrådet har vidare ansett att om bilagan behålls så bör bestämmelsen om förhållandet mellan Nace och CPV framgå av en paragraf i respektive lag. De s.k. Nace-koderna härrör från Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1893/2006 av den 20 december 2006 om fastställande av den statistiska näringsgrensindelningen Nace rev. 2 och om ändring av rådets förordning (EEG) nr 3037/90 och vissa EG-förordningar om särskilda statistikområden. Av artikel 1 i förordningen framgår att den endast ska tillämpas på användningen av klassifikationen för statistikändamål. Syftet med förordningen är att öka jämförbarheten mellan nationell statistik, gemenskapsstatistik och internationell statistik. I 2004 års direktiv anges att Nace ska ha företräde framför CPV-nomenklaturen vid eventuella skillnader (artikel 1.14 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv och artikel 1.15 andra stycket i 2004 års LUF-direktiv). Bestämmelserna har genomförts i 2 kap. 5 § andra stycket LOU och LUF, men inte i LUFs. Genom 2014 års direktiv har, som nämnts ovan, prioriteringsordningen mellan CPV och Nace ändrats. Detta framgår av att någon motsvarande artikelbestämmelse som den i 2004 års direktiv om företrädet för Nace inte längre finns och av en upplysning i den aktuella bilagan om att CPV-nomenklaturen ska tillämpas om CPV och Nace skiljer sig åt. Eftersom CPV-förordningen är direkt tillämplig

och uttryckligen föreskriver att CPV-nomenklaturen ska tillämpas vid offentlig upphandling följer det enligt regeringens mening redan av normala lagtolkningsmetoder att CPV-förordningen ska tillämpas före Nace, om inte annat har föreskrivits. Det som anges i bilagan måste därför närmast ses som en upplysning om det som redan gäller. Något skäl att reglera detta i en paragraf i lagen finns därför inte enligt regeringens mening. Däremot kan det, med hänsyn till vad som tidigare gällt, vara lämpligt av tydlighetsskäl att denna upplysning finns i bilagan till lagen. Regeringen anser emellertid inte att det är nödvändigt att, som *Boverket* föreslår, ta in en bestämmelse i lagarna som särskilt förklarar begreppet Nace.

När det gäller bilagan som förtecknar sociala tjänster och andra särskilda tjänster har utredningen i sitt del- och slutbetänkande föreslagit att de aktuella tjänsterna ska anges med CPV-koder. I detta fall har det alltså inte bedömts möjligt att undvika att ange CPV-koderna. Regeringen gör inte någon annan bedömning än Genomförandeutredningen. Att de aktuella bilagorna därmed kommer att genomföras på ett inkonsekvent sätt får i detta avseende godtas.

När det gäller den närmare utformningen av bilagan har Lagrådet riktat skarp kritik mot förteckningen och bl.a. anfört att den är påfallande osystematisk och inte ens motsvarar lågt ställda krav på fullständighet, enhetlighet eller överlappningsfri kategoriindelning. Lagrådet har också förordat att förteckningen, om den inte ersätts med lagtext, ges en mer välordnad form.

Regeringen har förståelse för Lagrådets kritik mot bilagan i lagrådsremissens förslag. Regeringen konstaterar också att förteckningen – som har utformats helt i överensstämmelse med motsvarande bilaga till direktiven – bör kunna ges en mer strukturerad och välordnad form. I enlighet med vad som föreslagits när det gäller genomförandet av de paragrafer som innehåller CPV-koder, bör det vidare vara tillräckligt att CPV-koderna för respektive tjänst anges och inte även benämningen. Detta gäller särskilt eftersom den motsvarande förteckningen i direktiven endast anger benämningen för vissa av tjänsterna.

Som Lagrådet konstaterat innehåller inte bilagan till lagarna någon motsvarighet till upplysningen i bilagan till direktiven om att vissa juridiska tjänster samt vissa säkerhets- och räddningstjänster är undantagna. Regeringen konstaterar att detta är ett förbiseende i lagrådsremissens förslag och att en motsvarande upplysning därför bör framgå av bilagorna till lagarna. Syftet med denna upplysning är endast att erinra om att vissa tjänster är helt undantagna från lagarnas tillämpningsområde.

Regeringens förslag: För koncessioner som löper på längre tid än fem år ska särskilda krav gälla om hur lång löptiden får vara.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den remissinstans som särskilt berör frågan, *Hudiksvalls kommun*, anser att förslaget ska ändras så att en koncession ska kunna löpa i minst åtta år om inget annat anges.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 18 i LUK-direktivet anges att koncessioner ska vara tidsbegränsade. Motivet till bestämmelsen är att det anses finnas en risk för att marknaden annars avskärmas och konkurrensen begränsas (skäl 52). Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bedöma löptiden för en koncession utifrån vilken typ av tjänst eller byggtrepenad som efterfrågas. En koncession kan alltid pågå upp till fem år. Om myndigheten eller enheten bedömer att koncessionens löptid bör vara längre än fem år får den inte bestämmas till längre tid än vad som rimligen behövs för att göra det möjligt för koncessionshavaren att återfå de investeringar som planerats för att utföra koncessionen och få avkastning på det investerade kapitalet (se t.ex. EU-domstolens dom Engelman, C-64/08, EU:C:2010:506, p. 48). I sådana fall är den upphandlande myndigheten eller enheten skyldig att göra en beräkning av hur lång tid som behövs för att uppnå detta. Tiden ska då bestämmas på så sätt att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet, med beaktande av de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt avtalet. De särskilda målen kan enligt skälen exempelvis avse avtalat pris och avtalad kvalitet. Bedömningen ska ske utifrån normala driftsförhållanden. Såväl inledande investering som investeringar som görs under tiden koncessionen pågår ska beaktas. Som exempel på investeringar under koncessionens varaktighet anges i skälen särskilda utgifter för infrastruktur, upphovsrätt, patent, utrustning, logistik samt anställning och utbildning av personal.

Några kommentarer kring vilken avkastning myndigheten eller enheten bör räkna med att koncessionshavaren ska kunna få finns inte i direktivet. Med hänsyn till hur bestämmelsen är utformad i övrigt bör det dock vara frågan om en rimlig avkastning. *Lagrådet* har anmärkt på att det inte framgår av lagtexten till 9 § vad den bedömning som ska göras enligt andra stycket innebär eller syftar till. Med anledning av det anser *Lagrådet* att paragrafernas utformning bör övervägas ytterligare under den fortsatta beredningen. Bestämmelserna innebär att överväganden kring vilken tid som är tillräcklig för en rimlig avkastning endast behöver göras om koncessionen löper på mer än fem år. Avkastningens storlek är alltså inte en faktor som behöver inverka på bedömningen av hur lång löptid en koncession ska ha som löper på kortare tid än fem år. Av detta skäl anser regeringen att bestämmelserna ska utformas enligt lagrådsremissens förslag med vissa justeringar i enlighet med *Lagrådets* förslag.

En koncession kan enligt skälen i direktivet alltid tilldelas för en kortare tid än den tid som behövs för att få tillbaka investeringarna så

länge ersättningen inte bestäms på ett sådant sätt att verksamhetsrisken elimineras. Detta följer också av att det i artikeln endast finns begränsningar i frågan om den maximala varaktigheten och att en verklig överföring av verksamhetsrisken måste vara för handen för att ett kontrakt ska anses utgöra en koncession.

Det följer av LUK-direktivet att särskilda krav ska gälla för koncessioner som varar längre än fem år. Enligt regeringens mening är det därför inte förenligt med ett korrekt genomförande av direktivbestämmelserna att, som *Hudiksvalls kommun* föreslår, i lagstiftningen ange den löptiden till åtta år.

10.9 Jäv i upphandlingsförfaranden

10.9.1 LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om intressekonflikter

Regeringens bedömning: Sverige uppfyller de krav på medlemsstaterna som bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 24 i LOU-direktivet respektive artikel 42 i LUF-direktivet ställer. Det är inte nödvändigt eller lämpligt att ta in särskilda föreskrifter om jäv i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Stockholms läns landsting*, *Sveriges offentliga inköpare (SOI)* och *Svensk kollektivtrafik* instämmer i utredningens bedömning. *Gotlands kommun* anser dock att behovet av en reglering behöver belysas ytterligare och påpekar att i kommunal verksamhet gäller för jäv bestämmelserna i kommunallagen och inte bestämmelserna i förvaltningslagen. *Lantbrukarnas riksförbund* vill att det i upphandlingslagstiftningen införs tydliga proaktiva regler, motsvarande de som finns i direktiven, för hur intressekonflikter kan förhindras. Även *Advokatfirman Delphi*, *Foyen advokatfirma* och *Advokatfirman Lindahl* anser att direktivens bestämmelser bör genomföras i upphandlingslagarna. Advokatfirman Delphi framhåller att det finns upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av förvaltningslagens bestämmelser.

Skälen för regeringens bedömning

Regleringen i de nya direktiven

I LOU-direktivet anges allmänt hållna bestämmelser om intressekonflikter i artikel 24. Av skäl 16 i LOU-direktivet framgår endast att upphandlande myndigheter bör utnyttja alla medel som står till deras förfogande enligt nationell rätt för att förhindra att snedvridningar uppstår i offentliga upphandlingsförfaranden till följd av intressekonflikter. Detta kan inbegripa att lägga fast förfaranden för att upptäcka, förhindra och avhjälpa intressekonflikter.

Prop. 2015/16:195 Detta uttrycksätt återkommer i stort sett ordagrant i artikeln men har där tillförts ytterligare moment. Där sägs i första stycket att medlemsstaterna ska se till att upphandlande myndigheter vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter ”som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena” i syfte att undvika snedvridning i konkurrensen och säkerställa lika behandling av alla ekonomiska aktörer.

I artikelns andra stycke anges vad som kan sägas vara en begränsad definition av begreppet intressekonflikt. I det sägs att begreppet minst ska omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar, som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt, har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för opartiskheten och oavhängigheten under förfarandet.

Motsvarande skäl och artikel finns i LUF-direktivet, skäl 26 och artikel 42. Artikel 42 i LUF-direktivet tar endast sikte på upphandlande myndigheter. Artikeln ställer alltså inte några krav på hur upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter hanterar nu aktuella frågor.

Befintlig lagreglering av jävsfrågor

Direktiven ålägger medlemsstaterna att se till att upphandlande myndigheter förebygger, identifierar och avhjälper intressekonflikter som uppstår under ett upphandlingsförfarande. Det finns inte något krav att detta ska ske genom bestämmelser i upphandlingslagarna som uttryckligen genomför direktivens bestämmelser. De situationer med otillåtna intressekonflikter som direktiven identifierar måste dock vara omhändertagna i den nationella rätten. Omhändertagandet behöver inte nödvändigtvis ske genom lagstiftning, utan även andra åtgärder är möjliga. En naturlig utgångspunkt är dock att undersöka befintlig svensk lagreglering av jävsfrågor för att se om den motsvarar direktivens krav.

Först ska sägas att varje upphandlande myndighet ska iaktta de grundläggande principerna för upphandling. Dessa härleds ur EUF-fördraget och sammanfattas genom särskilda bestämmelser i såväl befintliga upphandlingslagar som de som föreslås i detta lagstiftningsärende. Dessa principer, främst likabehandlingsprincipen, innefattar bl.a. ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn. De intressekonflikter som förutses i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet utgör just ovidkommande hänsyn. En upphandlande myndighet eller enhet ska ha en aktiv roll vid tillämpning av likabehandlingsprincipen. Det följer av denna princip att myndigheten är skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter och att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa (se EU-domstolens dom eViglio, C-538/13, EU:C:2015:166, p. 42 och 47).

Det har i svensk rätt tidigt funnits uttryckliga regler till förebyggande av intressekonflikter, nämligen i den statliga upphandlingsförordningen och det kommunala upphandlingsreglementet. I upphandlingsdirektiven

har det däremot saknats sådana artiklar. Varken tidigare eller nu gällande nationella upphandlingslagar har därför tillförts regler som avser intressekonflikter. I 2007 års lagstiftningsärende har regeringen uttryckt uppfattningen att förvaltningslagens regler om bl.a. jäv är tillämpliga i en myndighets hantering av upphandlingsärenden och har därför inte sett det behov Lagrådet då antydde, nämligen av att komplettera upphandlingsförfattningarna med bl.a. regler som motsvarar förvaltningslagens regler om jäv (prop. 2006/07:128 del 1 s. 142 f. och s. 598).

En jämförelse mellan bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet och förvaltningslagens regler visar att det finns vissa skillnader. Medan artikeln tar sikte på intressekonflikter av specifik art – finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse – tar förvaltningslagens regler ett bredare grepp. Där är det fråga om sakägarjäv, intressejäv, släktskapsjäv, ställföreträdarjäv, tvåinstansjäv, ombuds- och biträdesjäv. Dessa olika slags jävsgrunder är redovisade och utförligt diskuterade i betänkandet En ny förvaltningslag (SOU 2010:29, avsnitt 16.2). Där diskuteras även verkan av jäv. Det finns därför inte någon anledning att här närmare redogöra för jävsgrunderna och verkan av jäv. Det kan i stället räcka med att konstatera att de nu angivna jävsgrunderna finns i 11 § förvaltningslagen och reglerna om verkan av jäv i 12 § samma lag. Det framgår redan av den kortfattade redovisning som nu gjorts att förvaltningslagens regler med råge täcker de situationer som enligt direktiven anses ligga inom området för otillåtna intressekonflikter.

Begreppet ”leverantör av upphandlingstjänster” i artikel 24.2 i LOU-direktivet och artikel 42.2 i LUF-direktivet bör dock beröras. Begreppet bör inte medföra något ändrat ställningstagande i frågan om förvaltningslagens jävsbestämmelser motsvarar artikelns krav. Att en upphandlande myndighet upphandlar med hjälp av en leverantör av upphandlingstjänster fråntar nämligen inte myndigheten dess ansvar att agera i enlighet med förvaltningslagens jävsbestämmelser. Också förhållanden hos leverantören av upphandlingstjänsten som är jävsgrunder enligt förvaltningslagen torde aktivera en skyldighet för myndigheten att agera för att undanröja jävets skadliga effekter. Även om den eller de personer som tillhandahåller tjänsten i formell mening inte faller in under begreppet ”den som skall handlägga ett ärende” (11 § förvaltningslagen), torde det av såväl regeringsformens krav på opartiskhet som de allmänna principerna följa att myndigheten inte kan underlåta att agera (för liknande resonemang se JO 1990/91 s. 224 samt ovan nämnda dom eViglio, p. 36).

Skyddet mot ovidkommande hänsyn enligt förvaltningslagens bestämmelser om jäv kompletteras också genom mutbrottslagstiftningen.

Kommunallagens jävsbestämmelser och upphandlingsstödjande åtgärder

Som *Gotlands kommun* och *Advokatfirman Delphi* konstaterar, finns det upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagens jävsbestämmelser i sin verksamhet.

Prop. 2015/16:195 Först ska sägas att även sådana upphandlande myndigheter som nu är i fråga har att iaktta de allmänna principerna för upphandling, som likabehandlingsprincipen. Vidare är mutbrottslagstiftningen tillämplig.

Den största gruppen som kan identifieras här är kommunala myndigheter, som i stället för förvaltningslagen har att tillämpa bestämmelserna om jäv i kommunallagen (1991:900). Bestämmelserna är anpassade efter kommunala förhållanden och motsvarar därför inte helt förvaltningslagens bestämmelser. Regeringen bedömer emellertid att kommunallagen, när det kommer till handläggningen av ärenden som avser upphandling, tillgodoser direktivens krav på bestämmelser som tar sikte på ”finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan anses komprometterande för [myndighetens] opartiskhet och oavhängighet under upphandlingsförfarandet”.

Regeringen avser härutöver att särskilt uppdraga åt Upphandlingsmyndigheten att synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. På så sätt kan det tillförsäkras att överväganden om eventuella jävssituationer är en naturlig och integrerad del i upphandlande myndigheters handläggning av upphandlingsförfaranden. Genom detta anser regeringen också att direktivens krav uppfylls i fråga om sådana upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagens eller kommunallagens jävsbestämmelser, t.ex. statliga och kommunala bolag som är upphandlande myndigheter.

Bör direktivens bestämmelser om intressekonflikter ändå genomföras i upphandlingslagarna?

Frågan uppkommer då om det ändå är nödvändigt eller lämpligt att bestämmelserna i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet återfinns i de nya upphandlingslagarna.

Regeringen instämmer i utredningens uppfattning att så inte är fallet. Oavsett artiklarna om intressekonflikter har varje upphandlande myndighet att iaktta de allmänna principerna för upphandling, särskilt likabehandlingsprincipen, som kommer till uttryck i särskilda bestämmelser i upphandlingslagarna. Redan av likabehandlingsprincipen följer en skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera, förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa (se ovan nämnda dom eViglio, p. 47).

Förvaltningslagens jävsbestämmelser är tillämpliga i en stor del av förekommande upphandlingsärenden och är mer omfattande än vad som tydligt framgår av direktivtexterna. Det skulle vara olyckligt att begränsa utrymmet för att anse att intressekonflikter föreligger till endast vad som anges i artiklarna i fråga. Vidare skulle det vara olyckligt om jävsfrågor skulle regleras annorlunda just beträffande upphandling än vad som i övrigt gäller – och har gällt under lång tid – med stöd av förvaltningslagens jävsbestämmelser. Det skulle kunna orsaka osäkerhet hos tillämpande instanser om bestämmelserna om intressekonflikter skulle genomföras enligt ordalydelsen, eftersom förvaltningslagen är subsidiär i förhållande till avvikande bestämmelser i annan lag eller i förordning (se 3 § förvaltningslagen). Det skulle bl.a. framstå som oklart om reglerna enbart kompletterar eller om de helt ersätter förvaltningslagens jävsbestämmelser. När det gäller kommunallagen bedömer regeringen,

som framgår ovan, att dess jävsreglering motsvarar direktivens krav när det kommer till handläggningen av upphandlingsärenden. Även i detta fall vore det olyckligt med en annorlunda reglering i upphandlingslagstiftningen. En bättre ordning är att Upphandlingsmyndigheten vägleder de kommunala myndigheterna om hur kommunallagens jävsbestämmelser bör tillämpas i upphandlingsärenden, t.ex. i förekommande fall när det gäller förhållandet mellan kommunala nämnder och bolag.

Ett uppdrag åt Upphandlingsmyndigheten att genom vägledning synliggöra frågor om jäv kan ha särskild betydelse i fråga om sådana upphandlande myndigheter som i dag saknar jävsreglering. Det kan övervägas alternativet att utsträcka förvaltningslagens jävsbestämmelser till att omfatta även sådana upphandlande myndigheter. Det finns inte något fullgott beredningsunderlag för att nu lägga ett sådant förslag men det kan finnas anledning att återkomma till den frågan.

Regeringen bedömer sammanfattningsvis att det vare sig är nödvändigt eller lämpligt med särskilda jävsbestämmelser i upphandlingslagarna som motsvarar direktivbestämmelserna om intressekonflikter. Regeringen anser att befintlig lagstiftning, kompletterat med uppdraget till Upphandlingsmyndigheten, innebär att Sverige uppfyller direktivens krav.

10.9.2 LUK-direktivets bestämmelser om intressekonflikter

Regeringens bedömning: Sverige uppfyller de krav på medlemsstaterna som ställs i bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 35 i LUK-direktivet. Det är inte nödvändigt eller lämpligt att ta in särskilda föreskrifter om jäv i lagen om upphandling av koncessioner.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Några remissinstanser invänder mot bedömningen. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* föreslår att lagförslaget kompletteras med bestämmelser om intressekonflikter och jäv vid upphandling av koncessioner. Fakultetsnämnden påpekar att ett flertal av de organisationer som omfattas av bestämmelserna i direktivet om koncessioner inte omfattas av bestämmelserna i förvaltningslagen. Att inte införa motsvarande bestämmelser i koncessionslagen skulle således kunna innebära att Sverige inte uppfyller sina skyldigheter som medlemsstat i EU.

Skälen för regeringens bedömning: I LUK-direktivet finns bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 35 och har försetts med underrubriken *Korruptionsbekämpning och förebyggande av intressekonflikter*. I skäl 61 anges bl.a. att medlemsstaterna bör vidta lämpliga åtgärder för att motverka bedrägeri, särbehandling och korruption och för att förhindra intressekonflikter. Det kan vidare antecknas att artikel 35 uttryckligen avser både upphandlande myndigheter och upphandlande enheter.

Prop. 2015/16:195 Även i LUK-sammanhang uppkommer alltså behov av att ta ställning till hur artikeln om intressekonflikter ska iakttas. Den diskussion som förts ovan har bärkraft även vad avser artikel 35 i LUK-direktivet, eftersom de tre direktiven uppenbart avser samma sak. Den skillnad direktiven emellan som nu kan konstateras ändrar inte det grundläggande resonemanget.

Det är angeläget att en så central fråga som den nu aktuella hanteras på samma sätt i alla upphandlingsförfattningarna. Det kan då för övrigt konstateras att det i LUF-direktivet inte finns någon motsvarande artikel och att LUF således inte innehåller någon uttrycklig bestämmelse. Den skillnad mellan LUK-direktivet och LUF-direktivet beträffande vad som ska gälla för en upphandlande enhet som inte är en myndighet, eller motsvarande enhet enligt artikel 7.1 b och c i LUK-direktivet, som nämnts i föregående avsnitt framstår som en oavsiktlig skillnad och ändrar inte uppfattningen att frågan bör hanteras enhetligt i alla upphandlingsförfattningarna.

Regeringen anser att skälen för den bedömning som gjorts i avsnittet ovan är giltiga också vad avser motsvarande artikel i LUK-direktivet, såväl när det gäller sådana upphandlande myndigheter som ska tillämpa förvaltningslagens eller kommunallagens jävsbestämmelser som sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte är skyldiga att göra det.

10.10 Villkor som rör WTO-avtalet och andra internationella avtal

Regeringens bedömning: Villkoren i direktiven som rör WTO-avtalet och andra internationella avtal behöver inte genomföras i de nya lagarna.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans behandlar frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 25 i LOU-direktivet respektive artikel 43 i LUF-direktivet behandlas WTO-avtalet och andra internationella avtal. Artiklarna har följande lydelse.

I den mån de omfattas av bilagorna 1, 2, 4 och 5 samt de allmänna anmärkningarna i Europeiska unionens tillägg I till WTO-avtalet och andra internationella avtal som unionen är bunden av ska de upphandlande myndigheterna bevilja byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer som har undertecknat dessa avtal en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer i unionen.

Bestämmelsen anger vilka skyldigheter upphandlande myndigheter och enheter har när det gäller behandlingen av aktörer i tredjeland. Motsvarande bestämmelser i nuvarande direktiv (artikel 5 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 12 i 2004 års LUF-direktiv) har inte tagits in i LOU respektive LUF (se SOU 2005:22 s. 203 och 403, saken berördes inte särskilt i prop. 2006/07:128 del 1). Motsvarande bestämmelser fanns även i äldre direktiv men togs inte in i 1992 års LOU.

Upphandlingslagstiftningen är generell och samma regler som gäller i förhållande till medlemsstater gäller vid upphandling från företag i medlemsstater och tredjeland. Det finns inte något behov av att föra in bestämmelsen om WTO-avtal och andra internationella avtal i de nya lagarna.

10.11 Allmänna bestämmelser utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: De allmänna bestämmelser som föreslås i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska i huvudsak tillämpas vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området.

Bestämmelserna om tilldelning av kontrakt i separata delar ska dock inte tillämpas. Inte heller ska bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande och val av anbud tillämpas.

Promemorians och utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast en remissinstans, *Foyen advokatfirma*, yttrar sig särskilt i frågan. Advokatfirman föreslår att en bestämmelse införs för det icke direktivstyrda området som ger den upphandlande myndigheten eller enheten större frihet att begära in kompletterande information i anbudsskedet.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda allmänna bestämmelserna i LOU och LUF gäller även vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. De allmänna bestämmelserna i de föreslagna lagarnas 4 kap. bör därför i huvudsak göras tillämpliga vid upphandling enligt bestämmelserna i 19 kap. i lagarna. Det sagda innebär exempelvis att bestämmelserna om rättelse av fel, förtydligande och komplettering av handlingar från leverantörer bör gälla även på det icke direktivstyrda området. De föreslagna bestämmelserna ger den upphandlande myndigheten eller enheten möjlighet att begära kompletterande information i anbudsskedet, så länge principerna om likabehandling och öppenhet iaktas. Regeringen ser inte något behov av att ytterligare reglera denna fråga på det icke direktivstyrda området. Som *Lagrådet* påpekat bör det emellertid regleras att en upphandlande myndighet eller enhet som önskar att reservera deltagandet i en upphandling i enlighet med bestämmelserna om reserverad upphandling ska ange detta i annonsen.

De nya bestämmelserna i direktiven om uppdelning av kontrakt i delar tar främst sikte på större kontrakt. Regeringen bedömer att bestämmelserna inte tillför något på det icke direktivstyrda området och de bör därför inte göras tillämpliga där. De bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande och val av anbud, som föreslås i kapitlet Allmänna bestämmelser i de nya lagarna, beskriver gången vid upphandlingar som omfattas fullt ut av direktiven. Det är enligt

Prop. 2015/16:195 regeringens mening inte nödvändigt att göra dem tillämpliga vid andra slag av upphandlingar.

Som framgått (se avsnitt 9.4) föreslår regeringen inte nu några bestämmelser på det icke direktivstyrda området som motsvarar artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet.

11 Tröskelvärden

Upphandlingsdirektiven är tillämpliga endast om upphandlingens värde uppgår till minst de tröskelvärdesbelopp som anges i respektive direktiv. Bestämmelserna om tröskelvärden i LOU-direktivet och LUF-direktivet är inte föremål för några mer genomgripande förändringar i förhållande till 2004 års LOU- och LUF-direktiv. Vissa ändringar och nyheter finns dock. Bestämmelsernas innehåll och lydelse i de båda direktiven har också anpassats till varandra så att direktiven i största möjliga utsträckning överensstämmer. Övervägandena nedan rör främst de förändringar som gjorts och hur de bör få genomslag i den nya lagstiftningen.

För upphandling av koncessioner gäller enligt LUK-direktivet ett och samma tröskelvärde oavsett om det är en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som tilldelar koncessionen och oavsett om upphandlingen avser tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner. När det gäller beräkningen av en koncessions värde finns vissa bestämmelser som är specifika för LUK-direktivet men också bestämmelser som i huvudsak har sin motsvarighet i LOU- och LUF-direktivet.

På *Lagrådets* inrådan har de inledande bestämmelserna om tröskelvärden strukturerats om. Dels har en grundläggande bestämmelse om tröskelvärdenas funktion placerats i 1 kap, dels har i den inledande bestämmelsen i 5 kap. en hänvisning gjorts till direktivets bestämmelser om tröskelvärden.

11.1 Tröskelvärden i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

Regeringens förslag: Bestämmelserna om tröskelvärden i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska i huvudsak motsvara dagens reglering. En hänvisning ska göras i den inledande bestämmelsen i respektive lag till aktuellt direktiv i stället för som i dag räknas upp de olika kategorier av upphandling för vilka tröskelvärden ska gälla. Några belopp ska inte anges direkt i författningstexten, utan en hänvisning görs till beloppen sådana de anges i upphandlingsdirektiven eller kommissionens beslut och meddelanden. Tröskelvärdessbeloppen ska tillkännas av regeringen.

Ett särskilt tröskelvärde ska gälla för den nya kategorin sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I förhållande till promemorians förslag har de inledande paragraferna fått en annan utformning.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans kommenterar förslaget särskilt.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 4 i LOU-direktivet och artikel 15 i LUF-direktivet finns bestämmelser om tröskelvärden. Direktiven ska tillämpas på upphandlingar vars värde, exklusive mervärdesskatt, beräknas uppgå till minst vissa belopp, som anges i fasta tal i artiklarna. Precis som i 2004 års direktiv görs en uppdelning utifrån de olika slagen av upphandling (byggtreprenader, varor och tjänster) samt, i LOU-direktivet, olika typer av upphandlande myndigheter. När det gäller det sistnämnda har vissa förenklingar gjorts. I artikel 4 i LOU-direktivet har det särskilda tröskelvärdet för centrala statliga myndigheters upphandling av B-tjänster tagits bort, som en konsekvens av att tjänster inte längre delas in i A-tjänster och B-tjänster. Vidare har det särskilda tröskelvärdet för sådana myndigheters upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster och vissa tjänster på telekommunikationsområdet tagits bort. En liknande enklare reglering av tröskelvärdena gäller redan i dag på försörjningsområdet.

De tröskelvärden som gäller från och med 1 januari 2016 är enligt LOU-direktivet 5 225 000 euro för byggtreprenadkontrakt (artikel 4 a), 135 000 euro för varu- och tjänstekontrakt som tilldelas och projektävlingar som anordnas av centrala statliga myndigheter (artikel 4 b), 209 000 euro för varu- och tjänstekontrakt som tilldelas och projektävlingar som anordnas av myndigheter under den centrala nivån (artikel 4 c) och 750 000 euro för sådana tjänster som avses i bilaga 2 (artikel 4 d). De värden som gäller enligt artikel 4 och c gäller även för artikel 13 a och b. Aktuella tröskelvärden enligt LUF-direktivet är 418 000 euro för varu- och tjänstekontrakt (artikel 15 a), 5 225 000 euro för byggtreprenadkontrakt (artikel 15 b) och 1 000 000 euro för sådana tjänster som avses i bilaga 2 (artikel 15 c).

Prop. 2015/16:195 Bestämmelserna om tröskelvärden i 2014 års direktiv utgår från värdet av en upphandling, i stället för som i 2004 års direktiv värdet av ett kontrakt. Det hänger samman med att 2014 års direktiv introducerar en definition av begreppet upphandling (se avsnitt 6.1.2). En upphandling avslutas normalt genom ett eller flera kontrakt. Såväl ramavtal som dynamiska inköpssystem och inrättande av innovationspartnerskap är moment i vad som är upphandling i direktivens mening. Regeringen bedömer att det är i förtydligande syfte som begreppet används i tröskelvärdesbestämmelserna. Någon ändring av rättsläget är inte avsedd. De nya lagarna bör utformas i överensstämmelse med direktiven. Det bör i lagstiftningen konsekvent uttryckas att värdet av en upphandling ska uppskattas på visst sätt.

Tröskelvärdena för projekttävlingar har arbetats in i artikel 4 i LOU-direktivet och artikel 14 i LUF-direktivet om tröskelvärden och anges inte längre i en särskild artikel (jfr artikel 67.1 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 61 i 2004 års LUF-direktiv). Genom den lagstiftningsteknik som nu används i den inledande bestämmelsen i kapitlet med hänvisning till direktivet kommer tröskelvärdet för projekttävlingar att omfattas av bestämmelsen.

I artikel 6 i LOU-direktivet och artikel 17 i LUF-direktivet finns bestämmelser om revidering av tröskelvärdena. De motsvarar i princip nuvarande reglering (se artiklarna 78 och 79 första stycket 2 a i 2004 års LOU-direktiv respektive artiklarna 69 och 70.2 g i 2004 års LUF-direktiv). Sammanfattningsvis ges kommissionen befogenhet att vid behov revidera tröskelvärdena vartannat år efter en avstämning gentemot WTO-avtalet. Befogenheten avser de olika tröskelvärdena för bygg-entreprenader och varor och tjänster (artikel 4 a–4 c i LOU-direktivet och artikel 15 a–15 c i LUF-direktivet). Däremot gäller befogenheten inte det nya tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster (artikel 4 d i LOU-direktivet och artikel 15 d i LUF-direktivet), eftersom det tröskelvärdet inte omfattas av WTO-avtalet.

Artikel 6.3 i LOU-direktivet och artikel 17.2 i LUF-direktivet reglerar kommissionens befogenhet att fastställa motvärden till de reviderade tröskelvärdena när det gäller de medlemsstater som, likt Sverige, inte har euro som valuta. I andra stycket finns en särskild reglering beträffande omräkning till nationella valutor av tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Syftet med den regleringen är att kommissionen vid behov ska kunna korrigera för eventuella valutakursförändringar mellan euro och de nationella valutorna.

Bestämmelserna om tröskelvärden och revidering av dessa bör enligt regeringen genomföras i de nya lagarna med delvis samma lagtekniska lösning som i de nuvarande lagarna. Paragrafen i respektive lag med bestämmelser om tröskelvärden bör som i nuvarande reglering inte innehålla några direkta belopp. I stället bör en hänvisning göras till relevant upphandlingsdirektiv, de eventuella beslut eller meddelanden från kommissionen genom vilken de i direktiven angivna värdena har reviderats samt till regeringens särskilda tillkännagivanden. I den nya lagen om offentlig upphandling bör även hänvisas till tillkännagivanden från regeringen beträffande de försvarsprodukter som omfattas av bilaga III till LOU-direktivet. *Lagrådet* har föreslagit att en bestämmelse om tröskelvärdenas funktion ska tas in i 1 kap. och att den inledande

bestämmelsen i kapitlet om tröskelvärden endast ska hänvisa till direktivets bestämmelse. Regeringen delar Lagrådets uppfattning om att det skapar en tydligare struktur och mer lättförståelig lagtext. I stället för att de olika kategorierna av tröskelvärden räknas upp som i nuvarande lag ska endast en hänvisning göras till direktivet. Bestämmelsen i 1 kap. bör ange att upphandling eller en projekttävling som uppgår till minst ett visst tröskelvärde ska genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap. medan en upphandling eller en projekttävling vars värde understiger tröskelvärdet ska genomföras med tillämpning av 19 kap. Även en upphandling som avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska upphandlas enligt 19 kap. Bestämmelsens syfte ska vara att i ett tidigt skede peka ut vilken uppsättning regler som är tillämpliga på en viss upphandling eller projekttävling. Denna förändring i förhållande till nuvarande reglering är inte avsedd att medföra någon ändring i sak.

I likhet med nuvarande ordning (se artikel 8 i 2004 års LOU-direktiv) finns i LOU-direktivet en särskild bestämmelse i artikel 13 om direktivets tillämplighet för kontrakt som rör uppförande av vissa slag av byggnader, bl.a. sjukhus, och som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet. Bestämmelserna i artikeln är oförändrade i sak. I artikeln anges vissa tröskelvärdesbelopp. Artikel 6.2 i LOU-direktivet innebär att kommissionen även ska revidera dessa tröskelvärden. Artikel 8 i 2004 års LOU-direktiv har genomförts i 3 kap. 2 § LOU, dvs. i kapitlet om tröskelvärden. I den paragrafen hänvisas beträffande tröskelvärdesbeloppen till kommissionens beslut och meddelanden samt regeringens tillkännagivanden. Den paragraf i den nya lagen om offentlig upphandling som genomför artikel 13 i LOU-direktivet, och som kan sägas röra tillämpningsområdet för lagen i en särskild situation, ska i stället placeras i 1 kap. för att passa in i den nya struktur som föreslagits av Lagrådet. På motsvarande sätt som beträffande andra kategorier av tröskelvärden ska en bestämmelse som hänvisar till tröskelvärdesbeloppen, till kommissionens beslut och meddelanden samt regeringens tillkännagivanden tas in i kapitlet om tröskelvärden.

11.2 Uppskattning av värdet av en upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om uppskattning av värdet av en upphandling som i huvudsak motsvarar nuvarande bestämmelser.

Lagarna ska innehålla bestämmelser om uppskattning av värdet av ett dynamiskt inköpssystem och ett innovationspartnerskap.

En bestämmelse om uppskattning av värdet av en projekttävling ska tas in i kapitlet om tröskelvärden.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock en delvis annan utformning av paragraferna om uppskattning av värdet av delkontrakt. Promemorian föreslår vidare att bestämmelser om uppskattning av värdet av en projekttävling ska tas in i kapitlet om projekttävlingar.

Remissinstanserna: Några remissinstanser framför synpunkter på utformningen av förslaget. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget att införa skrivningen ”som anges i upphandlingsdokumenten” i lagen i fråga om options- och förlängningsklausuler. *Kammarrätten i Göteborg* lyfter fram svårigheter att beräkna värdet av innovationspartnerskap och *SKL Kommentus* gör detsamma beträffande ramavtal. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det i lagarna, i likhet med direktiven, bör anges att det är fråga om ett uppskattat värde. *SKL Kommentus* anser att uttrycket planeras, i bestämmelsen om beräkning av ramavtals värde, bör ersättas med uttrycket uppskattas. *SKL Kommentus* anför vidare att det i lagtexten bör förtydligas att någon volym inte kan garanteras vid ramavtal eller dynamiska inköpssystem. *Advokatfirman Delphi* invänder mot utformningen av promemorians föreslagna bestämmelser när det gäller bestämmelsen om beräkning av värdet av varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas.

Skälen för regeringens förslag

Bestämmelser om metoder för uppskattning av värdet av en upphandling finns i artikel 5 i LOU-direktivet och i artikel 16 i LUF-direktivet. De motsvarar i huvudsak bestämmelserna i 2004 års direktiv. Dock finns en ny bestämmelse (artikel 5.2 i LOU-direktivet respektive 16.2 i LUF-direktivet) om uppskattning av värdet av en upphandling när en upphandlande myndighet eller enhet är strukturerad i ett antal separata operativa delar. Den bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 11.2.1. I artiklarna 5.5 och 5.6 i LOU-direktivet (artiklarna 16.5 och 16.6 i LUF-direktivet) finns bestämmelser om beräkning av värdet av ett dynamiskt inköpssystem respektive ett innovationspartnerskap. I LOU och LUF finns inte sådana bestämmelser eftersom det saknas reglering av dynamiska inköpssystem och innovationspartnerskap i de lagarna.

Bestämmelserna om uppskattning av värdena för projekttävlingar återfinns liksom i 2004 års direktiv i särskilda artiklar i direktiven (artikel 78 i LOU-direktivet respektive artikel 95 i LUF-direktivet). Regeringen anser emellertid att samtliga bestämmelser om uppskattning av värden ska samlas i ett kapitel i de nya lagarna, således även bestämmelsen om uppskattning av värdet av en projekttävling.

Artikel 5.4 i LOU-direktivet respektive artikel 16.4 i LUF-direktivet reglerar vid vilken tidpunkt det beräknade värdet ska gälla. Bestämmelserna motsvarar i sak gällande rätt. I konsekvens med terminologin i de nya direktiven används här begreppet anbudsinfordran, i stället för meddelande om upphandling. Vidare innebär regleringen en viss nyansering beträffande värdetidpunkten i sådana fall en anbudsinfordran inte krävs, t.ex. vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Värdetidpunkten är i dessa fall enligt direktiven den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten inleder upphandlingsförfarandet. De nya lagarna bör utformas i enlighet med detta. *Lagrådet* har ansett att den alternativa regeln bör gälla när en anbudsinfordran inte görs då en sådan mycket väl kan göras även om det inte krävs och det även i sådana fall är rimligt att räkna värdetidpunkten från anbudsinfordran. Regeringen anser emellertid att en sådan reglering avviker från direktivet i för sto utsträckning och att det finns en risk för att värdetidpunkten i något fall kan komma att bli en annan än den som anges i direktivet. Regeringen konstaterar att värdetidpunkten enligt alternativregeln i de fall en anbudsinfordran görs normalt sett kommer att sammanfalla med tidpunkten då anbudsinfordran görs.

Den allmänna bestämmelsen om beräkning av värdet av en upphandling

Artiklarna 5 i LOU-direktivet och 16 i LUF-direktivet är rubricerade ”Metoder för beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling”. Motsvarande artiklar i 2004 års direktiv är rubricerade ”Metoder för beräkning av det uppskattade värdet på [offentliga] kontrakt, ramavtal och dynamiska inköpssystem”. Den allmänna bestämmelsen i artikel 5.1 i LOU-direktivet och 16.1 i LUF-direktivet om beräkning av det uppskattade värdet utgår också från värdet av en upphandling och inte värdet av ett kontrakt. Som regeringen konstaterat ovan hänger detta samman med att begreppet upphandling definieras i 2014 års direktiv. De nya lagarna bör utformas i överensstämmelse med direktiven.

Som *Lagrådet* har påpekat reglerar bestämmelsen emellertid inte metoder för beräkning i egentlig mening utan snarare vad som ska ingå i det belopp som ska uppskattas. Den allmänna bestämmelsen innebär sålunda att värdet av en upphandling är det totala beloppet exklusive mervärdesskatt som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas i upphandlingen. Detta inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och de eventuella klausuler om förlängning av kontrakten som uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten. Om den upphandlande myndigheten eller enheten planerar för premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare ska den beakta dessa när den uppskattar upphandlingsvärdet.

I artikeln föreskrivs således, i fråga om options- och förlängningsklausuler, att sådana ska ingå i det värde som uppskattas men också att

Prop. 2015/16:195 de uttryckligen ska anges i upphandlingsdokumenten. Den sistnämnda föreskriften är ett tillägg i förhållande till 2004 års direktiv. I promemorian föreslås att en sådan föreskrift tas in i de direktivstyrda bestämmelserna i lagarna om värdet av en upphandling men också i den motsvarande nationella bestämmelsen i lagarnas 19 kap. *Konkurrensverket* anser att föreskriften inte bör tas in i lagarna. Som framgår av avsnitt 11.2.4 kan regeringen instämma i verkets synpunkt såvitt gäller den nationella bestämmelsen. Föreskriften bör dock tas in i lagarnas direktivstyrda bestämmelser. EU-lagstiftaren synes vilja tydliggöra att det bara är när options- och förlängningsklausuler anges i upphandlingsdokumenten som de får ingå i upphandlingen och t.ex. kan återopas som grund för en tillåten ändring av ett kontrakt (artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet, se avsnitt 26.4). Föreskriften bör läsas som en anvisning till upphandlande myndigheter och enheter om en skärpt reglering.

Uppskattning av värdet i särskilda situationer

Artiklarna 5 i LOU-direktivet och 16 i LUF-direktivet anger i punkter bestämmelser om uppskattning av värdet i särskilda fall av upphandling – t.ex. beträffande ramavtal och dynamiska inköpssystem (femte punkten) och det nya förfarandet innovationspartnerskap (sjätte punkten). Direktivbestämmelserna anger i dessa fall att det är det högsta uppskattade värdet som ska beräknas. Beräkningsbestämmelserna i 2004 års direktiv är utformade på samma sätt. 2004 års bestämmelser har genomförts i LOU och LUF utan att det i paragraferna har angetts att beräkningen avser ett uppskattat värde. Regeringen anser att bestämmelserna, liksom övriga bestämmelser i kapitlet, ska uttrycka att värdet av upphandlingen ska uppskattas på visst sätt. Att det rör sig om en uppskattning och inte en beräkning framgår också av den allmänna bestämmelsen (5 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna).

Det bör dock inte införas en bestämmelse i lagarna om att någon volym inte kan garanteras vid ramavtal och dynamiska inköpssystem, som *SKL Kommentus* föreslår. Regeringen konstaterar att det inte finns någon sådan bestämmelse i upphandlingsdirektiven. Frågan får enligt regeringen bedömas som i huvudsak avtalsrättslig och den bör inte regleras i upphandlingslagarna.

Bestämmelserna om uppskattning av värdet i särskilda situationer i artikel 5 i LOU-direktivet och artikel 16 i LUF-direktivet är omstrukturerade jämfört med ordningen i 2004 års direktiv. Regeringen anser att bestämmelserna i de nya lagarna bör ha samma struktur som i 3 kap. LOU respektive LUF. Det bedöms vara bäst från tillämpningssynpunkt eftersom den nuvarande lagstrukturen är inarbetad och, såvitt framkommit, inte ifrågasatt.

Artikel 5.11 i LOU-direktivet (artikel 16.11 i LUF-direktivet) avser uppskattning av värdet i fråga om varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas (5 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 10 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Direktivbestämmelsen är oförändrad i förhållande till 2004 års direktiv. *Advokatfirman Delphi*

föreslår ett tillägg i lagbestämmelsen som innebär att det bara är värdet av sådan upphandling som inte har annonserats som ska beaktas vid värdeberäkningen. Direktivbestämmelsen kan dock enligt regeringen inte förstås på annat sätt än att det är det samlade värdet av såväl annonserade som icke annonserade upphandlingar som ska beaktas. *Lagrådet* har framfört omfattande kritik mot bestämmelsens utformning och anser att det är oklart hur den ska tillämpas, dock utan att föreslå någon annan utformning. Bestämmelsen är utformad i nära anslutning till direktivets lydelse och lydelsen var densamma i 2004 års direktiv. Regeringen delar *Lagrådets* uppfattning att bestämmelsen visserligen möjliggör olika tolkningar men anser likväl att den i likhet med nuvarande bestämmelse bör utformas i enlighet med direktiven. Det har inte framkommit i remitteringen eller på annat sätt att bestämmelsen skulle vålla några praktiska tillämpningsproblem.

Särskilt om upphandling av delkontrakt

I artikel 5.8–5.10 i LOU-direktivet (artikel 16.8–16.10 i LUF-direktivet) finns bestämmelser som rör delkontrakt. De är oförändrade i förhållande till motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv med ett undantag. I punkten 9 i 2014 års direktiv, om beräkningen av det uppskattade totala värdet vid planerad anskaffning av likartade varor, anges inte längre som en förutsättning för att bestämmelsen ska aktualiseras att de olika delkontrakten ska upphandlas samtidigt. Regeringen föreslår därför inte, till skillnad från promemorian, någon sådan föreskrift.

I artikel 5.10 i LOU-direktivet (artikel 16.10 i LUF-direktivet) finns en bestämmelse om att delkontrakt uppgående till vissa angivna värden får tilldelas utan tillämpning av de förfaranden som anges i direktivet. Regeringen föreslår, i likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF, att 19 kap. ska gälla för upphandling av kontrakt som på detta sätt undantas från de direktivstyrda bestämmelserna.

Särskilt om värdet av en projekttävling

Bestämmelserna i LOU-direktivet som reglerar hur värdet av en projekttävling ska uppskattas finns i artikel 78 och i LUF-direktivet i artikel 95. I båda direktiven regleras hur värdena för de två slagen av projekttävlingar ska uppskattas i separata stycken. I nuvarande lagstiftning regleras detta emellertid genom en gemensam bestämmelse. De separata styckena i artikel 78 respektive artikel 95 bedöms ha samma innehåll varför regleringen även fortsättningsvis kan finnas i en gemensam bestämmelse i respektive lag.

11.2.1 Uppskattning av värdet när en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i separata operativa enheter

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla nya bestämmelser om när värdet av en upphandling ska uppskattas särskilt för separata operativa enheter hos en upphandlande myndighet eller enhet.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans motsätter sig förslaget men flera har synpunkter på utformningen av regleringen. *Konkurrensverket* instämmer delvis i promemorians förslag men föreslår att det i lagbestämmelsen även bör ges exempel på vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om en separat operativ enhet är tillräckligt självständig. Även *Strömsunds kommun* anser att detta måste förtydligas. *Konkurrensverket*, *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* och *Advokatfirman Delphi* anser att det måste klargöras vem som är motpart vid en eventuell rättsprocess avseende en upphandling. *Svensk Energi* vill ha klargjort om reglerna om separata operativa enheter ska gälla även utanför det direktivstyrda området, vilket *Svensk Energi* förordar. Även *Swedish Medtech* anser att metoden för beräkning bör vara lika både över och under tröskelvärdet.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 5.2 i LOU-direktivet (artikel 16.2 i LUF-direktivet) finns bestämmelser som reglerar uppskattningen av värdet av en upphandling när en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i ett antal separata operativa enheter. Bestämmelserna saknar motsvarighet i 2004 års direktiv.

I artikel 5.2 första stycket i LOU-direktivet (artikel 6.2 första stycket i LUF-direktivet) sägs att om en upphandlande myndighet består av ett antal separata operativa enheter ska det uppskattade totala värdet för alla enskilda operativa enheter beaktas. Enligt bestämmelsens andra stycke får, trots vad som sägs i första stycket, värdena uppskattas för den berörda enheten om en separat operativ enhet självständigt ansvarar för sin upphandling eller vissa kategorier av denna.

När det gäller direktivens term separat operativ enhet kan det övervägas om något annat ord än enhet bör användas i lagarna eftersom det ordet redan används i sammansättningen upphandlande enhet. Regeringen bedömer dock att uttrycket separat operativ enhet sett för sig tydligast beskriver vad som avses. Det uttrycket bör därför användas.

Huvudregeln är att värdet av samtliga separata operativa enheters upphandling av t.ex. en viss vara ska läggas samman. Det kan dock finnas separata operativa enheter som hanterar hela eller delar av sin upphandling självständigt. En sådan enhet hanterar sin upphandling som om den vore en egen upphandlande myndighet, utan att vara det i formell mening. EU-lagstiftaren har i förenklande syfte velat göra det möjligt för sådana självständiga operativa enheter att inte behöva kontrollera övriga enheters anskaffningar när de beräknar värdet av sin självständigt genomförda upphandling.

De nya lagarna bör innehålla bestämmelser som genomför direktivens bestämmelser med en direktivnära utformning. Regeringen anser det inte lämpligt att, som *Konkurrensverket* och *Strömsunds kommun* förordar, ge

exempel i lagtexten på vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om en separat operativ enhet är självständig. I skäl 20 i LOU-direktivet (skäl 30 i LUF-direktivet) ges viss vägledning för hur den analysen bör göras. Se författningskommentaren till 5 kap 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, där en utförligare redovisning lämnas.

En upphandlande myndighet eller enhet torde regelmässigt vara organisatoriskt indelad i t.ex. flera kontor, avdelningar eller enheter. Sådana organisatoriska delar får enligt regeringens mening presumeras vara osjälvständiga. Det är enbart sådana separata operativa enheter som de facto genomför upphandling självständigt, i den mening som beskrivs ovan, som har möjlighet att beräkna tröskelvärdet separat. I alla andra fall gäller huvudregeln, dvs. att värdet av den separata operativa enhetens anskaffning ska läggas samman med värdet av samma slag av anskaffning hos övriga delar av den upphandlande myndigheten eller enheten. Ett exempel kan vara en separat operativ enhet som normalt tillgodoser sitt behov av en viss vara genom att avropa från ramavtal som den upphandlande myndigheten som sådan har ingått eller använder. En sådan enhet bör enligt regeringen inte anses som självständig i aktuell mening.

En berörd upphandlande myndighet eller enhet bör därför avgöra frågan om en separat operativ enhet är självständig eller inte efter en analys av om den separata enheten självständigt ansvarar för sin upphandling eller vissa kategorier av denna. Det förutsätts att den upphandlande myndigheten eller enheten vid behov kan redogöra för hur analysen har utförts och visa att förutsättningarna för tillämpning av bestämmelsen är uppfyllda.

Genom lagstiftning 2010 infördes en fast direktupphandlingsgräns i upphandlingslagarnas kapitel med bestämmelser för upphandlingar som inte omfattas av direktiven. I samband med det infördes även en bestämmelse i det kapitlet om beräkning av värdet av ett kontrakt. Motsvarande bestämmelser föreslås av regeringen tas in i de nya lagarna (se avsnitt 11.2.4). Den nationella bestämmelsen tar sikte på när en upphandlande myndighet eller enhet uppskattar värdet av ett kontrakt som den överväger att direktupphandla. Avsikten är att samtliga upphandlingar av samma slag inom en och samma upphandlande myndighet eller enhet ska läggas till grund för uppskattningen av upphandlingens värde (prop. 2009/10:180 del 1 s. 292 f.).

Svensk Energi och *Swedish Medtech* tar upp frågan hur de föreslagna direktivstyrda bestämmelserna om separata operativa enheter förhåller sig till nyss nämnda nationella bestämmelser. Det saknas dock beredningsunderlag för någon mer genomgripande förändring av bestämmelserna för upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Regeringen föreslår därför att den ordning som enligt ovan gäller i dag, ska fortsätta att gälla. Självständiga operativa enheter inom en myndighet eller enhet bör således ta hänsyn till värdet av samtliga upphandlingar av samma slag inom myndigheten eller enheten när den avgör om kontraktet kan direktupphandlas eller inte. Enheten kan exempelvis planera att upphandla en viss vara vars värde, uppskattat för enheten för sig, understiger direktupphandlingsgränsen. Om en sammanläggning med värdet av samtliga upphandlingar av samma slag inom myndigheten eller

Prop. 2015/16:195 enheten innebär att direktupphandlingsgränsen överskrids, får varan inte direktupphandlas. Den självständiga operativa enheten får däremot upphandla varan genom konkurrensutsättning enligt något annat förfarande i 19 kap. i de föreslagna lagarna, oavsett värdet av övriga operativa enheters upphandling. Det kan finnas anledning att återkomma till frågan om utrymmet för separata operativa enheter att direktupphandla i samband med den utvärdering av direktupphandlingsgränserna som regeringen aviserade i samband med att direktupphandlingsgränserna höjdes (prop. 2013/14:133 s. 21).

Konkurrensverket tar upp frågan om förhållandet mellan begreppen juridisk person, upphandlande myndighet och separata operativa enheter. Bestämmelserna om separata operativa enheter tar endast sikte på vad som är självständiga respektive osjälvständiga delar av en upphandlande myndighet eller enhet. De avser inte frågan vad som konstituerar en upphandlande myndighet eller enhet. Den saken får avgöras med tillämpning av lagarnas definitioner av upphandlande myndigheter respektive enheter och ytterst i rättstillämpningen.

En anslutande fråga, som har tagits upp av ett par remissinstanser, är vem från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida som har att svara i ett mål om överprövning. Bestämmelserna om överprövning utgår från att det är den upphandlande myndighet eller enhet vars beslut sätts i fråga som har att svara i en överprövningsprocess. Vem som har behörighet att företräda myndigheten eller enheten i en sådan process får i första hand ses som en intern organisatorisk fråga. Om den upphandlande myndigheten eller enheten vid en analys enligt ovan kommer fram till att någon eller några av dess enheter kan betraktas som självständiga, bör den i det sammanhanget också slå fast vem som svarar för den upphandlande myndigheten eller enheten i eventuella överprövningsprocesser. Detta bör också tydliggöras för berörda leverantörer på lämpligt sätt. Ett sätt kan t.ex. vara att det anges i något av upphandlingsdokumenten i upphandlingar som den självständiga enheten genomför.

11.2.2 Uppskattning av värdet av kontrakt som avser både varor och tjänster

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse i de nya lagarna motsvarande nuvarande bestämmelser om att värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska omfatta det totala värdet av kontraktet, inklusive monterings- och installationsarbeten.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 17.8 i 2004 års LUF-direktiv finns en bestämmelse om att värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska omfatta det totala värdet av kontraktet och att i det totala värdet även värdet av monterings- och installationsarbeten ska räknas in. Den bestämmelsen i 2004 års LUF-direktiv har genomförts genom 3 kap. 5 § LUF. En motsvarande bestämmelse togs på Lagrådets inrådan in i 3 kap. 6 § LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 316).

Artikel 17.8 i 2004 års LUF-direktiv motsvaras enligt jämförelsetabellen i LUF-direktivet (bilaga XXI) av den allmänna bestämmelsen i artikel 16.1 i LUF-direktivet, vars motsvarighet återfinns i artikel 5.1 i LOU-direktivet. Sammanfattningsvis innebär den bestämmelsen att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala värdet av upphandlingen.

Det finns inte någon bestämmelse i något av de nya direktiven som specifikt reglerar hur värdet av kontrakt som avser både varor och tjänster ska uppskattas. Det får anses följa av den allmänna bestämmelsen att uppskattning av värdet av en upphandling som avser anskaffning av både varor och tjänster även fortsättningsvis ska omfatta det totala värdet av upphandlingen och att i det totala värdet även värdet av monterings- och installationsarbeten ska räknas in. Någon motsvarighet till 3 kap. 6 § LOU respektive 3 kap. 5 § LUF bör därför enligt regeringens bedömning inte tas in i de nya lagarna.

11.2.3 Förbud mot kringgående

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla ett generellt förbud mot att välja en metod för att uppskatta en upphandlings värde i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

Det ska också anges att det endast är tillåtet att dela upp en byggtreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir i tillämpliga om det är motiverat av objektiva skäl.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse i de nya lagarna med ett uttryckligt förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå bestämmelserna i den särskilda situationen med varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller förnyas.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock en delvis annan utformning av lagbestämmelserna.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar förslaget, *Advokatfirman Delphi*, anser att promemorians förslag till bestämmelse om förbud mot uppdelning av kontrakt är olämpligt då det ger intryck av att det kan vara tillåtet att dela upp en upphandling i syfte att kringgå lagens bestämmelser.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 9.3 i 2004 års LOU-direktiv (genomförd genom 3 kap. 5 § LOU) respektive artikel 17.2 i 2004 års LUF-direktiv (genomförd genom 3 kap. 4 § LUF) innebär ett förbud mot att dela upp en byggtreprenad eller ett planerat köp av en viss mängd varor eller tjänster i avsikt att kringgå tillämpningen av direktivet. Artikel 17.2 i 2004 års LUF-direktiv innehåller härutöver, till skillnad från artikel 9.3 i 2004 års LOU-direktiv, ett generellt förbud mot att använda speciella metoder för att beräkna kontraktets värde i avsikt att kringgå bestämmelserna i direktivet. Med

Prop. 2015/16:195 hänsyn till att denna del av bestämmelsen omfattades av det allmänna kravet i 1 kap. 24 § LUF att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt bedömdes den överflödig och togs därför inte in i LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 481). Bestämmelserna i 3 kap. 4 § LOU och 3 kap. 5 § LUF är därför likalydande och föreskriver ett förbud mot att dela upp en byggtreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i respektive lag.

I artikel 5.3 i LOU-direktivet och artikel 16.3 i LUF-direktivet föreskrivs i första meningen ett förbud mot att välja metod för beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling i syfte att undanta upphandlingen från direktivets tillämpningsområde. I andra meningen sägs att en upphandling inte får delas upp för att förhindra att upphandlingen omfattas av direktivet, såvida inte detta motiveras av objektiva skäl.

Det rör sig om två förbud. De nya lagarna bör enligt regeringen innehålla motsvarande förbud. Regeringen konstaterar att direktivbestämmelsen ger intryck av att det i vissa fall är tillåtet att dela upp en upphandling i syfte att direktivet inte ska bli tillämpligt. Som *Advokatfirman Delphi* påpekat kan detta inte vara syftet med bestämmelsen. Orsaken till att en upphandlande myndighet eller enhet tillåts dela upp en upphandling är att det finns objektivt godtagbara skäl för det. Ett syfte att kringgå bestämmelserna utgör inte sådana skäl. Objektiva skäl synes exempelvis kunna vara när tröskelvärdena kan beräknas särskilt för en självständig operativ enhet (skäl 20 i LOU-direktivet och skäl 30 i LUF-direktivet) eller när något av delkontrakten efter en uppdelning får ett sådant lägre värde att artikel 5.10 i LOU-direktivet respektive artikel 16.10 i LUF-direktivet blir tillämplig (se avsnitt 11.2 ovan, jfr skäl 78 andra stycket i LOU-direktivet och skäl 87 första stycket i LUF-direktivet). Om de objektiva skälen medför att en upphandling delas upp är således inte syftet med uppdelningen att kringgå bestämmelserna. Den paragraf som genomför direktivbestämmelsen bör enligt regeringen utformas i enlighet med *Lagrådets* förslag som en regel om att det endast är tillåtet att dela upp en upphandling så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen inte blir tillämpliga, om det är berättigat av objektiva skäl. Av detta följer att om objektiva skäl saknas är det förbjudet att dela upp upphandlingen på ett sådant sätt att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga. Direktivets andra förbud, angående metod för att uppskatta värdet av upphandlingen, bör genomföras som ett förbud mot att välja metod för att uppskatta värdet av upphandlingen i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

Artikel 9.7 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv, som behandlar beräkningen av värdet av varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som förnyas, innehåller – till skillnad från motsvarande bestämmelse i artikel 17.7 i 2004 års LUF-direktiv – ett förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå direktivets bestämmelser. Det förbudet har förts in i 3 kap. 10 § andra stycket LOU och en motsvarande bestämmelse har förts in i 3 kap. 9 § andra stycket LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 484). I 2014 års direktiv återfinns bestämmelserna

om beräkning av regelbundet återkommande varu- och tjänstekontrakt m.m. i artikel 5.11 i LOU-direktivet respektive 16.11 i LUF-direktivet. Artikeln innehåller inte något särskilt förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå direktivets bestämmelser. Regeringen bedömer, i likhet med promemorian, att en sådan bestämmelse inte heller bör tas in i de nya lagarna. Behovet av reglering tillgodoses genom det allmänna förbudet mot att välja sådana beräkningsmetoder.

11.2.4 Direktupphandling och beräkning av värdet av upphandlingar utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om direktupphandling och uppskattning av värdet av en upphandling som motsvarar nuvarande reglering.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock en delvis annan utformning av paragrafen om uppskattning av värdet av en upphandling.

Remissinstanserna: Ett fåtal remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget att i paragrafen om beräkning av värdet av en upphandling införa skrivningen ”som anges i upphandlingsdokumenten” i fråga om options- och förlängningsklausuler. *Konkurrenskommissionen* förordar att lagtexten förtydligas med en regel om hur kontrakt som löper på obestämd tid ska beräknas.

Skälen för regeringens förslag: I 15 kap. LOU respektive LUF finns bestämmelser om de närmare förutsättningarna för när direktupphandling får ske och om beräkning av värdet av ett kontrakt. Regeringen föreslår att motsvarande bestämmelser tas in i de nya lagarnas kapitel med bestämmelser om upphandling som inte omfattas av direktiven. I linje med de direktivstyrda bestämmelserna bör begreppet upphandling användas i bestämmelsen om uppskattning av värdet i stället för begreppet kontrakt. Någon ändring i sak är inte avsedd. De nya direktivens tröskelvärdesbestämmelser har en föreskrift om att options- och förlängningsklausuler ska anges i upphandlingsdokumenten (se avsnitt 11.2). Promemorian föreslår en motsvarande föreskrift i den nationella bestämmelsen. Det kan, som *Konkurrensverket* tar upp, tänkas fall av otillåtna direktupphandlingar där det saknas upphandlingsdokument. I den mån det i ett sådant fall skulle kunna påvisas överenskomna options- och förlängningsklausuler som inte har dokumenterats torde det enligt regeringens bedömning i och för sig inte finnas något hinder mot att inkludera värdet av dessa vid en uppskattning av upphandlingens värde i t.ex. ett mål om upphandlingsskadeavgift. Regeringen bedömer dock att det inte finns något behov av föreskriften i detta sammanhang och föreslår därför inte någon sådan.

Bestämmelsen om uppskattningen av värdet av en upphandling rör situationen att den upphandlande myndigheten eller enheten avser att direkttilldela ett kontrakt. Bestämmelsen är inte föremål för någon materiell översyn i detta lagstiftningsärende. Det bör därför inte nu tas in

Prop. 2015/16:195 en kompletterande bestämmelse om hur en upphandlande myndighet eller enhet ska uppskatta värdet av kontrakt som löper på obestämd tid, som *Konkurrenskommissionen* föreslår.

11.3 Tröskelvärde för koncessioner och beräkning av en koncessions värde

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om tröskelvärde och hur koncessioners värde ska beräknas.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en annan struktur på de inledande bestämmelserna. Utredningen föreslår också en delvis annan utformning av paragrafen om beräkning av värdet av delkontrakt.

Remissinstanserna: Instämmer i förslaget eller har inget att invända. *Kammarrätten i Göteborg* anser att av bestämmelsen i föreslagna 2 kap. 1 § tredje stycket lagen om upphandling av koncessioner bör framgå att lagens 15 kap. gäller också för upphandling av sådana delkontrakt som avses i 5 kap. 8 § andra stycket.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna i direktivet är tillämpliga endast om värdet på en koncession uppgår till minst det tillämpliga tröskelvärdet. Tröskelvärdet i LUK-direktivet är detsamma oavsett om det är en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som tilldelar koncessionen och oavsett om upphandlingen avser tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner. Bestämmelserna om tröskelvärde och uppskattning av en koncessions värde finns i artikel 8 i direktivet och motiven anges i skäl 23. Tröskelvärdet fastställs av kommissionen och kan revideras på motsvarande sätt som gäller för tröskelvärdena vid upphandling avseende kontrakt om varor, tjänster eller byggtreprenader (se artikel 9 i LUK-direktivet). Aktuellt tröskelvärde från och med den 1 januari 2016 enligt LUK-direktivet är 5 225 000 euro.

Hur värdet på en koncession ska uppskattas skiljer sig från hur värdet på en upphandling av avseende varor, tjänster eller byggtreprenader enligt de övriga upphandlingslagarna ska bestämmas. En koncessions värde är den upphandlande myndighetens eller enhetens uppskattning av den sammanlagda omsättningen som koncessionen genererar under den tid som koncessionen varar, exklusive mervärdesskatt. De intäkter som koncessionshavaren får som ersättning för de tjänster och byggtreprenader som koncessionen avser, samt värdet på varor som följer med sådana byggtreprenader och tjänster utgör alltså koncessionens värde. Det är alltid frågan om en förhandsbedömning av värdet eftersom det slutliga värdet inte kan vara känt förrän koncessionen är avslutad. Uppskattningen måste dock ske på ett omsorgsfullt sätt och vara så korrekt som möjligt. *Lagrådet* har ansett att lagrådsremissens förslag och direktivets bestämmelse om hur värdet av en koncession ska uppskattas är delvis obegriplig och att den bör utformas i enlighet med vad som kan antas vara avsett. Regeringen delar *Lagrådets* uppfattning

delvis beträffande innebörden av direktivet. Värderingen av en koncession ska grunda sig på det sammanlagda beloppet av den rätt att utnyttja byggnadsverket eller tjänsten och den eventuella betalning och som enligt definitionen av koncessionen ska utgöra ersättning till koncessionshavaren. Beloppet av rätten att utnyttja byggnadsverket eller tjänsten utgörs av koncessionshavarens omsättning till följd av koncessionen under dess löptid. Vid uppskattningen av värdet ska även varor som följer med koncessionen räknas in.

Den upphandlade myndigheten eller enheten ska vid inledandet av ett upphandlingsförfarande avseende koncessioner göra en uppskattning av koncessionens värde. Uppskattningen ska grundas på en objektiv metod som ska anges i något av koncessionsdokumenten.

I artikel 8.3–8.6 i direktivet anges vilka hänsyn som ska tas vid uppskattningen av värdet och i övrigt vad som gäller när en koncessions värde ska uppskattas. Bestämmelserna motsvarar delvis bestämmelserna om uppskattning av värdet av en upphandling avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. Artikel 8.3 i direktivet, som anger vilka faktorer som måste beaktas vid uppskattningen, har dock ingen direkt motsvarighet i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Uppräkningen anger de faktorer som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att ta hänsyn till vid uppskattningen. Det görs ingen skillnad mellan tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. Uppräkningen i artikeln är inte uttömmande.

Det som ska ingå i det uppskattade värdet är bl.a. värdet på varje form av optionsrätt och möjlighet till förlängning av koncessionens löptid samt intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter utom de som tagits ut på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar. Vidare ska ersättningar och varje form av ekonomisk fördel som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet beaktas. Alla former av ersättningar och ekonomiska fördelar från myndigheter eller enheter till koncessionshavaren ska alltså tas med i uppskattningen, även om de inte utgör direkt ersättning för utförandet av de tjänster eller byggentreprenader som koncessionen avser. Det måste dock vara möjligt att på något sätt koppla ersättningen till koncessionen i fråga. Vidare ska värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar som koncessionshavaren får från tredje part beaktas oavsett vilken form dessa har. Vidare ska intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen beaktas, vilket innebär att försäljningsintäkter som uppkommer vid försäljning av t.ex. begagnade maskiner som köpts in för utförandet av koncessionen ska tas med i beräkningen. Värdet av varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av den upphandlande myndigheten eller enheten ska också tas med i uppskattningen i den utsträckning varorna och tjänsterna är nödvändiga för att utföra byggentreprenaderna eller tjänsterna. Som exempel kan nämnas att värdet av tillgångar som ursprungligen tillhör den upphandlande myndigheten eller enheten men som kommer att tillhöra koncessionshavaren efter utgången av koncessionen ska beaktas. I den utsträckning koncessionshavaren ger kompensation för tillgången ska avdrag göras för detta. Härutöver ska beaktas premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare. Det värde som räknas fram på

Prop. 2015/16:195 detta sätt kallas det uppskattade värdet och ska vara giltigt vid den tidpunkt som koncessionsmeddelandet skickas ut, eller, då ett sådant meddelande inte krävs, när förfarandet för koncessionstilldelning inleds.

Den tidpunkt vid vilken förfarandet inleds beror på hur myndigheten eller enheten väljer att gå till väga, men kan exempelvis vara tidpunkten när den upphandlande myndigheten eller enheten låter annonsera om koncessionen i en lokaltidning, när myndigheten eller enheten kontaktar utvalda leverantörer eller när förhandlingar påbörjas med en leverantör som den avser teckna kontrakt med.

Det uppskattade värdet ska ligga till grund för om den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att följa de direktivstyrda reglerna på grund av att värdet eventuellt överstiger tröskelvärdet. Om det vid tilldelningen av en koncession visar sig att koncessionens värde är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet, ska emellertid det senare värdet användas för att avgöra om bestämmelserna i direktivet är tillämpliga. En upphandlande myndighet eller enhet som har beräknat en koncessions uppskattade värde till ett belopp som understiger tröskelvärdet och av den anledningen valt att inte följa de direktivstyrda bestämmelserna måste sålunda avbryta förfarandet och göra om upphandlingen, om det vid tilldelningen, efter att myndigheten eller enheten tagit del av anbuden, visar sig att värdet överstiger tröskelvärdet och det dessutom är minst 20 procent högre än den ursprungliga uppskattningen av värdet. Exempelvis kan priser eller avgifter höjas under den tid förfarandet pågår, vilket myndigheten eller enheten kan ha saknat anledning att räkna med i den första uppskattningen av värdet. Lagrådet har ifrågasatt hur bestämmelsen ska tillämpas med tanke på att några regler om tilldelning inte finns vid upphandling av koncessioner under tröskelvärdena. En upphandlande myndighet eller enhet har emellertid alltid skyldighet att överväga om de direktivstyrda bestämmelserna kan bli tillämpliga vid något tillfälle i förfarandet. Om någon bestämmelse i 5 kap. medför att koncessionen ska upphandlas enligt bestämmelserna över tröskelvärdena så gäller den oavsett vilka bestämmelser som finns för upphandlingar under tröskelvärdena.

Om värdet vid tilldelningen i och för sig överstiger tröskelvärdet men inte är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet, finns enligt direktivet ingen skyldighet att tillämpa direktivets bestämmelser. Det kan dock anmärkas att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att koncessionens värde är sådant att direktivet inte är tillämpligt (jfr t.ex. dom kommissionen mot Italien, C-157/06, EU:C:2008:530, p. 23).

I den utsträckning bestämmelserna om beräkningen av det uppskattade värdet av koncessioner överensstämmer med bestämmelserna om beräkningen av det uppskattade värdet av kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet, ska paragraferna i LUK utformas på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF. Övriga bestämmelser ska utformas i nära anslutning till motsvarande bestämmelser i LUK-direktivet.

Artiklarna 8.5 och 8.6 i LUK-direktivet rör uppskattning av värdet av delkontrakt. Utredningen har föreslagit att den paragraf som genomför bestämmelserna ska kompletteras med ett andra stycke som anger att

lagens 15 kap. om upphandling som inte omfattas av direktivet ska tillämpas för sådana delkontrakt som undantas enligt första stycket. Eftersom det – till skillnad från motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven – inte finns något undantag föreskrivet i första stycket behövs emellertid inte någon sådan komplettering. Därmed blir det inte aktuellt med någon hänvisning i lagens 2 kap. som *Kammarrätten i Göteborg* föreslår.

12 Upphandlingsförfaranden

12.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Vid offentlig upphandling och vid upphandling inom försörjningssektorerna ska, under de förutsättningar och på det sätt som närmare anges i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, något av följande upphandlingsförfaranden få användas:

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
5. konkurrenspräglad dialog, och
6. förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser är positiva till att varken öppet eller selektivt förfarande lyfts fram som huvudförfaranden. *Trafikverket* och *SKL Kommentus* anser dock att förhandlat förfarande med föregående annonsering fortfarande är ett undantag i förhållande till ett öppet eller selektivt förfarande.

Skälen för regeringens förslag: Av de nya direktiven följer att vid tilldelning av varu-, tjänste- eller byggentreprenadkontrakt ska en upphandlande myndighet eller enhet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med de nya direktiven (artikel 26.1 i LOU-direktivet respektive artikel 44.1 i LUF-direktivet). De förfaranden som medlemsstaterna enligt direktiven ska föreskriva att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får tillämpa är öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog, eller innovationspartnerskap (artikel 26 punkterna 2–4 i LOU-direktivet respektive artikel 44 punkterna 2 och 3 i LUF-direktivet).

Medlemsstaterna har även möjlighet men ingen skyldighet att föreskriva att upphandlande myndigheter eller enheter ska få tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering (artikel 26.6 i LOU-direktivet respektive artikel 44.5 i LUF-direktivet). *Konkurrenskommissionen* anser att denna möjlighet inte bör utnyttjas. Bestämmelser om förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Prop. 2015/16:195 finns emellertid redan i de nuvarande upphandlingslagarna. Det har inte framkommit annat än att det fortfarande finns ett behov av ett sådant förfarande. Regeringen gör bedömningen att bestämmelser om detta bör tas in i de båda nya lagarna.

Vid offentlig upphandling gäller vid alla upphandlingsförfaranden, med undantag för förhandlat förfarande utan föregående annonsering, att leverantörerna efter en anbudsinfordran antingen ansöker om att få delta eller lämnar anbud. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling (artikel 26.5 första stycket LOU-direktivet). Om kontraktet tilldelas genom ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får medlemsstaterna föreskriva att upphandlande myndigheter under den centrala nivån (se avsnitt 6.7.5) eller specifika kategorier av dessa får göra anbudsinfordran genom en förhandsannons (artikel 26.5 andra stycket LOU-direktivet).

Av 44.4 a–c LUF-direktivet framgår att en anbudsinfordran vid upphandling inom försörjningssektorerna får göras på något av följande sätt:

1. genom en förhandsannons om kontraktet tilldelas genom ett selektivt eller ett förhandlat förfarande,
2. genom en annons om att det finns ett kvalificeringssystem om kontraktet tilldelas genom ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande eller genom en konkurrenspräglad dialog eller ett innovationspartnerskap, eller
3. genom en annons om upphandling.

Bestämmelserna om vad som kan utgöra en anbudsinfordran bör i de nya lagarna placeras i kapitlen om annonsering och inte i kapitlen om upphandlingsförfaranden.

Regleringen av upphandlingsförfarandena i direktiven överensstämmer i stort med den nuvarande regleringen. I några avseenden har det dock skett förändringar. Framför allt har möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog utvidgats i det nya direktivet i förhållande till 2004 års LOU-direktiv.

Den nya regleringen av offentlig upphandling lyfter i motsats till vad som följer av 2004 års LOU-direktiv inte fram öppet eller selektivt förfarande som huvudförfaranden i förhållande till förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog. Utgångspunkten är i stället att den upphandlande myndigheten vid varje upphandling ska använda sig av det förfarande som är bäst lämpat för just den enskilda upphandlingen. I likhet med vad som gäller enligt nuvarande reglering får emellertid andra förfaranden än öppet eller selektivt förfarande enligt direktivet fortfarande bara användas under särskilt angivna förutsättningar. Dessa förutsättningar är medlemsstaterna tvungna att införa i sina nationella rättsordningar.

En stor förändring i förhållande till gällande rätt är också att ett nytt upphandlingsförfarande införs, innovationspartnerskap. En annan stor förändring är att upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog, som enligt gällande rätt bara får användas vid offentlig upphandling, i och med LUF-direktivet nu införs som ett upphandlingsförfarande även vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens förslag: Regleringen av öppet förfarande respektive selektivt förfarande ska i sak i allt väsentligt överensstämma med den nuvarande regleringen.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Regleringen av öppet förfarande respektive selektivt förfarande (artiklarna 27 och 28 i LOU-direktivet och artiklarna 45 och 46 i LUF-direktivet) har behållits i princip oförändrad i de nya direktiven. I likhet med vad som i dag gäller uppställs inte några begränsningar för när ett öppet eller selektivt förfarande får användas.

12.1.2 Förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog

Regeringens förslag: Möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog vid offentlig upphandling ska utökas i förhållande till vad som hittills gällt. Regleringen av själva förfarandet i sig ska dock i allt väsentligt motsvara den nuvarande regleringen.

Regleringen av förhandlat förfarande med föregående annonsering vid upphandling inom försörjningssektorerna ska i allt väsentligt överensstämma med den nuvarande regleringen av förhandlat förfarande som föregås av annonsering.

Konkurrenspräglad dialog införs som ett upphandlingsförfarande vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget är positiva till att möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering vid offentlig upphandling utvidgas i förhållande till gällande rätt. *Trafikverket* ifrågasätter dock lämpligheten i att förfarandet betecknas på samma sätt i den nya lagen om offentlig upphandling och i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Några av remissinstanserna har lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Konkurrensverket*, *Trafikverket*, *Konkurrenskommissionen*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Foyen*.

Skälen för regeringens förslag

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Förhandlat förfarande som föregås av en anbudsfordran kallas i LOU-direktivet "förhandlat förfarande under konkurrens" och i LUF-direktivet "förhandlat förfarande med föregående anbudsfordran". I princip är det dock fråga om ett och samma förfarande. Enligt LOU-direktivet får det förhandlade förfarandet emellertid bara användas om vissa förutsättningar är uppfyllda samtidigt som det direktivet innehåller fler detaljföreskrifter för förfarandet än LUF-direktivet. Själva förfarandet i

Prop. 2015/16:195 sig motsvarar i allt väsentligt det nuvarande förfarandet ”förhandlat förfarande med föregående annonsering” i LOU.

Regleringen i LUF-direktivet av förhandlat förfarande med föregående anbudsinfordran överensstämmer i sak med den nuvarande regleringen i LUF av förhandlat förfarande som föregås av annonsering. Det innebär bl.a. att det i motsats till vad som gäller enligt LOU inte uppställs några krav på att vissa förutsättningar måste vara uppfyllda för att förfarandet ska få tillämpas.

I promemorian görs bedömningen att ovan nämnda skillnader mellan direktiven vad gäller förutsättningarna för när förfarandet får användas, inte motiverar att det betecknas på ett sätt i den nya lagen om offentlig upphandling och på ett annat sätt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. *Trafikverket* ifrågasätter lämpligheten i denna bedömning. Verket menar att regleringen i de två direktiven skiljer sig åt på avgörande punkter. Verket pekar på att flexibiliteten för förfarandet i LOU-direktivet är klart beskuren genom fler föreskrifter för förfarandet än vad som är fallet för förfarandet i LUF-direktivet. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att förfarandet bör betecknas på samma sätt i de två nya lagarna. Den omständigheten att LOU-direktivet innehåller fler detaljföreskrifter för förfarandet än LUF-direktivet och att det senare direktivet medger större flexibilitet vid utformningen av förfarandet innebär enligt regeringens mening inte att de i grunden är olika förfaranden. Lämpligen kan den nuvarande beteckningen på förfarandet i LOU, dvs. ”förhandlat förfarande med föregående annonsering”, användas för att beteckna förfarandet i såväl den nya lagen om offentlig upphandling som i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, en bedömning som *Försvarets materielverk (FMV)* och *Konkurrensverket* instämmer i. Som FMV anför är det begreppet mer informativt, då just annonseringen är den springande punkten för att kunna möta direktivens krav på konkurrensutsättning. Konkurrens är möjligt att uppnå även inom ramen för direktupphandlingar genom att upphandlande myndigheter genom skrivelser eller dylikt inforrdrar anbud från flera anbudsgivare varför begreppet förhandlat förfarande under konkurrens kan leda till missuppfattningar.

Förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog vid offentlig upphandling

I skäl 42 till LOU-direktivet anges att det finns ett stort behov av att upphandlande myndigheter får större flexibilitet att välja ett upphandlingsförfarande enligt vilket förhandlingar ska föras än vad som gäller enligt nuvarande reglering. Det anges vidare att en ökad användning av dessa förfaranden också troligtvis ökar den gränsöverskridande handeln, eftersom en utvärdering utförd av kommissionen har visat att kontrakt som tilldelas genom förhandlat förfarande med föregående annonsering har en särskilt hög frekvens framgångsrika anbudsgivare från andra länder (se Europeiska kommissionens utvärderingsrapport *Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, SEC[2011]853 final). Det anges också att medlemsstaterna bör kunna föreskriva användning av förhandlat

förfarande med föregående annonsering under konkurrens eller konkurrenspräglad dialog i olika situationer där öppna eller selektiva förfaranden utan förhandlingar sannolikt inte skulle leda till tillfredsställande upphandlingsresultat.

Mot bakgrund av det anförda får förfarandena användas i fler fall enligt LOU-direktivet än enligt 2004 års LOU-direktiv. Regleringen av hur förfarandena ska genomföras motsvarar dock, som redan angivits, i allt väsentligt den nuvarande regleringen (se artiklarna 29 och 30 i LOU-direktivet).

Av artikel 26.4 a i LOU-direktivet framgår att medlemsstaterna ska föreskriva att de upphandlande myndigheterna får tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog för varor, tjänster eller byggtreprenader som uppfyller ett eller flera av ett antal kriterier som räknas upp i artikeln. De kriterier som räknas upp i artikeln bör således framgå av den nya lagen om offentlig upphandling och det bör framgå att de upphandlande myndigheterna får tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog om något av de angivna kriterierna är uppfyllda.

Konkurrenskommissionen och *Svenska Teknik & Designföretagen* vill att det förtydligas vad som avses med kriterierna i punkterna 1 och 2. Konkurrenskommissionen vill att förtydligandena tas in i lagen. Några förtydliganden av den art som nu efterfrågas ges emellertid inte i direktivet och bör därför enligt regeringens mening inte heller tas in i den nya lagen om offentlig upphandling. Det måste överlämnas till rättstillämpningen att närmare utveckla vad som avses med kriterierna i punkterna. Vad avser tolkningen av dessa kriterier kan dock vägledning hämtas från skäl 43 i LOU-direktivet som anger situationer när förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog bör få användas. Således torde byggtreprenadkontrakt som inte avser standardbyggnader eller som inbegriper formgivning eller innovativa lösningar omfattas av punkterna. I skältexten anges vidare att för tjänster eller varor som kräver anpassning eller formgivning ger användning av ett förhandlat förfarande under konkurrens eller en konkurrenspräglad dialog sannolikt mervärde. Sådana krav på anpassning eller formgivning är enligt vad som anges i skälet nödvändiga särskilt då det gäller komplexa inköp, såsom inköp av sofistikerade varor, intellektuella tjänster, t.ex. vissa konsult-, arkitekt- eller ingenjörstjänster, eller större projekt i fråga om informations- och kommunikationsteknik.

Svenska Teknik & Designföretagen är tveksam till att uttrycket ”formgivning” i punkten 2 används i den nya lagen om offentlig upphandling. Organisationen anför att det uttryck som används i den engelska versionen av direktivet är ”design”, och att det begreppet förordas eftersom det är vidare. Båda termerna synes förekomma i samma kontext. Formgivning är emellertid det begrepp som används i den svenska språkversionen av LOU-direktivet. Av den anledningen bör det begreppet också användas i de nya lagarna.

Det fall att endast ”ogiltiga anbud” har lämnats enligt ett öppet eller selektivt förfarande kvarstår fortfarande som en grund för att få tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering vid offentlig

Prop. 2015/16:195 upphandling (se artikel 26.4 b). Denna grund utvidgas i och med det nya direktivet till att gälla som grund även för att få tillämpa konkurrenspräglad dialog. Vidare får förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog även tillämpas om endast ”oacceptabla anbud” har lämnats. Den nuvarande uppräknningen i artikel 30.1 a i 2004 års LOU-direktiv (jfr 4 kap. 2 § 1 a–h LOU) av i vilka fall ett anbud vid ett öppet eller selektivt förfarande inte kan godtas har slopats. I stället innehåller artikel 26.4 b andra stycket exempel på när i synnerhet anbud ska anses vara ogiltiga. Av dessa exempel framgår bl.a. att anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokument ska anses vara ogiltiga. I samma stycke ges också exempel på när i synnerhet anbud ska anses vara oacceptabla. Exemplen i stycket har inte tagits med i lagtexten. *Konkurrensverket* ser detta som problematiskt mot bakgrund av hur begreppen ”ogiltiga anbud”, ”anbud som inte kan godtas” och ”olämpliga anbud” används i dag. Begreppen ”ogiltiga” och ”olämpliga” används både i nuvarande och i föreslagen lagstiftning, men med skillnad i innebörd och rättsföljder. Det är därför av synnerlig vikt enligt verket att innebörden av dessa begrepp klargörs. *Trafikverket*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* vill också att exemplen ska framgå av lagtexten. Regeringens uppfattning är emellertid att exemplen lämpligast anges i författningskommentaren och inte direkt i lagtexten. Genom att de återges i kommentaren ges nödvändigt stöd till rättstillämparen för hur begreppen ”ogiltiga anbud” respektive ”oacceptabla anbud” ska tolkas.

Konkurrenskommissionen anför också att i anslutning till den bestämmelse som genomför artikel 26.4 b behöver det klargöras att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att kriterierna för att få tillämpa förfarandena faktiskt är uppfyllda. Regeringen har ingen annan uppfattning om bevisbördans placering än den som Konkurrenskommissionen ger uttryck för. Något behov av att ange i lagtexten var bevisbördan ska placeras bedöms dock inte föreligga. Däremot instämmer regeringen inte i Konkurrenskommissionens uppfattning att förfarandena utgör undantag. En konsekvens av Konkurrenskommissionens tolkning skulle vara att man skulle vara tvungen att tolka kriterierna för att få tillämpa förfarandena restriktivt. Förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog är dock, som redogjorts för i avsnitt 12.1, enligt LOU-direktivet inte några undantagsförfaranden. Något krav på att tolka förutsättningarna för att få tillämpa förfarandena restriktivt föreligger således inte.

Lagrådet har anmärkt på paragrafen som genomför artikel 29.5 första stycket tredje och fjärde meningen om ändringar i upphandlingsdokumenten. Lagrådet anser att paragrafens avsedda innebörd bör klargöras i det fortsatta beredningsarbetet. Regeringen delar Lagrådets uppfattning att bestämmelsen har fått en oklar utformning som inte heller är helt i överensstämmelse med direktivet. Paragrafen bör utformas i närmare anslutning till direktivet. Det blir då tydligt att bestämmelsen handlar om när kraven i upphandlingsdokumenten ändras under förhandlingarna och hur den upphandlande myndigheten då ska förfara.

I skäl 60 till LUF-direktivet anges att erfarenheten har visat att den konkurrenspräglade dialogen, som föreskrivs enligt LOU-direktivet, har varit användbar i de fall då upphandlande myndigheter inte kan specificera hur deras behov kan tillgodoses eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska, finansiella eller rättsliga lösningar. Denna situation kan särskilt uppkomma i samband med innovativa projekt, genomförandet av större integrerade infrastrukturprojekt på transportområdet, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering. Medlemsstaterna bör därför ha rätt att ge upphandlande enheter tillgång till detta verktyg.

LUF-direktivet anger följaktligen att medlemsstaterna ska föreskriva att upphandlande enheter får tillämpa konkurrenspräglad dialog (artikel 44.3). Några särskilda förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en upphandlande enhet ska få tillämpa förfarandet uppställs inte. Regleringen i direktivet (artikel 48) av förfarandet motsvarar den som återfinns i artikel 30 i LOU-direktivet. Regeringen förordar att konkurrenspräglad dialog bör tas in som ett upphandlingsförfarande i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

12.1.3 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Regeringens förslag: De förutsättningar som uppställs i direktiven för när det ska vara tillåtet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska genomföras i svensk rätt.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I förhållande till promemorian föreslås en ny paragraf med ett förtydligande av vad som kan utgöra olämpliga anbud.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget tillstyrker det med undantag för *Konkurrenskommissionen* som inte vill att möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering införs. Några av remissinstanserna framför lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Trafikverket*, *Konkurrensverket* och *Konkurrenskommissionen*.

Skälen för regeringens förslag: I skäl 50 till LOU-direktivet respektive skäl 61 till LUF-direktivet anges att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling (annonsering), vilket i princip är samma sak som direktupphandling, endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Av artikel 32 i LOU-direktivet respektive artikel 50 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna i de särskilda fall och under de särskilda omständigheter som anges i artiklarna, bl.a. om ”inga lämpliga anbud” eller ”lämpliga anbudsansökningar” lämnats, får föreskriva att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Dessa fall och omständigheter motsvarar i huvudsak de som uppställs för att förfarandet ska få användas enligt 2004 års LOU-direktiv respektive 2004 års LUF-direktiv.

Av artikel 26.4 b första stycket LOU-direktivet följer att i de fall förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas på grund av att endast ogiltiga eller oacceptabla anbud har lämnats enligt ett öppet eller selektivt förfarande, är den upphandlande myndigheten under vissa förutsättningar inte skyldig att offentliggöra en annons om upphandling.

I artikel 32.2 a andra stycket utvecklas något vad som avses med ”inga lämpliga anbud” eller ”inga lämpliga anbudsansökningar”. Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten. En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda ekonomiska aktören ska eller kan uteslutas eller inte uppfyller de urvalskriterier som fastställts av den upphandlande myndigheten.

Konkurrenskommissionen anför att för det fall bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering genomförs bör det vad gäller grunden ”inga lämpliga anbud” i lagtexten uttömmande uppräknas vad som avses med sådana anbud utifrån vad som anges i artikel 32.2 a andra stycket. *Trafikverket* anser att det stycket ska införas i den nya lagen om offentlig upphandling. Att utifrån vad som anges i andra stycket uttömmande uppräknas vad som avses med olämpliga anbud som *Konkurrenskommissionen* vill är dock inte lämpligt utan det måste överlämnas till rättstillämpningen att närmare utveckla vad som avses med ”inga lämpliga anbud” eller ”inga lämpliga anbudsansökningar”. Däremot finns det skäl för att som *Trafikverket* förespråkar ta med förtydligandena i stycket i den nya lagen om offentlig upphandling och följaktligen motsvarande förtydliganden i LUF-direktivet (artikel 50 a andra stycket) i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen vill också framhålla att bestämmelserna om under vilka förutsättningar förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas ska tolkas restriktivt.

Konkurrenskommissionen anser också att det bör klargöras vad relationen mellan grunden ”oacceptabla anbud” (artikel 26.4 b första stycket LOU-direktivet) och grunden ”inga lämpliga anbud” är (artikel 32.2 a i LOU-direktivet) och hur dessa grunder ska tillämpas. Enligt *Konkurrensverket* förefaller det olyckligt att introducera det nya begreppet ”oacceptabla anbud” då det av föreslagen lagtext inte framgår vad skillnaden är i förhållande till ”ogiltiga anbud” (artikel 26.4 b första stycket). Begreppet ”oacceptabla anbud” härrör emellertid från direktivet. Vad som avses med det begreppet och vad som avses med ”inte lämpliga anbud” samt ”ogiltiga anbud” utvecklas något i ovan nämnda artiklar och i författningskommentarerna till de paragrafer som genomför dem. Med ledning av vad som där sägs måste det överlämnas till rättstillämpningen att närmare klarlägga hur grunderna ska tillämpas och hur de förhåller sig till varandra.

Konkurrensverket förespråkar att bestämmelserna om när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas i de nya lagarna i vissa avseenden utformas i närmare överensstämmelse med direktivens ordalydelse. Av direktiven framgår bl.a. att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas om varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna endast kan tillhandahållas av en viss leverantör på

grund av skydd av ensamrätt, inklusive immateriella rättigheter. Att ensamrätter inkluderar immateriella rättigheter anges inte i lagtexten i promemorians författningsförslag utan enbart i författningskommentaren. Konkurrensverket vill att detta ska framgå direkt av lagtexten. Regeringens uppfattning är emellertid att det inte behöver anges särskilt i lagtexten att immateriella rättigheter faller in under begreppet ”ensamrätt”. Det är tillräckligt att det upplyses om detta i författningskommentaren.

Konkurrensverket anför också att det, som i promemorians lagförslag, kan vara missvisande att ange rubriken ”Vid tilldelning av varukontrakt” vid den bestämmelse som genomför artikel 32.3 i LOU-direktivet, då den avser både köp av varor och tjänster. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning, dvs. att artikeln endast gäller för varukontrakt. Med stöd av artikel 32.3 kan tjänster visserligen under vissa förhållanden upphandlas. Detta gäller dock endast om det sker samtidigt som ett inköp av varor och om inköpet av varorna räknas som huvudföremålet för upphandlingen, varvid det aktuella kontraktet som helhet ska klassificeras som ett varukontrakt enligt artikel 3.2 i LOU-direktivet.

Konkurrensverket finner vidare att de föreslagna bestämmelserna om att förfarandet får användas vid upprepning av tidigare tjänster eller byggentreprenader är oklara. Det förefaller enligt verket som om regleringen inte avser nya kontrakt utan närmast beslut om utnyttjande av ensidiga optioner, vilka ingår i det ursprungliga kontraktet. Det kan emellertid konstateras att bestämmelserna om upprepning av tidigare tjänster är utformade nära direktivens ordalydelse, jfr 32.5 i LOU-direktivet. Enligt regeringens mening ska direktivet tolkas så att det är fråga om tilldelning av ett nytt kontrakt. Att det är fråga om nya kontrakt bör enligt regeringens mening, som *Advokatfirman Foyen* påpekar, uttryckas tydligt i den svenska lagtexten. I förhållande till promemorians lagförslag bör därför uttrycket ”kompletterande tjänster eller byggentreprenader” ersättas med ”nya tjänster eller byggentreprenader” i enlighet med vad advokatfirman föreslår.

12.1.4 Innovationspartnerskap

Regeringens förslag: Direktivens bestämmelser om innovationspartnerskap ska införas i svensk rätt. Förfarandet ska benämnas förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. En upphandlande myndighet eller enhet får ingå ett innovationspartnerskap, om den har behov av en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad, och behovet inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggentreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Enligt utredningens tolkning av direktivet tilldelas dock kontraktet efter att partnerskapsavtalet har ingåtts. Utredningen föreslår en delvis annan lagteknisk struktur och förfarandet benämns enbart innovationspartnerskap.

Prop. 2015/16:195 **Remissinstanserna:** De remissinstanser som yttrar sig över utredningens förslag är positiva till att innovationspartnerskap införs i svensk rätt. Flera av remissinstanserna är kritiska till kravet att leverantörer som deltar i ett innovationspartnerskap ska bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet, bl.a. *Verket för innovationssystem (Vinnova)*, *Företagarna* och *Almega*. Några remissinstanser framför också lagtekniska synpunkter.

Skälen för regeringens förslag

Ett nytt upphandlingsförfarande för innovationer

Något särskilt förfarande för upphandling av innovationer finns inte i gällande upphandlingslagstiftning. Detta innebär dock inte att det inte finns förfaranden som kan användas för sådan upphandling. De förfaranden som ligger närmast till hands när innovativa lösningar ska upphandlas är ett förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog. Dessa förfaranden har emellertid inte tillkommit enbart för framtagande av innovationer. I syfte att främja innovationer har därför ett helt nytt upphandlingsförfarande införts i LOU- och LUF-direktiven. Syftet med det nya förfarandet är att kunna upphandla sådant som ännu inte finns på marknaden.

Det nya förfarandet ska resultera i tilldelning av ett kontrakt om innovationspartnerskap med en eller flera leverantörer. Det utmärkande för ett kontrakt om innovationspartnerskap är att det omfattar såväl utvecklingen och framtagandet av den innovativa lösningen som efterföljande köp av den färdigutvecklade produkten, förutsatt att den kan levereras till överenskomna kapacitetsnivåer och kostnader. Efter att innovationspartnerskapet har ingåtts tilldelas inte något ytterligare kontrakt utan förfarandet är avslutat.

I skälen (skäl 49 i LOU-direktivet och skäl 59 i LUF-direktivet) anges att förfarandet för inrättande av innovationspartnerskapet bör baseras på de förfaranderegler som tillämpas på det förhandlade förfarandet under konkurrens, och kontrakten bör endast tilldelas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilket är det lämpligaste sättet att jämföra anbud som rör innovativa lösningar. Oavsett om det rör sig om mycket stora eller mindre innovationsprojekt bör innovationspartnerskapet struktureras på ett sådant sätt att det kan ge det nödvändiga efterfrågetrycket på marknaden som ger incitament till utveckling av en innovativ lösning utan att marknaden för den skall sättas ur spel. En upphandlande myndighet bör därför inte använda innovationspartnerskap på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. I vissa fall kan inrättandet av innovationspartnerskap med flera partner bidra till att undvika sådana effekter.

Begreppet innovation

I artikel 2.1.22 i LOU-direktivet respektive i artikel 2.18 i LUF-direktivet finns en definition av begreppet innovation. Av definitionen framgår att en innovation är genomförande av en ny eller väsentligt förbättrad vara, tjänst eller process. Definitionen har inte förts in i de nya lagarna, då direktivens definition inte bidrar till något egentligt klargörande av

begreppet i förhållande till normalt språkbruk. Definitionen medför inte heller att vad som omfattas av begreppet kan bestämmas med någon precision. Byggtreprenader nämns vidare över huvud taget inte i definitionsartiklarna i LOU-direktivet och i LUF-direktivet men en innovativ byggtreprenad kan ligga till grund för ett innovationspartnerskap enligt direktiven.

Undantaget för forsknings- och utvecklingstjänster

Det nuvarande regelverket, dvs. 2004 års LOU- och LUF-direktiv medger att en upphandling av själva tjänsten att utveckla en innovativ lösning, s.k. förkommersiell upphandling, görs utanför tillämpningsområdena för direktiven och lagarna. När det sedan gäller upphandlingen av den produkt som har utvecklats genom den förkommersiella upphandlingen, blir däremot direktiven och lagarna tillämpliga. Undantagen för forsknings- och utvecklingstjänster gäller dock inte för sådana tjänster vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och tjänsterna betalas av myndigheten eller enheten. Sådana tjänster omfattas alltså av den nuvarande lagstiftningen.

I likhet med vad som gäller enligt 2004 års direktiv är forsknings- och utvecklingstjänster också undantagna från tillämpningsområdena för de nya direktiven (artikel 14 i LOU-direktivet och artikel 32 i LUF-direktivet). Undantagen motsvarar i sak de nuvarande undantagen. Det innebär att sådana kontrakt för forsknings- och utvecklingstjänster som uteslutande är till nytta för och helt bekostas av den upphandlande myndigheten eller enheten också omfattas av de nya direktivens tillämpningsområden och följaktligen även av tillämpningsområdena för de nya lagarna (se avsnitt 6.4.1).

Upphandlingsdokumenten och graden av innovation

De särskilda reglerna om förfarandet för innovationspartnerskap finns i artikel 31 i LOU-direktivet respektive artikel 49 i LUF-direktivet. Artiklarna innehåller vissa bestämmelser om hur ett innovationspartnerskap ska struktureras och genomföras. Av första stycket i punkten 1 i respektive artikel framgår att förfarandet inleds med en annons om upphandling.

I andra stycket i första punkten i respektive artikel preciseras det som myndigheten eller enheten ska ange i upphandlingsdokumenten. Enligt stycket ska behovet av den innovativa produkten identifieras. I punkten uttrycks det på det sättet att myndigheten eller enheten ska ”identifiera behovet av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad”. Därefter följer en redogörelse av innovationsgraden. Det anges att det ska röra sig om ett behov som inte kan tillgodoses genom inköp av något som redan finns tillgängligt på marknaden.

Andra stycket i första punkten avslutas med föreskrifter om att myndigheten eller enheten dels ska fastställa vilka minimikrav som varje anbud ska uppfylla, dels ska lämna tillräckligt precis information för att leverantörerna ska kunna ta ställning till om de ska ansöka om att delta i förfarandet.

Prop. 2015/16:195 I sista stycket i sjätte punkten i respektive artikel föreskrivs att immaterialrättsliga frågor ska regleras i upphandlingsdokumenten.

Urval av leverantörer

Av artikel 31.1 första stycket i LOU-direktivet respektive i artikel 49.1 första stycket i LUF-direktivet framgår att alla leverantörer får ansöka om att delta i ett innovationspartnerskap efter en annons om upphandling genom att lämna de upplysningar som den upphandlande myndigheten eller enheten kräver för urvalet. I fjärde stycket i första punkten anges att endast sådana leverantörer som får en inbjudan får delta i förfarandet.

I sjätte punkten i respektive artikel framhålls att en upphandlande myndighet eller enhet vid urvalet särskilt ska tillämpa kriterier för de anbudssökandes kapacitet på forsknings- och utvecklingsområdet och i fråga om att utveckla och genomföra innovativa lösningar. I punkten erinras vidare om att en leverantör endast efter inbjudan får lämna in forsknings- och innovationsprojektet, vilket utgör leverantörens anbud i förfarandet.

Sveriges Offentliga Inköpare (SOI) ser en risk i att kriterier för att kvalificera till innovationspartnerskap särskilt betonar resurser för forskning och utveckling. Detta riskerar att förfördela små- och medelstora företag. SOI anser därför att det bör ytterligare betonas att det också är möjligt att använda andra kriterier för kvalificering, och att direktivtexten alltså inte utesluter detta. Regeringen instämmer i bedömningen att även andra kriterier än resurser för forskning och utveckling kan beaktas, men vill understryka att det följer av direktiven att dessa kriterier särskilt ska beaktas.

Tilldelning av kontrakt

De anbud som lämnas ska bli föremål för förhandlingar enligt artikel 31.3 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.3 i LUF-direktivet med undantag för minimikraven och tilldelningskriterierna, som inte får bli föremål för förhandling.

När det gäller frågan om vid vilken tidpunkt ett anbud lämnas i ett innovationspartnerskap, kan det noteras att bestämmelserna i artikel 54.1 första stycket i LOU-direktivet förutsätter att utvalda leverantörer samtidigt bjuds in att lämna anbud. I artikel 74.1 första stycket i LUF-direktivet anges att utvalda leverantörer samtidigt ska bjudas in att lämna anbud eller att ”förhandla”.

Bestämmelserna om hur en förhandling i övrigt bör te sig finns i artikel 31.4 och 31.5 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.4 och 49.5 i LUF-direktivet. Dessa bestämmelser motsvarar vad som enligt LOU-direktivet gäller för förhandlingar vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, jfr artikel 29.5 och 29.6 i LOU-direktivet. Det anförda innebär bl.a. att förhandlingarna under vissa förutsättningar får genomföras i successiva steg för att minska antalet anbud som ingår i förhandlingarna.

Tredje stycket i första punkten innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet eller enhet får besluta att inrätta innovationspartnerskapet med en eller flera partner som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Flera remissinstanser invänder

Bland de kritiska remissinstanserna återfinns *Företagarna* och *Almega*. De ifrågasätter om de aktuella direktivbestämmelserna verkligen ska tolkas såsom i utredningens förslag, dvs. som ett krav på att ett partnerskap endast får ingås med en leverantör som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Regeringen instämmer emellertid i utredningens bedömning att det är fråga om ett krav. Kravet följer av direktivet och måste enligt regeringens mening genomföras i svensk rätt. Det kan däremot ifrågasättas vad som menas med separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Rimligtvis kan denna verksamhet inte vara en del av den löpande produktionen. Att forsknings- och utvecklingsverksamheten bedrivs i nära anslutning till denna produktion borde dock inte diskvalificera en leverantör från att komma ifråga för ett innovationspartnerskap. Regeringen bedömer vidare att det inte är ett krav att leverantören måste bedriva den separata forsknings- och utvecklingsverksamheten redan innan partnerskapet ingås.

Kemikalieinspektionen beklagar att det av bestämmelserna om innovationspartnerskap inte framgår att miljö- och kemikalieperspektiv bör beaktas vid innovationsupphandlingar. Regeringen anser emellertid att detta är något som bör gälla oavsett vilket förfarande som används och framgå av de allmänna bestämmelserna i lagarna. Att miljöhänsyn bör beaktas om upphandlingens art motiverar det framgår av 4 kap. 3 § i förslagen till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom försörjningssektorena.

Av fjärde stycket i punkten 1 i respektive artikel framgår att det enda kriteriet för tilldelning av kontrakt ska vara det anbud som har bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anser att det inte är möjligt att begränsa utvärderingsgrunden i innovationspartnerskapsprocessen till att enbart omfatta ”bästa förhållande mellan pris och kvalitet”. Regeringen kan emellertid konstatera att det är den grund för utvärdering som direktivet föreskriver. När det gäller innovativa lösningar ligger det emellertid i sakens natur att det är svårt att på förhand avgöra vad som är en kvalitativ slutprodukt. Det bör med hänsyn till förfarandets speciella karaktär enligt regeringens mening finnas utrymme för den upphandlande myndigheten eller enheten att väga in aspekter som exempelvis graden av innovation även om detta kanske medför ett större risktagande.

Innovationspartnerskapets syfte och struktur

Reglerna i artikel 31.2 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.2 i LUF-direktivet beskriver syftet med ett innovationspartnerskap och innehåller bestämmelser om avtalets struktur och genomförandet av det.

Av bestämmelserna om syftet framgår att innovationspartnerskapet ska syfta till utvecklingen av en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad och därpå följande inköp av dessa varor, tjänster eller byggentreprenader, under förutsättning att de motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som de upphandlande myndigheterna eller enheterna och deltagarna kommit överens om.

Prop. 2015/16:195 Av bestämmelserna i artikel 31.2 andra stycket LOU-direktivet och motsvarande stycke i 49.2 i LUF-direktivet om innovationspartnerskapets struktur framgår att det ska delas upp i successiva etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna kan också inkludera inköpsfasen. Utöver kravet på etapper anges även att innovationspartnerskapet ska ha delmål som parterna ska uppfylla och se till att betalning av ersättningen sker i lämpliga delar.

I artikel 31.2 sista stycket knyts kraven på etapper och delmål samman. Efter varje avslutad etapp ska myndigheten på grundval av tillämpligt delmål ta ställning till om partnerskapet ska avslutas eller, i förekommande fall, om antalet partner i partnerskapet ska minskas. Ordningen förutsätter att det i upphandlingsdokumenten har angetts att så kan bli fallet och att det vidare där angetts under vilka villkor dessa åtgärder kan vidtas.

Utredningen har funnit att kontrakt tilldelas vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap först i ett senare skede, efter att avtal om innovationspartnerskap ingåtts. Enligt regeringen är det däremot innovationspartnerskapet som är resultatet av upphandlingen. Som framgått ovan innefattar innovationspartnerskapet både utvecklingen av en produkt och köp av den färdiga produkten. Kontrakt tilldelas således en eller flera anbudsgivare redan innan utvecklingen av produkten påbörjas och i och med att kontraktet eller kontrakten tilldelas så avslutas själva upphandlingsförfarandet och innovationspartnerskapet ingås. Av detta skäl anser regeringen att själva förfarandet bör benämnas förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Därefter fullgörs kontraktet under innovationspartnerskapet. Vissa av kontrakten kommer att kunna avslutas vid de olika etapperna.

Famna och HSB omsorg anför att skrivningarna utgår från innovationsmodeller och strukturer som inte möjliggör för den idéburna sektorn att delta på ett likvärdigt sätt. Det är enligt dem oklart om detta förfarande bör användas för sociala innovationer. Enligt regeringens bedömning är det ingenting som hindrar att en idéburen organisation deltar i ett innovationspartnerskap. Hur innovationspartnerskapet i detalj ska struktureras måste naturligtvis bestämmas från fall till fall, beroende just på att stegen i en forsknings- och innovationsprocess kan se olika ut beroende på område och vad det är som ska tas fram. Inspiration till hur ett partnerskap kan struktureras kan erhållas från kommissionens meddelande, KOM (2007) 799 slutlig, där kommissionen utvecklar sin syn på förkommersiell upphandling, men andra strukturer kan som nämnts användas. I meddelandet beskrivs processen att utveckla en innovation och efterföljande introduktion av innovationen på marknaden. Med inspiration från vad som sägs i meddelandet skulle ett innovationspartnerskap kunna delas upp i följande steg: 1) undersökningar av lösningar, 2) framtagande av prototyper och 3) utveckling av en begränsad första serie produkter eller tjänster i form av en testserie. Dessa steg följs sedan av produktionen eller tillhandahållandet för kommersiella syften.

En upphandlande myndighet respektive enhet ska enligt artikel 31.7 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.7 i LUF-direktivet se till att partnerskapets struktur, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika

etapperna, avspeglar graden av innovation hos den föreslagna lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en innovativ lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. I punkten anges vidare att värdet av de beställningar av den utvecklade lösningen som görs, inte ska vara oproportionerligt i relation till investeringarna i utvecklingen av lösningen.

För frågor om sekretess vid förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, se avsnitt 21.

12.2 Upphandlingsförfarandet på det icke-direktivstyrda området

Regeringens förslag: Konkurrenspräglad dialog ska införas som ett upphandlingsförfarande vid upphandling inom försörjningssektorerna, även utanför det direktivstyrda området.

Bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid konkurrenspräglad dialog ska göras tillämpliga på upphandlingar på det icke direktivstyrda området vid såväl offentlig upphandling som upphandling inom försörjningssektorerna.

I övrigt ska regleringen av upphandlingsförfarandena utanför det direktivstyrda området överensstämma med den nuvarande regleringen.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Med undantag för *Advokatfirman Foyen* som vill att direktupphandlingsgränsen för entreprenadupphandling ska höjas, yttrar sig inte remissinstanserna särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I 15 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om förenklat förfarande och urvalsförfarande. Motsvarande bestämmelser bör tas in i de föreslagna lagarnas kapitel med bestämmelser om upphandling som inte omfattas av direktivet.

De direktivstyrda bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i LOU är i dag tillämpliga även vid offentlig upphandling utanför det direktivstyrda området genom hänvisning i 15 kap 2 §. Även bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid konkurrenspräglad dialog har gjorts tillämpliga på upphandlingar på det icke direktivstyrda området. De nya bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog och begränsning av antalet anbudssökande vid konkurrenspräglad dialog bör därför i den nya lagen om offentlig upphandling göras tillämpliga på upphandlingar inom det icke direktivstyrda området.

I linje med ovan nämnda principer bör när konkurrenspräglad dialog genom LUF-direktivet nu införs som ett upphandlingsförfarande för upphandlingar inom försörjningssektorerna, förfarandet göras tillämpligt även vid upphandling inom försörjningssektorerna utanför det direktivstyrda området. Detta för att regleringen ska överensstämma med den som gäller vid offentlig upphandling. I konsekvens med detta bör även bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid

12.3 Förfaranderegler vid upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla en bestämmelse om att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att själva organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna och bestämmelserna i övrigt i lagen följs.

Lagen ska även innehålla bestämmelser med grundläggande regler för förfarandet.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget är i huvudsak positiva. *Advokatsamfundet* och *Advokatbyrån Delphi* tillstyrker hela förslaget. Flera remissinstanser, däribland *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Tillväxtverket* och flertalet kommuner tillstyrker att den upphandlande myndigheten eller enheten ska vara fri att organisera förfarandet. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* framför lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag

I LUK-direktivet finns, till skillnad från i LOU-direktivet och LUF-direktivet, inte några bestämmelser om olika upphandlingsförfaranden som anger proceduren för genomförandet av en upphandling. Bakgrunden till det är enligt skäl 68 att koncessioner oftast är långsiktiga och komplicerade arrangemang där koncessionshavaren tar de risker som traditionellt tas av upphandlande myndigheter eller enheter och tar ansvar för sådant som ingår i myndigheternas eller enheternas ansvarsområde. Upphandlande myndigheter och enheter bör därför enligt skälen ges avsevärd flexibilitet när det gäller att organisera förfarandet vid val av koncessionshavare, så länge principerna om öppenhet och likabehandling och bestämmelserna i direktivet om tilldelningsförfarandet garanteras. I artikel 30.2 första meningen i direktivet anges som en allmän princip att utformningen av tilldelningsförfarandet måste följa principerna i artikel 3 om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet. I artikel 37 i direktivet uppställs därutöver ett antal grundläggande garantier avseende vissa centrala moment som måste iakttas under upphandlingsförfarandet. Syftet med dessa är framför allt att säkerställa att principerna om likabehandling och öppenhet inte överträds under någon del av tilldelningsförfarandet (skäl 68 i direktivet). Bestämmelserna ska samlas i ett kapitel om förfarandet vid upphandling av koncessioner.

I artikel 30.1 i LUK-direktivet anges att en upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare förutsatt att direktivet följs. Mot bakgrund av att det i direktivet inte finns någon särskild reglering för hur upphandling av koncessioner ska genomföras och med hänsyn till koncessionernas särdrag med behov av individuella lösningar bör LUK inte innehålla några detaljerade regler om hur upphandlingsförfarandet ska genomföras. Liksom i direktivet bör det i lagen i stället anges att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att organisera förfarandet så länge principerna och bestämmelserna i lagen i övrigt följs.

Information

Av artikel 37.1 första stycket a och andra stycket följer att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp vissa minimikrav som anbudena måste uppfylla. Med sådana krav avses enligt bestämmelsen villkor och egenskaper som alla anbud måste uppfylla eller inneha. Vidare anges att egenskaperna i synnerhet kan avse tekniska, fysiska, funktionella och rättsliga egenskaper.

I artikel 37.2 anges vilken information som upphandlande myndigheter och enheter måste tillhandahålla under förfarandet. Det rör sig om en beskrivning av koncessionen och de villkor som ska gälla för deltagandet. Beskrivningen och villkoren ska anges i annonsen, som också är det dokument som innehåller information om koncessionsupphandlingen. Regeringen väljer att i lagstiftningen i stället för att använda det begrepp som används i direktivet, koncessionsmeddelande, använda termen annonsering. Utöver det ska den upphandlande myndigheten eller enheten beskriva tilldelningskriterierna och i förekommande fall minimikraven. Tilldelningskriterierna kan anges i annonsen, i inbjudan att lämna anbud eller i något annat koncessionsdokument. En bestämmelse om detta bör tas in i lagen.

Tidsplan

Av artikel 37.4 framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en beskrivning av det planerade förfarandet med en preliminär tidsfrist för slutförandet av upphandlingen. Alla deltagare ska få del av planeringen. Om det görs ändringar i planeringen ska deltagarna även få del av dessa. Ändringar som rör sådant som anges i annonsen måste offentliggöras på marknaden. Detta är ett sätt att säkerställa att insyn blir möjlig. En anledning till att det är viktigt är att den marknad som uppsöks ska få en möjlighet att reagera på ett adekvat sätt. En annan anledning är att det ska vara möjligt att kontrollera upphandlingar. Regeringen anser att bestämmelsen bör införas som en grundläggande garanti för förfarandet.

För koncessionsupphandlingarnas del kan det antas att informationskravet kommer att vara särskilt viktigt. Ett skäl för detta antagande är att upphandlande myndigheter eller enheter har ett stort handlingsutrymme för att lägga upp förfarandet. Eftersom det också kan vara fråga om komplicerade projekt är det sannolikt att just planeringen

Prop. 2015/16:195 av förfarandet är av utomordentlig betydelse för den som är intresserad av att anmäla sitt intresse av upphandlingen. Om ett förfarande exempelvis är upplagt på ett sådant sätt att någon potentiell anbudsgivare bestämmer sig för att avstå kan vederbörande ändå vara intresserad av förändringar av planeringen ifall dessa förändringar är sådana att leverantören har möjlighet att delta. Vilken effekt en ändring kan tänkas få är beroende av bedömningar i det enskilda fallet.

Upphandlande myndigheter eller enheter har generellt ett stort ansvar för att upphandlingarna följer de förfaranden som uppställs, vilka har som ett av många syften att säkerställa att potentiella anbudsgivare har en möjlighet att lägga anbud och alltså att upphandlingen genomförs i konkurrens. Det stora handlingsutrymme som upphandlande myndigheter eller enheter har för att bestämma hur förfarandet för tilldelning av en koncession ska genomföras medför att de får ett särskilt stort ansvar att själva i första hand bedöma vilka ändringar som måste offentliggöras för en bredare krets och vilka som är så obetydliga att de inte har någon betydelse för det konkurrensuppsökande skedet. Men det är dock oundvikligt att bedömningar kommer att sättas i fråga och att gränserna för bedömningsutrymmet i sista hand kommer att behöva göras genom rättstillämpningen.

Förhandlingar

Förhandlingar får alltid föras under upphandlingsförfarandet. Förhandlingarna får dock enligt artikel 37.6 inte leda till att föremålet för koncessionen, tilldelningskriterierna eller minimikraven ändras. Även detta bör regleras i de grundläggande bestämmelserna för förfarandet.

Det kan här anmärkas att det i direktivet saknas bestämmelser om komplettering och förtydligande av anbud. Detta kan antas bero på att myndigheterna och enheterna har stor frihet att själva bestämma detaljerna i förfarandet. Några regler om detta införs därför inte i lagen.

13 Ramavtal

I LOU-direktivets respektive LUF-direktivets andra avdelning om offentliga kontrakt respektive om upphandling finns ett kapitel med rubriken Tekniker och instrument för elektronisk och gemensam upphandling (kapitel II). Här finns bestämmelser bl.a. om ramavtal (artikel 33 i LOU-direktivet och artikel 51 i LUF-direktivet).

LUK-direktivet saknar bestämmelser om ramavtal och det direktivet behandlas därför inte i avsnitt 13.

Regeringens bedömning: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör inte innehålla nationella bestämmelser om ramavtal som går utöver vad som anges i direktiven.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser föreslår att de nya lagarna i förtydligande och klargörande syfte ska kompletteras med olika nationella bestämmelser som motsvarar skrivningar i de nya direktivens skältexter eller annars reglerar sådant som inte följer direkt av direktivens artiklar, utan av en tolkning av rättsläget. Det gäller särskilt i fråga om skrivningarna i skäl 61 i LOU-direktivet om att en berörd fysisk persons val eller behov kan vara en fördelningsgrund vid avrop från ramavtal. Flera remissinstanser, bl.a. *Arbetsförmedlingen*, ett antal kommuner och landsting, *SKL Kommentus*, *Sveriges Offentliga Leverantörer* och *Kommunal* anser att en lagbestämmelse bör utformas med nämnda skältext som grund. Vissa remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, har ingen erinran mot promemorians bedömning att så inte bör ske. Ytterligare andra instanser, som *Almega* och *Företagarna*, tillstyrker uttryckligen promemorians bedömning.

Skälen för regeringens bedömning: Genom LOU- och LUF-direktiven behålls instrumentet ramavtal i stort sett som det är. I båda direktivens artiklar har dock vissa förtydliganden gjorts. Vidare har skältexterna utökats i omfång. Skältexterna innehåller flera uttalanden i förtydligande syfte. I Sverige används ramavtal i stor omfattning som en metod att upphandla. Bestämmelserna om ramavtal berör därmed många aktörer.

Ett flertal remissinstanser yttrar sig om promemorians förslag till genomförande av direktivens bestämmelser om ramavtal. Remissinstanserna är generellt positiva till de förtydliganden som gjorts i de nya direktiven och den analys av dem som görs i promemorian. Flera föreslår emellertid att de nya lagarna ska innehålla bestämmelser som motsvarar olika skrivningar i skältexterna eller annars går utöver direktivens artiklar. *Trafikverket* anser att en bestämmelse ska tas in i lagen som återger exemplet i skäl 61 i LOU-direktivet på villkor som kan användas i valet mellan avrop och förnyad konkurrensutsättning i sådana ramavtal där det finns en möjlighet att välja mellan metoderna. *Arbetsförmedlingen* och *Sveriges Television AB (SVT)* föreslår att det ska anges i lagen att löptiden för enskilda kontrakt som grundas på ramavtal inte behöver sammanfalla med ramavtalets löptid. *Gotlands kommun* anser att det vore önskvärt med ett klargörande i lag i fråga om bundenhet vid ramavtal. *Affärsverket svenska kraftnät* efterlyser lagregler som närmare anger vilka villkor en s.k. fördelningsnyckel kan innehålla.

Remissinstansernas olika förslag om kompletterande bestämmelser i lagen bottnar i en önskan att lagtexten, för att underlätta tillämpningen, ska vara så tydlig som möjligt. Det finns även remissinstanser som, utan

Prop. 2015/16:195 att förorda kompletterande lagstiftning, önskar förtydligande förarbetsuttalanden om hur olika bestämmelser ska tillämpas. Förslagen är förståeliga mot bakgrund av ramavtalens frekventa användning och därmed regelverkets stora praktiska betydelse.

Regeringen anser emellertid att det inte är lämpligt att ta in några bestämmelser om ramavtal i de nya lagarna som går utöver vad som anges i direktivens artiklar om ramavtal. Det skulle innebära ett avsteg från den övergripande principen att lagstiftningen bör vara direktivnära utformad (se avsnitt 5.1).

13.2 Ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling

Regeringens förslag: Bestämmelserna om ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling ska, med vissa förtydliganden och klargöranden, i huvudsak motsvara bestämmelserna i den nuvarande lagen.

Det ska tydliggöras att kontrakt som grundar sig på ramavtal får slutas endast mellan en upphandlande myndighet som tydligt har identifierats för detta syfte i ramavtalets anbudsinfordran eller inbjudan att bekräfta intresse och en leverantör som är part i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer och som har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda, ska den upphandlande myndigheten använda objektiva villkor för att avgöra vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som ska tilldelas kontraktet (en fördelningsnyckel). De objektiva villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

En upphandlande myndighet ska under vissa förutsättningar få tilldela kontrakt som grundar sig på sådana ramavtal delvis efter en förnyad konkurrensutsättning.

Regeringens bedömning: Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning om tillämpningen av bestämmelserna om fördelningsnycklar, särskilt med avseende på möjligheten att ta hänsyn till fysiska personers val eller behov.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag är dock något annorlunda utformat. Promemorian gör inte heller bedömningen att Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning.

Remissinstanserna tillstyrker förslagen eller har inget att erinra mot dem.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Ramavtalet – en metod för tilldelning av kontrakt

Bestämmelserna i LOU-direktivet om ramavtal är, till skillnad från 2004 års direktiv, obligatoriska för medlemsstaterna att införa.

Regeringen bedömer att definitionen av ramavtal bör placeras i lagens kapitel med definitioner. Begreppet ramavtal återkommer på flera ställen i lagen och den från systematisk utgångspunkt bästa placeringen är därför i definitionskapitlet (se avsnitt 6.7.1).

Det nya direktivet syftar enligt skäl 60 i direktivet till att i stort sett behålla ramavtal som de är, men klargöra vissa aspekter. Ett ramavtal syftar till att fastställa villkor som avser tillhandahållandet av varor, tjänster eller byggtreprenader (dvs. materiella villkor) i kontrakt som ska tilldelas under en given tidsperiod. I direktivet anges att detta gäller särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter. . Ett annat slag av villkor avser hur kontrakten ska fördelas vid tilldelningen (dvs. formella villkor). Som i nuvarande direktiv anvisas två slag av ramavtal – ramavtal som har samtliga villkor för tillhandahållandet fastställda, respektive ramavtal som inte har det. Båda slagen av ramavtal kan ingås antingen med en, eller med flera leverantörer. När det gäller ramavtal som ingås med flera leverantörer föreskriver det nya direktivet också uttryckligen en möjlighet att kombinera de två slagen av ramavtal inom ett och samma ramavtal.

I skäl 61 tredje stycket i direktivet påminns om att ramavtal inte bör användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Därefter sägs att ”de upphandlande myndigheterna bör enligt detta direktiv inte vara skyldiga att anskaffa byggtreprenader, varor eller tjänster som omfattas av ett ramavtal enligt det ramavtalet”. Det som sägs i skältexten är en påminnelse om att direktivet är neutralt i den frågan. En sådan skyldighet kan emellertid regleras i den nationella rätten samt i det specifika ramavtalet. För svenskt vidkommande bör i det sammanhanget nämnas bestämmelserna i förordningen (1998:796) om statlig inköpsamordning. Förordningen innebär att myndigheter under regeringen som regel ska använda sig av de ramavtal som ingåtts av inköpscentralen.

Svenskt Näringsliv tar upp att föreningen under lång tid har kritiserat användningen av ramavtal, som enligt Svenskt Näringsliv bl.a. inte sällan inneburit att en upphandlande myndighet har tecknat ett flertal parallella ramavtal utan att ens ha haft tanken att avropa från dem alla. Om leverantörerna insåg att en upphandlande myndighet inte är förpliktad att avropa från ett ingånget ramavtal skulle de sannolikt i högre grad än nu överväga om det alls är värt att delta i offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet tillvaratar konkurrensen på marknaden genom att göra konkurrensutsättningar i enlighet med direktivets bestämmelser. Dess bestämmelser om ramavtal medger att flera upphandlande myndigheter använder ett enskilt ramavtal, som kan ha ingåtts av någon annan myndighet. Samtidigt är ramavtalet stängt för tillträde av nya leverantörer under sin löptid (se nedan). Under löptiden sker inte någon ny, fullständig konkurrensutsättning på marknaden. Ett ramavtal har därmed genom sin konstruktion typiskt sett en viss konkurrensbegränsande effekt. Att direktivet – och därmed också den nya lagen om offentlig upphandling – inte tar ställning i frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser innebär att frågan, såväl när det gäller användarsidan som leverantörssidan, får regleras i det specifika ramavtalet och i övrigt med tillämpning av allmän avtalsrätt. Den allmänna skyldigheten att inte använda ramavtalet på ett onödigt

Prop. 2015/16:195 konkurrensbegränsande sätt ska dock beaktas. Regeringen kan i sammanhanget konstatera att frågan främst är av avtalsrättslig natur och i princip inte upphandlingsrättslig. När det gäller ramavtal som en inköpscentral har ingått i eget namn med en eller flera leverantörer torde sådana andra upphandlande myndigheter som får använda sig av ramavtalet (se artikel 33.2 andra stycket i direktivet) per definition inte kunna betraktas som (civilrättsliga) parter i själva ramavtalet, i vart fall inte utan att de har gett uttryck för någon partsvilja. Om sådana myndigheter ska anses förpliktade gentemot leverantörerna att använda sig av ramavtalet och i vilken utsträckning det är möjligt, är även det en avtalsrättslig fråga som ligger utanför upphandlingsregelverkets räckvidd.

De upphandlingsrättsliga bestämmelserna om ramavtal anger hur en upphandlande myndighet ska förfara när ramavtalet ingås och hur kontrakt som grundas på det ska tilldelas. Ramavtalet är inte ett självständigt upphandlingsförfarande, upphandlande myndigheter får sluta ramavtal om de tillämpar något av de förfanden som regleras i direktivet. Det görs i direktivet också en systematisk skillnad mellan ramavtal och kontrakt. När en upphandlande myndighet väl använder ett ramavtal och tilldelar kontrakt är den skyldig att hålla sig inom de ramar som ges av villkoren i ramavtalet. Detta gäller både i fråga om ramavtal som har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda som ramavtal som inte har det. Skälet är givetvis att något annat skulle kunna strida mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, särskilt principerna om likabehandling och transparens.

Något om skillnaden mellan ramavtal och kontrakt

Några remissinstanser, bl.a. *Svenskt Näringsliv* och *Advokatfirman Delphi*, anser att det bör förtydligas vad skillnaden är mellan ett ramavtal och ett kontrakt. *Svensk Energi* efterlyser en närmare förklaring av vad effekten blir för de deltagande parterna av att ramavtal inte ses som kontrakt och om det finns några risker förknippade med att ramavtal rent upphandlingsrättsligt inte ses som kontrakt.

Gränsen mellan vad som upphandlingsrättsligt är ett ramavtal och ett kontrakt är inte alltid enkel att dra. EU-domstolen har slagit fast att ramavtal, i den mening som avses i direktivet, omfattas generellt sett av begreppet offentliga kontrakt (se dom *Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino"* m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440, p. 36).

Beroende på hur enskilda villkor i ett specifikt ramavtal eller ett kontrakt är utformade, kan det finnas svårigheter att kategorisera det. Det kan vara särskilt svårt när det gäller ramavtal som har alla villkor för tillhandahållandet fastställda. Här kan visserligen med fog hävdas det principiella synsättet att ramavtalet utgör det egentliga kontraktet, eftersom det inte återstår några egentliga villkor att komma överens om när avrop väl sker – inte heller sker någon ny anbudsinfordran eller utvärdering. Men regeringen konstaterar att det går att i LOU-direktivet se en systematisk skillnad mellan ramavtal, av båda slagen, och kontrakt. Ett ramavtal fastlägger helt eller delvis villkoren för flera, eventuella framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt), medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning. I direktivet finns också

särskilda bestämmelser som en upphandlande myndighet måste iaktta när den vill ingå kontrakt som grundas på ramavtalet, dvs. göra själva anskaffningen. I LOU-direktivet finns sådana bestämmelser både för ramavtal som har och ramavtal som inte har samtliga villkor för tillhandahållandet fastställda. Att det finns sådana bestämmelser beträffande båda slagen av ramavtal tydliggör att det för ramavtal jämfört med kontrakt tillkommer ett moment av upphandlingsrättsligt intresse, nämligen hur kontrakten ska fördelas vid själva anskaffningen. Ramavtalet är typiskt sett tänkt för situationen att en upphandlande myndighet med rimlig grad av säkerhet kan förutse framtida återkommande behov av anskaffningar och vill planera för dessa.

Bestämmelsen om att ett ramavtal som regel inte får ha en löptid som överstiger fyra år bör ses mot bakgrund av ramavtalets typiskt konkurrensbegränsande effekt. När det gäller enskilda kontrakt finns det inte någon uttrycklig bestämmelse om begränsning av löptiden. Även ett kontrakt innebär dock en marknadsintervention. Vad som är en acceptabel löptid för ett visst kontrakt får därför ytterst avgöras vid en proportionalitetsbedömning i förhållande till vad det är som anskaffas.

Som konstaterats ovan får frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser regleras i det enskilda ramavtalet. Sådana villkor kan t.ex. avse en skyldighet att använda ramavtalet vid framtida behov. De kan också tänkas gå längre och garantera en viss avropsmängd. Villkor av nämnda slag kan givetvis innebära skyldigheter på avtalsrättslig grund. Det är dock svårt att närmare ange var gränsen i dessa fall går mellan vad som är att beteckna som ett ramavtal respektive kontrakt i direktivets mening. Det får ytterst bero på omständigheterna i det enskilda fallet hur ett dokument som betecknats som ramavtal ska kategoriseras upphandlingsrättsligt.

Tillämpliga bestämmelser och ramavtalets löptid

LOU-direktivet innehåller bestämmelser som innebär att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal under förutsättning att de tillämpar de förfaranden som anges i direktivet (artikel 33.1 första stycket) och att ett ramavtal som huvudregel inte får löpa längre än fyra år (artikel 33.1 tredje stycket).

Bestämmelsen i artikel 33.1 första stycket får förstås så att bestämmelserna om upphandlingsförfarandena och därtill knutna bestämmelser om t.ex. annonsering, tidsfrister, kvalificering och val av anbud samt om information till anbudssökande eller anbudsgivare ska användas i tillämpliga delar när ramavtalet ingås. Enkelt uttryckt ska ramavtalet ”upphandlas” på samma sätt som ett kontrakt. Som *Göteborgs stad Upphandlings AB* påtalar kan det i vissa fall vara svårt att avgöra vilka av de bestämmelser i direktivet som uteslutande nämner kontrakt som också är tillämpliga beträffande ramavtal. Detta måste emellertid ytterst klarläggas i tillämpningen.

På samma sätt som i nuvarande lag bör direktivets formulering i artikel 33.1 tredje stycket ”utom i undantagsfall som vederbörligen motiverats, särskilt genom föremålet för ramavtalet” genomföras med föreskriften att undantag från huvudregeln om fyra år får göras endast om det finns särskilda skäl (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 333 f).

Kontrakt som grundas på ramavtal ska enligt artikel 33.2 första stycket i LOU-direktivet tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i artikelns följande punkter. I andra stycket sägs att dessa förfaranden bara får tillämpas mellan de upphandlande myndigheter som tydligt identifierats för detta syfte i anbudsinfordran eller i inbjudan att bekräfta intresse och de ekonomiska aktörer som är parter i det ingångna ramavtalet.

Att de berörda upphandlande myndigheterna måste vara tydligt identifierade från början är ett viktigt klargörande i det nya direktivets bestämmelser om ramavtal. Genom den nya lydelsen undviks också en hänvisning som tidigare gjordes till begreppet part, som var oklar när det gäller användarsidan och sådana upphandlande myndigheter som använder sig av ramavtal ingångna av en inköpscentral. De berörda myndigheterna ska enligt skäl 60 i direktivet kunna identifieras enkelt och otvetydigt. Den upphandlande myndighet som ingår ramavtalet, t.ex. en inköpscentral, ska därmed lämna såväl tydlig som korrekt information om vilka upphandlande myndigheter som har rätt att använda sig av ramavtalet. Detta krav på transparens bör förstås mot bakgrund av att ramavtalet normalt inte innebär någon garanterad avropsmängd för de leverantörer som är parter i det. En leverantör som överväger att lämna anbud när ramavtalet ingås måste kunna bedöma om det är affärsmässigt motiverat att lägga anbud och i så fall hur anbudet ska utformas. Leverantören har alltså ett berättigat intresse av att kunna avgöra på förutsebara grunder vilka upphandlande myndigheter som kan förväntas använda sig av avtalet om behov uppstår.

Konkurrensverket och *SKL Kommentus* resonerar i sina respektive remissvar kring hur en upphandlande myndighet kan och bör ansluta sig till ett ramavtal som ingås av en inköpscentral, när det inte rör sådana ramavtal som regleras i förordningen om statlig inköpsamordning. Frågan är om myndigheten måste vidta någon aktiv åtgärd för att bekräfta sitt intresse att använda det kommande ramavtalet. Det finns inte någon uttrycklig bestämmelse om detta och svaret är därmed beroende av vad hänsynen till transparensen kräver.

Artikelbestämmelsen och den anknytande skältexten (skäl 60) tydliggör att ett ramavtal är ett ”slutet system” både på myndighets- och leverantörssidan. Det är alltså inte möjligt för vare sig upphandlande myndigheter eller leverantörer att ansluta sig i efterhand till ett ingånget ramavtal. Detta är motiverat av hänsyn till transparensen och till ramavtalets typiskt konkurrensbegränsande effekt. En leverantör i ramavtalet torde emellertid kunna bytas ut i den utsträckning bestämmelserna om ändring av kontrakt i artikel 72.1 d i direktivet medger det. När det gäller upphandlande myndigheter bör en myndighets rena namnbyte inte innebära något hinder för myndigheten att fortsätta använda ramavtal som den är ansluten till. Detsamma bör kunna gälla om flera myndigheter, som är anslutna till ett ramavtal, slås ihop till en ny myndighet. Det finns också ett visst utrymme att inkludera nya upphandlande myndigheter i ett ramavtal med användning av ändringsklausuler i enlighet med bestämmelserna i artikel 72.1 a i direktivet. En ändringsklausul får dock inte medföra att ramavtalets

övergripande karaktär ändras och får alltså inte innebära att ramavtalet omvandlas till ett öppet system på användarsidan.

I artikel 33.2 tredje stycket LOU-direktivet sägs att kontrakt som grundas på ett ramavtal inte under några omständigheter får leda till väsentliga ändringar av villkoren i detta ramavtal. Bestämmelsen i 2014 års direktiv är oförändrad i sak, men lydelsen är något ändrad. Enligt nuvarande LOU får ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal, inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet. Det är enligt regeringen ett bättre sätt att uttrycka vad förbudet konkret innebär. Även *Lagrådet* har lämnat ett liknande förslag. Regeringen anser att det finns skäl att avvika något från direktivets ordalydelse. Genomförandet får likväl anses direktivnära.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med en enda leverantör

Artikel 33.3 i LOU-direktivet behandlar ramavtal som sluts med en enda ekonomisk aktör. Bestämmelserna i artikeln är oförändrade i förhållande till 2004 års direktiv,

I artikel 33.3 första stycket anges att om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, ska kontrakt som grundas på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Innebörden bör alltså vara att den order som läggs ska hålla sig inom ramarna för de villkor som finns angivna i ramavtalet. Till exempel måste avropet avse de varor, tjänster eller byggtreprenader som omfattas av ramavtalet. Villkoren i ramavtalet kan vara öppna i något avseende, t.ex. beträffande priset, så att kompletteringar behövs när avrop ska ske. Men ett avrop måste hålla sig inom de ramar för möjlig justering som alltså ska vara definierade genom villkoren i ramavtalet. Kravet i artikelns föregående punkt, att villkoren inte väsentligen får avvika från villkoren i ramavtalet har också särskild vikt när det är fråga om ramavtal med en enda leverantör. Eftersom det endast är en leverantör som kan bli aktuell att tilldelas kontraktet finns för denna situation inte några särskilda bestämmelser om hur valet av leverantör eller anbud ska gå till, dvs. någon förhandling eller utvärdering av leverantörens (ursprungliga) anbud ska inte ske och inte heller ska några tilldelningskriterier användas. Kontraktet tilldelas istället direkt med tillämpning av villkoren som fastställts i ramavtalet.

Nuvarande 5 kap. 4 § första stycket LOU har utformats så att bestämmelsen tar sikte på villkoren i det kontrakt som tilldelas. I bestämmelsen anges att de villkoren ska överensstämma med villkoren i ramavtalet. Genom den valda utformningen är det inte lika tydligt att avsikten är att det ska kunna finnas ett visst utrymme för variation vid avropet, under förutsättning att detta utrymme har definierats på förhand genom villkoren i ramavtalet. *Lagrådet* har föreslagit en utformning som tar sikte på att villkoren i avtal som grundas på ramavtal inte får avvika från villkoren i ramavtalet. *Lagrådet* har också anmärkt på att möjligheten till samråd och komplettering synes svårörens med bestämmelsen om att villkoren inte får avvika från ramavtalets villkor. Som anförts ovan anser emellertid regeringen att direktivets uttryckssätt att kontrakt ska tilldelas i enlighet med villkoren i avtalet innebär att det lämnas ett visst utrymme för justeringar i den mån ramavtalets villkor är

Prop. 2015/16:195 öppna i någon mening. Regeringen gör mot den angivna bakgrunden bedömningen att artikel 33.3 första stycket nu bör genomföras med en författningsbestämmelse som överensstämmer med direktivets lydelse.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer

I LOU-direktivet finns, till skillnad från 2004 års LOU-direktiv, inte någon bestämmelse om att antalet leverantörer i ett ramavtal som huvudregel måste vara minst tre till antalet. Det kommer således att vara möjligt för en upphandlande myndighet att ingå ramavtal med två leverantörer även om det finns flera godtagbara anbud. Någon bestämmelse motsvarande 5 kap. 5 § LOU tas därmed inte in i den nya lagen.

När det gäller tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer anges i artikel 33.4 i direktivet tre metoder. I fråga om ramavtal med alla villkor för tillhandahållandet fastställda ska kontrakt tilldelas antingen enligt villkoren i ramavtalet utan förnyad konkurrensutsättning (33.4 a) eller med en kombination av de båda metoderna (33.4 b). I fråga om ramavtal som inte har alla villkor för tillhandahållandet fastställda ska kontrakt alltid tilldelas med en förnyad konkurrensutsättning (33.4 c). Metoderna behandlas närmare i avsnitten nedan.

De bestämmelser i den nya lagen som genomför regleringen om ramavtal med flera leverantörer bör struktureras på ett annat sätt än i direktivet. Avsnittet med bestämmelser bör, för att underlätta tillämpningen, inledas med en nyckelparagraf som i de två första styckena redogör för de båda slagen av ramavtal och i ett tredje stycke att det sagda gäller även för delar av ramavtal (se artikel 33.4 b andra stycket).

Kontraktstilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning

Regeringen uttalade i förarbetena till nuvarande LOU bl.a. att ett krav på ramavtalets innehåll borde införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivet sätt (prop. 2006/07:128 del 1 s. 175 f.). Den nuvarande lagstiftningen, och uttalanden som gjorts i förarbetena, har kritiserats för att avrop enligt rangordning har kommit att bli huvudprincip för hur tilldelningen av kontrakt får gå till. Det uppfattas som mindre flexibelt än nödvändigt (se SOU 2013:12 s. 319).

Det nya LOU-direktivet innehåller uttryckliga bestämmelser om hur tilldelningen av kontrakt ska gå till i dessa fall. Den upphandlande myndigheten ska använda ”objektiva villkor för att fastställa vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som ska utföra” det som avropas. De objektiva villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Såväl den nuvarande nationella bestämmelsen i LOU som det förtydligande på unionsnivå som det nya direktivet innebär syftar till att tilldelningen av kontrakt under ramavtalets löptid ska göras objektivet, transparent och även i övrigt i enlighet med de grundläggande principerna. Trots att den nuvarande bestämmelsen i LOU måste

bedömas väl motsvara det nya direktivets bestämmelser bör, enligt regeringens bedömning, den nya lagens bestämmelser anknyta till direktivets lydelse. Avsikten är att förtydliga rättsläget. De objektiva villkoren kan sägas motsvara vad som i tillämpningen kallas fördelningsnyckel. Begreppet fördelningsnyckel, särskilt ”annan fördelningsnyckel” har emellertid i tillämpningen ofta ställts i en motsatsrelation till rangordning som fördelningsprincip. Som *Advokatfirman Delphi* påpekar bör det förtydligas att det som nu avses med begreppet är såväl rangordning som andra fördelningsprinciper.

En fördelningsnyckel som otvetydigt uppfyller kravet på objektivitet och transparens är just en rangordning av leverantörerna, som fastställs vid tilldelningen av ramavtalet. En strikt fördelning utifrån rangordning är dock inte den enda möjliga fördelningsnyckeln, utan det finns olika varianter. Det från upphandlingsrättslig synpunkt centrala är att valet vid ett avrop av vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift måste göras i enlighet med de grundläggande principerna och får därmed inte bero på den upphandlande myndighetens godtycke. En fördelningsnyckel ska göra det möjligt att förutse enligt vilka grunder och hur valet av leverantör kommer att gå till i en viss given situation. Det ska också kunna gå att konstatera i efterhand vilka faktorer som gjorde att en viss leverantör valdes som utförare framför en annan.

Denna ordning följer i någon mån också av ramavtalets natur. Ramavtal med tilldelning av kontrakt utan förnyad konkurrensutsättning torde många gånger avse t.ex. varor eller tjänster som ska kunna tillhandahållas med kort varsel. Något samråd ska inte äga rum, vare sig om pris eller om andra villkor. Det måste alltså vara förhållandevis enkelt, både för den avropande myndigheten och för berörda leverantörer, att identifiera den leverantör som myndigheten ska vända sig till i en viss situation. Det nu sagda talar för att en strikt fördelning utifrån en rangordning av leverantörerna många gånger är både det bästa och mest effektiva sättet att fördela avropen mellan leverantörerna.

Flera remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Affärsverket svenska kraftnät*, *SKL Kommentus*, *Trä- och möbelföretagen* och *Konkurrenskommissionen*, har berört frågan i vilken utsträckning en upphandlande myndighet kan ta hänsyn till sitt subjektiva behov vid avrop från ramavtalet. SKL Kommentus anför att det förekommer situationer då det är nödvändigt att kunna frångå en strikt rangordning och den upphandlande myndigheten behöver kunna vända sig direkt till en viss leverantör för att få sitt behov tillgodosett. Trä- och möbelföretagen anser att den avropande myndigheten ska ges möjlighet att välja mellan samtliga leverantörer utifrån behovet i det enskilda fallet, och Affärsverket svenska kraftnät för ett liknande resonemang. Konkurrenskommissionen förordar å andra sidan att upphandlande myndigheter alltid ska använda sig av gällande rangordning och inte ges möjlighet att vända sig direkt till en viss leverantör.

Regeringen instämmer i vad Konkurrensverket anför om att det bör betonas att alla subjektiva hänsyn som ska kunna beaktas vid ett avrop ska framgå av något av upphandlingsdokumenten. Eventuella subjektiva behov som inte har förutsetts i samband med utformningen av ramavtalet och inte angetts i upphandlingsdokumenten får alltså inte beaktas. Det är en förutsättning att det framgår av villkoren vilka avgränsningar som ska

Prop. 2015/16:195 kunna göras vid avropet. Om det efter en avgränsning finns fler än en leverantör i ramavtalet som kan utföra det som den upphandlande myndigheten efterfrågar får inte valet mellan de leverantörerna ske godtyckligt.

I skäl 61 i direktivet förtydligas att de objektiva kriterierna för att avgöra vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som bör utföra en viss uppgift, t.ex. tillhandahålla varor eller tjänster avsedda att användas av fysiska personer, får, för de ramavtal där samtliga villkor fastställs, innefatta de berörda fysiska personernas behov eller val. Med andra ord är det möjligt att, när det gäller ramavtal som avser sådana varor och tjänster, utforma fördelningsnyckeln så att t.ex. enskilda personers val eller behov beaktas. Valet av utförare överlämnas här inte åt den upphandlande myndighetens godtycke. Ett flertal remissinstanser, bl.a. *Arbetsförmedlingen*, ett antal kommuner och landsting samt SKL Kommentus förordar att en bestämmelse tas in i lagen som reglerar skältexten. Regeringen anser emellertid att den nya lagen, i likhet med artikelbestämmelsen, enbart bör ange de upphandlingsrättsliga ramarna. Det bör lämpligen överlämnas åt parterna på marknaden, i första hand de upphandlande myndigheter som ingår ramavtal, att från fall till fall bedöma hur det utrymme bäst används. Vilken fördelningsnyckel som är mest ändamålsenlig i ett visst fall kan t.ex. bero på vilka slag av varor, tjänster eller byggtreprenader som det specifika ramavtalet omfattar, vilka inbördes skillnader som kan förväntas mellan det som leverantörerna erbjuder, beräknad total volym, det beräknade värdet av enskilda avrop, med vilken frekvens avrop kan förväntas eller förväntat antal leverantörer. Konkurrensverket har framhållit är det, vid utformningen av fördelningsnycklar som innehåller andra objektiva parametrar än enbart rangordning, viktigt att den upphandlande myndigheten försäkras sig om att fördelningsnyckeln inte i någon situation lämnar utrymme för godtyckliga bedömningar. Det är också viktigt att upphandlande myndigheter tillhandahåller information vid tillämpning av en fördelningsnyckel som innehåller fysiska personers behov eller val.

Det bör betonas att om en fördelningsnyckel som tar hänsyn till fysiska personers val eller behov bedöms som ändamålsenlig, behöver detta inte vara sekundärt till en rangordning av leverantörerna. Det är å andra sidan fullt möjligt att kombinera metoderna och t.ex. använda sig av en rangordning när den berörda personen inte kan eller vill välja. Regeringen avser att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att ta fram en vägledning om tillämpningen av bestämmelsen om fördelningsnyckel, särskilt med avseende på möjligheten att ta hänsyn till fysiska personers val eller behov.

Kombinerade ramavtal – kontraktstilldelning delvis utan, delvis efter en förnyad konkurrensutsättning

Artikel 33.4 b i direktivet gäller tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer när ramavtalet har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda. I sådana fall kan ramavtalet användas för att tilldela kontrakt delvis efter förnyad konkurrensutsättning om denna möjlighet har fastställts i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Direktivets bestämmelser är nya och bör genomföras i den nya lagen. De syftar enligt skältexten (skäl 61) till att öka flexibiliteten för upphandlande myndigheter. Till sitt innehåll får de ses som ett förtydligande av hur de upphandlande myndigheterna kan använda instrumentet ramavtal på ett flexibelt sätt under iakttagande av de grundläggande principerna för upphandling, som likabehandling och transparens. Bestämmelserna är ett uttryck för en avvägning mellan de upphandlande myndigheternas intresse av flexibilitet och leverantörernas intresse av att kunna avgöra hur tilldelning av kontrakt kommer att ske under ramavtalets löptid. För en leverantör som överväger att lämna anbud när ramavtalet ingås kan det vara av betydelse att veta om förnyad konkurrensutsättning blir aktuell, eftersom detta är förenat med ytterligare arbete och därmed kostnader. De objektiva villkoren för när förnyad konkurrensutsättning ska få ske ska därför vara fastlagda. Det ska även vara klargjort vilka villkor för tillhandahållande som kan bli föremål för en förnyad konkurrensutsättning. Som framgår av skältexten är kvantitet, värde eller karaktäristika exempel på faktorer som kan vara avgörande för valet mellan de två metoderna för kontraktstilldelning.

Lagrådet har ansett att bestämmelsen är svår att förstå och har gjort tolkningen att en specifik anskaffning ska kunna ske delvis utan, delvis efter förnyad konkurrensutsättning genom att endast vissa villkor i ramavtalet utsätts på nytt för konkurrens. Regeringens uppfattning är dock att det handlar om att olika anskaffningar kan göras genom att antingen tillämpa villkoren i ramavtalet (utan förnyad konkurrensutsättning) eller efter förnyad konkurrensutsättning. Detta framgår dels genom att direktivets ordalydelse talar om att ramavtalet i dessa fall kan genomföras delvis utan delvis efter förnyad konkurrensutsättning. Det är således ramavtalet som genomförs på två olika sätt, inte en viss specifik tilldelning som sker på två olika sätt. Vidare anges i skäl 61 att en anskaffning ska kunna ske på antingen det ena eller det andra sättet.

Innebörden av artikel 33.4 b andra stycket är att det är möjligt att i ett och samma ramavtal ha delar av det ena eller andra slaget, dvs. delar med samtliga villkor för tillhandahållande fastställda och delar där samtliga villkor inte är fastställda. Den paragraf som genomför bestämmelsen bör ange detta.

Kontraktstilldelning efter en förnyad konkurrensutsättning

Artikel 33.4 c i direktivet gäller tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer och som inte har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda. Tilldelning av kontrakt ska i dessa fall ske genom förnyad konkurrensutsättning.

Tillvägagångssättet vid en förnyad konkurrensutsättning regleras i artikel 33.5. I det nya direktivet används begreppet förnyad konkurrensutsättning. I den nya lagen bör därför begreppet förnyad konkurrensutsättning användas, men enligt regeringens mening finns det ett värde från tillämpningssynpunkt i att även i den nya lagen ge en allmän beskrivning av vad en förnyad konkurrensutsättning innebär. Direktivbestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning och om

13.3 Ramavtal i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Ett ramavtal inom försörjningssektorerna ska få löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl.

Den upphandlande enheten ska vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal använda ett objektiva förfarande. Bestämmelser om förfarandet ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

De tilldelningskriterier som den upphandlande enheten använder vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Regeringens bedömning: Det behövs inte någon bestämmelse om undantag från avtalsspärr.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Promemorians bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. I promemorian görs bedömningen att det, till följd av skillnader mellan de båda rättsmedelsdirektiven, inte är möjligt att lagstifta om undantag från avtalsspärr vid förnyade konkurrensutsättningar i försörjningssektorerna.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Svensk Energi* anser att lokutionen särskilda skäl, när det gäller i vilka fall avsteg får ske från huvudregeln om åtta års löptid för ramavtal, är onödigt begränsande. *Affärsverket svenska kraftnät* och *Svensk Energi* bestrider promemorians bedömning att det inte är möjligt att lagstifta om undantag från avtalsspärr vid förnyade konkurrensutsättningar. *Advokatfirman Delphi* instämmer i promemorians bedömning men anser att promemorians beskrivning av skälen för denna delvis är felaktig.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Det nya direktivet – en något mer utförlig reglering av ramavtal

Det nya LUF-direktivet innehåller i artikel 51 något mer utförliga bestämmelser om ramavtal och tilldelning av kontrakt jämfört med 2004 års direktiv. Enligt skäl 71 har de nuvarande bestämmelserna setts över mot bakgrund av ett behov av att öka konkurrensen genom att förbättra öppenheten och tillträdet till upphandling som genomförs genom ramavtal. Förfarandena i LUF-direktivet är alltså mindre detaljerat reglerade än motsvarande i LOU-direktivet. Det är ett uttryck för att, generellt sett, större frihet tillåts vid upphandling inom försörjningssektorerna än vid upphandling enligt LOU-direktivet. Den självklara utgångspunkten – såväl när ramavtalet ingås, som när kontrakt tilldelas – är att den upphandlande enheten i alla sina åtgärder måste iaktta objektivitet och de grundläggande principerna om upphandling, som likabehandlings- och transparensprincipen.

Som nya regler av betydelse på området bör också nämnas bestämmelserna i artikel 89 om ändring av kontrakt och ramavtal under löptiden, som bl.a. innebär en reglering av i vilken mån villkoren i ett ramavtal får ändras utan ett nytt upphandlingsförfarande.

Artikel 51 i LUF-direktivet

I inledningen av artikel 51 lämnas en definition av ramavtal som lämpligen bör placeras i den nya lagens kapitel med definitioner (se avsnitt 13.2 ovan beträffande motsvarande bestämmelse i LOU-direktivet).

En förändring av materiell innebörd är att det införs en huvudregel om en gräns på åtta år för ramavtalets löptid. Enligt artikel 51.1 tredje stycket får ett ramavtal inte löpa längre än åtta år, utom i undantagsfall som vederbörligen motiverats, särskilt genom föremålet för ramavtalet. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som artikel 33.1 tredje stycket i LOU-direktivet, förutom att gränsen där är satt till fyra år. Den bör genomföras enligt mönster av motsvarande bestämmelse i LOU, dvs. med en föreskrift av innebörd att löptiden får vara längre endast om det finns särskilda skäl. Regeringen anser att en sådan föreskrift väl speglar direktivets krav och instämmer inte i *Svensk Energis* uppfattning att ordvalet är onödigt begränsande. Det följer av sammanhanget att det är främst på grund av vad ramavtalet avser i det enskilda fallet som det kan finnas skäl att frångå huvudregeln.

Skäl 72 i LUF-direktivet anknyter till bestämmelsen om löptid. Skältexten är till stor del likalydande med skäl 62 i LOU-direktivet. Här lämnas dock ett försörjningsspecifikt exempel på när det kan vara motiverat med längre löptider. I fråga om allmännyttiga företag som tillhandahåller grundläggande tjänster till allmänheten kan det i vissa fall behövas både längre ramavtal och längre enskilda kontrakt, exempelvis när det gäller ramavtal som syftar till att säkerställa ordinärt och extraordinärt underhåll av nät som kan kräva dyrbar utrustning som används av personal som fått högt specialiserad utbildning för ett särskilt ändamål för att säkerställa kontinuiteten i tjänsterna och minimera eventuella avbrott.

I artikel 51.2 första stycket i LUF-direktivet föreskrivs att kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas på grundval av objektiva regler och kriterier, som får inbegripa en förnyad konkurrensutsättning för de ekonomiska aktörer som är parter i det ingångna ramavtalet. Dessa regler och kriterier ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Enligt andra stycket ska de objektiva reglerna och kriterierna säkerställa likabehandling av de ekonomiska aktörer som är parter i ramavtalet. Vidare ges vissa bestämmelser om förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning. Om en sådan ingår ska de upphandlande enheterna fastställa en tidsfrist som är tillräckligt lång för att anbud för varje enskilt kontrakt ska kunna lämnas in, och de ska tilldela varje kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat in det bästa anbudet på grundval av tilldelningskriterierna i specifikationerna i ramavtalet.

Konkret anvisar bestämmelserna att den upphandlande enheten, när den ingår ramavtalet, måste bestämma enligt vilket eller vilka förfaranden kontrakt ska få tilldelas. Bestämmelserna om detta ska anges

Prop. 2015/16:195 i något av ramavtalets upphandlingsdokument. Tilldelning får ske genom förnyad konkurrensutsättning. Bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning innebär dock inte ett påbud och utesluter inte möjligheten att tilldela kontrakt på annat sätt. Som Svensk Energi och *Advokatfirman Delphi* framhåller innebär regleringen exempelvis inte något hinder mot att den upphandlande enheten genomför förhandlingar med ramavtalsleverantörerna i samband med tilldelning av kontrakt. Det bör alltså vara möjligt att exempelvis infordra skriftliga anbud från ramavtalsleverantörerna och därefter genomföra förhandlingar med vissa eller alla av leverantörerna. Det kan givetvis inte heller finnas något hinder mot att en upphandlande enhet ingår ett ramavtal med endast en leverantör, under förutsättning att den allmänna skyldigheten att inte använda ramavtalet på ett onödigt konkurrensbegränsande sätt iakttas. Upphandlande enheter är med andra ord inte begränsade till att endast använda ramavtal med samtliga villkor fastställda (fördelningsnyckel) eller förnyad konkurrensutsättning. En upphandlande enhet får tilldela kontrakt även på andra sätt, så länge det sker på grundval av objektiva regler och kriterier som fastställts i samband med ingåendet av ramavtalet.

I artikel 51.2 andra stycket sägs att de tilldelningskriterier som används vid förnyad konkurrensutsättning ska anges i specifikationerna i ramavtalet. De ska alltså inte bara anges i något av upphandlingsdokumenten, vilket följer av första stycket. Vid en jämförelse med den annars mer detaljerade regleringen om förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning i LOU-direktivet kan konstateras att LOU-direktivet endast föreskriver att tilldelningskriterierna ska anges i ramavtalets upphandlingsdokument. Skillnaden mellan direktiven är svårmotiverad från en saklig synpunkt och synes vara en konsekvens av bestämmelsernas skilda behandling under direktivförhandlingarna. Regeringen bedömer det som ett korrekt genomförande att enbart anvisa en skyldighet för den upphandlande enheten att ange tilldelningskriterierna i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Det får till följd att regleringen i de båda nya lagarna överensstämmer på denna punkt.

LUF-direktivet innehåller, liksom 2004 års LUF-direktiv, en bestämmelse om att en upphandlande enhet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Motsvarande skrivning har i det nya LOU-direktivet flyttats till skältexterna. Ett av LUF-direktivets syften är att konkurrensen på marknaden ska tas tillvara. Regeringen bedömer att det inte är nödvändigt för tillämpningen att bestämmelsen nu genomförs särskilt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Det som bestämmelsen reglerar följer redan av att den upphandlande enheten är skyldig att iaktta bestämmelserna om ramavtal och de grundläggande principerna för upphandling, som proportionalitetsprincipen.

Det inträder inte någon avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning

Av 16 kap. 2 § 2 LOU framgår att någon avtalsspärr inte gäller när kontrakt som grundas på ramavtal tilldelas vid en förnyad

konkurrensutsättning. En motsvarande bestämmelse föreslås i den nya lagen om offentlig upphandling. Undantaget grundas på artikel 2 b i det första rättsmedelsdirektivet i lydelsen enligt ändringsdirektivet. Den artikeln medger för medlemsstaterna att föreskriva ett sådant undantag från avtalsspärren. Första rättsmedelsdirektivet gäller för prövning av offentlig upphandling. Till den nämnda bestämmelsen är kopplat likaså direktivstyrda bestämmelser om möjlighet för den upphandlande myndigheten att frivilligt iaktta en avtalsspärr. Bestämmelserna om ogiltighet av avtal är inte tillämpliga för ett avtal som den upphandlande myndigheten ingår efter att ha iakttagit en sådan frivillig avtalsspärr. Sverige har utnyttjat möjligheten att föreskriva om undantag från avtalsspärr i dessa fall.

Artikel 2 b i det andra rättsmedelsdirektivet i lydelsen enligt ändringsdirektivet ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva undantag från avtalsspärren bl.a. om direktiv 2004/17/EG inte kräver att ett föregående meddelande om upphandling ska offentliggöras i EUT. Någon möjlighet att föreskriva undantag från avtalsspärren vid förnyade konkurrensutsättningar ges här inte. Andra rättsmedelsdirektivet gäller för försörjningssektorerna.

Enligt artikel 40.3 i) i 2004 års LUF-direktiv kan en upphandlande enhet välja ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling om kontraktstilldelning sker utifrån ett ramavtal. I 2014 års LUF-direktiv finns inte längre denna koppling mellan tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal och användning av förfarandet utan föregående annonsering (direktstilldelning). Nu finns däremot bestämmelser som anger att den upphandlande enheten får använda sig av förnyad konkurrensutsättning vid tilldelning. I promemorian görs bedömningen att en avtalsspärr inträder vid förnyade konkurrensutsättningar i försörjningssektorerna och att det inte är möjligt att, i strid med andra rättsmedelsdirektivet, lagstifta om undantag från avtalsspärren på samma sätt som i LOU och i den nya lagen om offentlig upphandling. Regeringen gör dock bedömningen att någon avtalsspärr inte inträder och att något undantag därför inte behövs. Medan 2004 års LUF-direktiv bygger på synsättet att ramavtalet är det egentliga kontraktet (se artikel 14.1), har 2014 års LUF-direktiv i systematisk mening närmast sig regleringen i LOU-direktivet. Bestämmelserna om ramavtal är t.ex., i båda direktiven, placerade under rubriken ”Tekniker och instrument för elektronisk och gemensam upphandling”. Det är emellertid fortfarande så att LUF-direktivet inte föreskriver obligatorisk förnyad konkurrensutsättning eller något annat särskilt förfarande när kontrakt ska tilldelas inom ett ramavtal, vilket skiljer det från LOU-direktivet. Därmed blir inte, enligt regeringens bedömning, bestämmelserna om informations-skyldighet i artikel 75 i LUF-direktivet tillämpliga vid förnyade konkurrensutsättningar inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna om avtalsspärr i det andra rättsmedelsdirektivet är då inte heller tillämpliga (se artikel 2a.2 i det andra rättsmedelsdirektivet). Konkret innebär detta att bestämmelserna om avtalsspärr i det andra rättsmedelsdirektivet endast aktualiseras vid ingåendet av själva ramavtalet. En annan sak är att det givetvis står den upphandlande enheten fritt att vid enskilda kontraktstilldelningar frivilligt iaktta en avtalsspärr. *Svensk Energi* anför i sitt remissvar att det är så de nuvarande bestämmelserna tillämpas. Med

Prop. 2015/16:195 denna utgångspunkt, dvs. att någon avtalsspärr aldrig inträder vid kontraktstilldelning inom ett ramavtal i försörjningssektorerna, är det följaktligen inte nödvändigt att lagstifta om något undantag från spärren.

13.4 Ramavtal utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: Regleringen om ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar saken, *Advokatfirman Delphi*, tillstyrker att de föreslagna ramavtalsbestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling ska gälla även utanför det direktivstyrda området.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om ramavtal i LOU och LUF gäller också vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt lagen. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya lagarna. Samtliga föreslagna bestämmelser om ramavtal bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i respektive lag.

14 Inköpscentraler

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns bestämmelser om inköpscentraler som medlemsstaterna kan välja om de vill genomföra. Den svenska regleringen om inköpscentraler, som syftar till att delvis genomföra direktivens bestämmelser om inköpscentraler, återfinns i 2 kap. 9 a § och 4 kap. 22 § LOU respektive 2 kap. 9 a § och 4 kap. 4 § LUF. En motsvarande reglering finns även i LUFS.

Regleringen av inköpscentraler har i LOU-direktivet och LUF-direktivet utvecklats väsentligt jämfört med regleringen i 2004 års direktiv. De nya direktiven innehåller bl.a. bestämmelser med definitioner av begreppen centraliserad inköpsverksamhet och stödverksamhet för inköp, bestämmelser om användandet av tjänsterna som inköpscentralerna tillhandahåller och bestämmelser om ansvarsfördelningen mellan upphandlande myndigheter eller enheter och inköpscentraler. Bestämmelserna återfinns i artikel 2.1.14–16 och 37 i LOU-direktivet respektive artikel 2.10–12 och 55 i LUF-direktivet. Inköpscentraler behandlas även i skäl 69 och 70 i LOU-direktivet och skäl 78 och 79 i LUF-direktivet. I LUK-direktivet saknas bestämmelser om inköpscentraler och det direktivet och förslaget till lag om upphandling av koncessioner behandlas därför inte ytterligare i detta avsnitt.

14.1.1 Tidigare överväganden

Den svenska regleringen om inköpscentraler syftar till att delvis genomföra direktivens bestämmelser om inköpscentraler. I såväl 2004 års direktiv som de nya upphandlingsdirektiven finns en möjlighet att låta inköpscentraler få anskaffa varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter, dvs. en form av grossistverksamhet. De svenska definitionerna av begreppet inköpscentral i 2 kap. 9 a § LOU och LUF omfattar dock inte upphandlande myndigheter med en sådan funktion.

Frågan om inköpscentraler och deras verksamhet har varit föremål för flera utredningsåtgärder. Upphandlingsutredningen 2004 föreslog både i delbetänkandet SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler, och i slutbetänkandet SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2, att direktivens bestämmelser om inköpscentraler skulle genomföras fullt ut i svensk rätt. Regeringen bedömde emellertid i propositionen som föregick införandet av LOU och LUF att det behövdes ytterligare beredning av frågan om inköpscentraler (prop. 2006/07:128 del 1 s. 184 f.). Statskontoret fick därför regeringens uppdrag att utreda behovet och konsekvenserna av utredningens förslag samt att bedöma lämpligheten av att införa bestämmelser i enlighet med de förslag som utredningen hade lämnat. Statskontoret redovisade uppdraget i en promemoria och föreslog att bestämmelser om inköpscentraler skulle införas (dnr Fi2008/4012). Enligt Statskontoret förekom redan inköpscentraler i Sverige och ett genomförande av direktivens bestämmelser om inköpscentraler i svensk lagstiftning vore en önskvärd kodifiering av redan existerande praxis. Statskontoret förespråkade dock att möjligheten enligt direktiven att tillåta inköpscentralerna att bedriva grossistverksamhet inte skulle utnyttjas, dels eftersom det inte tycktes finnas något behov, dels eftersom inköpscentralen skulle ta en affärsmässig risk genom att upphandla produkter för vidareförsäljning. Samtidigt menade Statskontoret att föreställningen av vad en grossist är för något kan komma att förändras i takt med att alltmer av handeln sker på elektronisk väg och att det därför inte kunde uteslutas att grossistfunktionen i framtiden skulle framstå som ändamålsenlig.

I departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, föreslogs att regler om inköpscentraler skulle införas i LOU och LUF, i överensstämmelse med de bedömningar Statskontoret gjort (Ds 2009:30). Regeringen instämde i Statskontorets och promemorians bedömning att grossistfunktionen inte borde införas och anförde att övervägande skäl talar mot att för närvarande införa sådana bestämmelser, även om det i framtiden skulle framstå som ändamålsenligt med en sådan funktion (prop. 2009/10:180 del 1 s. 262 ff.).

Regeringens förslag: Inköpscentraler ska kunna anskaffa varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i frågan, *Försvarets materielverk (FMV)*, *Försäkringskassan*, *Ekonomistyrningsverket*, *Kammarkollegiet*, *Konkurrensverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *SKL Kommentus*, *Svensk Energi*, *Göteborgs Stad Upphandlings AB*, *Byggherrarna*, *Husbyggnadsvaror HBV Förening* och ett antal kommuner och landsting, tillstyrker förslaget.

Almega, *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv*, *Sveriges Offentliga Leverantörer*, *Elektriska Installatörsorganisationen (EIO)*, *Läkemedelsindustriföreningens Service AB (LIF)*, *Konkurrenskommissionen* och *Svenska Teknik&Designföretagen* avstyrker förslaget. Flera av dessa remissinstanser framför att förslaget skulle kunna leda till att konkurrensen på marknaden hindras, begränsas eller snedvrids samt att det kan leda till ett risktagande med offentliga medel. Därutöver framhåller vissa av remissinstanserna särskilt att det finns en risk att förslaget kan missgynna små och medelstora företag. Några remissinstanser ifrågasätter även hur förslaget förhåller sig till bestämmelserna om förbud av konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, den s.k. konfliktlösningsregeln, i konkurrenslagen (2008:579).

Några remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Tillväxtverket*, *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* framhåller vikten av att införandet av grossistfunktionen följs upp.

Skälen för regeringens förslag: I de tidigare övervägandena har betonats att grossistfunktionen framöver skulle kunna framstå som ändamålsenlig. Bland andra *LIF* och *Konkurrenskommissionen* ifrågasätter om det finns ett behov av att införa grossistfunktionen. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att redan den snabba tekniska utvecklingen och det faktum att alltmer handel sker på elektronisk väg innebär att möjligheten för inköpscentraler att köpa varor och tjänster i eget namn för vidareförsäljning blir alltmer aktuell. Detta eftersom regleringen i direktiven inte bara omfattar en traditionell grossistverksamhet där en inköpscentral bygger upp varulager för vidareförsäljning. Regleringen omfattar även t.ex. användningen av s.k. vidarefakturerings, där en inköpscentral agerar i egenskap av köpare och är betalningsansvarig gentemot en leverantör men i sin tur fakturerar de upphandlande myndigheter eller enheter som den köpta varan eller tjänsten är avsedd för. Denna typ av verksamhet kan i hög grad vara ändamålsenlig när det gäller t.ex. centraliserade inköp av stora volymer av generiska produkter. Regeringen instämmer således i promemorians slutsats att utvecklingen sedan de tidigare övervägandena har gått i sådan riktning att behovet av grossistfunktionen har ökat och att starka skäl talar för att nu genomföra direktivens bestämmelser som ger inköpscentralerna möjlighet att agera grossister.

Det kanske främsta skälet mot att införa möjligheten för inköpscentraler att agera grossist är att detta kan skada konkurrensen och

missgynna små och medelstora företag, som framhålls av bl.a. *Almega*, *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv*. Som påtalats i promemorian har farhågor om skadliga effekter för konkurrensen och små och medelstora företag även framförts mot centraliserad inköpsverksamhet i allmänhet. Upphandlingsutredningen 2010 kom dock till slutsatsen att dylika farhågor i stor utsträckning inte har besannats. Tvärtom konstaterade utredningen att mindre och medelstora företag är väl representerade bland leverantörerna på inköpscentralernas ramavtal, vilket förmodligen beror på inköpscentralernas strategier att, där det är möjligt, dela upp upphandlingarna i mindre delar så att konkurrensen på marknaderna tas till vara. Utredningen gjorde vidare bedömningen att inköpssamverkan rätt genomförd kan medföra betydande effektivitetsvinster för den offentliga sektorn och att inköpscentralernas förutsättningar att skapa värde bör förbättras ytterligare. Enligt utredningens uppfattning bör statsmakterna i större utsträckning än i dag betrakta inköpscentralernas verksamhet som instrument för att åstadkomma en mer kostnadseffektiv anskaffning av vissa varor och tjänster. För att inte gå miste om denna effektiviseringspotential bör inköpscentralerna enligt utredningen ges bästa möjliga förutsättningar att åstadkomma detta (se SOU 2013:12 s. 194 ff.).

Företagarna ifrågasätter visserligen utredningens slutsats att inköpscentralernas verksamhet inte generellt skulle missgynna små och medelstora företag, då statistiken i fråga om försäljningen utifrån de samordnade ramavtalen behöver fördjupas. *Stockholms läns landsting* uppger dock att landstingets erfarenhet är att små och medelstora leverantörer är väl representerade vid de samordnade avtal som genomförs för hela koncernen. *SKL Kommentus* anför att deras ramavtal ofta är indelade i delområden i syfte att få med de mindre företagen och betonar att konkurrensen om kontrakten skulle minska om anbudsgivare slås ut. En väl fungerande konkurrens gynnar både upphandlande myndigheter och leverantörer och detta gör sig enligt *SKL Kommentus* gällande även då en inköpscentral agerar som grossist. I sammanhanget vill regeringen framhålla att det är angeläget att statistiken på upphandlingsområdet förbättras. Regeringen avser därför att återkomma i denna fråga (se avsnitt 27.5).

Regeringen vill vidare understryka att en inköpscentral som anskaffar varor eller tjänster för vidareförsäljning givetvis själv måste följa upphandlingsregelverket. Detta innebär att de varor eller tjänster som inköpscentralen säljer vidare regelmässigt kommer att vara upphandlande i konkurrens på marknaden. Dessutom måste även inköpscentraler förhålla sig till de grundläggande principerna i sin verksamhet, och de får inte utforma sina upphandlingar i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Regeringen gör mot denna bakgrund bedömningen att inköpscentraler mycket väl bör kunna agera som grossister utan att detta snedvrider eller hämmar konkurrensen. Regeringen instämmer dessutom i promemorians slutsats att farhågor om att centraliserad inköpsverksamhet generellt sett skulle missgynna små och medelstora företag såvitt känt i stor utsträckning inte besannats.

Almega, *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv* och *Svenska Teknik&Designföretagen* ifrågasätter hur införandet av

Prop. 2015/16:195 grossistfunktionen förhåller sig till bestämmelserna om förbud av konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, den s.k. konfliktlösningsregeln, i konkurrenslagen. Konfliktlösningsregeln, som inte är tillämplig på själva upphandlingsförfarandet, innebär att vissa förfaranden och säljverksamheter kan förbjudas om de snedvrider eller hämmar eller är ägnade att snedvrیدا eller hämma konkurrensen på marknaden (3 kap. 27 § konkurrenslagen). En verksamhet får dock inte förbjudas om den är förenlig med lag. Syftet med konfliktlösningsregeln är att göra det möjligt att i domstol lösa konflikter som uppstår när offentliga organ bedriver säljverksamhet på marknaden. Konfliktlösningsregeln utgör således inte i sig hinder för införandet av en reglering som tillåter inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet. Regeringen har dessutom ovan gjort bedömningen att inköpscentraler mycket väl bör kunna agera som grossister utan att detta snedvrider eller hämmar konkurrensen. Att inköpscentraler tillåts bedriva centraliserad inköpsverksamhet i form av grossistverksamhet är enligt regeringens mening inte heller i sig ägnat att snedvrیدا eller hämma konkurrensen på marknaden. Däremot utesluter det nu sagda inte att konfliktlösningsregeln skulle kunna bli tillämplig om det i ett enskilt fall visar sig att en inköpscentral agerar på ett sätt som snedvrider eller hämmar konkurrensen.

Flera remissinstanser, bl.a. Almega, Företagarna och Svenskt Näringsliv, framför att förslaget att införa grossistfunktionen kan leda till ett risktagande med offentliga medel. Konkurrenskommissionen menar att förslaget innebär att inköpscentraler kommer att ta affärsrisker genom att upphandla produkter för vidareförsäljning vilket riskerar att strida mot kommunallagen (1991:900). Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att den affärsmässiga risk som inköpscentraler kan antas komma att ta i och med bedrivandet av sådan grossistverksamhet som direktivet tillåter sannolikt är liten. Det framstår t.ex. inte som sannolikt att införandet av en reglering som tillåter inköpscentraler att agera grossister kommer att leda till att dessa i någon större utsträckning bygger upp stora varulager. Den tekniska utvecklingen och utvecklingen av logistiken för att effektivisera flöden av varor torde resultera i att behovet av fysiska varulager över huvud taget minskar, vilket bör bidra till att begränsa den affärsmässiga risk som inköpscentralerna kan antas utsätta sig för om grossistfunktionen införs i svensk rätt. I sammanhanget bör det framhållas att det givetvis är angeläget att inköpscentralernas verksamhet generellt sett bedrivs med försiktighet och att riskbedömningar görs. Regeringen vill också understryka att ett införande av grossistfunktionen i de nya upphandlingslagarna endast innebär att det upphandlingsrättsligt blir tillåtet för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet. Förslaget medför inte någon ändring av vilka verksamheter som upphandlande myndigheter eller enheter får bedriva enligt andra föreskrifter. Ett införande av grossistfunktionen innebär således inte någon ändring av den s.k. lokaliseringsprincipen eller kommunernas kompetens i övrigt.

Sammanfattningsvis gör regeringen bedömningen att behovet av grossistfunktionen har ökat, att grossistfunktionen kan införas utan att detta i sig snedvrider eller hämmar konkurrensen samt att den affärsmässiga risk som inköpscentraler kan antas komma att ta i och med

bedrivandet av grossistverksamhet sannolikt är liten. Som framförts av Upphandlingsutredningen 2010 kan inköpscentralernas verksamhet leda till betydande besparingar för den offentliga sektorn och det är angeläget att de ges bästa möjliga förutsättningar att åstadkomma detta (SOU 2013:12 s. 196). Den flexibilitet som direktiven medger vad gäller vilken verksamhet som inköpscentraler får bedriva bör därför få genomslag även i det svenska regelverket. Almega och Företagarna anser att förslaget bör föregås av ytterligare analys av vilka effekter det kan få på marknaden. Enligt regeringens mening är underlaget dock tillräckligt för att nu införa grossistfunktionen. Bestämmelserna som tillåter inköpscentraler att agera som grossist bör därför genomföras i den nya lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen instämmer dock, i likhet med ett antal remissinstanser, i promemorians bedömning att införandet av grossistfunktionen bör följas upp så att eventuella nackdelar eller missförhållanden kan upptäckas och åtgärdas. Regeringen avser därför att ge lämplig myndighet i uppdrag att följa upp och granska inköpscentralernas grossistfunktion, reglernas tillämpning och dess effekter, bl.a. offentligfinansiella effekter och effekter för privata grossister.

EIO och Svenska Teknik&Designföretagen ifrågasätter hur inköpscentraler ska hantera bl.a. ansvarsfrågor som garantiåtaganden, skadestånd och försäkringar. Frågor av denna karaktär omfattas dock inte av det upphandlingsrättsliga regelverket och får närmast hanteras avtalsvägen av inköpscentralerna och berörda upphandlande myndigheter och enheter respektive leverantörer.

14.2 Definitionen av inköpscentral

Regeringens förslag: Med inköpscentral ska avses en upphandlande myndighet eller enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter, eller
2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

Upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna betraktas som upphandling i samband med utövandet av en sådan verksamhet som omfattas av den lagen.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorians förslag anges dock att inköpscentraler även ska få tillhandahålla stödverksamhet för inköp samt att de varor, tjänster och byggtreprenader som inköpscentralerna upphandlar ska vara avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser som yttrar sig i frågan tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. *Svensk Energi*

Prop. 2015/16:195 poängterar särskilt vikten av att även en upphandlande enhet kan agera som inköpscentral inom försörjningssektorerna. Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig särskilt angående möjligheten för inköpscentraler att tillhandahålla stödverksamhet för inköp, däribland *Kammarkollegiet* och *SKL Kommentus*, tillstyrker även denna del av förslaget. *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* ifrågasätter dock förslaget om tillhandahållande av sådan stödverksamhet med hänsyn till att det redan finns en etablerad marknad för denna typ av tjänster och anför att det hade varit önskvärt om promemorian utvecklat hur förslaget förhåller sig till syftet med den s.k. konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen. Advokatfirman Delphi avstyrker förslaget i denna del i avvaktan på närmare utredning av denna fråga. Även *Magnus Josephson AB* och *Peak Procurement* avstyrker förslaget att inköpscentraler ska få tillhandahålla sådan verksamhet med motiveringen att detta skulle undanta dessa tjänster från upphandlingsskyldigheten, vilket skulle snedvrída konkurrensen på den befintliga marknaden. Några remissinstanser har lagtekniska synpunkter och efterfrågar förtydliganden.

Skälen för regeringens förslag

Centraliserad inköpsverksamhet

Med inköpscentral avses enligt artikel 2.1.16 i LOU-direktivet respektive artikel 2.12 i LUF-direktivet en upphandlande myndighet eller enhet som tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet och eventuellt också stödverksamhet för inköp. Centraliserad inköpsverksamhet definieras i sin tur i artikel 2.1.14 i LOU-direktivet respektive artikel 2.10 i LUF-direktivet som verksamhet som bedrivs stadigvarande i någon av följande former:

a) Anskaffning av varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

b) Tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

I skäl 69 i LOU-direktivet (skäl 78 i LUF-direktivet) motiveras bestämmelserna enligt följande.

Användningen av centraliserade inköpsmetoder ökar i de flesta medlemsstater. Inköpscentraler har till uppgift att göra anskaffningar, administrera dynamiska inköpssystem eller genomföra upphandling/ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheters räkning, med eller utan ersättning. De upphandlande myndigheter för vilka ett ramavtal ingås bör kunna använda detta för att göra individuella eller upprepade inköp. Eftersom det rör sig om stora inköpsvolymerna kan dessa förfaranden bidra till att öka konkurrensen och de bör bidra till att professionalisera den offentliga upphandlingen. Därför bör en definition på unionsnivå av inköpscentraler för upphandlande myndigheter införas, och det bör klargöras att inköpscentraler är verksamma på två olika sätt.

För det första bör de kunna agera som grossister genom inköp, lagring och återförsäljning eller, för det andra, som mellanhänder genom att

tilldela kontrakt, driva dynamiska inköpssystem eller ingå ramavtal som ska användas av upphandlande myndigheter. Denna roll som mellanhand kan i vissa fall utföras genom att relevanta tilldelningsförfaranden genomförs självständigt, utan detaljerade instruktioner från berörda upphandlande myndigheter; i andra fall kan detta ske genom att de relevanta tilldelningsförfarandena genomförs enligt instruktioner från berörda upphandlande myndigheter, på deras vägnar och för deras räkning.

Av de nya direktiven framgår således att inköpscentraler kan agera antingen som grossist eller som mellanhand. Funktionen som mellanhand kan i sin tur bedrivas på olika sätt. Det kan röra sig om att inköpscentralen genomför en upphandling och fattar tilldelningsbeslut i egenskap av ombud åt andra upphandlande myndigheter eller enheter, vilket motsvarar den reglering som i dag finns i 2 kap. 9 a § andra punkten LOU och LUF. I dessa fall genomför inköpscentralen, som det uttrycks i skäl 69, upphandlingsförfaranden på de upphandlande myndigheterna eller enheternas vägnar och för deras räkning. Funktionen som mellanhand är dock inte begränsad till dessa ombudsfall. En inköpscentral kan även genomföra upphandlingsförfaranden självständigt och utan detaljerade instruktioner från berörda upphandlande myndigheter eller enheter.

Regleringen i direktiven, inbegripet bestämmelserna om ansvarsfördelningen (se vidare avsnitt 14.4), får förstås på så sätt att en inköpscentral kan agera antingen som ombud eller som självständig mellanhand både när det gäller tilldelning av kontrakt och när det gäller ingående av ramavtal. Detta innebär att en upphandlande myndighet eller enhet enligt direktiven kan ge en inköpscentral i uppdrag att självständigt genomföra en upphandling och att i eget namn fatta ett tilldelningsbeslut avseende en vara, tjänst eller byggtreprenad som är avsedd för myndigheten eller enheten. Till skillnad från regleringen i LOU och LUF är det således inte nödvändigtvis så att inköpscentraler agerar som ombud för de upphandlande myndigheterna eller enheterna när det gäller tilldelning av kontrakt.

För att tydliggöra detta i de nya lagarna bör definitionerna av inköpscentral utformas på ett direktivnära sätt. Definitionerna bör ange att inköpscentraler bedriver centraliserad inköpsverksamhet i form av tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter. Som *Advokatfirman Delphi* framhåller anges det inte i direktiven att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna ska vara avsedda för "andra" upphandlande myndigheter eller enheter. Detta bör därför enligt regeringens mening inte heller anges i definitionerna i de nya lagarna. I och med att definitionerna av inköpscentral i de nya lagarna utformas på ett direktivnära sätt kommer de även att överensstämma med formuleringen av direktivens bestämmelser om ansvarsfördelningen. Den nya utformningen av definitionen innebär att inköpscentraler inte endast kan ingå ramavtal och agera som ombud för upphandlande myndigheter eller enheter utan även kan få i uppdrag att genomföra upphandlingar som självständig mellanhand, dvs. i eget namn och på eget ansvar.

Prop. 2015/16:195 Av definitionen av centraliserad inköpsverksamhet i direktiven framgår att sådan verksamhet ska bedrivas stadigvarande. Detta är avsett att tydliggöra skillnaden mellan en inköpscentral och en tillfällig gemensam upphandling som genomförs av flera upphandlande myndigheter eller enheter. Bestämmelser om sådan tillfällig gemensam upphandling finns i artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet (se vidare avsnitt 15.1). Ett tillfälligt samarbete i form av gemensam upphandling innebär således inte att det föreligger en inköpscentral i lagarnas mening. Kravet att inköpsverksamheten ska bedrivas stadigvarande bör även framgå av definitionerna av inköpscentral i de nya lagarna. *Upphandlingssamverkan i Uppsala län (UPPSAM)* anser att det behöver förtydligas vilka kriterier som ska uppfyllas för att verksamheten ska anses bedrivas stadigvarande. Den närmare innebörden av direktivens varaktighetskrav får dock fastställas i rättstillämpningen och kommer ytterst att få avgöras av EU-domstolen.

Kronofogdemyndigheten anser att det i lagarna bör framgå om centraliserad inköpsverksamhet för statliga myndigheter framöver endast får företas av en myndighet med regeringens uppdrag att agera som inköpscentral. Advokatfirman Delphi framför att regeringen bör lägga fram förslag om att inköpscentralernas verksamhet ska vara anslagsfinansierad. Regeringen anser dock att dessa frågor inte ska hanteras inom ramen för detta lagstiftningsarbete.

Stödverksamhet för inköp

Av definitionen av inköpscentral i de nya direktiven framgår att en inköpscentral, förutom centraliserad inköpsverksamhet, eventuellt också kan tillhandahålla ”stödverksamhet för inköp”. Med begreppet stödverksamhet för inköp avses enligt direktiven verksamheter för tillhandahållande av stöd för inköp, t.ex. i form av att tillhandahålla teknisk infrastruktur, rådgivning samt förberedande och administration av upphandlingsförfaranden på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar (artikel 2.1.15 i LOU-direktivet och artikel 2.11 i LUF-direktivet). Det bör noteras att stödverksamhet för inköp är en tjänst som inte i sig är förbehållen inköpscentraler utan som kan tillhandahållas av vilket offentligt eller privat organ som helst (se artikel 2.1.17 i LOU-direktivet och artikel 2.13 i LUF, som behandlas i avsnitt 6.7.2).

Flera remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, *Advokatfirman Delphi*, *Magnus Josephson AB* och *Peak Procurement*, ifrågasätter och avstyrker att inköpscentraler ges möjlighet att tillhandahålla stödverksamhet för inköp. Det följer dock av direktivens definitioner och av artikel 37.4 i LOU-direktivet respektive artikel 55.4 i LUF-direktivet att inköpscentraler har möjlighet att tillhandahålla sådan stödverksamhet. Regeringen anser dessutom att det är viktigt att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter kan få stöd i olika former för att kunna genomföra korrekta och effektiva upphandlingar. Det är ur effektivitetssynpunkt t.ex. angeläget att inköpscentraler kan vägleda upphandlande myndigheter och enheter vid avrop från inköpscentralernas ramavtal. Några remissinstanser har ifrågasatt hur förslaget förhåller sig till syftet med den s.k. konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen. Regeringen har i avsnitt 14.1.2 redogjort för konfliktlösningsregeln och

funnit att den inte i sig utgör hinder för införandet av grossistfunktionen. På motsvarande sätt gör regeringen bedömningen att konfliktlösningsregeln inte utgör hinder för inköpscentralernas möjligheter att tillhandahålla stödverksamhet för inköp. Regeringen avser dock att följa upp effekterna av implementeringen av möjligheten för inköpscentralerna att bedriva stödverksamhet.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus och *UPPSAM* anser att direktivens definitioner av stödverksamhet för inköp i förtydligande syfte bör genomföras i sin helhet i uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att det inte finns något behov av att i lagtexten ange att begreppet stödverksamhet för inköp avser verksamheter för tillhandahållande av stöd för inköp, eftersom detta inte tillför något i sak. Direktivens definitioner innehåller därutöver endast en exemplifierande uppräkningslista av verksamheter som kan omfattas av begreppet. Regeringen anser inte att det finns skäl att ta in en sådan exemplifierande lista i lagtexten. Däremot kan exemplen i direktiven givetvis ändå tjäna till vägledning för tillämpningen. Det kan vidare konstateras att begreppet stödverksamhet för inköp endast används i bestämmelserna om anlitande av inköpscentral. Mot denna bakgrund anser regeringen, i likhet med promemorian, att det inte finns något behov av att definiera stödverksamhet för inköp i särskilda bestämmelser.

Den omständigheten att en inköpscentral, förutom centraliserad inköpsverksamhet, även får tillhandahålla stödverksamhet för inköp utgör i materiell mening inte en del av definitionen av inköpscentral. Som noterats ovan kan stödverksamhet för inköp tillhandahållas av vilket offentligt eller privat organ som helst. Vidare är det frivilligt för inköpscentraler att bedriva sådan verksamhet. Att inköpscentraler får tillhandahålla sådan stödverksamhet framgår dessutom redan av bestämmelserna om anlitande av inköpscentraler. Det finns enligt regeringens mening därför inte något behov av att ange detta i definitionen av inköpscentral. Det är tillåtet för inköpscentraler att bedriva stödverksamhet för inköp även utan att detta anges uttryckligen i bestämmelserna med definitionen av inköpscentral. Regeringen återkommer till frågan om inköpscentralernas tillhandahållande av stödverksamhet i avsnitt 14.3.

Den närmare gränsdragningen av vilka verksamheter som kan anses ingå i begreppet stödverksamhet för inköp är en fråga som får beläggas i tillämpningen och ytterst får avgöras av EU-domstolen.

Särskilt om inköpscentraler inom försörjningssektorerna

Artikel 2.1.16 i LOU-direktivet respektive artikel 2.12 i LUF-direktivet innehåller definitionerna av begreppet inköpscentral. En betydelsefull skillnad mellan direktivens definitioner är att det enligt LOU-direktivet endast är en upphandlande myndighet som kan vara inköpscentral medan det i LUF-direktivet anges att en upphandlande enhet kan vara inköpscentral. Att en upphandlande enhet kan vara inköpscentral enligt LUF-direktivet är en nyhet i förhållande till 2004 års LUF-direktiv och LUF. Genom att även upphandlande enheter tillåts vara inköpscentraler enligt LUF-direktivet blir regleringen mer flexibel och anpassad efter de

Prop. 2015/16:195 särskilda förhållanden som gäller inom försörjningssektorerna. Den utvidgade definitionen bör genomföras i svensk rätt genom att det i definitionen av inköpscentral i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska anges att med inköpscentral avses en upphandlande enhet.

Definitionen av inköpscentral i LUF-direktiven anger vidare att även en upphandlande myndighet enligt LOU-direktivet kan vara en inköpscentral enligt LUF-direktivet. Eftersom definitionen av upphandlande enhet även innefattar upphandlande myndigheter, och då definitionen av upphandlande myndighet är likalydande i de nya lagarna, finns det inget behov av att införa någon motsvarande hänvisning i definitionen i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Av artikel 2.12 andra stycket i LUF-direktivet framgår att upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en verksamhet av den typ som beskrivs i artiklarna 8–14. Bestämmelsen får ses som ett förtydligande av att en inköpscentral ska följa bestämmelserna i LUF-direktivet vid upphandling som den genomför för att kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet, trots att inköpsverksamheten inte i sig är en sådan verksamhet som räknas upp i artiklarna 8–14 och därmed omfattas av direktivet. En motsvarande bestämmelse bör införas i definitionen av inköpscentral i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelsen innebär t.ex. att en inköpscentral ska följa bestämmelserna i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna vid sin upphandling av varor som inköpscentralen anskaffar för vidareförsäljning till en upphandlande enhet enligt den lagen.

14.3 Anlitandet av inköpscentraler

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten. Tjänsten som inköpscentralen då tillhandahåller ska även få omfatta stödverksamhet för inköp.

Upphandlande myndigheter eller enheter ska få anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Upphandlande myndigheter eller enheter ska också få anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom en inköpscentral.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några särskilda bestämmelser som fastställer att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentral.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag och bedömning. I promemorian föreslås dock att det ska anges i särskilda bestämmelser att inköpscentraler ska använda elektroniska medel för kommunikation.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser invänder inte mot förslaget. *Svensk Energi* ifrågasätter dock om inte upphandlande enheter ska kunna anskaffa även byggtreprenader från en inköpscentral och

påtar att regleringen inom försörjningssektorerna ofta är mer flexibel. Prop. 2015/16:195
Några remissinstanser efterfrågar klargöranden och förtydliganden.

Det fåtal remissinstanser som yttrar sig i frågan, bl.a. *Kammarkollegiet* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, instämmer i promemorians bedömning att det inte bör införas några särskilda bestämmelser som fastställer att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentral.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Anlitande av inköpscentraler utan föregående upphandling

Bestämmelserna i 4 kap. 22 § LOU respektive 4 kap. 4 § LUF innebär att anlitandet av en inköpscentral inte måste föregås av en upphandling (prop. 2009/10:180, del 1, s. 328 och 377). Motsvarande reglering finns i artikel 37.4 i LOU-direktivet och artikel 55.4 i LUF-direktivet. Av bestämmelserna framgår att upphandlande myndigheter eller enheter får anlita en inköpscentral för tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet utan att tillämpa förfarandena som anges i direktiven. Bestämmelserna ger alltså uttryck för det undantag från upphandlingsskyldighet som gäller då en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral. Av artiklarna framgår vidare att om en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet, utan att upphandla tjänsten, så får denna tjänst även omfatta stödverksamhet för inköp. I samband med att en upphandlande myndighet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet kan myndigheten således även använda sig av stödverksamhet som inköpscentralen tillhandahåller, utan att stödtjänsten behöver upphandlas. Av bestämmelsen framgår motsatsvis att en upphandlande myndighet eller enhet som enbart vill använda sig av en tjänst som avser stödverksamhet för inköp kan vara skyldig att upphandla denna tjänst. Att denna tolkning är den avsedda framgår även av skäl 70 i LOU-direktivet respektive skäl 79 i LUF-direktivet.

Regeringen instämmer i promemorians förslag att bestämmelserna i artikel 37.4 i LOU-direktivet och artikel 55.4 i LUF-direktivet bör genomföras, med vissa förenklingar, i särskilda paragrafer i de nya lagarna. Regleringen innebär t.ex. att en upphandlande myndighet eller enhet som vänt sig till en inköpscentral inför ett avrop från ett ramavtal även kan anlita inköpscentralen för rådgivning i samband med avropet utan att upphandla rådgivningstjänsten. *Magnus Josephson AB* och *Peak Procurement* avstyrker, som framgår av avsnitt 14.2, förslaget att inköpscentraler ska få tillhandahålla stödverksamhet för inköp och anför att en konkurrensfördel för inköpscentralerna i förhållande till deras privata konkurrenter är att anlitandet av dem inte behöver föregås av en upphandling. Som framgår av förslaget är det dock enbart i de fall som en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet som tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även får omfatta stödverksamhet för inköp, utan att stödverksamheten upphandlas. I övriga fall gäller de sedvanliga bestämmelserna om skyldighet att upphandla sådan stödverksamhet. Om en inköpscentral önskar tillhandahålla stödverksamhet för inköp utan

Prop. 2015/16:195 koppling till centraliserad inköpsverksamhet har inköpscentralen alltså att erbjuda dessa tjänster i konkurrens med övriga aktörer på marknaden.

Anskaffningar från och genom en inköpscentral

I de nya direktiven regleras användandet av centraliserad inköpsverksamhet som en inköpscentral tillhandahåller i artikel 37.1 i LOU-direktivet och artikel 55.1 i LUF-direktivet. Artiklarna anger för det första att upphandlande myndigheter eller enheter får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral, dvs. använda sig av den form av grossistverksamhet som inköpscentraler får bedriva. I artikeln i LUF-direktivet anges att upphandlande enheter också får anskaffa byggtreprenader från en inköpscentral. I promemorian gjordes bedömningen att detta får anses vara ett förbiseende med hänsyn till att byggtreprenader inte omnämns i definitionen av denna form av centraliserad inköpsverksamhet enligt artikel 2.10. Regeringen instämmer i promemorians bedömning och finner således, till skillnad från *Svensk Energi*, att inte heller upphandlande enheter ska kunna anskaffa byggtreprenader från en inköpscentral.

För det andra anger artiklarna att upphandlande myndigheter eller enheter får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral eller ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Som framgår av avsnitt 14.1.2 gör regeringen bedömningen att inköpscentraler ska få bedriva grossistverksamhet. Direktivens bestämmelser om användandet av centraliserad inköpsverksamhet som inköpscentraler tillhandahåller bör därför genomföras i sin helhet i de nya lagarna, med vissa förenklingar. Bestämmelserna bör ges en direktivnära utformning som överensstämmer med utformningen av definitionerna av inköpscentral. Direktiven anger inga särskilda förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en inköpscentral ska få anlitas. Regleringen innebär således att upphandlande myndigheter och enheter ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är fria att själva avgöra när och på vilket sätt en inköpscentral ska anlitas. Det bör dock understrykas att eventuella inskränkningar av upphandlande myndigheters och enheters kompetens att anlita inköpscentraler enligt andra föreskrifter inte påverkas av dessa bestämmelser.

I artikel 37.1 i LOU-direktivet hänvisas, vad gäller användningen av ramavtal, till kraven på ramavtal i artikel 33.2. Hänvisningen framstår som överflödigt eftersom kraven på ramavtal är generella och gäller oavsett om ramavtalet ingåtts av en inköpscentral eller inte. Någon motsvarande hänvisning bör därför inte införas i den nya lagen om offentlig upphandling.

Artikel 37.1 tredje stycket i LOU-direktivet respektive artikel 55.1 tredje stycket LUF-direktivet ger medlemsstaterna möjlighet att fastställa att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitan av inköpscentraler eller en eller flera specifika inköpscentraler. Regeringen anser, i likhet med bl.a. *Kammarkollegiet* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, att det inte framkommit skäl att införa några sådana bestämmelser i de nya lagarna.

Några remissinstanser, bl.a. *Kronofogdemyndigheten*, anser att det bör klargöras om det är möjligt för en inköpscentral att bedriva centraliserad inköpsverksamhet för endast en enskild annan myndighet. *Peak Procurement* anser att direktiven föreskriver att inköpscentraler ska genomföra anskaffningar, tilldela kontrakt eller sluta ramavtal för flera andra upphandlande myndigheter.

Enligt nuvarande definition av inköpscentral i LOU och LUF kan en inköpscentral medverka i en upphandling som ombud åt flera andra upphandlande myndigheter eller enheter. Att lagtexten anger att ombudsrollen ska avse flera upphandlande myndigheter eller enheter innebär att en upphandlande myndighet som i en upphandling är ombud endast för en enskild sådan myndighet eller enhet inte på grund av detta utgör en inköpscentral (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 263, 318 och 377).

De nya direktivens definitioner av inköpscentral och centraliserad inköpsverksamhet får förstås på så sätt att en inköpscentral ska vara inrättad för att tillhandahålla sådan verksamhet till fler än en upphandlande myndighet eller enhet. Detta kan dessutom anses följa av själva termen centraliserad inköpsverksamhet (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 263). Däremot finns det enligt regeringens mening inte något stöd i de nya direktiven för att ställa upp en begränsning som innebär att en inköpscentral i ett enskilt ärende skulle vara förhindrad att agera på uppdrag av en upphandlande myndighet eller enhet. De nya direktivsbestämmelserna om anlåtande av inköpscentraler och om ansvarsfrågor (se avsnitt 14.4) ger tvärtom stöd för att en inköpscentral i ett visst ärende kan agera som ombud eller självständig mellanhand åt en enskild upphandlande myndighet eller enhet. Enligt regeringens mening framgår detta tillräckligt tydligt av den direktivnära utformningen av bestämmelserna om anlåtande av inköpscentraler.

Elektroniska medel för kommunikation

I artikel 37.3 i LOU-direktivet respektive artikel 55.3 i LUF-direktivet anges att en inköpscentralers samtliga upphandlingsförfaranden ska genomföras med hjälp av elektroniska medel för kommunikation i enlighet med kraven i artikel 22 i LOU-direktivet respektive artikel 40 i LUF-direktivet. Regeringen gör dock bedömningen att upphandlande myndigheter och enheter generellt ska vara skyldiga att använda elektroniska medel vid kommunikation med leverantörer (se vidare avsnitt 20.1). Ifrågavarande bestämmelser i direktiven behöver därmed inte genomföras i särskilda paragrafer i de nya lagarna.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt de nya lagarna när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska dock ansvara för att fullgöra skyldigheterna i lagarna när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ett fåtal remissinstanser behandlar frågan. Av dessa tillstyrker nästan samtliga förslaget. *Gotlands kommun* anser dock att föreslagen begränsning av en upphandlande myndighets ansvar inte är ändamålsenligt reglerad för att utesluta skadestånd enligt skadeståndslagen (1972:207) och att bestämmelserna måste förenas med talförbud eller preskription. Några remissinstanser efterfrågar klargöranden och förtydliganden.

Skälen för regeringens förslag: En viktig frågeställning beträffande inköpscentraler är vilken aktör som är ansvarig för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. De nya direktiven innehåller en mer detaljerad reglering av ansvarsfrågan än 2004 års direktiv. Frågan regleras i artikel 37.2 och skäl 69 i LOU-direktivet respektive artikel 55.2 och skäl 78 i LUF-direktivet. Enligt direktivens reglering fullgör en upphandlande myndighet eller enhet sina skyldigheter enligt direktiven när den anskaffar varor och tjänster från en inköpscentral som erbjuder centraliserad inköpsverksamhet. Den upphandlande myndigheten eller enheten fullgör dessutom sina skyldigheter enligt direktiven när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, med hjälp av dynamiska inköpssystem som drivs av inköpscentralen, eller med hjälp av ett ramavtal som ingås av en inköpscentral som erbjuder centraliserad inköpsverksamhet. Enligt direktiven ska dock den berörda upphandlande myndigheten eller enheten ansvara för att uppfylla skyldigheterna i direktiven när det gäller de delar som den själv genomför.

Enligt regeringens mening överensstämmer regleringen i direktiven därmed i huvudsak med den ansvarsfördelning som i dagsläget anses gälla enligt LOU och LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 264 ff.) Regeringen instämmer i promemorians bedömning att de nya direktivens reglering av ansvarsfrågan bör genomföras i uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna. Avsikten är att underlätta tillämpningen av regelverket. Bestämmelserna bör ange att en upphandlande myndighet eller enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt lagarna när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt bestämmelserna om anlåtande av inköpscentraler. Huvudregeln är således att en upphandlande myndighet eller enhet ska anses ha uppfyllt sina skyldigheter enligt lagarna när den använder sig av centraliserad inköpsverksamhet som tillhandahålls av en inköpscentral. Detta gäller oavsett vilken form av centraliserad inköpsverksamhet som den

upphandlande myndigheten eller enheten använder sig av (grossistfunktionen eller mellanhandsfunktionen). När en inköpscentral agerar som grossist eller som självständig mellanhand är det således inköpscentralen som ansvarar för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. Regleringen syftar till att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter genom att anlita en inköpscentral ska kunna frångå sig ansvaret för att en upphandling genomförs i enlighet med lagstiftningen. En förutsättning för detta när det gäller mellanhandsfunktionen är att inköpscentralen genomför upphandlingsförfarandena i eget namn.

Det finns situationer där den upphandlande myndigheten eller enheten enligt direktiven ansvarar för att fullgöra skyldigheterna i lagstiftningen. Detta gäller för sådana delar av förfarandena som myndigheten eller enheten själv genomför. Direktiven anger följande exempel på delar av en upphandling som en upphandlande myndighet eller enhet själv genomför:

- a) tilldelning av ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral,
- b) genomförande av en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som en inköpscentral har ingått, och
- c) fastställande av vilken av leverantörerna som är parter i ett ramavtal som ska utföra en viss uppgift enligt ramavtalet (denna punkt saknas dock i LUF-direktivet).

Vid t.ex. en förnyad konkurrensutsättning blir det således den avropande myndigheten som blir ansvarig för att avropet sker med iakttagande av gällande bestämmelser. *Stockholms läns landsting* anser att förslaget bör kompletteras med direktivens exempel för att öka tydligheten och *Göteborgs Stad Upphandlings AB* anser att det bör förtydligas att ansvaret för en upphandlande myndighet eller enhet även kan omfatta tilldelning av kontrakt enligt ramavtal som inte bygger på förnyad konkurrensutsättning. Regeringen kan konstatera att direktivens uppräknade av vad en upphandlande myndighet eller enhet genomför själv endast är exemplifierande och således inte uttömmande anger de situationer när bestämmelsen är tillämplig. Enligt regeringens mening finns det inte skäl att införa exemplen i lagtexten. Det är tillräckligt att det framgår av bestämmelserna att den upphandlande myndigheten eller enheten ska vara ansvarig för att fullgöra skyldigheterna i lagstiftningen för de delar av förfarandet som myndigheten eller enheten själv har genomfört.

Direktivens reglering av ansvarsfrågan synes vara utformad med utgångspunkten att en inköpscentral i normalfallet agerar som självständig mellanhand och inte i egenskap av ombud. Utgångspunkten vad gäller inköpscentralernas funktion är därmed delvis en annan än den som präglar regleringen i LOU och LUF. Det nya regelverket utesluter dock inte att inköpscentraler även fortsättningsvis agerar som ombud för upphandlande myndigheter eller enheter. I de rena ombudsfallen, dvs. då inköpscentralens ombudsroll omfattar samtliga åtgärder i upphandlingsförfarandet, bör det vara den upphandlande myndigheten eller enheten som ansvarar för att skyldigheterna i lagstiftningen fullgörs.

Prop. 2015/16:195 Detta följer av att inköpscentralens ställning som ombud innebär att det som inköpscentralen gör tillskrivs den upphandlande myndigheten eller enheten. I de rena ombudsfallen bör således myndigheten eller enheten kunna anses själv ha genomfört upphandlingsförfarandena och därmed också ansvara för att skyldigheterna i lagarna fullgörs. Det kan i sammanhanget noteras att om inköpscentralens ombudsroll endast omfattar förberedande eller administration av upphandlingsförfaranden och inte t.ex. tilldelningen av kontraktet, så utgör detta s.k. stödverksamhet för inköp (se vidare avsnitt 14.2).

Sveriges Offentliga Leverantörer, Advokatfirman Delphi och Upphandlingssamverkan i Uppsala län (UPPSAM) anser att det, utöver ansvarsbestämmelserna, bör införas bestämmelser som innebär att inköpscentraler ska omfattas av offentlighetsprincipen. *Gotlands kommun* anser att de föreslagna bestämmelserna måste förenas med taleförbud eller preskription för att utesluta skadestånd enligt skadeståndslagen. Dessa frågor kan dock inte hanteras inom ramen för detta lagstiftningsarbete.

14.5 Inköpscentraler utanför det direktivstyrda området

<p>Regeringens förslag: Regleringen om inköpscentraler ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.</p>
--

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om inköpscentraler i LOU och LUF är tillämpliga även vid upphandlingar enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i lagarna. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna. Samtliga föreslagna bestämmelser som gäller inköpscentraler i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i lagarna.

15 Tillfällig gemensam upphandling och gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat

15.1 Tillfällig gemensam upphandling

Regeringens bedömning: Det bör inte finnas några särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Sandvikens kommun* och *Stockholms läns landsting* instämmer i bedömningen. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* har inte haft något att invända mot bedömningen men framhåller att avsaknaden av författningsbestämmelser erfordrar förtydliganden i förarbetena om att det inte finns något som hindrar upphandlingssamarbete på nationell nivå. *Migrationsverket* delar inte utredningens uppfattning om hur artiklarna om tillfällig gemensam upphandling bör tolkas. *Konkurrensverket* anser att det som utredningen anför inte är några tungt vägande skäl emot att genomföra artiklarna om tillfällig gemensam upphandling genom uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna. Enligt *Ekonomistyrningsverket (ESV)* är det en fördel att förtydliga vad som är tillåtet. *Kronofogdemyndigheten* anser att det måste förtydligas hur möjligheterna att ingå överenskommelser om tillfälliga gemensamma upphandlingar förhåller sig till bestämmelserna om upphandlingsstöd och inköpscentraler. Det finns enligt myndigheten också ett behov av att klargöra vilken status en sammanslutning som bygger på en överenskommelse om tillfällig gemensam upphandling har i upphandlingsrättsligt hänseende.

Skälen för regeringens bedömning: I LOU-direktivet och LUF-direktivet finns bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling. Bestämmelserna finns i artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LUK-direktivet.

EU-lagstiftarens motiv till bestämmelserna framgår av skäl 71 i LOU-direktivet och skäl 80 i LUF-direktivet. Av dessa följer att bestämmelserna har tillkommit med anledning av regleringen i 2014 års direktiv av centraliserade inköpsverksamheter och inköpscentraler (artiklarna 2.1.14, 2.1.16 och 37 i LOU-direktivet och artiklarna 2.10, 2.12 och 55 i LUF-direktivet). Då regleringen av sådana samordnade upphandlingar tar sikte på verksamheter som bedrivs stadigvarande, faller en upphandling som genomförs gemensamt på mer tillfällig grund utanför bestämmelsernas tillämpningsområde. Enligt EU-lagstiftaren är det dock av vikt att även tillfälliga samarbeten kommer till stånd. För att regelverket avseende centraliserade inköpsverksamheter och inköpscentraler inte ska hindra de tillfälliga samarbetena, anser EU-lagstiftaren att det krävs vissa klargöranden av vad som gäller för tillfällig gemensam upphandling. Dessa klargöranden ska ta hänsyn till

Prop. 2015/16:195 de många varianter av upphandlingar där det finns mer eller mindre omfattande inslag av samverkan mellan upphandlande myndigheter eller enheter. I skälen uttrycks vidare att upphandlande myndigheter eller enheter ska fullgöra sina skyldigheter gemensamt enligt direktiven i de delar upphandlingen genomförs gemensamt.

Regeringen instämmer i och för sig i det som sägs i skälen i direktiven enligt stycket ovan. Det är enligt regeringen av stor betydelse att upphandlande myndigheter och enheter även fortsättningsvis ges möjlighet att använda sig av tillfälliga samarbeten vid upphandlingar när det bedöms lämpligt. Att det finns särskilda bestämmelser om vissa former av samordnad upphandling (jfr särskilt beträffande inköpscentraler i 1 kap. 8 § och 7 kap. 10–13 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, 1 kap. 7 § och 7 kap. 5–8 §§ i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och avsnitt 14) hindrar dock inte tillfälliga samarbeten. Detta gäller även utan några särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling.

Som framgått av redogörelsen av skälen i direktiven innebär bestämmelserna om tillfällig gemensam upphandling inte att förutsättningarna för gemensamma tillfälliga upphandlingar förändras genom 2014 års direktiv. Möjligheter att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten finns redan i dag, utan att detta anges särskilt i 2004 års direktiv eller nuvarande upphandlingslagar. I detta sammanhang bör återigen nämnas att LUK-direktivet saknar särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling. Det innebär dock inte att sådana tillfälliga samarbeten inte kan användas vid upphandling av koncessioner. Inte heller det direktivet eller den nya lagen om upphandling av koncessioner hindrar sålunda att tillfällig gemensam upphandling används när koncessioner upphandlas.

Eftersom upphandlingsbestämmelserna i övrigt inte hindrar tillfällig gemensam upphandling och det är tillåtet redan i dag med sådana tillfälliga samarbeten, anser regeringen i likhet med utredningen, att artiklarna med bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling inte bör genomföras genom särskilda bestämmelser i de nya lagarna.

När det gäller formerna för och ansvarsfördelningen inom en tillfällig gemensam upphandling, anser regeringen att det får bedömas i varje enskild upphandling om den i det avseendet är tillåten. Ytterst får det avgöras i rättstillämpningen. I fråga om möjligheterna att använda sig av tillfällig gemensam upphandling bör i sammanhanget nämnas att det kan finnas andra bestämmelser än upphandlingsrättsliga som påverkar förutsättningarna att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten (jfr exempelvis avsnitt 33 beträffande lagen [2009:47] om vissa kommunala befogenheter). Såvitt avser gränsdragningen gentemot inköpscentraler och begreppet stadigvarande, se avsnitt 14.4.

15.2 Gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat

15.2.1 De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat. Bestämmelserna får inte användas i syfte att undvika tillämpningen av tvingande föreskrifter som är förenliga med EU-rätten.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som uttalar sig särskilt om förslaget tillstyrker det, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Sandvikens kommun*, *Stockholms läns landsting*, *Svensk Energi* och *Advokatfirman Delphi*. FMV påtalar samtidigt att det finns ett behov av sådana regler som avses enligt förslaget även i LUF. *Domstolsverket* ifrågasätter om förslaget fyller någon praktisk funktion. Om en bestämmelse ändå anses behövlig, bör det enligt verket övervägas att utforma den enbart som en lagvalsregel. *Kammarrätten i Göteborg* anför att förslaget kan leda till problem vid tillämpningen av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Skälen för regeringens förslag: I artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet finns bestämmelser om upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater. I första punkten i artiklarna anges att myndigheter eller enheter får agera gemensamt vid tilldelning av kontrakt enligt något av de tre förfaringsätt som räknas upp i artikeln. Upphandlande myndigheter eller enheter får dock enligt samma punkt inte tillämpa förfarandena i syfte att undvika att tillämpa med unionsrätten förenliga tvingande lagregler som är tillämpliga på dem i deras respektive medlemsstat. Regleringen i övrigt i 2014 års direktiv hindrar visserligen inte, precis som utredningen konstaterar, att sådana gemensamma upphandlingar genomförs som avses i nämnda artiklar. Från formella utgångspunkter kan alltså det som ska uppnås med bestämmelserna enligt artiklarna uppnås utan några uttryckliga bestämmelser om detta i de nya lagarna. Bestämmelserna tydliggör att denna möjlighet finns och innebär att den typen av samarbeten främjas.

Det kan vid offentlig upphandling vara fråga om anskaffningar till verksamheter i flera medlemsstater som t.ex. vid samarbeten i gränsregioner eller internationella insatser som då kan genomföras av en av de deltagande myndigheterna för övriga deltagande myndigheters räkning. Inom försörjningssektorerna kan det röra sig om upphandlande enheter som utgör bolag med verksamheter i flera medlemsstater. Dessa kan då genom gränsöverskridande gemensam upphandling samordna sina anskaffningar inom koncernen.

Prop. 2015/16:195 När det gäller varje deltagande myndighets eller enhets ansvarsområden, kan noteras att det inte är något specifikt för gränsöverskridande upphandlingar att ansvarsområdena måste fördelas. Detta gäller även vid samarbeten mellan myndigheter eller enheter inom en och samma medlemsstat. Det handlar om att det ska finnas åtminstone en myndighet eller enhet som är ansvarig för de upphandlingsåtgärder som vidtas under en upphandlings olika skeden.

Att gränsöverskridande gemensamma upphandlingar i och för sig kan komma till stånd utan några uttryckliga bestämmelser om detta, väcker frågan om lagarna trots det bör innehålla sådana bestämmelser. Det som skiljer dessa bestämmelser från de om tillfällig gemensam upphandling (se avsnitt 15.1) är det gränsöverskridande momentet. I likhet med utredningen anser regeringen därför att det tillkommande momentet motiverar att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla uttryckliga bestämmelser om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat. Detta tycks också överensstämma med flera av remissinstansernas inställning. Bestämmelserna i artiklarna får ytterst anses ge uttryck för att en leverantörs möjligheter att bedöma förutsättningarna för att delta och tilldelas kontrakt i en upphandling inte ska påverkas av att det rör sig om gränsöverskridande gemensamma upphandlingsåtgärder. Detta bör enligt regeringen vara vägledande när medlemsstater, myndigheter eller enheter vidtar åtgärder vid gränsöverskridande gemensamma upphandlingar.

De åtgärder som de upphandlade myndigheterna och enheterna vidtar måste ligga inom ramen för de befogenheter eller den kompetens som de har. En myndighet kan naturligtvis inte låta en myndighet i en annan medlemsstat utföra uppgifter som den själv inte skulle kunna utföra. Samtidigt får myndigheten inte avhända sig ansvaret att följa skyldigheter den har enligt annan reglering i svensk rätt. Det tydliggörs i första punkten i artiklarna genom att de inte kan tillämpa dessa bestämmelser för att kringgå tvingande lagregler. För svensk del innebär det bl.a. att skyldigheten att ge tillgång till allmänna handlingar inte kan kringgås genom att uppgiften att sköta en upphandling och handlingarna i den lämnas över till en annan medlemsstat.

I sammanhanget kan vidare framhållas att myndigheten i varje enskilt fall får ta ställning till att de åtgärder den avser att vidta i tillämpliga delar står i överensstämmelse med bl.a. 10 kap. regeringsformen och bestämmelserna om den kommunala kompetensen i kommunallagen (1991:900). Sammanfattningsvis innebär inte bestämmelserna om gemensam upphandling med myndigheter eller enheter från en annan medlemsstat att upphandlande myndigheters och enheters befogenheter eller kompetens att agera utvidgas. Som framgått bestäms myndigheternas och enheternas befogenheter och kompetens av andra bestämmelser än de om gemensam upphandling med myndigheter eller enheter från en annan medlemsstat.

Artiklarna om gränsöverskridande gemensam upphandling i direktiven reglerar tre olika förfaringssätt för sådan upphandling. Artiklarna syftar endast till att reglera hur en myndighet eller enhet ska förfara om den väljer att anlita något av dessa tre. Om en myndighet eller enhet önskar bedriva samarbete enligt något annat alternativ än de tre uppräknade

enligt upphandlingsdirektiven, hindrar regelverket inte detta, så länge samarbetet står i överensstämmelse med upphandlingsdirektivens bestämmelser i övrigt. Inte heller de bestämmelser i de nya lagarna som genomför artiklarna bör hindra samarbeten i andra former. De tre sätt för gränsöverskridande gemensam upphandling som anvisas i artiklarna är inköpscentral i annan medlemsstat, gemensamma upphandlingsåtgärder och upphandling med gemensam enhet.

15.2.2 Inköpscentral i annan medlemsstat

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i EU än den där myndigheten eller enheten har sin hemvist. De upphandlingsrättsliga bestämmelser som ska tillämpas i en sådan situation är de som gäller i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen. Detta gäller även när myndigheten tilldelar ett kontrakt dels inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av inköpscentralen, dels efter en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av inköpscentralen, dels helt utan eller delvis utan och delvis efter en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av inköpscentralen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Naturvårdsverket* tillstyrker förslaget. Övriga remissinstanser uttalar sig inte särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Alternativet inköpscentral i annan medlemsstat (artikel 39.2 och 39.3 i LOU-direktivet och artikel 57.2 och 57.3 i LUF-direktivet) medger att en upphandlande myndighet eller enhet anskaffar från en inköpscentral som erbjuder centraliserad inköpsverksamhet och som inte är belägen i samma medlemsstat som myndigheten eller enheten.

Av bestämmelserna i artikel 39.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 57.2 första stycket i LUF-direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan hindras helt från att använda sig av inköpscentraler i andra medlemsstater. Den enda möjligheten för en medlemsstat att införa restriktioner i detta avseende är enligt andra stycket i samma punkt i båda artiklarna, att begränsa myndigheternas eller enheternas valmöjligheter när det gäller vilken typ av inköpscentral i andra medlemsstater som myndigheterna eller enheterna kan vända sig till. Som framgår av artikel 2.1.14 och 2.1.16 i LOU-direktivet och artikel 2.10 och 2.12 i LUF-direktivet medger direktiven två huvudtyper av centraliserad inköpsverksamhet med hjälp av inköpscentraler.

Regleringen i artikel 39.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 57.2 andra stycket i LUF-direktivet medger sålunda att möjligheten begränsas antingen till den ena eller den andra huvudtypen (ordvalet ”och” mellan de båda omnämnda leden i artikel 39.2 andra stycket i LOU-direktivet synes vara en felöversättning). Som framgått (se avsnitten 14.1 och 14.2) föreslår regeringen att båda typerna av inköpscentraler ska kunna användas enligt de nya lagarna om offentlig

Prop. 2015/16:195 upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns enligt regeringen inte heller någon anledning att i detta sammanhang begränsa möjligheterna att välja att använda den ena eller den andra typen av inköpscentral. När en inköpscentral är etablerad enligt bestämmelserna i en annan medlemsstat än Sverige, finns det därmed enligt regeringens uppfattning inte någon anledning att begränsa en svensk myndighets eller enhets valmöjligheter i fråga om vilken typ av inköpscentral det får röra sig om. Denna begränsningsmöjlighet som direktiven, artikel 39.2 i LOU-direktivet och artikel 57.2 i LUF-direktivet, erbjuder bör således inte utnyttjas.

Ett av syftena med att en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna vända sig till en inköpscentral för sina anskaffningar är att sådana anskaffningar inte blir upphandlingspliktiga. Inköpscentralen kan dock användas så att myndigheten eller enheten blir skyldig att i tillämpliga delar iaktta de upphandlingsrättsliga bestämmelserna för anskaffningen. Ett sådant exempel är när inköpscentralen som ombud agerar på myndighetens eller enhetens vägnar (bestämmelserna om inköpscentraler behandlas i avsnitt 14). Av artikel 39.3 första stycket i LOU-direktivet och artikel 57.3 första stycket i LUF-direktivet framgår att i de situationer en upphandlande myndighet eller enhet använder sig av en inköpscentral på ett sådant sätt att en anskaffning därifrån inte blir upphandlingspliktig, ska de bestämmelser tillämpas som är tillämpliga i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen. Av andra stycket i samma punkt i artiklarna framgår att samma medlemsstats bestämmelser ska gälla i vissa särskilt uppräknade situationer.

Sammanfattningsvis anser regeringen således att det i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska finnas bestämmelser om inköpscentraler vid gränsöverskridande gemensam upphandling.

15.2.3 Gemensamma upphandlingsåtgärder

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får gemensamt med upphandlande myndigheter eller enheter i andra medlemsstater i EU vidta upphandlingsåtgärder. Sådana åtgärder får gälla tilldelning av kontrakt, ingående av ramavtal eller inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem.

De gemensamt vidtagna upphandlingsåtgärderna ska bygga på en överenskommelse av vilken de nödvändiga delarna för samarbetet följer.

Om en överenskommelse träffas mellan deltagande myndigheter eller enheter ska det av denna framgå bl.a. myndigheternas eller enheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga. Uppgifter om ansvarsområdena och de tillämpliga nationella bestämmelserna ska vidare anges i något av upphandlingsdokumenten.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser godtar eller framför inga invändningar mot förslaget. *Naturvårdsverket* tillstyrker förslaget.

Försvarsmakten och Stockholms läns landsting saknar förtydliganden av vilka nationella avtals- och konkurrensrättsliga relationer som ska gälla när flera medlemsstater upphandlar gemensamt. *Advokatfirman Delphi* delar inte utredningens bedömning av hur artikel 39.4 i LOU-direktivet och artikel 57.4 i LUF-direktivet bör tolkas. Den medlemsstats lag där den upphandlande myndigheten eller enheten är belägen ska enligt advokatfirman gälla för de ansvarsområden som den myndigheten eller enheten ansvarar för. Detta är särskilt viktigt eftersom frågan om domsrätt och behörig domstol är kopplad till överenskommelsen om relevanta nationella bestämmelser och valet enligt överenskommelsen därför kan styras till den medlemsstats lag där möjligheterna till överprövning är som mest begränsade.

Skälen för regeringens förslag: Alternativet gemensamma upphandlingsåtgärder regleras i artikel 39.4 i LOU-direktivet och artikel 57.4 i LUF-direktivet och tar sikte på att upphandlande myndigheter eller enheter i olika medlemsstater gemensamt vidtar upphandlingsåtgärder. För att råda bot på den osäkerhet som anses föreligga vid gemensamma upphandlingar av nu aktuellt slag när det gäller tillämplig lag, innehåller regleringen särskilda lagvalsregler (se skäl 73 i LOU-direktivet och skäl 82 i LUF-direktivet).

Bestämmelserna i artiklarna väcker bl.a. den principiella frågan vilken eller vilka medlemsstaters bestämmelser som kan göras tillämpliga. Såvitt avser denna fråga, anser en av remissinstanserna, *Advokatfirman Delphi*, att det är den medlemsstats bestämmelser i vilken den upphandlande myndigheten eller enheten är belägen som ska vara tillämpliga. Det skulle således vara uteslutet att för samarbetet välja enbart en medlemsstats bestämmelser som ska gälla i förhållande till samtliga deltagande myndigheter eller enheter. Utredningen gör dock en annan bedömning av artiklarna. Av utredningens resonemang framgår att den anser att olika delar av berörda medlemsstaters upphandlingsregelverk inte kan göras tillämpliga. Utredningen menar i stället att valmöjligheten gäller en medlemsstats upphandlingsregelverk i dess helhet. Enligt regeringens mening vinner denna tolkning stöd av de engelska språkversionerna av artiklarna. I artikel 39.4 andra stycket andra meningen i LOU-direktivet anges i den engelska språkversionen följande. When determining responsibilities and the applicable national law as referred to in point (a), the participating contracting authorities may allocate specific responsibilities among them and determine the applicable provisions of the national laws of any of their respective Member States. Mot denna bakgrund instämmer regeringen i utredningens bedömning. Valmöjligheten bör därmed enligt regeringens uppfattning avse en medlemsstats upphandlingsregelverk i dess helhet.

Advokatfirman Delphi påtalar vidare det orimliga i att ovan gjorda tolkning av artiklarna leder till att valet av tillämpligt regelverk får konsekvenser för vilken medlemsstats rättsmedel som ska tillämpas. Regeringen föreslår dock inte att bestämmelserna om rättsmedel ska kopplas till valet av tillämpliga upphandlingsbestämmelser. Skälen för detta framgår av avsnitt 15.2.5.

I fråga om de överenskommelser som ska ligga till grund för gemensamma upphandlingsåtgärder vid gränsöverskridande gemensam upphandling kan det självklara konstateras, nämligen att om det finns

Prop. 2015/16:195 överenskommelser mellan berörda medlemsstater så ska dessa tillämpas. Det behöver dock inte uttryckligen framgå av författningstexterna. Lagvalsreglerna (se fjärde punkten första stycket leden a och b och andra stycket i ovan nämnda artiklar) blir dock i avsaknad av sådana tillämpliga, dvs. när de nödvändiga delarna för de gemensamma upphandlingsåtgärderna inte har bestämts genom en sådan överenskommelse. I sådana fall är det upp till de upphandlande myndigheterna och enheterna att inom ramen för sin kompetens reglera förhållandena för den gemensamma upphandlingen tillsammans med de andra deltagande myndigheterna eller enheterna i en överenskommelse. De nödvändiga delarna som den minst ska innehålla regleras i direktiven. Regeringen instämmer i utredningens resonemang att begreppet ”nödvändiga delar” får antas korrespondera med det som anges i artiklarnas lagvalsregler. Utgångspunkten för ett samarbete genom gemensamma upphandlingsåtgärder är sålunda att om ”nödvändiga delar” för samarbetet som de kommer till uttryck i leden a och b inte framgår av en överenskommelse mellan berörda medlemsstater, ska dessa bestämmas av deltagande upphandlande myndigheter eller enheter. Någon behovsbedömning av om en överenskommelse ska träffas eller inte medger inte direktiven. Saknas en överenskommelse på mellanstatlig nivå, ska en överenskommelse träffas på myndighetsnivå. För tillämpningen av reglerna görs en åtskillnad mellan att det ska finnas en överenskommelse och vad en överenskommelse ska innehålla om den träffas på myndighetsnivå. Vad en överenskommelse ska innehålla om den träffas på mellanstatlig nivå framgår dock inte av direktiven. Det i det följande behandlade dokumentationskravet omfattar dock båda slagen av överenskommelse. Merparten av de i och för sig goda språkliga förbättringsförslag och förslag till ändrad disposition som *Lagrådet* har föreslagit kan därför inte genomföras utan att dessa skillnader går förlorade.

Det som slås fast i en överenskommelse beträffande varje deltagande myndighets eller enhets ansvarsområde och tillämpliga bestämmelser ska anges i något av upphandlingsdokumenten. Bestämmelser om detta finns i artikel 39.4 andra stycket sista meningen i LOU-direktivet och artikel 57.4 andra stycket sista mening i LUF-direktivet. Bestämmelserna tycks dock begränsa sig till upphandlingsdokument vid gemensam tilldelning av kontrakt. Upphandlingsdokument som förekommer när upphandlande myndigheter eller enheter gemensamt ingår ramavtal eller gemensamt driver ett dynamiskt inköpssystem synes sålunda inte omfattas av bestämmelsen. I likhet med utredningen finner regeringen dessa olikheter omotiverade. Det får enligt regeringen antas att EU-lagstiftaren har avsett att uppgifterna inte bara ska lämnas i upphandlingsdokument för gemensam tilldelning av kontrakt utan också för gemensamt ingångna ramavtal och gemensamt drivna dynamiska inköpssystem.

När det gäller begreppet tillämpliga relevanta nationella bestämmelser gör regeringen inte någon annan bedömning än utredningen. Med relevanta nationella bestämmelser får således i detta sammanhang antas avses enbart bestämmelser om hur en myndighet eller enhet ska förfara vid upphandling, dvs. de regler som enligt upphandlingsdirektiven syftar till att samordna upphandlingsförfarandena i medlemsstaterna. Det handlar alltså om att det av en överenskommelse ska framgå vilken

medlemsstats upphandlingsregelverk som ska tillämpas. Vilken information som under en upphandling ska lämnas i fråga om avtals- eller kontraktsrättsliga förhållanden beträffande upphandlingsföremålet styrs av det upphandlingsregelverk som enligt överenskommelsen har gjorts tillämpligt för upphandlingen. I så måtto skiljer sig situationen inte nämnvärt från den som uppstår när en leverantör väljer att delta i en upphandling i en annan medlemsstat än den där leverantören har sin hemvist. Som antytts ovan innefattar en överenskommelse mellan deltagande upphandlande myndigheter eller enheter inte heller någon överenskommelse om domsrätt. Lagrådet efterfrågar ett klargörande vad som ska gälla i fråga om överprövning vid gränsöverskridande gemensam upphandling. Frågan om svensk domsrätt och behörig domstol behandlas i avsnitt 15.2.5.

När det gäller de civilrättsliga momenten anges i skäl 73 i LOU-direktivet och skäl 82 i LUF-direktivet, att de upphandlingsrättsliga bestämmelserna om gränsöverskridande gemensam upphandling kompletterar lagvalsreglerna i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I). Utredningen (SOU 2104:51 s. 145) erinrar även om Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II).

Regeringen anser sammanfattningsvis att det i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska finnas bestämmelser om gemensamma upphandlingsåtgärder vid gränsöverskridande gemensam upphandling.

15.2.4 Upphandling med gemensam enhet

Regeringens förslag: En gemensam enhet som har inrättats av upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar. En europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS) eller någon annan på unionsrätten grundad enhet kan utgöra en sådan gemensam enhet. Enheten ska besluta om tillämpliga nationella bestämmelser.

Utredningens förslag: Överensstämmet i huvudsak med regeringens. Bestämmelserna i utredningens förslag är dock sådana att de tycks skapa en rätt för upphandlande myndigheter eller enheter att bilda gemensamma enheter.

Remissinstanserna har inget att invända mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Upphandling med gemensam enhet regleras i artikel 39.5 i LOU-direktivet och artikel 57.5 i LUF-direktivet. Detta förfaringsätt innebär att ett organ, en gemensam enhet, tillåts att självständigt genomföra en upphandling. När en gemensam enhet genomför en sådan upphandling ska den göra det i enlighet med den medlemsstats bestämmelser där enheten har sitt registrerade säte eller bedriver verksamhet. Vilket av dessa två alternativ som ska tillämpas ska bestämmas av de upphandlande myndigheter eller enheter som har inrättat den gemensamma enheten.

I likhet med utredningen anser regeringen att det inte finns någon anledning att upprätthålla en distinktion mellan begreppen ”tillämpliga nationella upphandlingsregler” enligt artikel 39.5 första stycket i LOU-direktivet och artikel 57.4 första stycket i LUF-direktivet och ”nationella bestämmelser” enligt artiklarnas övriga punkter. Därför ska begreppet nationella bestämmelser även användas beträffande gemensamma enheter.

Utredningen beskriver vidare vissa otydligheter beträffande syftet med en gemensam enhet enligt artikel 39.5 i LOU-direktivet och artikel 57.5 i LUF-direktivet. Hänvisningen till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS) och de enheter som kan bildas med stöd av förordningen ger närmast vid handen att en gemensam enhet enligt artiklarna inte tar sikte på en enhet som upprättas enbart i syfte att genomföra en eller flera upphandlingar. Med ett sådant synsätt på artiklarna kan ändamålet med dem anses vara att tydliggöra eller att skapa ett stöd i författning för att en EGTS eller liknande enhet kan genomföra en självständig upphandling. Detta skulle i sin tur innebära att artiklarna inte ger stöd för att en gemensam enhet får inrättas enbart i syfte att genomföra en eller flera upphandlingar.

Enligt regeringens mening får ändamålet med artiklarnas bestämmelser antas vara det som utredningen ger uttryck för i stycket närmast ovan. Regeringen delar dock inte utredningens bedömning att detta ändamål påverkar i vilka syften enheterna kan inrättas. I vilka syften en gemensam enhet kan inrättas följer inte av de upphandlingsrättsliga reglerna utan i stället av det regelverk som utgör grunden för enhetens bildande. Som exempel kan nämnas den förordning till vilken artiklarna hänvisar, förordning 1082/2006. Förordningen innehåller bl.a. bestämmelser om hur en europeisk gruppering för territoriellt samarbete bildas. Förordningen kompletteras dessutom av bestämmelser som finns i lagen (2009:704) om europeiska grupperingar för territoriellt samarbete.

Sammanfattningsvis anser regeringen således att frågan om i vilket syfte en gemensam enhet kan inrättas får bedömas enligt andra bestämmelser än de nu aktuella upphandlingsrättsliga bestämmelserna. Avslutningsvis bör tilläggas att inrättandet av en gemensam enhet inte påverkar de svenska myndigheternas självständighet. En sådan enhet kan aldrig bestämma hur en svensk förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag.

15.2.5 Rättsmedel

<p>Regeringens bedömning: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör inte innehålla några bestämmelser om domsrätt eller behörig domstol som särskilt tar sikte på gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat.</p>
--

Utredningens bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. Enligt utredningen bör de nya lagarna om offentlig upphandling och om

upphandling inom försörjningssektorerna innehålla särskilda bestämmelser om domsrätt och behörig domstol när det gäller överprövning av gränsöverskridande gemensamma upphandlingar.

Remissinstanserna: Den enda remissinstansen som uttalar sig särskilt i frågan, *Kammarrätten i Göteborg*, anför att det behöver förtydligas hur bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift ska tillämpas vid gränsöverskridande gemensam upphandling. Kammarrätten anser vidare att bestämmelserna om ogiltighetsförklaring av avtal ska vara tillämpliga på avtal som slutits vid gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat.

Skälen för regeringens bedömning: Bestämmelserna om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat väcker frågan om tillämpningen av bestämmelserna leder till att det finns något behov av att ändra bestämmelserna om behörig domstol vid överprövning i förhållande till dagens ordning.

Behörigheten att överpröva en upphandling för svenska domstolar i förhållande till domstolar och andra prövningsorgan i andra medlemsstater regleras i dag i 16 kap. 5 § i både LOU och LUF. Enligt paragraferna ska en ansökan om överprövning göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Nämnade bestämmelser får antas förutsätta att en behörig förvaltningsrätt också är behörig enligt samma bestämmelser i förhållande till andra medlemsstaters domstolar eller prövningsorgan (jfr RÅ 2006 ref. 36). Det föreligger sålunda i en sådan situation svensk domsrätt. Ett sådant resonemang kan också föras beträffande 17 kap. 3 § i både LOU och LUF och 10 kap. 8 § rättegångsbalken. För frågan om domsrätt i relation till det senare lagrummet finns dock internationella processrättsliga bestämmelser att beakta. Av dessa torde framför allt aktualiseras reglerna i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, den s.k. Bryssel I-förordningen. I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna föreslås bestämmelser som motsvarar 16 kap. 5 § och 17 kap. 3 § i både LOU och LUF (se 20 kap. 5 § och 21 kap. 3 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna).

Enligt utredningen bör bestämmelserna om rättsmedel i de nya lagarna utformas så att en svensk domstol inte överprövar en upphandling som har genomförts enligt en annan medlemsstats materiella upphandlingsbestämmelser. Utredningen föreslår därför en reglering som skapar en sådan ordning. Enligt regeringens mening låter sig emellertid de många olika typerna av samarbete som kan bli aktuella enligt bestämmelserna om gränsöverskridande gemensam upphandling inte beskrivas på något mer enhetligt sätt. Det går därför inte heller att med någon precision uttala sig om behovet av särskilda bestämmelser om domsrätt eller behörig domstol som ska gälla för gränsöverskridande gemensamma upphandlingar. Regeringen anser därför att nu aktuella samarbeten, i fråga om domsrätt och behörig domstol vid överprövning, får bedömas enligt de allmänna bestämmelserna i ämnet (se ovan).

När det gäller domsrätt och behörig domstol beträffande ansökan om betalning av upphandlingsskadeavgift, gör regeringen samma

Prop. 2015/16:195 bedömning. I vilken utsträckning åtgärder som har vidtagits inom ramen för en gränsöverskridande gemensam upphandling påverkar möjligheten att ålägga en upphandlande myndighet eller enhet att betala upphandlingsskadeavgift får bedömas i rättstillämpningen.

15.2.6 Det icke direktivstyrda området

Regeringens bedömning: Bestämmelserna om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat bör inte göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot bedömningen.

Skälen för regeringens bedömning: Regeringen delar utredningens bedömning att bestämmelserna om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat inte bör göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området. Att bestämmelserna inte bör göras tillämpliga på detta område följer av regeringens allmänna utgångspunkter för regleringen på det icke direktivstyrda området (se avsnitt 31.1).

16 Elektroniska metoder för upphandling

Vid sidan av bestämmelser om olika förfaranden för upphandling innehåller LOU-direktivet och LUF-direktivet även bestämmelser som reglerar elektroniska metoder eller tekniker för upphandling. Dessa innefattar bestämmelser om dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger. Bestämmelser om elektroniska auktioner, som bygger på bestämmelser i 2004 års direktiv, finns i LOU och LUF. 2004 års direktiv innehåller också bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Dessa bestämmelser har inte genomförts i svensk rätt. Uttryckliga bestämmelser om elektroniska kataloger är en nyhet i LOU-direktivet och LUF-direktivet, men av skälen i 2004 års direktiv framgår att anbud får lämnas i form av en elektronisk katalog. Användningen av elektroniska kataloger regleras inte uttryckligen i LOU och LUF.

LUK-direktivet innehåller inte några bestämmelser om dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner eller elektroniska kataloger. LUK-direktivet behandlas därför inte vidare i detta avsnitt.

16.1 Dynamiska inköpssystem

16.1.1 2004 års direktiv och tidigare överväganden

Bestämmelser om dynamiska inköpssystem finns i artiklarna 1.6 och 33 i 2004 års LOU-direktiv samt i artiklarna 1.5 och 15 i 2004 års LUF-

direktiv. Bestämmelserna är frivilliga för medlemsstaterna att genomföra. Bestämmelserna har inte införts i svensk rätt, men frågan har övervägts i flera sammanhang. Upphandlingsutredningen 2004 föreslog i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 att bestämmelserna skulle införas i såväl LOU som LUF (SOU 2006:28 s. 135 f.). Även Innovationsupphandlingsutredningen föreslog i betänkandet Innovationsupphandling att regler om dynamiska inköpssystem skulle införas i lagstiftningen (SOU 2010:56 s. 222 f.). Statskontoret genomförde år 2010 en undersökning på uppdrag av Regeringskansliet som skulle tjäna som underlag inför ett beslut om huruvida bestämmelser om dynamiska inköpssystem skulle införas i lagstiftningen (Statskontorets rapport Genomförande av dynamiska inköpssystem, dnr S2011/90). Undersökningen visade sammanfattningsvis att endast ett fåtal av de upphandlande myndigheter och organisationer som vidtalades såg ett behov av att använda dynamiska inköpssystem i den egna inköpsverksamheten, men att flertalet trots detta var positiva till att införa regler om sådana system i lagstiftningen.

Upphandlingsutredningen 2010 konstaterade i delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen att det kan finnas anledning att föreslå att direktivets bestämmelser om dynamiska inköpssystem införs (SOU 2011:73 s. 127).

16.1.2 De nya upphandlingsdirektiven

Dynamiska inköpssystem regleras i artikel 34 i LOU-direktivet och artikel 52 i LUF-direktivet. Bestämmelserna överensstämmer i allt väsentligt i sak mellan direktiven. Dynamiska inköpssystem behandlas också i skäl 63–66 i LOU-direktivet och skäl 73–75 i LUF-direktivet. Även skälen överensstämmer i huvudsak med undantag för skäl 65 i LOU-direktivet, som inte har någon motsvarighet i LUF-direktivet.

Enligt de nya direktiven är det obligatoriskt för medlemsstaterna att genomföra bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Till skillnad från 2004 års direktiv, som föreskriver att reglerna för öppet förfarande ska tillämpas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem, ska enligt de nya direktiven bestämmelserna om selektivt förfarande tillämpas. Ytterligare en skillnad är att det i de nya direktiven inte föreskrivs någon tidsbegränsning för ett dynamiskt inköpssystemets giltighetstid.

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Upphandlande myndigheter och enheter ska få använda ett dynamiskt inköpssystem för återkommande anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och som har egenskaper som tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov.

Regeringens bedömning: Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning för dynamiska inköpssystem.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian görs dock bedömningen att bestämmelsen om att all elektronisk kommunikation ska ske med elektroniska medel bör genomföras särskilt i kapitlet om dynamiska inköpssystem. I promemorian föreslås att bestämmelsen om dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral ska placeras i kapitlet om inköpscentraler. I promemorian föreslås även en delvis annorlunda utformning av några rubriker och paragrafer samt en något annorlunda disposition av några bestämmelser.

Remissinstanserna: Några remissinstanser, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Kammarkollegiet*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Skåne läns landsting*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Företagarna* och *Tillväxtverket*, yttrar sig om förslaget men endast *SKL Kommentus* och *Swedish Medtech* framför invändningar. Även *SKL Kommentus* tillstyrker att regler om dynamiska inköpssystem införs, men anser att bestämmelserna bör ses över för att kunna fungera i praktiken.

Endast ett fåtal remissinstanser, bl.a. *ESV*, *Tillväxtverket* och *SKL Kommentus*, yttrar sig om bedömningen att en vägledning bör tas fram om dynamiska inköpssystem. Endast den sistnämnda har invändningar mot bedömningen och anser att ett sådant uppdrag inte bör ges.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Tillämpningsområdet för dynamiska inköpssystem

Enligt artikel 34.1 i LOU-direktivet och artikel 52.1 i LUF-direktivet får upphandlande myndigheter och enheter använda ett dynamiskt inköpssystem för köp av sådant som används frekvent och vars egenskaper, såsom de är allmänt tillgängliga på marknaden, tillfredsställer den upphandlande myndighetens behov. Artiklarnas ordalydelse utesluter inte att dynamiska inköpssystem kan komma till användning för såväl varor som tjänster och byggtreprenader. Att så är fallet framgår också av artikel 34.1 tredje meningen i LOU-direktivet och artikel 52.1 tredje meningen i LUF-direktivet enligt vilka ett dynamiskt inköpssystem kan delas in i kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader.

I promemorian uttalas att avsikten synes vara att upphandling genom dynamiska inköpssystem ska avse sådant som finns färdigproducerat eller som är av mer standardiserad karaktär och att det ligger nära till hands att anta att dynamiska inköpssystem kan få mest utbredd

användning för inköp av varor och enklare typer av tjänster (se även SOU 2006:28 s. 376). *SKL Kommentus* har dock framhållit att systemen inte behöver avse enkla, mer standardiserade produkter, utan att systemen mycket väl lämpar sig för tekniskt komplicerade produkter med snabb utveckling. *Swedish Medtech* har framfört att promemorians bedömning att systemen ska avse sådant som finns färdigproducerat eller som är av mer standardiserad karaktär inte omfattar den stora variation av medicintekniska produkter som marknaden har att erbjuda.

Regeringen konstaterar att artikelns utformning inte utesluter att dynamiska inköpssystem får användas även för exempelvis mer tekniskt komplicerade varor. Förutsättningen är dock att upphandlingen rör något som den upphandlande myndigheten eller enheten har ett återkommande behov av att köpa in samt att det som ska anskaffas finns allmänt tillgängligt på marknaden och har egenskaper som uppfyller den upphandlande myndighetens behov. Så länge dessa förutsättningar är uppfyllda finns det alltså enligt regeringens mening i och för sig inte någon begränsning för vilka typer av varor, tjänster och byggtreprenader som ett dynamiskt inköpssystem kan avse. Den framtida tillämpningen av bestämmelserna får utvisa för vilken typ av köp dynamiska inköpssystem kan lämpa sig.

Direktivens uttryck köp av sådant som används frekvent och vars egenskaper, såsom de är allmänt tillgängliga på marknaden, tillfredsställer den upphandlande myndighetens eller enhetens behov, föreslås i författningstexten, i enlighet med *Lagrådets* förslag, täckas in av uttrycket återkommande anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och som har egenskaper som tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov. Avsikten är att förenkla utformningen. Någon skillnad i sak är inte avsedd.

Enligt artikel 34.1 i LOU-direktivet och artikel 52.1 i LUF-direktivet ska ett dynamiskt inköpssystem drivas som en helt elektronisk process. Det ska under hela giltighetstiden vara öppet för varje leverantör som uppfyller urvalskriterierna. I skäl 63 i LOU-direktivet och skäl 73 i LUF-direktivet anges att denna upphandlingsteknik gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att få tillgång till ett särskilt brett urval av anbud, och således uppnå ett optimalt utnyttjande av offentliga medel genom en omfattande konkurrens vad gäller frekvent använda eller färdigproducerade varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden.

När det gäller möjligheten att dela in ett dynamiskt inköpssystem i olika kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader har Lagrådet ansett att uttrycket kategorier är missvisande och föreslagit att det ska ersättas med grupper. Regeringen kan inte se att det sistnämnda uttrycket gör bestämmelsen tydligare och anser därför att direktivets benämning bör användas i lagarnas bestämmelser. En fördel med att använda detta uttryck är att det även används i bestämmelserna om uppdelning av kvalificeringssystem i LUF.

Enligt lagrådsremissens förslag till bestämmelser som genomför bestämmelserna om uppdelning av ett dynamiskt inköpssystem ska kategorierna ”definieras objektivt på grundval av egenskaperna för den upphandling som ska genomföras i den berörda kategorin”. Lagrådet har

Prop. 2015/16:195 ansett att detta uttryck är svårtolkat. Enligt Lagrådet torde det som avses vara att de anskaffningar som myndigheten planerar att genomföra inom ramen för det dynamiska inköpssystemet ska bestämma hur indelningen ska ske. Frågan om uppdelning berörs i skälen till direktiven enligt följande (skäl 66 i LOU-direktivet och skäl 75 i LUF-direktivet):

För att främja små och medelstora företags möjligheter att delta i stora dynamiska inköpssystem, exempelvis sådana som drivs av en inköpscentral, bör den berörda upphandlande myndigheten [eller enheten] kunna dela in systemet i objektiva definierade kategorier av varor, byggtreprenader eller tjänster. Sådana kategorier bör definieras genom en hänvisning till objektiva faktorer som exempelvis kan omfatta största tillåtna storlek på specifika kontrakt som ska tilldelas inom den berörda kategorin eller ett specifikt geografiskt område inom vilket specifika kontrakt ska fullgöras. Om ett dynamiskt inköpssystem delas in i kategorier bör den upphandlande myndigheten [eller enheten] tillämpa urvalskriterier som är proportionella i förhållande till särdragen för den berörda kategorin.

Enligt regeringens bedömning är det svårt att se att Lagrådets förslag till alternativ utformning av bestämmelserna i denna del på ett klarare sätt uttrycker vad som måste antas vara avsikten med reglerna. Enligt regeringens mening talar detta för att bestämmelserna bör genomföras på ett mer direktivnära sätt.

Exemplen i skälen på vilka omständigheter som kan ligga till grund för hur kategorierna i ett dynamiskt inköpssystem bestäms anges också i artikel 34.1 sista meningen i LOU-direktivet och artikel 52.1 sista meningen i LUF-direktivet. Det rör sig om en exemplifiering och det bedöms därför inte nödvändigt att ange dessa faktorer i författningstexten.

Förfarandet vid ett dynamiskt inköpssystem

Ett dynamiskt inköpssystem kan schematiskt beskrivas som en tvåstegsprocess. I ett första steg inrättas systemet och leverantörer får ansöka om att få delta i systemet. Ansökan kan göras inte enbart i ett initialt skede, utan när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid. Alla leverantörer som uppfyller urvalskriterierna ska få delta i systemet. I ett andra steg sker tilldelningen av kontrakt enligt systemet. Den upphandlande myndigheten ska inför varje kontraktstilldelning bjuda in alla anbudsgivare som godkänts som deltagare i systemet att lämna anbud på de specifika kontrakten.

I artikel 34.2 i LOU-direktivet och artikel 52.2 i LUF-direktivet anges att en upphandlande myndighet och enhet för att genomföra en upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem ska följa reglerna för selektiva förfaranden. Vidare följer av artikeln att samtliga anbudssökanden som uppfyller urvalskriterierna ska få delta i systemet och att antalet anbudssökanden som ska få delta i systemet inte får begränsas i enlighet med artikel 65 i LOU-direktivet respektive artikel 78.2 i LUF-direktivet. När de upphandlande myndigheterna eller enheterna har delat upp systemet i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader ska de specificera tillämpliga urvalskriterier för varje kategori.

Tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud regleras när det gäller dynamiska inköpssystem i artikel 34.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 52.2 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelserna skiljer sig något åt mellan direktiven. Enligt artikel 34.2 andra stycket a i LOU-direktivet ska tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 30 dagar, medan den enligt motsvarande bestämmelse i artikel 52.2 andra stycket a i LUF-direktivet i regel ska vara minst 30 dagar. Den minsta tidsfristen enligt LUF-direktivet är alltså endast en huvudregel. Av samma bestämmelse framgår emellertid att tidsfristen inte i något fall får vara kortare än 15 dagar. Motsvarande skillnad mellan direktiven finns också när det gäller selektivt förfarande (artikel 28.1 i LOU-direktivet och artikel 46.1 i LUF-direktivet). I artikel 34.2 andra stycket b i LOU-direktivet, som reglerar tidsfristen för mottagande av anbud, anges att artikel 28.3 och 28.5 – som innehåller bestämmelser om förkortning av tidsfrister vid förhandsannonsering och vid elektronisk inlämning av anbud – inte ska tillämpas. Någon motsvarande hänvisning finns inte i LUF-direktivet.

Bestämmelser som genomför artikel 34.2 i LOU-direktivet och artikel 52.2 i LUF-direktivet bör tas in i de nya lagarna. I promemorian föreslås direktivets uttryck ”minimitidsfristen för mottagande av” anbudsansökan och anbud genomförs genom uttrycket ”tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar”. Detta är i enlighet med hur bestämmelser om tidsfrister vid de olika förfarandena har genomförts i 11 kap. om tidsfrister i promemorians förslag. Lagrådet har emellertid invänt mot detta och ansett att paragraferna som genomför dessa bestämmelser bör anknyta närmare till allmänna principer. Lagrådet har föreslagit att uttrycket ska ersättas med ”den tid inom vilken en anbudsansökan ska vara den upphandlande myndigheten till handa” respektive ”tidsfristen för när anbud ska vara den upphandlande myndigheten till handa”. Som framgår av regeringens överväganden i avsnitt 19.1.1 bör dock uttrycket ”tidsfristen för att komma in med” anbudsansökningar och anbud användas i de bestämmelser i de nya lagarna som uttrycker tidsfrister.

När det gäller placeringen av bestämmelserna kan konstateras att regler om tidsfrister vid de olika upphandlingsförfarandena föreslås i 11 kap. Eftersom dynamiskt inköpssystem inte är ett eget förfarande framstår det emellertid som mest ändamålsenligt att placera regler om tidsfrister vid dynamiska inköpssystem i kapitlet som rör sådana system i de nya lagarna. Av förtydligande skäl föreslås dock en hänvisning till dessa bestämmelser i det allmänna kapitlet om tidsfrister (se 11 kap. 4 § i de nya lagarna).

Enligt artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUF-direktivet ska all kommunikation inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem ske endast med elektroniska medel i enlighet med artikel 22.1, 22.3, 22.5 och 22.6 i LOU-direktivet respektive artikel 40.1, 40.3, 40.5 och 40.6 i LUF-direktivet. I promemorian föreslås att bestämmelser som genomför artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUF-direktivet skulle placeras i lagarnas kapitel om dynamiska inköpssystem. Som framgår av avsnitt 20.1, som behandlar genomförandet av reglerna om

Prop. 2015/16:195 kommunikation i artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet, ska emellertid som huvudregel en allmän skyldighet att kommunicera med elektroniska medel gälla vid all upphandling. Enligt regeringens mening kräver därför bestämmelserna om elektronisk kommunikation vid dynamiska inköpssystem inte något särskilt genomförande i kapitlet om dynamiska inköpssystem utan den täcks in redan av den allmänna skyldigheten i de bestämmelser som genomför artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet. Genomförandet av artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 behandlas närmare i avsnitt 20.1.

Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem

Enligt artikel 34.4 i LOU-direktivet och artikel 52.4 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten, för att tilldela kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, offentliggöra en anbudsinfordran och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköpssystem. I upphandlingsdokumenten ska också minst anges vilken typ av köp och vilka kvantiteter som systemet avser. SKL Kommentus har ifrågasatt nyttan av att kvantiteterna ska anges i upphandlingsdokumenten. Skyldigheten att ange detta följer emellertid av direktiven och något utrymme för att avvika från denna skyldighet finns inte.

I upphandlingsdokumenten ska den upphandlande myndigheten eller enheten också lämna all nödvändig information om det dynamiska inköpssystemet, inbegripet hur det dynamiska inköpssystemet fungerar, den elektroniska utrustning som används, tekniska arrangemang för anslutning samt tekniska specifikationer. Vidare ska eventuella indelningar i kategorier anges. Var denna information ska anges, om det är t.ex. i något av upphandlingsdokumenten eller i anbudsinfordran, framgår inte av direktivtexten. Rimligen bör dock informationen lämnas i annonsen eller, om en förhandsannons publicerats, i inbjudan att bekräfta intresse. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska slutligen ge fri, direkt och fullständig tillgång till upphandlingsdokumenten i enlighet med artikel 53 i LOU-direktivet och artikel 73 i LUF-direktivet så länge systemet är giltigt. Bestämmelser som genomför artikel 34.4 i LOU-direktivet och artikel 52.4 i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarnas kapitel som reglerar bl.a. dynamiska inköpssystem.

Ett dynamiskt inköpssystem får också drivas av en inköpscentral. Om ett sådant system får användas av andra upphandlande myndigheter ska detta anges i den anbudsinfordran som upprättar det dynamiska inköpssystemet (se artikel 37.1 andra stycket andra meningen i LOU-direktivet och artikel 55.1 andra stycket andra meningen i LUF-direktivet). I direktiven anges alltså endast ett krav att det av anbudsinfordran ska framgå att andra upphandlande myndigheter eller enheter får använda sig av systemet. Något krav på att inköpscentralen därutöver i anbudsinfordran identifierar vilka upphandlande myndigheter eller enheter som kan använda sig av systemet framgår emellertid inte. Detta kan enligt regeringens mening inte tolkas på annat sätt än att ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral kan vara öppet för andra upphandlande myndigheter om denna förutsättning angetts i

Av artikel 34.5 i LOU-direktivet och artikel 52.5 i LUF-direktivet framgår att en ansökan om att få delta i systemet inte bara kan göras i anslutning till att systemet inrättas utan också i ett senare skede och under hela dess giltighetstid. Detta skiljer dynamiska inköpssystem från ramavtal, där leverantörer inte kan ansluta i efterhand. En förutsättning för att leverantörer ska kunna ansöka under hela giltighetstiden är att de också kan få vetskap om att systemet existerar. Detta möjliggörs genom bestämmelser i artikel 51.4 b i LOU-direktivet och artikel 71.4 b i LUF-direktivet, enligt vilka Europeiska unionens publikationsbyrå ska se till att anbudsinfordran som rör ett dynamiskt inköpssystem publiceras fortlöpande under den tid som det dynamiska inköpssystemet är giltigt.

En upphandlande myndighet eller enhet ska, enligt huvudregeln i artikel 34.5 första stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 första stycket i LUF-direktivet, fullfölja utvärderingen av anbudsansökningar inom tio arbetsdagar från och med mottagandet. Enligt de svenska språkversionerna av direktiven ska utvärderingen alltså ske inom 10 arbetsdagar från och med, och inte från, mottagandet. I den engelska, tyska och danska språkversionen anges emellertid "within 10 working days following their receipt", "innerhalb von zehn Arbeitstagen nach deren Eingang" och "inden for 10 arbejdsdage efter modtagelsen heraf". Enligt artikel 3.1 andra stycket i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister, ska den dag då händelsen eller handlingen äger rum inte ingå i tidsfristen. Genom att ange att tidsfristen räknas från mottagandet uppnås överensstämmelse med förordningens föreskrift (prop. 2006/07:128 del 1 s. 209). En sådan formulering synes också vara mer i överensstämmelse med de ovan nämnda andra språkversionerna.

Enligt artiklarna får tidsfristen i enskilda fall förlängas till 15 arbetsdagar när detta är motiverat. I författningstexten bör detta ersättas med uttrycket när det finns skäl till det. Av artikeln framgår att en förlängning kan vara motiverad särskilt om det finns behov av att granska kompletterande dokumentation eller annars kontrollera om urvalskriterierna har uppfyllts. Denna exemplifiering bedöms inte nödvändig att ange i författningstexten. I andra stycket i artiklarna finns även en generell möjlighet att förlänga utvärderingsperioden, så länge någon inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen inom det dynamiska inköpssystemet ännu inte har skickats ut. En förutsättning för att en sådan förlängning ska kunna ske är att ingen inbjudan att lämna anbud har utfärdats under den förlängda utvärderingsperioden.

Ytterligare en förutsättning för att en förlängning ska få ske är att den upphandlande myndigheten eller enheten i upphandlingsdokumenten anger längden på den förlängda period som den avser att tillämpa. Motivet till bestämmelsen framgår av skäl 64 i LOU-direktivet och skäl 74 i LUF-direktivet. Skälen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten, när ett dynamiskt inköpssystem initialt inrättas, som svar på det första meddelandet om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse kan få så många anbudsansökningar att den kan behöva mer tid för att granska dem och att detta bör kunna tillåtas,

Prop. 2015/16:195 förutsatt att ingen specifik upphandling inleds innan samtliga ansökningar har granskats.

Enligt artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten och enheten snarast möjligt informera den berörda leverantören huruvida denne tagits med i det dynamiska inköpssystemet. I artikel 55 i LOU-direktivet och artikel 75 i LUF-direktivet finns vidare allmänna bestämmelser om information till anbudssökanden och anbudsgivare (se avsnitt 20.2.2). Enligt artiklarna ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om bl.a. tillträde till ett dynamiskt inköpssystem. Direktivtexten skulle kunna läsas så att de leverantörer som är med i ett dynamiskt inköpssystem ska underrättas om att en ny leverantör fått tillträde till systemet. En sådan ordning skulle emellertid göra det dynamiska inköpssystemet tungrott. Som anförs nedan i detta avsnitt (se under rubriken Överprövning av beslut vid dynamiska inköpssystem i avsnitt 16.1.4) kan de leverantörer som redan tagits med i systemet inte anses ha lidit eller komma att lida sådan skada att de ska ha rätt att överklaga ett beslut att ta med en annan leverantör i systemet. En underrättelseskyldighet skulle därmed inte heller fylla någon funktion.

I promemorian har angetts att skyldigheten att informera om beslut om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem därför närmast får ses som en upprepning av den skyldighet som föreskrivs i artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet (se även SOU 2006:28 s. 140). *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* invänder mot denna bedömning och menar att direktiven innebär en skyldighet att meddela samtliga leverantörer. Regeringen delar emellertid den bedömning som gjorts i promemorian. Därmed bör skyldigheten att underrätta om beslutet endast avse den leverantör som beslutet avser, dvs. den leverantör vars ansökan prövats. Skyldighet att underrätta om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem bör därför, såsom också föreslagits i promemorian, genomföras i en bestämmelse i de nya lagarna, som placeras i kapitlet om dynamiska inköpssystem. Frågan om möjligheten att begära överprövning av beslut vid ett dynamiskt inköpssystem behandlas vidare nedan, se avsnitt 16.1.4.

Av artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet framgår inte någon skyldighet att motivera ett beslut om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem. Inte heller synes någon sådan skyldighet kunna utläsas direkt av artikel 55.1 i LOU-direktivet och artikel 75 i LUF-direktivet (se även avsnitt 20.2.2). Enligt regeringens bedömning bör emellertid ett beslut att inte godkänna en leverantör som deltagare i systemet motiveras. Direktivbestämmelserna bör därför kompletteras med en sådan skyldighet. Bestämmelser som genomför artikel 34.5 i LOU-direktivet och artikel 52.5 i LUF-direktivet föreslås i lagarnas kapitel om dynamiska inköpssystem.

Tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem

Ett andra steg i det dynamiska inköpssystemet är när tilldelning av kontrakt sker inom ramen för systemet. För varje kontrakt som ska tilldelas ska den upphandlande myndigheten eller enheten enligt

artikel 34.6 i LOU-direktivet och artikel 52.6 i LUF-direktivet bjuda in alla deltagare som tas med i systemet att lämna anbud i enlighet med artikel 54 i LOU-direktivet respektive artikel 74 i LUF-direktivet. Har systemet delats in i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader ska berörda anbudsgivare i respektive kategori bjudas in. Det är alltså alla de leverantörer som vid den aktuella tidpunkten har godkänts som deltagare i systemet som ska bjudas in att lämna anbud på det kontrakt som ska tilldelas. Tilldelning av kontraktet ska sedan ske till den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts.

Enligt *SKL Kommentus* bör det, när produkterna eller tjänsterna utvärderas inom ramen för en centraliserad inköpsverksamhet, finnas ytterligare ett steg i systemet då själva produkterna eller tjänsterna utvärderas. Direktivens bestämmelser innehåller emellertid inte några särregler för dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, annat än att det – som framgått ovan – ska anges i annonsen om ett sådant system får användas av andra upphandlande myndigheter eller enheter. Upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem ska följa reglerna för selektiva förfaranden och den upphandlande myndigheten eller enheten ska bjuda in alla deltagare i systemet att lämna anbud för varje enskilt kontrakt som ska tilldelas inom systemet. Direktiven ger alltså inte utrymme för någon separat utvärdering av produkterna eller tjänsterna, som är fristående från den anbudsutvärdering som myndigheter alltid ska göra vid varje kontraktstilldelning. Några sådana särskilda regler som *SKL Kommentus* efterfrågar bör därför inte tas in i de nya lagarna.

SKL Kommentus har vidare ifrågasatt om det är den upphandlande myndigheten som deltar i ett dynamiskt inköpssystem som ska utvärdera produkterna vid varje tillfälle. Direktiven innehåller, som framgått ovan, inte några bestämmelser som reglerar förfarandet när ett dynamiskt inköpssystem drivet av en inköpscentral ska användas av andra myndigheter. Av direktivens reglering om ansvarsfrågor vid centraliserad inköpsverksamhet och inköpscentraler framgår emellertid indirekt att en upphandlande myndighet eller enhet kan tilldela kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral (artikel 37.2 tredje stycket a i LOU-direktivet och artikel 55.2 tredje stycket a i LUF-direktivet, se vidare avsnitt 14.4). Enligt regeringens mening torde inköpscentraler, i avsaknad av närmare direktivreglering i frågan, anses ha en relativt stor frihet att – inom ramen för den allmänna regleringen om dynamiska inköpssystem – bestämma hur andra upphandlande myndigheter ska få använda systemet. Frågan om det är den upphandlande myndigheten eller inköpscentralen som ska utvärdera produkterna vid varje tillfälle får således anses avhängig av vad som i det enskilda fallet har bestämts.

Av artikel 34.6 andra stycket och artikel 52.6 andra stycket framgår att den upphandlande myndigheten ska tilldela kontaktet till den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i det meddelande om upphandling som används för att inrätta det dynamiska inköpssystemet eller, om ett förhandsmeddelande används som anbudsinfördran, i inbjudan att bekräfta intresse. När en annons om att det finns ett kvalificeringssystem

Prop. 2015/16:195 används som anbudsinfordran kan tilldelningskriterierna enligt artikel 52.6 andra stycket i LUF-direktivet även anges i inbjudan att lämna anbud.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud. Vad som avses med detta utvecklas inte närmare varken i artikeltexten eller i skälen. Ett dynamiskt inköpssystem kan dock avse olika slag av kontrakt och det kan finnas situationer där tilldelningskriterierna kan behöva anpassas till den specifika upphandlingen. Ett tänkbart exempel skulle kunna vara att leveranstiden för ett enskilt kontrakt är av särskild betydelse och därför behöver preciseras.

I lagrådsremissens förslag föreslås att artikel 34.6 andra stycket ska genomföras genom bestämmelser i lagen som i stora delar överensstämmer med lagens allmänna bestämmelser om tilldelning av kontrakt i 16 kap. 1 §. Lagrådet har ifrågasatt denna dubbelreglering. Regeringen, som konstaterar att bestämmelserna inte är helt identiska, anser att bestämmelserna bör genomföras även i kapitlet som reglerar dynamiska inköpssystem.

Enligt artikel 34.7 i LOU-direktivet får den upphandlande myndigheten när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att inbjudna deltagare inom fem arbetsdagar från den dag då begäran avsändes lämna in en ny och uppdaterad version av en s.k. egen försäkran som avses i artikel 59.1. Motsvarande bestämmelse gäller enligt artikel 52.7 i LUF-direktivet för de upphandlande enheter som i enlighet med artikel 80 tillämpar skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med LOU-direktivet. I artikel 34.7 andra stycket i LOU-direktivet hänvisas vidare till att artikel 59.4–6 ska tillämpas under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid. Motsvarande hänvisning i artikel 52.7 andra stycket LUF-direktivet är dock till artikel 59.2–4 i LOU-direktivet. Hänvisningen i båda direktiven kan emellertid rimligen inte avse annat än samma stycken i den aktuella artikeln, dvs. artikel 59.4–6 i LOU-direktivet. Bestämmelser som genomför artikel 34.7 i LOU-direktivet och artikel 52.7 i LUF-direktivet föreslås i lagarnas kapitel om dynamiska inköpssystem. Direktiven anger att en upphandlande myndighet eller enhet har rätt att när som helst begära en ny försäkran av leverantören. Lagrådet har föreslagit att bestämmelsen i stället ska utformas som en skyldighet för leverantören att på begäran av den upphandlande myndigheten eller enheten lämna in en sådan ny försäkran. Bestämmelsen utgör ett exempel på vad Lagrådet betecknar som en lagteknisk egenhet, nämligen en bestämmelse som är utformad som en handlingsregel för myndigheten eller enheten men som rimligen avser att åstadkomma en skyldighet för leverantören. Lagrådet anser att bestämmelser av detta slag bör utformas i enlighet med sin innebörd. Regeringen konstaterar dock att även om det av bestämmelsen kan anses följa en indirekt skyldighet för leverantörer, så riktar sig upphandlingsreglerna till upphandlande myndigheter och enheter och anger handlingsregler för dessa vid förfarandet. Detta är också förklaringen till att det inte uttryckligen regleras någon sanktion i direktiven för en leverantör som inte uppfyller skyldigheten. Som Lagrådet konstaterat måste det dock vara så att leverantören kan uteslutas ur systemet om denne inte efterkommer en begäran om en ny försäkran.

Regeringen instämmer också i att det följer av allmänna principer att leverantören måste ges tillfälle att yttra sig innan en sådan uteslutning sker. Detta gäller emellertid oavsett om tiden för att ge in en ny försäkran räknas från det att den skickades av myndigheten eller från det att den kom leverantören tillhanda. Sammanfattningsvis anser regeringen därför att bestämmelsen bör genomföras på ett sätt som nära ansluter till direktivens ordalydelse.

Giltighetstid och avgifter

I artikel 34.8 i LOU-direktivet och artikel 52.8 i LUF-direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten i anbudsinfördran ska ange hur länge det dynamiska inköpssystemet är giltigt. Detta innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten senast i samband med att den ska offentliggöra en anbudsinfördran måste ta ställning till giltighetstiden för det dynamiska inköpssystemet. Någon tidsbegränsning för systemets giltighetstid föreskrivs inte i bestämmelsen. Artikeln innehåller vidare bestämmelser om anmälan till kommissionen vid ändring eller avslutande av systemet. Skälet till att en sådan anmälan ska ske är att den Europeiska unionens publikationsbyrå, som nämnts ovan, ska se till att publicering sker kontinuerligt av annonser som rör dynamiska inköpssystem under hela giltighetstiden.

Enligt artikel 34.9 i LOU-direktivet och artikel 52.9 i LUF-direktivet får inga administrativa avgifter tas ut före eller under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid från de leverantörer som vill delta i eller är parter i det dynamiska inköpssystemet. *SKL Kommentus* har anfört att artikel 34.9 i LOU-direktivet och artikel 52.9 i LUF-direktivet motsatsvis måste tolkas så att avgifter får tas ut vid köp eller efter det dynamiska inköpssystemets giltighetstid. *Göteborgs stad Upphandlings AB* har påpekat att bestämmelsen framstår som en begränsning i inköpscentralernas finansieringsmodeller.

Syftet med att inga administrativa avgifter får tas ut före eller under giltighetstiden är att sådana avgifter skulle kunna medföra ett hinder för leverantörer, särskilt små och medelstora företag, att delta. Avgifterna skulle därmed kunna ha en konkurrensbegränsande verkan. Detta gäller oavsett om avgifterna tas ut före eller efter systemets giltighetstid. Avsikten med bestämmelsen kan således knappast ha varit att den motsatsvis ska kunna tolkas så att administrativa avgifter kan tas ut efter systemets giltighetstid. Direktiven reglerar endast rätten att ta ut administrativa avgifter. Huruvida det är möjligt att ta ut ersättning från leverantörer, t.ex. i samband med köp regleras emellertid inte i direktiven utan får enligt regeringens bedömning närmast ses som en avtalsrättslig fråga.

Av artikel 84 framgår att den upphandlande myndigheten varje gång ett dynamiskt inköpssystem inrättas ska upprätta en skriftlig rapport. Motsvarande bestämmelse i LUF-direktivet, artikel 100, anger i stället att upphandlande enheter ska bevara lämplig information varje gång ett dynamiskt inköpssystem inrättas. Genomförandet av dessa artiklar behandlas i avsnitt 20.3.

Regeringen konstaterar sammanfattningsvis att direktivens bestämmelser om dynamiska inköpssystem bör genomföras genom bestämmelser i de nya lagarnas kapitel som reglerar dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger. *SKL Kommentus* framhåller att endast skrivningarna i direktiven bör tas med i lagtexten. Regeringen delar bedömningen att bestämmelserna bör utformas på ett direktivnära sätt, vilket också föreslås i promemorian. För att underlätta tillämpningen av regelverket finns det emellertid anledning att, såsom föreslås i promemorian, strukturera bestämmelserna på ett sätt som tydligare följer de dynamiska inköpssystemens kronologi. Regeringen anser därutöver, till skillnad från vad som föreslås i promemorian, att de bestämmelser som reglerar vad en anbudsinfordran ska innehålla lämpligen bör samlas i en gemensam bestämmelse.

Vägledning om användningen av dynamiska inköpssystem

Dynamiska inköpssystem är en ny metod som upphandlande myndigheter eller enheter ges möjlighet att använda sig av. För att bidra till ökad rättssäkerhet, klarhet och förutsebarhet när det gäller regelverkets tillämpning är det viktigt med stöd såväl till upphandlande myndigheter och enheter som till leverantörer. Ett sätt att ge sådant stöd är genom en vägledning om tillämpningen av bestämmelserna.

SKL Kommentus anser att dynamiska inköpssystem inte bör regleras mer än nödvändigt och att en vägledning, med detaljerade beskrivningar och underlag för vad som kan anses vara tillåtet eller otillåtet, skulle bli alltför begränsande i förhållande till direktivens skrivningar och avsikter.

Regeringen vill i sammanhanget framhålla att syftet med en vägledning är att hjälpa upphandlande myndigheter och enheter men också leverantörer när det gäller tillämpningen av de nya reglerna. En sådan vägledning kan närmare belysa bestämmelserna, beskriva goda rutiner för inrättandet av dynamiska inköpssystem och innehålla exemplifieringar. Det ligger dock i sakens natur att en sådan vägledning inte får gå utöver vad som föreskrivs i bestämmelserna om dynamiska inköpssystem.

Regeringen konstaterar att det är viktigt att myndigheter, enheter och leverantörer genom en vägledning kan få stöd och hjälp när det gäller den nya metod för upphandling som nu införs. Regeringen avser därför att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att ta fram en sådan vägledning.

Regeringens förslag: Vid beslut om tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska s.k. avtalsspärr inte gälla. Överprövning ska i stället under vissa förutsättningar kunna ske av ett avtalsgiltighet. Bestämmelserna om ogiltighet ska dock inte tillämpas om en upphandlande myndighet eller enhet skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet och iakttagit en avtalsspärr.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Av de remissinstanser som yttrar sig särskilt om förslaget, *Trafikverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Stockholms läns landsting*, tillstyrker samtliga att avtalsspärr inte ska gälla vid beslut om tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Västra Götalands läns landsting, *Stockholms läns landsting* och *SKL* anser, i likhet med vad som anges i promemorian, att beslut om att godkänna en leverantör som deltagare i systemet inte bör kunna överklagas av de leverantörer som redan ingår i systemet. *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* motsätter sig denna bedömning. De sistnämnda remissinstanserna framför att deltagare i systemet kan lida skada av att nya leverantörer godkänns som deltagare. *Advokatfirman* tillägger vidare att rätten att ansöka om överprövning följer av rättsmedelsdirektivet.

Skälen för regeringens förslag

Undantag från avtalsspärren bör gälla

Enligt artikel 55 i LOU-direktivet och artikel 75 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om ingåendet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt eller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem inklusive skälen för beslutet. Skyldigheten att informera om tilldelningen av ett kontrakt måste anses innefatta också tilldelningen av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem (se kommentaren till 12 kap. 13 § och avsnitt 18.2.1). Om en upphandlande myndighet eller enhet enligt dessa bestämmelser är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet gäller som huvudregel bestämmelserna om avtalsspärr (16 kap. 1 § i nuvarande LOU och LUF). En avtalsspärr innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal förrän en viss tid (tio eller femton dagar beroende på kommunikationssätt) har förflutit från det att underrättelsen skickades. Bestämmelserna om avtalsspärr har sin grund i rättsmedelsdirektiven i deras lydelse enligt ändringsdirektivet.

Enligt artikel 2b i rättsmedelsdirektiven i lydelse enligt ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva undantag från avtalsspärren i vissa fall. Denna möjlighet har utnyttjats i 16 kap. 2 § 2 LOU, som bl.a. föreskriver att avtalsspärr inte gäller vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 § LOU, dvs. när förnyad konkurrensutsättning sker. I förarbetena uttalades att avtalsspärr inte bör gälla med hänsyn till vikten av ett effektivt förfarande vid denna typ av

Prop. 2015/16:195 upphandlingar. Vidare konstaterades att en upphandlande myndighets behov av att vid förnyad konkurrensutsättning snabbt kunna få tillgång till det som upphandlats kan finnas såväl vid större som vid mindre värden och det bedömdes därför inte lämpligt att låta värdet styra om en avtalsspärr skulle gälla eller inte (prop. 2009/10:180 del 1 s. 118). Samtidigt infördes i nuvarande 16 kap. 13 § LOU bestämmelser om att rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt om det slutits i strid med reglerna i 5 kap. 7 § och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Av 16 kap. 15 § LOU följer emellertid att bestämmelserna om ogiltighet inte ska tillämpas om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet och iakttagit avtalsspärr. Möjligheten att iaktta en frivillig avtalsspärr innebär att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att ett avtal som ingås efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal inte förklaras ogiltigt.

När det gäller särskilda kontrakt som grundar sig på ett dynamiskt inköpssystem får medlemsstaterna enligt artikel 2b c i rättsmedelsdirektiven i lydelse enligt ändringsdirektivet föreskriva undantag från reglerna om avtalsspärr. Denna möjlighet finns såväl för dynamiska inköpssystem enligt LOU-direktivet, som enligt LUF-direktivet.

När det gäller frågan om avtalsspärr vid tilldelningen av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem bedöms samma skäl göra sig gällande som vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt nuvarande 5 kap. 7 § LOU. Även vid dynamiskt inköpssystem talar alltså vikten av ett snabbt och effektivt förfarande för att avtalsspärr inte bör gälla. Bestämmelser om detta bör därför ingå i de nya lagarna. Det bör därmed också ingå bestämmelser om undantag från ogiltighet vid iakttagande av frivillig avtalsspärr. Bestämmelserna bör i allt väsentligt utformas i enlighet med hur motsvarande bestämmelser utformats i LOU när det gäller avtalsspärr m.m. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal.

Överprövning av beslut vid dynamiska inköpssystem

Ett beslut om tilldelning av ett enskilt kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem kan, som framgått, alltså överprövas som vilket tilldelningsbeslut som helst. Leverantörer kan emellertid även i andra fall begära överprövning av beslut som fattas i anledning av dynamiska inköpssystem. Ett beslut att inte ta med en leverantör i systemet kan t.ex. bli föremål för överprövning.

En särskild fråga är om leverantörer som godkänts som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem ska kunna begära överprövning av en upphandlande myndighets eller enhets beslut att godkänna andra leverantörer som deltagare i systemet. *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* anser att så är fallet, medan *Västra Götalands läns landsting*, *Stockholms läns landsting* och *SKL* delar promemorians bedömning att sådana beslut inte kan överklagas.

Som framgått ovan anser regeringen att skyldigheten enligt artikel 55.1 i LOU-direktivet och artikel 75.1 i LUF-direktivet att underrätta varje anbudssökande och arbetsgivare om de beslut som fattas om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, endast bör ses som en upprepning av den

skyldighet att underrätta berörd leverantör om tillträde till systemet som föreskrivs i artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet. Därmed bör skyldigheten att underrätta om beslutet endast gälla i förhållande till den leverantör som beslutet avser, dvs. den leverantör vars ansökan prövats.

En förutsättning för att överprövning ska ske är enligt 20 kap. 4 § i de föreslagna lagarna att leverantören anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada. När det gäller beslut att godkänna en leverantör som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem kan detta i och för sig anses ha betydelse för sådana leverantörer som redan anslutits till systemet i så måtto att konkurrensen om de enskilda kontrakten ökar (se för ett liknande resonemang prop. 2008/09:29 s. 105). Det är därför enligt regeringens bedömning tveksamt om leverantörer som redan anslutits till systemet kan anses ha lidit eller komma att lida sådan skada att de har en rätt att begära överprövning av ett beslut att ta med en annan leverantör i systemet. Dessa leverantörer kan emellertid begära överprövning av ett enskilt tilldelningsbeslut eller av avtalets giltighet och hävda att den leverantör som tilldelats kontraktet inte skulle ha godkänts som deltagare i systemet och att tilldelningen därför är felaktig. Enligt regeringens bedömning är det först i detta skede som det kan anses uppstå någon skada eller risk för skada till följd av det påstådda felet, i den mening som avses i 20 kap. 4 § i de föreslagna lagarna. Ytterst får dock denna fråga avgöras i rättstillämpningen.

16.1.5 Dynamiska inköpssystem utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: Dynamiska inköpssystem ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att kapitlet med bestämmelser om upphandlingar som inte omfattas av direktiven ska innehålla särskilda bestämmelser om vad en annons om ett dynamiskt inköpssystem ska innehålla. I promemorian föreslås också att två ytterligare paragrafer, de direktivstyrda bestämmelserna om upphandlingsdokumenten, inte ska göras tillämpliga vid upphandling som inte omfattas av direktivet.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna invänder mot förslaget. *Arbetsförmedlingen, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Byggherrarna* tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens förslag

Dynamiska inköpssystem bör kunna användas även vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven

Frågan huruvida bestämmelserna om dynamiska inköpssystem bör vara tillämpliga också utanför det direktivstyrda området behandlades, som angetts ovan, av Upphandlingsutredningen 2004. Utredningen konstaterade bl.a. att utvecklingen med all sannolikhet kommer att leda

Prop. 2015/16:195 till en ökad användning av elektroniska medel och att sådana moderna tekniska hjälpmedel, rätt använda, kommer att leda till effektivitetsförbättringar och kostnadsminskningar. Enligt utredningen kunde dynamiska inköpssystem bidra till dessa effekter och dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas. Det fanns enligt utredningen inte anledning att begränsa användningen av dynamiska inköpssystem till den direktivstyrda upphandlingen (SOU 2006:28 s. 135 f.).

Enligt den ovan nämnda rapporten från Statskontoret om genomförande av dynamiska inköpssystem ansågs dynamiska inköpssystem kunna leda till ökad konkurrens och pressade priser. Det uttrycktes samtidigt farhågor för att dynamiska inköpssystem kunde innebära en tyngre administrativ börda och att detta sannolikt skulle innebära att ramavtal kommer att användas i stället för dynamiska inköpssystem.

Enligt en sammanfattning av Europeiska kommissionens utvärderingsrapport Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, är dynamiska inköpssystem den teknik för upphandling som är mest kostsam (EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary of Evaluation Report s. 19, se Europeiska kommissionens webbplats http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm). Att kostnaderna för att upphandla enligt ett dynamiskt inköpssystem kan vara höga är något som i och för sig talar emot att införa regler om sådana system även vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Genom de nya direktiven har dock vissa förenklingar skett när det gäller metoden, inte minst på det sätt att systemet nu är uppbyggt kring det selektiva förfarandet och att bl.a. kravet enligt 2004 års direktiv om preliminära anbud och annonsering vid varje kontraktstilldelning inte längre gäller. Detta bör medföra effektivisering och kostnadsminskning för den myndighet eller enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem. Syftet med det dynamiska inköpssystemet är också att ge den upphandlande myndigheten eller enheten tillgång till en ökad konkurrens, vilket i sin tur syftar till att leda till kostnadsbesparingar för myndigheten. För en myndighet som har investerat i den infrastruktur som krävs för att upphandla enligt ett dynamiskt inköpssystem inom det direktivstyrda området torde det rimligen inte heller innebära några större ökade kostnader att använda sig av systemet även för upphandlingar som faller utanför det direktivstyrda området. Det är mot denna bakgrund svårt att se skäl för att upphandlande myndigheter eller enheter inte ska tillåtas använda sig av dynamiska inköpssystem även utanför det direktivstyrda området. Ingen remissinstans har heller invänt mot förslaget.

Sammanfattningsvis anser regeringen att dynamiska inköpssystem bör kunna användas också vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Den närmare utformningen av bestämmelserna

I 19 kap., som reglerar upphandlingar som inte eller endast delvis omfattas av direktiven, bör det finnas en hänvisning till att bestämmelser i 8 kap. är tillämpliga också vid sådan upphandling. Regeringen bedömer emellertid att vissa av bestämmelserna i 8 kap. bör kunna vara mindre

detaljerade eller mer flexibla på det icke direktivstyrda området, såsom bestämmelserna om tidsfrister och tilldelning av kontrakt. Vidare framstår det som mindre lämpligt att göra de direktivstyrda bestämmelserna om egen försäkring av leverantörer vid dynamiska inköpssystem tillämpliga också utanför det direktivstyrda området. I dessa fall bör således de direktivstyrda bestämmelserna i 8 kap. i de nya lagarna inte göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området. Inte heller finns det något behov av att göra bestämmelserna om anmälan av ändring i giltighetstiden tillämpliga för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

När det gäller tidsfrister och tilldelning av kontrakt bör de bestämmelser som allmänt reglerar detta i 19 kap. tillämpas även vid dynamiska inköpssystem. Beträffande bestämmelser om kontroll av leverantörer är det emellertid enligt regeringens mening mest ändamålsenligt att införa särskilda regler vid dynamiska inköpssystem som inte omfattas av direktiven. För att systemen ska fungera effektivt och inte medföra onödig administration anser regeringen, i likhet med vad som föreslås i promemorian, att den lämpligaste ordningen är att leverantörerna, i samband med att de ansöker till systemet, genom en egen försäkring får intyga att någon uteslutningsgrund inte föreligger och att kraven i övrigt är uppfyllda. Bestämmelserna bör kompletteras med en rätt för den upphandlande myndigheten eller enheten att när som helst begära en ny och uppdaterad version av den inlämnade egna försäkringen. Slutligen bör den upphandlande myndigheten eller enheten alltid vara skyldig att kontrollera uppgifterna avseende den leverantör som myndigheten eller enheten avser att tilldela kontraktet, se vidare författningskommentaren till 19 kap. 22 § i de nya lagarna.

16.2 Elektroniska auktioner

16.2.1 Nuvarande reglering och de nya direktiven

Bestämmelser om elektroniska auktioner finns i nuvarande 2 kap. 6 a § och 5 a kap. LOU samt 2 kap. 6 a § och 5 a kap. LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 243 f.). Paragraferna grundar sig på artiklarna 1.7 och 54 i 2004 års LOU-direktiv respektive artiklarna 1.6 och 56 i 2004 års LUF-direktiv.

De nya upphandlingsdirektiven innehåller bestämmelser om elektroniska auktioner i artikel 35 i LOU-direktivet och artikel 53 i LUF-direktivet. Elektroniska auktioner behandlas också i skäl 67 i LOU-direktivet och skäl 76 i LUF-direktivet. Artiklarna och skälen överensstämmer i allt väsentligt mellan de båda direktiven.

Bestämmelserna om elektroniska auktioner överensstämmer i huvudsak med motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv. En nyhet är dock att möjligheten att använda sig av en elektronisk auktion enligt LOU-direktivet utvidgats till att gälla utan begränsande villkor vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vidare innebär det nya LUF-direktivet att en elektronisk auktion också får användas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Tillämpningsområdet för elektroniska auktioner är därmed

16.2.2 Elektroniska auktioner i de nya lagarna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om elektroniska auktioner som i huvudsak ska motsvara nuvarande reglering i LOU och LUF. En elektronisk auktion ska dock enligt den nya lagen om offentlig upphandling kunna användas utan begränsande villkor vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vidare ska en elektronisk auktion enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna kunna användas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Elektroniska auktioner ska enligt båda lagarna kunna användas även vid inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som ska tilldelas enligt ett dynamiskt inköps-system.

I lagarnas kapitel om elektroniska auktioner ska ingå bestämmelser om när ett anbud ska anses vara godtagbart samt när en anbudsansökan ska anses olämplig och ett anbud ska anses olämpligt.

Regeringens bedömning: Direktivens bestämmelser om när ett anbud i synnerhet ska anses vara ogiltigt eller oacceptabelt bör inte genomföras genom särskilda bestämmelser i de nya lagarna.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att bestämmelserna om när anbud eller anbudsansökningar ska anses vara olämpliga inte ska genomföras i lagtexten. Vidare föreslås i promemorian en delvis annan struktur på kapitlet och en något annorlunda redaktionell utformning av vissa paragrafer.

Remissinstanserna: När det gäller promemorians bedömning om genomförandet av bestämmelser som anger när anbud ska anses ogiltiga eller oacceptabla och när anbudsansökningar och anbud ska anses olämpliga är remissutfallet blandat. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Byggherrarna* delar bedömningen i promemorian, medan *Försvarets materielverk (FMV)*, *Trafikverket*, *Stockholms läns landsting*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* anser att bestämmelserna bör genomföras genom föreskrifter i lagstiftningen.

Advokatfirman Delphi avstyrker vissa av de avsteg från direktivtexten som föreslagits i promemorian. Remissinstanserna i övrigt framför inte några synpunkter eller invändningar.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Regleringen i de nya lagarna bör i huvudsak motsvara LOU och LUF

Artiklarna om elektroniska auktioner bör i de nya lagarna genomföras på i huvudsak samma sätt som motsvarande artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv genomförts i LOU och LUF. Bestämmelserna bör emellertid följa den struktur som de nya direktiven har när det gäller definitionen av elektronisk auktion, som införlivats i själva artikeln

(artikel 35.1 i LOU-direktivet och artikel 53.1 i LUF-direktivet). *Lagrådet* har föreslagit vissa ändringar i bestämmelsernas placering, som skiljer sig från hur motsvarande bestämmelser genomförts i LOU och LUF. Enligt regeringens mening gör *Lagrådets* förslag bestämmelserna mer lättillgängliga och överskådliga och det bör därför följas vid genomförandet.

När det gäller det närmare genomförandet av artikel 35.1 i LOU-direktivet och artikel 53.1 i LUF-direktivet framgår av andra stycket bl.a. att en elektronisk auktion genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden. Samma sak framgår emellertid även av artikel 35.5 respektive artikel 53.5. Det är därför tillräckligt att detta, i likhet med vad som skett vid genomförandet av motsvarande bestämmelser i nuvarande LOU och LUF, genomförs i en bestämmelse i respektive lag (prop. 2009/10:180 del 1 s. 249).

I artikel 35.1 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 53.1 sista stycket i LUF-direktivet anges att vissa offentliga tjänstekontrakt och vissa offentliga byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projektering av byggtreprenader, som inte kan rangordnas på grundval av automatiska utvärderingsmetoder, inte ska bli föremål för elektronisk auktion. En i huvudsak motsvarande bestämmelse finns i artikel 1.7 (artikel 1.6) i 2004 års upphandlingsdirektiv. I förarbetena till de lagändringar varigenom bestämmelserna om elektroniska auktioner infördes i LOU och LUF uttalade regeringen bl.a. att det inte framgår om avsikten är att utesluta vissa men inte alla kontrakt som innehåller intellektuella prestationer eller om vissa kontrakt ska uteslutas, nämligen alla sådana som innehåller intellektuella prestationer. Regeringen gjorde sammanfattningsvis bedömningen att det faktum att intellektuella prestationer ingår i föremålet för en upphandling inte i sig utesluter genomförandet av en elektronisk auktion (prop. 2009/10:180 del 1 s. 249). I skäl 67 i LOU-direktivet och skäl 76 i LUF-direktivet klargörs nu att elektroniska auktioner vanligtvis inte är lämpliga för vissa offentliga byggtreprenadkontrakt och tjänstekontrakt som innehåller intellektuella prestationer eftersom endast de aspekter som är lämpliga för automatisk utvärdering på elektronisk väg, utan ingripande eller bedömning från den upphandlande myndighetens sida, kan bli föremål för elektronisk auktion. Skälet ger således stöd för den bedömning regeringen gjorde i samband med att bestämmelserna infördes.

De bestämmelser i 2004 års direktiv som motsvarar artikel 35.1 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 53.1 sista stycket i LUF-direktivet har inte genomförts genom några bestämmelser i nuvarande LOU och LUF. Enligt regeringens mening finns det inte heller nu skäl att, som *Advokatfirman Delphi* anser, genomföra dessa bestämmelser i lagtexten.

Enligt artikel 35.2 i LOU-direktivet och artikel 53.2 i LUF-direktivet får en upphandlande myndighet vid öppna eller selektiva förfaranden eller förhandlade förfaranden med föregående annonsering besluta att tilldelningen av ett offentligt kontrakt ska föregås av en elektronisk auktion om innehållet i upphandlingsdokumenten, särskilt de tekniska specifikationerna, kan fastställas med tillräcklig exakthet. Under samma omständigheter får elektronisk auktion användas vid förnyad konkurrensutsättning för parter i ett ramavtal och vid inbjudan att lämna

Prop. 2015/16:195 anbud beträffande kontrakt som ska tilldelas enligt ett dynamiskt inköpssystem. Till skillnad från nuvarande LOU föreskrivs inte några begränsande villkor för att använda sig av en elektronisk auktion vid förhandlat förfarande. Vidare får elektroniska auktioner användas vid förnyad konkurrensutsättning på grundval av ett ramavtal även enligt LUF-direktivet. Tillämpningsområdet för elektroniska auktioner överensstämmer alltså enligt de nya direktiven. Bestämmelser som genomför artikel 35.2 i LOU-direktivet och artikel 53.2 i LUF-direktivet föreslås ingå i de nya lagarna.

I artikel 35.3 i LOU-direktivet och artikel 53.3 i LUF-direktivet anges vad en elektronisk auktion ska grundas på. Enligt bestämmelserna ska auktionen grundas på enbart priser, om kontraktet tilldelas enbart på grundval av priset, eller på priser eller nya värden, om kontraktet tilldelas på grundval av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller lägsta kostnad. Advokatfirman Delphi anser att lagtexten i denna del bör utformas mer direktivnära än vad som föreslagits i promemorian, eftersom förslaget kan innebära en avsevärd skillnad i tillämpningen mellan dels det EU-rättsliga regelverket, dels det nationella regelverket för upphandling.

Bestämmelserna i artikel 35.3 i LOU-direktivet och artikel 53.3 i LUF-direktivet har ett nära samband med bestämmelserna om tilldelningskriterier i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet, som behandlas nedan, se avsnitt 25.1. I avsnitt 25.1 föreslår regeringen att de sistnämnda bestämmelserna bör ges en mer direktivnära utformning än vad utredningen föreslagit. Bestämmelserna i artikel 35.3 i LOU-direktivet och artikel 53.3 i LUF-direktivet bör utformas i enlighet med detta förslag. Regeringen instämmer därmed i Advokatfirman Delphis synpunkt att bestämmelserna i denna del bör utformas på ett mer direktivnära sätt.

I artikel 35.4 och artikel 53.4 i LUF-direktivet hänvisas till bilaga VI respektive bilaga VII till direktiven när det gäller vilken information som ska finnas i upphandlingsdokumenten. I 2004 års upphandlingsdirektiv anges motsvarande information i artikeln om elektronisk auktion, vilken genomförts i 5 a kap. 4 § LOU och LUF. I likhet med nuvarande LOU och LUF bör de uppgifter som minst ska finnas i upphandlingsdokumenten framgå av lagtexten.

Enligt artikel 35.6 i LOU-direktivet och artikel 53.6 i LUF-direktivet ska en inbjudan att delta i den elektroniska auktionen åtföljas av en fullständig bedömning av det berörda anbudet som genomförts i enlighet med viktningen i artikel 67.5 första stycket i LOU-direktivet respektive artikel 82.5 första stycket i LUF-direktivet. I motsvarande artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv angavs att inbjudan skulle åtföljas av en sådan bedömning om tilldelningen av kontraktet skulle ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Skälet till att det inte längre hänvisas till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet synes vara de ändrade formuleringar av tilldelningskriterierna som de nya upphandlingsdirektiven innehåller i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet.

I artikel 35.6 och artikel 53.6 anges vidare att den matematiska formel som ska användas vid den elektroniska auktionen för att bestämma rangordningen ska anges i inbjudan. Bestämmelsen är ett exempel på en

sådan regel som Lagrådet pekar på som en lagteknisk egenhet, dvs. en bestämmelse som snarast framstår som en följdföreskrift eller förfaranderegul till en outtalad eller implicit grundläggande handlingsregel. Lagrådets föreslår emellertid att denna bestämmelse ska genomföras som en uttrycklig handlingsregel, som bl.a. anger att buden ska rangordnas med användningen av en matematisk formel. Med hänsyn till den betydelse den matematiska formeln har för genomförandet av en elektronisk auktion instämmer regeringen i Lagrådets förslag om att detta bör framgå uttryckligen av de bestämmelser som avser genomförandet av den elektroniska auktionen. Av det förhållandet att rangordningen måste kunna ske med en matematisk formel följer att de delar av anbuderna som ska vara föremål för den elektroniska auktionen måste kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal (se skäl 67 i LOU-direktivet och skäl 76 i LUF-direktivet). Till skillnad från Lagrådet anser regeringen därför inte att detta behöver framgå uttryckligen av lagtexten, men att det däremot kan finnas skäl att förtydliga detta i författningskommentaren till de aktuella bestämmelserna.

Ogiltiga, oacceptabla eller olämpliga anbud

I artikel 35.5 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 andra stycket i LUF-direktivet anges när ett anbud ska anses vara godtagbart. Ett anbud ska anses vara godtagbart om det har lämnats in av en anbudsgivare som inte har uteslutits och som uppfyller urvalskriterierna samt vars anbud överensstämmer med de tekniska specifikationerna utan att vara ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt. I artikel 35.5 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 tredje stycket i LUF-direktivet anges vad som i synnerhet karakteriserar ett ogiltigt respektive oacceptabelt anbud. I synnerhet anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten, som inkommit för sent, där det finns bevis för hemligt samförstånd eller korruption, eller som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga, ska anses vara ogiltiga. Ett anbud ska anses oacceptabelt i synnerhet om det lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras och vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds. Motsvarande bestämmelser om ogiltiga och oacceptabla anbud finns i artikel 26.4 b andra stycket i LOU-direktivet, som behandlar val av förfarande (se avsnitt 12.1.3).

I artikel 35.5 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 fjärde stycket i LUF-direktivet anges vidare när ett anbud ska anses vara olämpligt. Detta ska anses vara fallet om anbudet är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten. Vidare anges att en anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller får uteslutas eller inte uppfyller de urvalskriterier som fastställts av den upphandlande myndigheten. Motsvarande skrivning finns i artikel 32.2 a andra stycket i LOU-direktivet och artikel 50 a andra stycket som reglerar förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt ordalydelsen i artikel 35.5 fjärde stycket i LOU-

Prop. 2015/16:195 direktivet och artikel 53.5 fjärde stycket i LUF-direktivet är inte beskrivningen av vad som ska anses vara ett olämpligt anbud eller en olämplig anbudsansökan exemplifierande på samma sätt som när det gäller ogiltiga eller oacceptabla anbud.

Enligt bedömningen i promemorian utgör de aktuella bestämmelserna i huvudsak exemplifieringar och förtydliganden, som inte är nödvändiga att genomföra i författningstexten. Flera remissinstanser invänder emellertid emot denna bedömning. Advokatfirman Delphi anser att det är av största vikt att förklaringarna återfinns i lagtexten, eftersom skiljelinjen mellan vad som är ett ogiltigt, oacceptabelt respektive olämpligt anbud har föranlett tillämpningsproblem i praktiken. Även *Konkurrenskommissionen* förordar att förtydligandena förs in i lagarna, eftersom begreppen är mycket lätta att misstolka och har gett upphov till olika tolkning i rättspraxis. *FMV* anser att termerna i sig är så intetsägande att det skulle underlätta tillämpningen om definitionerna framgick av lagstiftningen. Även *Trafikverket* påpekar att det finns ett behov av förtydliganden.

Regeringen konstaterar inledningsvis att frågan om en anbudsansökan ska anses olämplig eller ett anbud ska anses ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt inte enbart aktualiseras vid elektroniska auktioner, utan vid alla förfaranden när en anbudsansökan eller ett anbud ska bedömas. Skälet till varför särskilda bestämmelser om detta ska ingå i regleringen om elektroniska auktioner framstår därför som något oklart. En förklaring kan dock vara att begreppen, som Advokatfirman Delphi och Konkurrenskommissionen framfört, föranlett särskilda tillämpningsproblem i samband med elektroniska auktioner. Som konstaterats ovan finns emellertid motsvarande begrepp och förtydliganden också i artiklarna 26 och 32 i LOU-direktivet. Även i LUF-direktivet finns bestämmelser om när en anbudsansökan ska anses olämplig och ett anbud ska anses olämpligt (artikel 50 a andra stycket). Till skillnad från LOU-direktivet finns det emellertid i LUF-direktivet inte något förtydligande av vad som ska anses vara ogiltiga eller oacceptabla anbud annat än i bestämmelsen om elektroniska auktioner.

Som framgår av avsnitt 12.1.3 anser regeringen beträffande bestämmelserna om ogiltiga och oacceptabla anbud i artikel 26.4 b andra stycket i LOU-direktivet att dessa inte bör genomföras genom bestämmelser i lagen. Det finns inte något skäl att göra en annan bedömning beträffande de likalydande bestämmelserna i artiklarna om elektroniska auktioner. Regeringen anser därför, i likhet med vad som framförts i promemorian, att exemplen inte bör genomföras i lagtexten.

När det gäller artikel 32.2 a i LOU-direktivet respektive artikel 50 a i LUF-direktivet om när ett anbud ska anses olämpligt och en anbudsansökan ska anses olämplig, framgår av avsnitt 12.1.3 att regeringen gör bedömningen att bestämmelserna av förtydligande skäl bör genomföras i de nya lagarnas kapitel om upphandlingsförfaranden. Regeringen anser i konsekvens med detta att även de likalydande bestämmelserna i artikel 35.5 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 fjärde stycket i LUF-direktivet bör genomföras i de nya lagarna. Bestämmelserna bör lämpligen genomföras genom en hänvisning i de nya lagarnas kapitel om bl.a. elektroniska auktioner till

Utlämnande av information

I artikel 35.7 i LOU-direktivet och artikel 53.7 i LUF-direktivet behandlas vilken information den upphandlande myndigheten ska eller får lämna under den elektroniska auktionen. Andra meningerna skiljer sig åt mellan direktiven. Medan LOU-direktivet anger att en upphandlande myndighet får, om detta angetts tidigare, lämna andra upplysningar om andra priser eller värden som lämnats, föreskriver LUF-direktivet att sådan information får lämnas under förutsättning att detta anges i specifikationerna. Det är oklart vad som är skälen till denna skillnad. Det kan emellertid noteras att den engelska språkversionen anger att informationen ska anges i the specifications. Samma ord användes i motsvarande bestämmelse i 2004 års direktiv, vilket emellertid då översattes med förfrågningsunderlaget i den svenska språkversionen (se artikel 53.6 i 2004 års LUF-direktiv). Begreppet förfrågningsunderlag används inte i de nya direktiven, utan har i stället i förekommande fall ersatts med upphandlingsdokumenten, som emellertid har en vidare innebörd och även innefattar t.ex. annonsen om upphandling (se avsnitt 6.7.7).

Av artikel 35.7 i LOU-direktivet framgår alltså inte hur eller var den upphandlande myndigheten ska ha angett att andra upplysningar får lämnas, utan endast att detta ska ha skett tidigare. När det gäller avslutande av elektroniska auktioner finns i artikel 35.8 i LOU-direktivet och artikel 53.8 i LUF-direktivet motsvarande skrivningar om att uppgifter tidigare ska ha angetts, men ingen information om var eller hur den aktuella informationen ska ha lämnats. Rimligen måste emellertid den aktuella informationen i vart fall ha angetts i något av upphandlingsdokumenten, vilket också bör framgå av författningstexten. Direktivens uttryck om detta angetts tidigare och motsvarande i artikel 35.7 och 35.8 (artikel 53.7 och 53.8) bör därför av tydlighetsskäl ersättas med om detta angetts i upphandlingsdokumenten och motsvarande.

När det gäller artikel 53.7 i LUF-direktivet kan konstateras att det inte framstår som helt klart vad som avses med specifikationerna. Det kan vidare konstateras att det är svårt att se något skäl till varför bestämmelserna i LUF-direktivet i det aktuella avseendet skulle vara mindre flexibla än motsvarande i LOU-direktivet, när normalt det omvända gäller. Mycket talar dock för att vad som avses med specifikationerna är det som enligt 2004 års direktiv benämndes förfrågningsunderlag. Benämningen används dock inte längre i direktiven och det framstår därför inte som lämpligt att använda denna i författningstexten. Även här bedöms begreppet kunna ersättas med upphandlingsdokumenten, trots att detta i och för sig även kan omfatta andra handlingar än enbart sådana som ingår i ett förfrågningsunderlag.

Genomförandet av artikel 35.7 sista meningen och artikel 53.7 sista meningen om förbud mot att röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna behandlas i avsnitt 21.2 om sekretess.

Regeringens förslag: Elektroniska auktioner ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser yttrar sig inte. De två remissinstanser som yttrar sig särskilt, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Byggherrarna*, tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med vad som gäller enligt nuvarande LOU och LUF bör elektroniska auktioner också enligt de nya lagarna kunna användas utanför det direktivstyrda området. Det bör emellertid, som *Lagrådet* har konstaterat, vara tillräckligt att detta framgår av en bestämmelse i kapitlet om upphandling under tröskelvärdena, som anger att elektroniska auktioner får användas också vid de nationella förfarandena och som hänvisar till de direktivstyrda bestämmelserna (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 195).

16.3 Elektroniska kataloger

16.3.1 Nuvarande ordning och de nya direktiven

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns inte några särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger. Däremot nämns elektroniska kataloger i skäl 12 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 20 i 2004 års LUF-direktiv. I skälen konstateras bl.a. att anbud som lämnas in av en anbudsgivare under viss förutsättning får ha formen av en elektronisk katalog.

Nuvarande LOU och LUF innehåller inte heller några särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger. När en upphandlande myndighet eller enhet anvisar att specifika elektroniska medel ska användas i ett upphandlingsförfarande – som till exempel elektroniska kataloger – bedöms förfarandet således enligt de allmänna regler som gäller för elektronisk kommunikation. Dessa bestämmelser innebär att vid kommunikation med elektroniska medel ska medlen vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- eller programvara som i allmänhet används (9 kap. 2 § nuvarande LOU och LUF).

Begreppet elektroniska kataloger definieras alltså inte i nuvarande LOU och LUF och har inte heller i övrigt någon entydig specifik betydelse. Begreppet synes i upphandlingshänseende främst omfatta de kataloger som leverantörer använder för pris- och produktinformation. Sådana kataloger kan bl.a. ingå som bilagor till anbud som leverantörer lämnar eller, i uppdaterade former, utgöra underlag för upphandlande myndigheters eller enheters beställningar. I fråga om ramavtal kan noteras att dessa ofta förutsätter att pris- och produktkatalogerna ska uppdateras i enlighet med avtalet. Användningen av sådana uppdaterade kataloger är i Sverige frekvent förekommande i bl.a. beställningsfasen.

Rekommendationer för standarder beträffande kataloger har utarbetats inom ramen för samarbetet Single Face To Industry (SFTI) mellan Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Ekonomistyrningsverket (ESV) och Kammarkollegiet (se webbplatsen för samarbetet, www.sfti.se). Erfarenheterna från hur katalogerna används såväl i Sverige som i övriga Europa visar att det för den fortsatta utvecklingen är av vikt att informationen i katalogerna lämnas i strukturerat format bl.a. för att elektronisk utvärdering ska kunna tillämpas (jfr EU-kommissionens Handlingsplan för genomförandet av den rättsliga ramen för elektronisk offentlig upphandling, KOM(2004) 841 slutlig, s. 9 och 10).

Bestämmelser om elektroniska kataloger finns i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet och är en nyhet i de nya upphandlingsdirektiven. Elektroniska kataloger behandlas också i skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet. Artiklarna och skälen är i allt väsentligt likalydande mellan direktiven.

16.3.2 Elektroniska kataloger i de nya lagarna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om elektroniska kataloger. Enligt bestämmelserna ska en upphandlande myndighet eller enhet ha möjlighet att begära eller godta att anbud lämnas i form av en elektronisk katalog eller att anbudet innehåller en elektronisk katalog.

Regeringens bedömning: De nya lagarna bör inte innehålla några bestämmelser om att användningen av elektroniska kataloger ska vara obligatorisk vid vissa typer av upphandlingar.

Utredningens bedömning: Överensstämmer inte med regeringens förslag och bedömning. Utredningen bedömer att bestämmelserna om elektroniska kataloger inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter i de nya lagarna, utan att de i stället lämpligen bör genomföras genom de bestämmelser om kommunikation som genomför artikel 22 i LOU-direktivet respektive artikel 40 i LUF-direktivet. Utredningen lämnar emellertid som alternativ ett förslag till lagtext och föreslår att bestämmelserna i så fall ska placeras i kapitlet som reglerar dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner (SOU 2014:51 s. 138). Utredningen föreslår dock inte någon bestämmelse som förtydligar vad som avses med en elektronisk katalog och inte heller några regler om användningen av elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem.

Utredningen anser inte att direktivens möjlighet att göra elektroniska kataloger obligatoriska vid vissa typer av upphandlingar bör utnyttjas.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. Några remissinstanser, *Kammarrätten i Stockholm*, *Domstolsverket*, *Försvarets materielverk (FMV)*, *Sandvikens kommun* och *Stockholms läns landsting*, instämmer i utredningens bedömning att bestämmelserna om elektroniska kataloger inte bör genomföras särskilt. FMV framför som skäl att utvecklingen av den elektroniska handeln kan komma att kompliceras av detaljstyrning, som hindrar önskad it-anpassning. Stockholms läns landsting framför att

Prop. 2015/16:195 bestämmelserna inte bör införas, eftersom begreppet elektroniska kataloger inte utesluter ett ostrukturerat eller icke anpassat format. Några andra remissinstanser, *Migrationsverket*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Konkurrensverket*, *Arbetsförmedlingen*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Husbyggnadsvaror HBV Förening*, anser att särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger bör införas i de nya lagarna och stödjer utredningens alternativa förslag till lagtext. Flera av dessa, bl.a. Konkurrensverket och SKL, framhåller att elektroniska kataloger inte kan jämföras enbart med elektronisk anbudsinslämning eller kommunikation. Migrationsverket och Konkurrensverket anser att en reglering skulle leda till ökad tydlighet om att elektroniska kataloger kan användas. ESV och SKL anser inte att de risker som utredningen pekar på motiverar att särskilda föreskrifter om elektroniska kataloger inte ska genomföras.

Konkurrensverket ifrågasätter bestämmelsernas lagtekniska placering. Enligt verket kan de föreslagna reglernas placering i anslutning till bestämmelserna om dynamiska inköpssystem leda till osäkerhet avseende bestämmelsernas tillämplighet vid upphandling av ramavtal.

Arbetsförmedlingen, Stockholms läns landsting och SKL instämmer i utredningens bedömning att användningen av elektroniska kataloger inte ska vara obligatorisk vid någon typ av upphandling.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Regleringen av elektroniska kataloger i de nya direktiven.

Elektroniska kataloger regleras i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet. Artiklarna innehåller inte någon uttrycklig definition av vad som avses med elektroniska kataloger. I skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet beskrivs emellertid en elektronisk katalog som ett format för att presentera och organisera information på ett sätt som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling. Som exempel anges att ett anbud presenteras i form av ett kalkylblad. I skälen anges vidare att elektroniska kataloger bidrar till att öka konkurrensen och effektiviteten vid en upphandling särskilt genom tids- och kostnadsbesparingar.

Enligt artikel 36.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 första stycket i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten, om det krävs att elektroniska medel för kommunikation ska användas, kräva att anbuderna ska lämnas in i form av en elektronisk katalog eller att anbuderna ska innefatta en elektronisk katalog. Anbud som lämnas in i form av en elektronisk katalog får enligt sista stycket i artiklarna åtföljas av andra handlingar som kompletterar anbudet. Ett anbud som lämnas in i form av en elektronisk katalog får alltså kompletteras med uppgifter som lämnas i annat format än som en katalog.

Av artikel 36.2 i LOU-direktivet och artikel 54.2 i LUF-direktivet framgår att elektroniska kataloger ska upprättas av anbudssökande eller anbudsgivare för deltagande i ett visst upphandlingsförfarande enligt de tekniska specifikationer och det format som fastställs av den upphandlande myndigheten eller enheten. Katalogerna ska uppfylla kraven för elektroniska medel för kommunikation samt eventuella

kompletterande krav som fastställts av den upphandlande myndigheten eller enheten enligt artikel 22 respektive artikel 40.

När inlämnande av anbud i form av en elektronisk katalog godtas eller krävs ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange det i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse. I upphandlingsdokumenten ska alla nödvändiga uppgifter om format, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang och specifikationer för katalogen anges (artikel 36.3 LOU-direktivet och artikel 54.3 i LUF-direktivet).

I artikel 36.4 och 5 i LOU-direktivet och artikel 54.4 och 5 i LUF-direktivet regleras användningen av elektroniska kataloger vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. Av bestämmelserna följer att en upphandlande myndighet eller enhet får besluta att en förnyad konkurrensutsättning ska genomföras på grundval av uppdaterade kataloger. Myndigheten eller enheten ska i så fall använda sig av någon av de två metoder som anges i artikeln. Den första metoden innebär att anbudsgivarna uppmanas att på nytt lämna in elektroniska kataloger som anpassats till kraven i det berörda kontraktet. Den andra metoden innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten meddelar att den har för avsikt att samla in de uppgifter som behövs för att upprätta anbud som är anpassade till kraven i de berörda kontrakten från de elektroniska kataloger som redan lämnats in. Förutsättningen för detta är att myndigheten eller enheten angett i upphandlingsdokumenten för ramavtalet att denna metod ska användas.

Myndigheten eller enheten ska fastställa en lämplig tidsperiod mellan meddelandet och insamlingen av uppgifter. Innan kontraktet tilldelas ska den upphandlande myndigheten eller enheten presentera de insamlade uppgifterna för de berörda anbudsgivarna för att ge dem möjlighet att ifrågasätta eller bekräfta att det anbud som upprättats inte innehåller några materiella fel. När den andra metoden tillämpas är det alltså den upphandlande myndigheten eller enheten som sätter samman anbudet på grundval av de uppdaterade uppgifter som leverantörerna lämnat in.

Enligt artikel 36.6 i LOU-direktivet och artikel 54.6 i LUF-direktivet får en upphandlande myndighet eller enhet också kräva att anbuden ska lämnas i form av en elektronisk katalog vid tilldelning av specifika kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Av bestämmelserna framgår vidare att en upphandlande myndighet eller enhet även får använda sig av uppdaterade kataloger vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, under förutsättning att ansökan om deltagande i det dynamiska inköpssystemet åtföljts av en elektronisk katalog enligt de tekniska specifikationer och de format som bestäms av den upphandlande myndigheten eller enheten. Katalogen ska därefter kompletteras av de anbudssökande när de informeras om att den upphandlande myndigheten eller enheten har för avsikt att upprätta anbud.

Särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger bör ingå i lagarna

I skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet anges att elektroniska kataloger bidrar till att öka konkurrensen och effektiviteten vid en upphandling, särskilt genom tids- och kostnadsbesparingar. Detta bekräftas av flera remissinstanser, som också lyfter fram att elektroniska

Prop. 2015/16:195 kataloger underlättar för leverantörerna och ökar möjligheterna till en helt elektronisk inköpsprocess.

De fördelar som finns med elektroniska kataloger talar enligt regeringens mening starkt för att särskilda bestämmelser bör införas i de nya lagarna som reglerar användningen av elektroniska kataloger. Därigenom tydliggörs att elektroniska kataloger är en av de metoder upphandlande myndigheter och enheter kan använda sig av vid upphandlingar. Det tydliggörs också för leverantörer vad som närmare gäller när en elektronisk katalog används. Användningen av elektroniska kataloger som ett sätt att effektivisera myndigheters och enheters upphandlingar kan också sägas ligga i linje med regeringens uttalade mål att prioritera frågor om elektronisk upphandling (prop. 2014/15:1 UO 2 s. 106).

Enligt regeringens mening kan utredningens slutsats att regleringen om kommunikation får samma resultat som bestämmelserna om elektroniska kataloger ifrågasättas. Med detta synsätt kommer regelverket att sakna närmare vägledning för hur den upphandlande myndigheten eller enheten närmare ska gå till väga om den vill använda en elektronisk katalog, t.ex. vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. Också detta talar enligt regeringens mening för att särskilda bestämmelser bör införas. Regeringen instämmer därmed med de remissinstanser som framhållit att elektroniska kataloger inte enbart kan ses som kommunikation av ett elektroniskt format.

Utredningen ser det som problematiskt att begreppet elektroniska kataloger även tycks omfatta dokumentbaserade format med ostrukturerad information, såsom PDF- eller Word-filer. Oavsett hur det förhåller sig med den saken anser regeringen inte att det utgör ett skäl för att avstå från att genomföra bestämmelserna om elektroniska kataloger särskilt. Som SKL konstaterat ger reglerna upphandlande myndigheter och enheter möjlighet att anvisa tekniska format enligt etablerade standarder. Arbete med att ta fram sådana standarder för elektroniska kataloger pågår bl.a. inom EU (se webbplatsen www.cenbii.eu) och kan antas komma att få mer utspridd användning och även underlätta användningen av elektroniska kataloger, inte minst i gränsöverskridande situationer. Regeringen anser inte heller att de risker som utredningen pekar på när det gäller användningen av elektroniska kataloger motiverar att särskilda regler inte ska genomföras.

Sammanfattningsvis anser regeringen att bestämmelserna om elektroniska kataloger bör genomföras genom särskilda bestämmelser i de nya lagarna om upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Elektroniska kataloger är en av flera metoder att upphandla elektroniskt. Regeringen anser därför, till skillnad från Konkurrensverket, att bestämmelserna lämpligen bör placeras tillsammans med de övriga bestämmelserna om sådana metoder. Reglerna bör således placeras i kapitlet som även innehåller bestämmelser om dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner.

Den närmare utformningen av reglerna om elektroniska kataloger

När det gäller den närmare utformningen av reglerna om elektroniska kataloger konstaterar regeringen, i enlighet med den allmänna ansats som

regeringen haft för genomförandet (se avsnitt 5.1), att den som utgångspunkt bör vara så direktivnära som möjligt. Regeringen delar emellertid *Lagrådets* uppfattning att bestämmelserna bör kompletteras med ett förtydligande som närmare beskriver vad som avses med en elektronisk katalog. Regeringen föreslår därför en sådan bestämmelse i enlighet med *Lagrådets* förslag, som utformats i nära anslutning till skälen i direktiven (skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet).

I artikel 36.1 i LOU-direktivet och artikel 54.1 i LUF-direktivet anges att upphandlande myndigheter, om det krävs att elektronisk kommunikation ska användas, får kräva att anbud ska lämnas in i form av en katalog eller att de ska innefatta en elektronisk katalog. Eftersom en allmän skyldighet att kommunicera med elektroniska medel följer av 12 kap. 1 § i de nya lagarna finns det enligt regeringens mening inte anledning att ange det särskilt även i bestämmelserna om elektroniska kataloger.

I artikel 36.1 i LOU-direktivet och artikel 54.1 i LUF-direktivet nämns både anbud i form av en elektronisk katalog och anbud som innefattar en elektronisk katalog. I övrigt i artikeln nämns dock endast anbud i form av en katalog. Detta skulle kunna ge intryck av att artikeln i övrigt uteslutande gäller för elektroniska kataloger som inrymmer sådana komponenter att de också är att betrakta som anbud och att en elektronisk katalog som är fogad till ett anbud enbart omfattas av punkten 1. I likhet med utredningen anser emellertid regeringen att det för tillämpningen av regleringen är i huvudsak egalt om anbudet utgörs av en elektronisk katalog eller om anbudet innehåller en elektronisk katalog. Bestämmelserna kan därför enligt regeringens mening inte rimligen tolkas på annat sätt än att de är tillämpliga oavsett om anbudet lämnas i form av en elektronisk katalog eller om anbudet endast innefattar en elektronisk katalog. Enligt regeringens mening bör det alltså som utgångspunkt framgå av bestämmelserna att de är tillämpliga oavsett om anbudet lämnas i form av en elektronisk katalog eller om det innefattar en elektronisk katalog. I artikel 36.1 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 tredje stycket i LUF-direktivet anges emellertid att anbud som lämnas in i form av en elektronisk katalog får åtföljas av andra handlingar som kompletterar anbudet. Behov av att tillämpa bestämmelserna synes endast finnas om anbudet lämnats i form av en elektronisk katalog. Möjligheten att komplettera med andra handlingar ska därför enligt lagtexten endast avse de fall där anbudet lämnats i form av en elektronisk katalog.

Som utredningen konstaterat krävs att såväl anbudet som kataloguppgifterna lämnas i ett elektroniskt format. Detta kan sägas framgå redan av 12 kap. 1 § men bör, som utredningen förslagit, tydliggöras i bestämmelserna i de nya lagarna.

Av artikel 36.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 54.2 första stycket i LUF-direktivet framgår att elektroniska kataloger ska upprättas av anbudssökanden eller anbudsgivare för ett visst upphandlingsförfarande enligt de tekniska specifikationer och det format som fastställs av den upphandlande myndigheten eller enheten. Detta innebär att leverantörer inte bör ha en möjlighet att enbart överlämna sina allmänna kataloger utan att de ska anpassa sina allmänna kataloger till

Prop. 2015/16:195 det specifika upphandlingsförfarandet (se skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet). I artikel 36.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.2 andra stycket i LUF-direktivet anges vidare att de elektroniska katalogerna ska uppfylla kraven för elektroniska medel för kommunikation och eventuella kompletterande krav som fastställs av den upphandlande myndigheten. Även utan särskilda föreskrifter om detta är emellertid enligt regeringens mening bestämmelserna om kommunikation med elektroniska medel tillämpliga på elektroniska kataloger, eftersom de även utgör ett sätt att kommunicera. I likhet med utredningen anser regeringen att bestämmelserna om elektroniska kataloger inte i onödan bör tyngas med det som redan följer av bestämmelserna om kommunikation. Artikel 36.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.2 andra stycket i LUF-direktivet kräver därför enligt regeringens mening inte något särskilt genomförande i bestämmelserna om elektroniska kataloger.

I artikel 36.3 i LOU-direktivet anges hur den upphandlande myndigheten ska gå till väga om den godtar eller kräver att anbud lämnas i form av en elektronisk katalog. Av bestämmelsen framgår alltså att en upphandlande myndighet både kan godta och kräva elektroniska kataloger, medan det i artikel 36.1 endast anges att en upphandlande myndighet får kräva en elektronisk katalog. Enligt regeringens mening är det inte rimligt att tolka bestämmelserna på annat sätt än att en upphandlande myndighet kan välja att antingen begära eller godta elektroniska kataloger i en upphandling. Detta bör därför tydliggöras i författningskommentaren till de bestämmelser som genomför artikel 36.1 i LOU-direktivet och artikel 54.1 i LUF-direktivet. I enlighet med artikel 36.3 i LOU-direktivet och artikel 54.3 i LUF-direktivet bör regleringen om elektroniska kataloger också innehålla bestämmelser om vad som ska framgå av annonsen om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse och av upphandlingsdokumenten.

Uppdaterade elektroniska kataloger

När det gäller användningen av elektroniska kataloger vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal (artikel 36.4 och 5 i LOU-direktivet och artikel 54.4 och 5 i LUF-direktivet) pekar utredningen på att bestämmelserna måste medge att uppgifterna i katalogerna uppdateras. Utredningen föreslår också, enligt det alternativa lagförslaget, att det ska framgå av bestämmelserna att katalogens format ska tillåta en sådan uppdatering. En sådan regel har inte någon direkt motsvarighet i direktiven. Ingen remissinstans invänder mot förslaget i denna del. Enligt regeringens mening kan det i och för sig ifrågasättas om inte ett sådant krav ändå kan ställas med stöd av artikel 36.2 i LOU-direktivet respektive artikel 54.2 i LUF-direktivet om den elektroniska katalogens specifikationer och format m.m. Regeringen kan emellertid ha förståelse för att det kan vara värdefullt för den praktiska tillämpningen att ett tydliggörande i enlighet med utredningens förslag görs i denna del i lagtexten. Regeringen föreslår därför sådana bestämmelser i bestämmelserna om elektroniska kataloger.

Av artikel 36.4 i LOU-direktivet och artikel 54.4 i LUF-direktivet framgår att det finns två olika metoder för att använda sig av elektroniska

kataloger vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. Den första metoden innebär att anbudsgivarna lämnar in nya elektroniska kataloger som anpassats till kraven i det berörda kontraktet. Den andra metoden innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten meddelar anbudsgivarna tidpunkten för insamling av de uppgifter som behövs för att i enlighet med de kataloger som redan lämnats in, upprätta anbud som är anpassade till kraven i det berörda kontraktet. Myndigheten eller enheten ska dock ge anbudsgivarna möjlighet att säga nej till en sådan insamling. Vad det innebär om leverantören avböjer att komma in med de efterfrågade uppgifterna regleras inte i direktiven. Enligt utredningen torde leverantören i ett sådant fall vara hänvisad till att antingen uppdatera den elektroniska katalogen enligt den första metoden, dvs. genom att lämna in en ny elektronisk katalog som anpassats till kraven i det berörda kontraktet, eller att helt avstå från att delta i konkurrensutsättningen. Enligt regeringens mening ligger det dock närmast till hands att tolka bestämmelserna så att följden av att en leverantör avböjer insamling av uppgifter är att denne avstår från att delta i den förnyade konkurrensutsättningen.

I artikel 36.5 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.5 andra stycket i LUF-direktivet anges att den upphandlande myndigheten ska ange en lämplig tidsperiod mellan meddelandet till leverantören och insamlingen av uppgifterna. Lämplig tid bör enligt regeringens mening i den svenska författningstexten ersättas med skälig tid, vilket tydliggör att den upphandlande myndigheten eller enheten ska göra en objektiv bedömning av hur lång tidsfristen bör vara. Någon ändring i sak är dock inte avsedd.

Utredningens alternativa lagförslag innehåller inte någon reglering som genomför bestämmelserna om användningen av elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem (artikel 36.6 i LOU-direktivet och artikel 54.6 i LUF-direktivet). Regeringen anser emellertid att elektroniska kataloger bör kunna användas också vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Enligt regeringens mening bör dessa bestämmelser lämpligen placeras tillsammans med bestämmelserna om elektroniska kataloger i övrigt.

Elektroniska kataloger bör inte vara obligatoriska i något fall

Enligt artikel 36.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 andra stycket i LUF-direktivet får medlemsstaterna besluta att användningen av elektroniska kataloger ska vara obligatorisk i samband med vissa typer av upphandlingar. Ingen remissinstans anser att denna möjlighet bör utnyttjas, men några remissinstanser motsätter sig att så sker. Regeringen delar utredningens bedömning att de upphandlande myndigheterna och enheterna är bäst skickade att från fall till fall bedöma bl.a. e-mognadsgraden på den aktuella marknaden och därefter avgöra om elektroniska kataloger ska användas eller inte i en specifik upphandling. Regeringen anser därmed, i likhet med utredningen och flera remissinstanser, att bestämmelserna inte bör göras obligatoriska för några typer av upphandlingar.

Regeringens bedömning: De direktivstyrda bestämmelserna om elektroniska kataloger bör inte göras tillämpliga för det icke direktivstyrda området.

Utredningens bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen gör inte någon bedömning i frågan.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: Bestämmelser som reglerar upphandling utanför det direktivstyrda området föreslås i 19 kap. i de nya lagarna. Kapitlet motsvarar i stora delar 15 kap. i nuvarande LOU och LUF. Som framgår av avsnitt 31.1 är utgångspunkten i detta lagstiftningsärende att bestämmelserna i kapitlet bör kompletteras endast om det är påkallat till följd av ändrad reglering på det direktivstyrda området. Oavsett om de direktivstyrda reglerna görs tillämpliga för det icke direktivstyrda området eller inte kommer det, i likhet med nuvarande LOU och LUF, också enligt de nya lagarna att vara möjligt att använda sig av elektroniska kataloger vid upphandlingar under tröskelvärdena. För att bestämmelserna om elektroniska kataloger ändå ska göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området talar enligt regeringens mening, förutom de allmänna fördelarna med elektroniska kataloger som lyfts fram i avsnitt 16.3.2, det förhållandet att det annars kan framstå som otydligt om elektroniska kataloger får användas vid upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdena. Sammantaget anser regeringen emellertid att det inom ramen för detta lagstiftningsärende inte framstår som påkallat att göra de direktivstyrda bestämmelserna om elektroniska kataloger tillämpliga också för det icke direktivstyrda området. Någon hänvisning till lagarnas kapitel med bestämmelser om elektroniska kataloger ska därför inte införas i 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

17 Tekniska krav och anbud med alternativa utföranden

Prop. 2015/16:195

17.1 Tekniska krav vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

17.1.1 Tekniska specifikationer

Regeringens förslag: Regleringen av tekniska specifikationer ska med vissa undantag genomföras med nuvarande reglering som förebild.

Det ska i lagtexten föreskrivas att de egenskaper som anges i de tekniska specifikationerna också får avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varorna, tjänsterna, eller byggtreprenaderna eller en specifik process som avser ett annat skede i varornas tjänsternas eller byggnadsverkens livscykel. Detta ska även gälla då sådana faktorer inte är egenskaper hos de berörda varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna.

Det ska i de tekniska specifikationerna anges om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

När det som upphandlas ska användas av fysiska personer, ska de tekniska specifikationerna som huvudregel bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning, eller utformning med tanke på samtliga användares olika behov.

Definitioner av vissa tekniska specifikationer ska tas in som en bilaga till lagarna.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår en delvis annan utformning av lagtexten.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslagen är i huvudsak positiva till dem. Några av dessa remissinstanser framför dock lagtekniska synpunkter på förslagen, bl.a. *Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (Swedac)*.

Skälen för regeringens förslag: I dag återfinns regleringen av tekniska specifikationer i 6 kap. LOU och 6 kap. LUF. Regleringen grundar sig på artikel 23 i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 34 i 2004 års LUF-direktiv. I bilaga 4 till respektive lag återfinns definitioner av vissa tekniska specifikationer. Definitionerna är hämtade från bilaga VI i 2004 års LOU-direktiv och från bilaga XXI i 2004 års LUF-direktiv. Motsvarande reglering i de nya direktiven (artikel 42 i LOU-direktivet respektive artikel 60 i LUF-direktivet) innehåller vissa ändringar i förhållande till nuvarande reglering.

Även i de nya direktiven har definitioner av tekniska specifikationer tagits in i bilagor. Definitionerna av tekniska specifikationer framgår av bilaga VII i LOU-direktivet och bilaga VIII i LUF-direktivet och tas in i bilaga 3 i respektive lag. *Lagrådet* har ifrågasatt att bilagan med tekniska specifikationer ska anses innehålla definitioner och i stället förordat att den slopas och att innehållet i den förs in i 9 kap. Tekniska krav i respektive lag. Samtidigt har *Lagrådet*, till skillnad från lagrådsremissen, föreslagit att en hänvisning till bilaga 3 tas in i det kapitlet. Enligt

Prop. 2015/16:195 regeringens mening finns det fog för Lagrådets kritik. Bilagan är inte överskådlig eller stringent. Den är dock intagen i direktiven och har där syftet att utgöra definitioner. Den anger på ett sammanhållet sätt vad tekniska specifikationer är. Regeringen bedömer att det inte finns utrymme för att ta in innehållet i lagarna utan att lagtexten tyngs i alltför hög grad samtidigt som det finns en risk för att innehållet i lagarna kommer att skilja sig från direktiven. Regeringen anser därför att den rådande ordningen tills vidare ska bestå och föreslår att bilagan om tekniska specifikationer tas in i de nu föreslagna lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Swedac lyfter fram att den i remissen i bilagan föreslagna definitionen av teknisk referens, som stämmer överens med den svenska och den engelska direktivtexten, anger att en teknisk referens är en produkt eller en vara som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan. Sådana organ framställer emellertid inga produkter eller varor, utan snarare standarder och tekniska specifikationer. *Swedac* föreslår i stället att definitionen ska ges följande lydelse: ”teknisk referens: annat dokument, med undantag för europeiska standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med”, och poängterar att det är en utformning som överensstämmer med den spanska språkversionen av direktivet. Regeringen instämmer i *Swedacs* bedömning och definitionen av teknisk referens bör därför ges den utformning som *Swedac* föreslår.

I artiklarna om tekniska specifikationer i de nya direktiven återfinns till skillnad från i 2004 års direktiv en allmän föreskrift om att de egenskaper som krävs av varor, tjänster eller byggtreprenader ska anges i specifikationerna (artikel 42.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 60.1 första stycket i LUF-direktivet).

I de nya direktiven lyfts vidare i artikel 42.1 första stycket i LOU-direktivet och i artikel 60.1 första stycket i LUF uttryckligen fram att de egenskaper som anges i de tekniska specifikationerna också får avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna. Detta har hittills framgått av de ovan nämnda bilagorna till de äldre direktiven. Det anges vidare i andra stycket i artiklarna att egenskaperna också får avse en specifik process som avser ett annat skede i varornas, tjänsternas eller byggtreprenadernas livscykel. De egenskaper som behandlas i detta stycke måste inte utgöra en del av de berörda varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna förutsatt att de är kopplade till kontraktets föremålet och att de står i proportion till kontraktets värde och målsättningar.

Vad gäller kravet att de egenskaper som krävs måste stå i proportion till kontraktets värde och målsättningar, anser *Konkurrensverket* att det är lämpligt att utveckla och förtydliga de nya direktivens uttryckliga krav på tillämpning av proportionalitetsprincipen vid utformningen av de tekniska specifikationerna. Även *Advokatfirman Delphi* framhåller vikten av att direktivens bestämmelser om proportionalitetsprincipen framgår. Regeringen anser emellertid i likhet med promemorian att detta följer av de allmänna principerna för upphandling, vilka kommer att framgå av de nya lagarna, varför detta inte behöver anges särskilt.

Enligt de nya direktiven får i de tekniska specifikationerna också anges om överföring av immateriella rättigheter kommer att krävas (artikel 42.1

VVS-föreningen, BIM Alliance och Föreningen byggherrarna anser att det bör tydliggöras att den upphandlande myndigheten kan ställa krav på användning av byggnadsinformationsmodellering som en del av de tekniska specifikationerna. Regeringen konstaterar att det av definitionerna tydligt framgår vilka typer av krav myndigheterna kan ställa i de tekniska specifikationerna och att något närmare utpekande av specifika metoder inte ankommer på lagstiftaren att göra.

De nya direktiven innebär ett förstärkt hänsynstagande till tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning. I nuvarande lagstiftning anges att de tekniska specifikationerna då det är möjligt bör fastställas för att ta hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov. Enligt de nya direktiven ska de tekniska specifikationerna för alla upphandlingar där kontrakt föremålet ska användas av fysiska personer, utom i vederbörligen motiverade fall, fastställas med hänsyn till kriterier avseende tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov (artikel 42.1 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 60.1 fjärde stycket i LUF-direktivet).

Om obligatoriska krav för tillgänglighet har antagits genom en unionsrättsakt ska i enlighet med femte stycket i respektive artikel de tekniska specifikationerna avseende tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov utformas med hänvisning till den rättsakten.

Myndigheten för delaktighet (MFD) och Handikappförbunden anser att det i de nya lagarna, på motsvarande sätt som i direktiven, ska förtydligas att kravet på tillgänglighet för fysiska personer gäller oavsett om det rör allmänheten eller personal vid den upphandlande myndigheten. Regeringen anser dock att det framstår som självklart att så är fallet och att något ytterligare förtydligande inte är nödvändigt. *Synskadades Riksförbund* anser att formuleringen inte är stark nog för att stärka funktionsnedsattas rätt. Regeringen konstaterar att formuleringen följer direktivtexten och anser att det saknas anledning att avvika från den.

Liksom i 2004 års direktiv finns en uttrycklig bestämmelse i artikel 42.2 om att de tekniska specifikationerna ska tillåta att leverantörerna deltar på lika villkor och att de inte får innebära omotiverade hinder mot konkurrens. Även detta följer av de allmänna principerna för upphandling och behöver, liksom i nuvarande lagstiftning, inte anges särskilt.

En ytterligare nyhet i direktiven är att bestämmelserna om tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav har placerats före bestämmelserna om tekniska specifikationer som hänvisar till bl.a. standarder (artikel 42.3 a och b i LOU-direktivet respektive artikel 60.3 a och b i LUF-direktivet). Syftet är att lyfta fram den förra formen av tekniska specifikationer, då den anses bäst främja innovationer. Den ändrade ordningsföljden bör också få genomslag i de nya upphandlingslagarna.

Swedac anför att det av lagtexten bör framgå att om det finns tvingande tekniska krav i EU-lagstiftningen eller i nationell rätt, ska de

Prop. 2015/16:195 tekniska specifikationerna bestämmas med hänvisning till tillämplig EU-rättsakt, till de nationella regler som genomför rättsakten eller gällande nationell lagstiftning. Regeringen instämmer i att det bör framgå tydligt att så är fallet i de nya lagarna. Det bör således i linje med vad som anges i artikel 42.3 i LOU-direktivet respektive artikel 60.3 i LUF-direktivet framgå tydligt av lagtexten att bestämmelserna om hur de tekniska specifikationerna ska vara utformade endast gäller om de inte påverkar tvingande nationella tekniska regler. De tekniska reglerna måste naturligtvis vara förenliga med unionsrätten. Exempel på sådana nationella tekniska regler är Swedacs föreskrifter (STAFS 2007:18) om icke-automatiska vågar och dess föreskrifter (STAFS 2006:4) om mätinstrument. Båda dessa föreskrifter bygger på EU-direktiv. Föreskrifterna kan i enlighet med det anförda inte frångås vid utformningen av de tekniska specifikationerna vid en upphandling.

17.1.2 Provningsrapport eller intyg från en tredje part

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska som bevis för överensstämmelse med kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet, få kräva att leverantörerna uppvisar en provningsrapport från ett organ för bedömning av överensstämmelse eller ett intyg från ett sådant organ. Om leverantören inte har tillgång till en sådan provningsrapport eller intyg ska under vissa förutsättningar dock annan lämplig utredning godtas som visar att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna uppfyller kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet.

Regeringens bedömning: Bestämmelser om administrativt samarbete behöver inte genomföras genom särskilda bestämmelser om tekniska specifikationer.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrat sig över förslaget är i huvudsak positiva. Flera remissinstanser har dock lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Swedac*.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Regleringen i de nya direktiven medger att en upphandlande myndighet kräver att leverantören uppvisar en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse som bevis för överensstämmelse med kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet (artikel 44.1 i LOU-direktivet respektive artikel 62.1 i LUF-direktivet).

Konkurrensverket konstaterar att promemorians förslag till nya bestämmelser inte innehåller någon begränsning som innebär att krav på en granskning av tredje part (organ för bedömning av överensstämmelse) bara kan ställas då det är lämpligt och motiverat av upphandlingens art.

Utan ett sådant krav finns enligt verket en risk att krav på tredjepartsgranskning ställs i fall där det inte är nödvändigt. Konkurrensverket föreslår att förslaget kompletteras med förtydligande om vid vilken tidpunkt en upphandlande myndighet eller enhet får kräva att leverantören uppvisar en provningsrapport från ett organ för bedömning av överensstämmelse eller ett intyg från ett sådant organ. Om denna tidpunkt anges som vid kontraktstillfället anser verket att risken för negativa effekter torde minimeras genom att det då endast är den eller de vinnande leverantörerna som behöver åsamkas därmed förenade kostnader.

Regeringen konstaterar att det knappast är möjligt att vid genomförandet av de nu aktuella bestämmelserna inskränka möjligheten till tredjepartsgranskning på det sätt som Konkurrensverket förespråkar. Det ligger inte heller i en upphandlande myndighets eller enhets intresse att ställa upp mer långtgående krav än nödvändigt. Vidare måste alltid de allmänna principerna för upphandling beaktas i alla delar av upphandlingsprocessen. Av dessa följer att en upphandlande myndighet eller enhet inte får ställa upp krav som är oproportionella i förhållande till kontraktets värde och målsättningar.

Om en upphandlande myndighet kräver ett intyg från ett visst specifikt organ för bedömning av överensstämmelse ska den även godta intyg från andra likvärdiga organ för bedömning av överensstämmelse. Med organ för bedömning av överensstämmelse avses enligt direktiven ett organ som utför bl.a. kalibrering, provning, certifiering, kontroll och annan bedömning av överensstämmelse och som är ackrediterat i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 765/2008 av den 9 juli 2008 om krav för ackreditering och marknadskontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93. Efter synpunkter från *Lagrådet* föreslås att även en provningsrapport från likvärdiga organ ska godtas.

Swedac invänder att vissa uppgifter för bedömning av överensstämmelse ska utföras av s.k. anmälda organ. Sådana organ utför bedömning av överensstämmelse på grundval av bestämmelser i unionsrätten. De är ofta, men inte nödvändigtvis, även ackrediterade för uppgiften (se 7 § andra stycket lagen [2011:791] om ackreditering och teknisk kontroll). *Swedac* anser att en upphandlande myndighet naturligtvis ska kunna ställa krav på att bedömning av en produkt görs av ett anmält organ när sådan bedömning krävs av tillämplig unionsrätt. Regeringen konstaterar att upphandlade produkter givetvis ska uppfylla tvingande unionsregler men att det saknas anledning att reglera mer än vad som följer av direktiven. Definitionen i direktiven av organ för bedömning av överensstämmelse är tydlig och anger endast att det är ett krav att ett sådant organ ska vara ackrediterat i enlighet med nämnda förordning.

Annan lämplig utredning än en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse ska enligt direktiven godtas om leverantören inte hade tillgång till sådana provningsrapporter eller intyg under förutsättning att detta inte kan tillskrivas den berörda leverantören och under förutsättning att den berörda leverantören därigenom bevisar att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna, uppfyller kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna,

Prop. 2015/16:195 tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet (artikel 44.2 i LOU-direktivet respektive artikel 62.2 i LUF-direktivet).

Konkurrensverket föreslår att begreppet andra lämpliga bevismedel exemplifieras i de nya upphandlingslagarna. Regeringens uppfattning är emellertid att sådana exemplifieringar lämpligen bör anges i författningskommentaren och inte direkt i lagtexten.

Administrativt samarbete

I artikel 44.3 LOU-direktivet respektive artikel 62.3 LUF-direktivet anges att medlemsstaterna på begäran ska göra alla uppgifter som lämnats i enlighet med artiklarna 42.6, 43 samt 44.1 och 44.2 i LOU-direktivet respektive artiklarna 60.6, 61 samt 62.1 och 62.2 i LUF-direktivet tillgängliga för andra medlemsstater enligt artikel 86 i LOU-direktivet respektive artikel 102 i LUF-direktivet. Regeringen gör bedömningen att bestämmelserna i artikel 44.3 respektive 62.3 inte behöver genomföras genom särskilda föreskrifter om tekniska specifikationer. Enligt regeringens mening uppnås syftet med regleringen genom de föreskrifter som genomför direktivets artikel 86 respektive artikel 102.

17.1.3 Märkning

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet under vissa förutsättningar få kräva en särskild märkning som bevis för att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna motsvarar de egenskaper som krävs.

Andra märkningar ska godtas om det innebär att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna uppfyller likvärdiga krav. Även annan utredning ska under vissa förutsättningar godtas om den visar att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna uppfyller ställda krav.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget är i huvudsak positiva. Några remissinstanser framför lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Kriminalvården*.

Skälen för regeringens förslag: I de nya direktiven har bestämmelserna om märken utvidgats till att även omfatta andra märken än miljömärken (artikel 43 i LOU-direktivet respektive artikel 61 i LUF-direktivet). Enligt de tidigare direktiven (artikel 23.6 i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 34.6 i 2004 års LUF-direktiv) måste de underliggande specifikationerna som ligger till grund för ett miljömärke tas in i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna. De nya direktiven möjliggör för en upphandlande myndighet eller enhet att i stället direkt hänvisa till ett särskilt märke förutsatt att vissa villkor är uppfyllda. Likvärdiga märken ska godtas. Annan lämplig utredning än ett särskilt angivet märke eller likvärdigt märke ska enligt direktiven godtas om leverantören inte hade tillgång till märket inom de aktuella tidsfristerna och detta inte berodde på leverantören och under förutsättning att leverantören med den återopade

utredningen bevisar att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna, uppfyller kraven för det särskilda märket eller de specifika krav som angetts av den upphandlande myndigheten (artikel 43.1 i LOU-direktivet respektive artikel 61.1 i LUF-direktivet).

I direktiven definieras begreppet märke som alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav (artikel 2.1.23 i LOU-direktivet respektive artikel 2.19 i LUF-direktivet). Denna definition bör i de nya lagarna liksom i promemorians lagförslag placeras i anslutning till bestämmelserna om märken.

Kriminalvården anser att begreppet märke är förvirrande och menar att begreppet lätt kan förväxlas med varumärke. Även *Lagrådet* har ifrågasatt begreppet märke och framfört begreppet märkning som ett alternativ. Regeringen delar den uppfattningen och föreslår att direktivets begrepp märke i lagtexten bör uttryckas som märkning.

Lagrådet har även framfört att för att de föreslagna bestämmelserna om märken ska kunna läggas till grund för lagstiftning måste det göras klart hur de förhåller sig till övriga bestämmelser i 9 kap. och till principerna för offentlig upphandling i 4 kap. Enligt regeringen får märken eller märkning anses utgöra ett särskilt system för att visa att de tekniska kraven är uppfyllda. Direktivartiklarna och lagförslagen återger kännetecknen för detta system. Vad som kännetecknar systemet har regeringen klargjort ytterligare i författningskommentarerna till de föreslagna bestämmelserna. Vägledning ges även i skäl 75 i LOU-direktivet och skäl 85 i LUF-direktivet.

17.1.4 Skyldigheten att tillhandahålla vissa tekniska specifikationer

Regeringens förslag: Den skyldighet som en upphandlande enhet vid upphandling inom försörjningssektorerna har att på begäran tillhandahålla en leverantör de tekniska specifikationer som regelbundet anges i enhetens upphandlingskontrakt eller de specifikationer enheten avser att tillämpa vid tilldelning av kontrakt som förhandsannonseras, ska i fortsättningen som huvudregel fullgöras med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: En nyhet i LUF-direktivet i förhållande till gällande rätt rör den skyldighet som en upphandlande enhet har att, på begäran från leverantörer som är intresserade av att erhålla ett kontrakt, tillhandahålla de tekniska specifikationer som regelbundet anges i enhetens upphandlingskontrakt, eller de specifikationer enheten avser att tillämpa vid tilldelning av kontrakt som förhandsannonseras. Denna skyldighet ska i fortsättningen som huvudregel fullgöras med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång (artikel 63 i LUF-direktivet). Det nya

17.1.5 Anbud med alternativa utföranden

Regeringens förslag: De nya bestämmelserna om anbud med alternativa utföranden ska med vissa undantag motsvara de nuvarande. En upphandlande myndighet eller enhet ska i fortsättningen inte bara få tillåta utan även kunna kräva att anbudsgivare lägger fram anbud med alternativa utföranden. Anbud med alternativa utföranden får krävas eller tillåtas oavsett vilka tilldelningskriterierna är. De tilldelningskriterier som används ska kunna tillämpas på såväl anbud med alternativa utföranden som på anbud som inte utgör alternativ.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag är dock något annorlunda utformat.

Remissinstanserna: Med undantag för *Trafikverket*, som vill att bestämmelserna som genomför artikel 45.1 i LOU-direktivet ska utformas i närmare anslutning till direktivets lydelse, yttrar sig remissinstanserna inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Möjligheten att beakta anbud med alternativa utföranden, dvs. anbud som har en annan lösning än den myndigheten efterfrågat, har utökats i och med de nya direktiven (artikel 45 i LOU-direktivet respektive artikel 64 i LUF-direktivet). Det innebär att alternativa anbud får användas oavsett vilka tilldelningskriterierna är.

Det förtydligas vidare att de tilldelningskriterier som används ska kunna tillämpas på såväl anbud med alternativa utföranden som på anbud som inte utgör alternativ. De nya direktiven möjliggör också för en upphandlande myndighet eller enhet att inte bara tillåta utan även kräva anbud med alternativa utföranden.

I LOU-direktivet anges uttryckligen att anbud med alternativa utföranden inte är tillåtna om den upphandlande myndigheten inte anger att den tillåter eller kräver sådana anbud och att sådana anbud ska vara kopplade till kontraktsföremålet (artikel 45.1). En motsvarande föreskrift saknas för upphandlande enheter i såväl LUF-direktivet som i 2004 års LUF-direktiv. En föreskrift om att anbud med alternativa utföranden inte är tillåtna, om det inte angetts att sådana anbud godkänns, har dock införts i LUF (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 498). Det ligger i sakens natur att anbud med alternativa utföranden inte är tillåtna om den upphandlande enheten inte anger att den tillåter eller kräver sådana anbud och att sådana anbud ska vara kopplade till kontraktsföremålet. I förtydligande syfte bör emellertid en bestämmelse av denna innebörd också införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna på motsvarande sätt som skett i gällande lagstiftning.

Trafikverket anser att bestämmelserna som genomför artikel 45.1 i LOU-direktivet ska utformas i närmare anslutning till direktivet. Regeringen instämmer i *Trafikverkets* uppfattning att bestämmelserna som genomför artikel 45.1 i LOU-direktivet bör ges en mer direktivnära

En upphandlande myndighet eller enhet som tillåter eller kräver anbud med alternativa utföranden ska på motsvarande sätt som enligt gällande rätt, ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och vilka eventuella särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras. I artikel 45.3 i LOU-direktivet anges uttryckligen att en upphandlande myndighet endast ska beakta alternativa anbud som uppfyller de ställda minimikraven. En sådan uttrycklig föreskrift saknas för upphandlande enheter i såväl LUF-direktivet som 2004 års LUF-direktiv. En sådan föreskrift har dock trots det införts i LUF. Av de allmänna principerna om att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, får nämligen anses följa att upphandlande enheter endast får beakta anbud med alternativa utföranden som uppfyller de ställda minimikraven. I förtydligande syfte ska en uttrycklig föreskrift av denna innebörd också införas för upphandlande enheter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna på motsvarande sätt som skett i gällande lagstiftning.

Lagrådet har som alternativ till uttrycket anbud med alternativa utföranden föreslagit att uttrycket anbud med avvikande lösningar ska användas. Regeringen konstaterar att begreppen är desamma i de nya direktiven som i de äldre. Den förändring som Lagrådet föreslår skulle enligt regeringens bedömning inte öka begripligheten av bestämmelserna i tillräcklig utsträckning eller i övrigt medföra sådana förbättringar av dem att det är motiverat att trots oförändrad begreppsbyggnad i direktiven föreslå ändringar av begreppsbyggnaden i lagstiftningen. Regeringen föreslår därför inte den förändringen.

17.2 Tekniska krav på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om vilka uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i de tekniska specifikationerna ska vara tillämpliga även på sådan upphandling som faller utanför det direktivstyrda området.

Regleringen av märkning ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Övriga bestämmelser om tekniska specifikationer, utom bestämmelserna om anbud med alternativa utföranden, ska göras tillämpliga på upphandling av sociala och andra särskilda tjänster om värdet på upphandlingen uppgår minst till tillämpligt tröskelvärde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser yttrar sig inte specifikt över förslaget. Bland andra *Myndigheten för delaktighet (MFD)* anser att krav på tillgänglighet ska göras tillämpliga även på upphandlingar under tröskelvärdet.

Prop. 2015/16:195 **Skälen för regeringens förslag:** Bestämmelserna om uppgifter (om fabrikat, ursprung, tillverkning m.m.) som inte får ingå i de tekniska specifikationerna i de nuvarande upphandlingslagarna (se 6 kap. 4 § LOU respektive 6 kap. 4 § LUF) är tillämpliga även på upphandling utanför det direktivstyrda området (se 15 kap. 2 § LOU respektive 15 kap. 2 § LUF). Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna. Motsvarande bestämmelser i dessa lagar bör således även vara tillämpliga på upphandling utanför det direktivstyrda området enligt bestämmelserna i 19 kap. i respektive ny lag.

De direktivstyrda bestämmelserna om miljömärken i LOU och LUF är tillämpliga även vid upphandlingar enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i lagarna. Regeringen anser i likhet med förslaget i promemorian att det inte framkommit skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna eller för att inskränka denna ordning till att enbart gälla för miljömärken. Samtliga föreslagna bestämmelser som gäller märkning i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i de nya lagarna.

MFD och *Handikappförbunden* anser att kravet på tillgänglighet i de tekniska specifikationerna ska göras tillämpliga även vid upphandling under tröskelvärdena. Regeringen konstaterar emellertid att någon översyn av lagstiftningen på det icke direktivstyrda området inte är avsedd i det här lagstiftningsärendet och att endast nödvändiga förändringar med anledning av direktivet ska göras i lagstiftningen på det icke direktivstyrda området. Dock ska övriga bestämmelser om tekniska specifikationer, men inte bestämmelserna som avser anbud med alternativa utföranden, liksom i nuvarande lagstiftning göras tillämplig på upphandling av sociala och andra särskilda tjänster om upphandlingens värde uppgår till minst det tröskelvärde som är tillämpligt enligt bestämmelserna om tröskelvärden, se avsnitt 11.

Regeringens förslag: Tekniska krav och funktionskrav ska ingå i något av koncessionsdokumenten. De egenskaper som krävs ska anges och kan även avse den specifika processen eller metoden för att producera tjänsterna under förutsättning att de är kopplade till föremålet för kontraktet.

De tekniska kraven och funktionskraven får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilda framställningsförfaranden som karaktäriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör och inte heller hänvisning till varumärke, patent, typ eller tillverkning utom under vissa förutsättningar.

En upphandlande myndighet som väljer att hänvisa till tekniska krav eller funktionskrav får inte förkasta ett anbud enbart på grund av att anbudet inte överensstämmer med dessa krav om anbudsgivaren kan visa att denne uppfyller kraven.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget eller är positiva till det. *SIS – Swedish standards institute* och *Myndigheten för delaktighet (MFD)* har lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag: För krav på koncessionsföremålets egenskaper i koncessionsupphandlingar har unionslagstiftaren valt att, i stället för som i LOU- och LUF-direktiven använda begreppet tekniska specifikationer, använda det vidare uttrycket tekniska krav och funktionskrav. Dessa bestämmelser finns i artikel 36 i LUK-direktivet och innehåller vissa likheter med bestämmelserna i artikel 42.1 första och andra styckena, 42.4 och 42.5 i LOU-direktivet och artikel 60.1 första och andra styckena, 60.4 och 60.5 i LUF-direktivet samt delar av bilaga VII till LOU-direktivet och bilaga VIII till LUF-direktivet.

I artikel 36.1 första stycket i LUK-direktivet föreskrivs att tekniska krav och funktionskrav ska ange vilka egenskaper den byggentreprenad eller de tjänster som är föremål för koncessionen ska ha. Någon förteckning med definitioner av tekniska krav och funktionskrav på motsvarande sätt som i bilaga VII till LOU-direktivet och bilaga VIII till LUF-direktivet finns dock inte i LUK-direktivet. Några av de specifikationer som finns med i uppräkningsdelen i bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet tas i artikel 36.1 i LUK-direktivet upp som exempel på vilka typer av egenskaper som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa krav på. *SIS* och *MFD* anser att denna uppräkningsdelen bör finnas med i lagtexten. *SIS* påtalar att om inte bestämmelsen får en mer direktivnära utformning blir *SIS* och standardiseringens intressen inte tillgodosedda. *MFD* hänvisar till att uppräkningsdelen omfattar krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. *Konkurrensverket*, å sin sida, tillstyrker utredningens förslag i den delen. Regeringen delar utredningens förslag och Konkurrensverkets uppfattning att uppräkningsdelen, som bara är exemplifierande, inte behöver tas med i författningstexten. Utredningen

Prop. 2015/16:195 har emellertid särskilt angivit att kraven får innefatta miljökrav som också särskilt omnämns i skälen till bestämmelsen. Även tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning omnämns särskilt i skälen (skäl 67 där det anges att den specifika produktionsprocessen kan innefatta krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller miljöprestanda). Regeringen anser i likhet med MFD att det finns skäl att i lagtexten även ange särskilt att kraven kan avse krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. Den i direktivtexten angivna uppräknigen utvecklas närmare i författningskommentaren till 7 kap. 1 §.

Tekniska krav och funktionskrav är begrepp som är vidare än tekniska specifikationer och torde innebära att de krav som kan ställas på de byggtreprenader och tjänster som är föremål för koncessionen på tekniska egenskaper och funktioner inte begränsar sig till de som specificeras i bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet. En förutsättning är dock att kraven är kopplade till föremålet för kontraktet och står i proportion till dess värde och mål. Det är även väsentligt, som framhålls i skäl 67 i direktivet, att kraven följer principerna om likabehandling och om öppenhet samt att de utformas på sätt som inte begränsar konkurrensen t.ex. genom krav som gynnar en viss ekonomisk aktör genom att de avspeglar viktiga egenskaper hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som den ekonomiska aktören brukar erbjuda.

I artikel 36.2 anges vissa uppgifter som kraven inte får omfatta, bl.a. uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande som karakteriserar de varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör. Detta överensstämmer med vad som i anges i artikel 42.4 i LOU-direktivet och artikel 60.4 i LUF-direktivet och bör genomföras i lagen på motsvarande sätt som i LOU och LUF.

Vidare föreskrivs i LUK-direktivet att ett anbud inte får förkastas med motiveringen att de tekniska kraven eller funktionskraven inte är uppfyllda, om anbudsgivaren visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven. Bestämmelsen motsvarar bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet och bör genomföras i lagen på samma sätt som i LOU och LUF.

18 Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

18.1 Annonsering vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

En avgörande förutsättning för att företag i Sverige och i andra medlemsstater ska kunna konkurrera om upphandlingskontrakt är att de får kännedom om möjligheten att ansöka om att få lämna anbud eller att lämna anbud. LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller bestämmelser om skyldigheten för upphandlande myndigheter och enheter att offentliggöra sina upphandlingar genom publicering av

meddelanden (annonser). Annonsering sker genom att den upphandlande myndigheten eller enheten skickar en annons elektroniskt till Europeiska unionens publikationsbyrå, som ombesörjer publiceringen. Direktiven innehåller också bestämmelser om möjligheten att förhandsannonsera upphandlingar och en skyldighet att efterannonsera, dvs. att efter det att kontraktet tilldelats, publicera en annons om resultatet av upphandlingen. Skyldigheten att annonsera i efterhand har införts mot bakgrund av vissa övervakningssyften och för statistiska ändamål.

LOU-direktivets och LUF-direktivets bestämmelser om annonsering (artiklarna 48–52 respektive artiklarna 67–72) överensstämmer i sak i stora delar med motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv, som genomförts dels i 7 kap. nuvarande LOU och LUF, dels genom föreskrifter i upphandlingsförordningen (2011:1040).

En nyhet i LOU-direktivet är möjligheten att föreskriva att vissa myndigheter vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får använda en förhandsannons som anbudsfordran. En nyhet i både LOU-direktivet och LUF-direktivet är att tidsfristen för efterannonsering minskats till 30 dagar. Till skillnad från 2004 års direktiv, som för beräkningen av tidsfristen för efterannonsering utgick från tidpunkten för tilldelningen av kontraktet, anger 2014 års direktiv att annonsen ska skickas 30 dagar efter det att ett kontrakt eller ett ramavtal som följer efter beslutet om tilldelning eller ingående, har ingåtts. Enligt de nya direktiven är det vidare obligatoriskt att utarbeta och skicka annonser med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Ytterligare en nyhet är skyldigheten för upphandlande myndigheter och enheter att som huvudregel göra upphandlingsdokumenten tillgängliga elektroniskt från och med den dag då en annons publiceras (artikel 53 i LOU-direktivet och artikel 73 i LUF-direktivet).

Såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet innehåller särskilda bestämmelser om annonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Regeringens förslag: Det som i direktiven benämns meddelande ska i de nya lagarna ersättas med annons. Anbudsinfordran ska användas i lagarna som en samlande beskrivning för de sätt på vilka upphandlingar kan offentliggöras.

De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om annons om upphandling, förhandsannons och efterannons samt för försörjningssektorerna även bestämmelser om annons om kvalificeringssystem.

Enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter kunna använda en förhandsannons som anbudsinfordran vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Bestämmelser om att myndigheter och enheter får annonsera sin avsikt att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering, som i nuvarande LOU och LUF benämns bestämmelser om förhandsinsyn, ska ingå i de nya lagarna. Begreppet förhandsinsyn ska dock inte användas.

Regeringens bedömning: Upphandlande myndigheter och enheter bör inte åläggas en skyldighet att kvartalsvis samla och skicka efterannonser vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal.

Ytterligare föreskrifter om annonsering bör tas in i en förordning.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att ytterligare bestämmelser ska ingå i lagen och en något annorlunda utformning av några bestämmelser. Vidare föreslås i promemorian att utgångspunkten för att räkna tidsfristen för efterannonsering som huvudregel ska vara när kontraktet tilldelades och inte när avtalet ingicks mellan parterna.

Remissinstanserna: *Konkurrensverket* och *Svensk Energi* avstyrker att begreppet anbudsinfordran införs som ett nytt begrepp.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), *Companion Sverige*, *Göteborgs stad Upphandlings AB* och *Byggherrarna* tillstyrker att upphandlande myndigheter under den centrala nivån ska kunna begära in anbud genom förhandsannonsering. Ingen remissinstans har invänt mot förslaget i denna del.

Konkurrensverket anser att all upphandling ska offentliggöras genom en annons i en godkänd annonsdatabas. Verket anser vidare att möjligheten att använda frivillig förhandsinsyn bör utvidgas till att omfatta avtal som upphandlande myndigheter avser att ingå utan föregående annonsering med stöd av nuvarande 2 kap. 10 a § LOU, dvs. sådana interna kontrakt som avses i artikel 12.1–12.3 i LOU-direktivet, samt för de avtal som är undantagna upphandlingsskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU.

Av de fåtal remissinstanser som yttrar sig i frågan, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)* och *SKL*, instämmer samtliga i promemorians bedömning att upphandlande myndigheter och enheter inte bör åläggas en skyldighet att kvartalsvis samla och skicka efterannonser vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal.

Advokatfirman Delphi ifrågasätter utrymmet för att meddela föreskrifter om annonsering i förordning, eftersom EU-kommissionen utfärdar direkt tillämpliga förordningar på området. Enligt advokatfirman bör det tydliggöras att regeringens möjlighet att meddela föreskrifter begränsar sig till upphandling utanför det direktivstyrda området.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Meddelande ersätter annons och anbudsinfördran införs som begrepp

I direktivens bestämmelser används begreppen förhandsmeddelande, meddelande om upphandling och liknande. I de nya lagarna bör dock, i likhet med vad som skett i nuvarande LOU och LUF, meddelande ersättas med annons. När direktivtexten i LOU-direktivet och LUF-direktivet återges nedan har också, för att underlätta läsningen, meddelande ersatts med annons.

Enligt artikel 26.5 första stycket i LOU-direktivet ska en anbudsinfördran göras genom en annons om upphandling enligt artikel 49. En nyhet i LOU-direktivet är dock att medlemsstaterna enligt artikel 26.5 andra stycket kan föreskriva att upphandlande myndigheter under den centrala statliga nivån eller specifika kategorier av dessa får, om kontraktet tilldelas genom ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, göra anbudsinfördran genom en förhandsannons enligt artikel 48.2. Vad som avses med upphandlande myndigheter under den centrala nivån framgår av definitionerna i artikel 2.1.2 och 2.1.3 i LOU-direktivet (se avsnitt 6.7.5).

Enligt artikel 44.4 i LUF-direktivet får en anbudsinfördran göras på något av följande tre sätt, nämligen genom (1) en förhandsannons enligt artikel 67 om kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, (2) en annons om att det finns ett kvalificeringssystem enligt artikel 68 om kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, genom en konkurrenspräglad dialog eller ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller (3) en annons om upphandling enligt artikel 69.

En nyhet i direktiven är användningen av begreppet anbudsinfördran, som inte förekommer i 2004 års direktiv. Någon definition av begreppet finns inte i de nya direktiven. Av artikel 26.5 i LOU-direktivet och artikel 44.4 i LUF-direktivet kan emellertid utläsas att begreppet anbudsinfördran avser att omfatta de olika sätt på vilka upphandlingar kan offentliggöras. Begreppet anbudsinfördran förekommer, förutom i nämnda artiklar och i artiklarna om annonsering, på flera andra ställen i direktiven, bl.a. i bestämmelserna om tröskelvärden (artikel 4 i LOU-direktivet och artikel 15 i LUF-direktivet), om öppet, selektivt och förhandlat förfarande (artikel 27–29 i LOU-direktivet och artikel 45–47 i LUF-direktivet) samt om dynamiska inköpssystem (artikel 34 i LOU-direktivet och artikel 52 i LUF-direktivet).

Ordet anbudsinfördran kan tyckas leda tankarna till att det enbart rör sig om en myndighets direkta åtgärd för att begära in anbud. En anbudsinfördran i direktivens mening kan emellertid också göras genom en annons som används för att få in ansökningar från leverantörer om att få delta i förfarandet. Detta är fallet vid selektivt förfarande, förhandlat

Prop. 2015/16:195 förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, som alla är s.k. tvåstegsförfaranden. Vid sådana förfaranden lämnas det faktiska anbudet först i ett senare skede, sedan den upphandlande myndigheten eller enheten bjudit in utvalda sökanden att lämna anbud eller, vid en konkurrenspräglad dialog, att delta i dialogen (se artikel 54 i LOU-direktivet och artikel 74 i LUF-direktivet). Vidare kan konstateras att innebörden av att en anbudsinfördran sker i form av en förhandsannons är att intresserade leverantörer ska anmäla sitt intresse. Även i dessa fall lämnas alltså själva anbudet i ett senare skede.

I promemorian framhålls mot denna bakgrund att ordet anbudsinfördran kan uppfattas som något missvisande. *Konkurrensverket* har instämt i detta och ansett att begreppet varken tillför något innehåll till lagtexten eller medför någon förenkling av utformningen. Även *Svensk Energi* har invänt mot begreppet och hänvisat till att det är förvirrande och ologiskt samt att annonsering i stället bör användas.

Begreppet anbudsinfördran används emellertid, som framgått, på ett antal olika ställen i direktiven. Det är därför inte möjligt att låta begreppet helt utgå. Frågan är om begreppet i stället skulle kunna ersättas med ett annat begrepp, t.ex. – såsom *Svensk Energi* ansett – annons. Detta skulle i och för sig vara möjligt och har också skett när det gäller vissa av de direktivbestämmelser där anbudsinfördran nämns. I andra fall framstår det emellertid enligt regeringens mening varken som lämpligt eller möjligt att ersätta anbudsinfördran med annons. När det gäller förhandsannonser finns det t.ex. ett behov av att kunna skilja mellan sådana förhandsannonser som används för att informera om planerade upphandlingar och sådana som även utgör en anbudsinfördran, dvs. som innefattar en uppmaning till leverantörer att anmäla sitt intresse. Det är, såvitt regeringen har kunnat finna, svårt att se något annat begrepp som skulle vara lämpligare som samlingsbegrepp och som därmed skulle kunna ersätta begreppet anbudsinfördran. Regeringen anser vidare att det finns ett visst värde i att begrepp som används i direktiven även återspeglas i den svenska författningstexten. Sammanfattningsvis gör regeringen därför, trots den kritik som kan riktas mot begreppet, bedömningen att övervägande skäl talar för att anbudsinfördran bör användas i författningstexten, som en samlande benämning på hur upphandlingar kan offentliggöras.

Generell skyldighet att annonsera

Enligt artikel 49 i LOU-direktivet ska en annons om upphandling användas som anbudsinfördran för alla förfaranden, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 26.5 andra stycket och artikel 32. Huvudregeln är alltså att all upphandling ska offentliggöras genom en annons om upphandling. Möjligheten att med stöd av artikel 26.5 andra stycket i LOU-direktivet föreskriva ett enklare annonseringskrav för vissa typer av upphandlande myndigheter behandlas nedan. En möjlighet att göra undantag från annonseringskravet i artikel 49 följer också av regleringen i artikel 32 om när en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Till skillnad från artikel 26.5 och artikel 49 i LOU-direktivet, som anger att en anbudsinfördran ska göras genom en annons om upphandling, anges i artikel 44.4 och artikel 69 i LUF-direktivet att en annons om upphandling får användas som anbudsinfördran för alla förfaranden. Skälet till detta torde vara att alla upphandlande enheter, om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda, kan välja mellan samtliga typer av annonser.

Bestämmelser som genomför artikel 26.5 första stycket och artikel 49 i LOU-direktivet samt artikel 44.4 och artikel 69 i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarnas kapitel om annonsering av upphandling.

Konkurrensverket anser att huvudregeln bör vara att all upphandling ska offentliggöras genom en annons i en godkänd annonsdatabas. Upphandlingsutredningen 2010 föreslog också i slutbetänkandet Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12 s. 300 f.) att all annonsering enligt LOU och LUF ska ske i allmänt tillgängliga och godkända databaser. Utredningens förslag bereds för närvarande i Regeringskansliet. Eftersom lagstiftningsärendet avser genomförandet av de nya EU-direktiven finns det inom ramen för detta ärende inte utrymme att behandla frågan. Avsikten är dock att i en departementspromemoria om förbättrad statistik på upphandlingsområdet, med utgångspunkt bl.a. i Upphandlingsutredningens förslag, behandla denna fråga. .

Förhandsannons som anbudsinfördran

Direktiven skiljer mellan en förhandsannons som används endast för att informera om planerade upphandlingar eller för att möjliggöra tillämpning av förkortade tidsfrister och en sådan förhandsannons som också används som anbudsinfördran.

Möjligheten att använda sig av en förhandsannons som anbudsinfördran är, som framgått ovan, en nyhet i LOU-direktivet. Däremot innehåller nuvarande LUF bestämmelser om sådan förhandsannonsering, som bygger på 2004 års direktiv.

Enligt artikel 26.5 andra stycket i LOU-direktivet får medlemsstaterna föreskriva att upphandlande myndigheter under den centrala nivån, eller specifika kategorier av dessa, får göra anbudsinfördran genom en förhandsannons om kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. För överväganden om vad som avses med upphandlande myndigheter under den centrala nivån, se ovan (avsnitt 6.7.5).

I artikel 44.4 a i LUF-direktivet anges att en anbudsinfördran får göras genom en förhandsannons enligt artikel 67 om kontraktet tilldelas genom ett selektivt eller förhandlat förfarande. Enligt LUF-direktivet har alltså alla enheter möjlighet att använda en sådan förhandsannons.

Bestämmelser om vilka uppgifter en förhandsannons som används som anbudsinfördran ska innehålla och vilken period annonsen får avse samt om offentliggörandet framgår av artikel 48.2 i LOU-direktivet och artikel 67.2 i LUF-direktivet samt bilagor till direktiven (bilaga V till LOU-direktivet och bilaga VI till LUF-direktivet). Av artikeln framgår att förhandsannonsen ska ha avsänts för offentliggörande mellan 35 dagar och 12 månader före den dag då inbjudan att bekräfta intresse

Prop. 2015/16:195 avsås och att den period som omfattas av förhandsannonseringen som huvudregel får avse högst 12 månader. Vidare framgår att förhandsannonseringen inte ska offentliggöras på en upphandlarprofil. Ett eventuellt ytterligare offentliggörande på nationell nivå enligt artikel 52 i LOU-direktivet respektive artikel 72 i LUF-direktivet får dock göras på en upphandlarprofil. Enligt artikel 52.3 i LOU-direktivet och artikel 72.3 i LUF-direktivet får förhandsmeddelanden inte offentliggöras på en upphandlarprofil innan ett meddelande har skickats till Europeiska unionens publikationsbyrå som anger att offentliggörandet skett i denna form.

Det är alltså enligt LOU-direktivet – till skillnad från LUF-direktivet – frivilligt för medlemsstaterna att avgöra om bestämmelser om förhandsannonsering som anbudsinfördran ska införas. Ett skäl som kan tala emot att införa bestämmelser om detta är att den information som lämnas i en sådan förhandsannons är mer begränsad än information som ska anges i en annons om upphandling i enlighet med huvudregeln. Det kan mot den bakgrunden hävdas att leverantörer får ett sämre underlag att avgöra vilka upphandlingar som kan vara intressanta att delta i. Detta skulle i sin tur kunna leda till att färre leverantörer deltar i anbudsutvärderingen. En förhandsannons som används som anbudsinfördran ska dock innehålla utförligare uppgifter, i den mån dessa är kända, än vad andra förhandsannonser ska innehålla. Kravet på att det i förhandsannonseringen ska anges att tilldelning kommer att ske utan ytterligare annonsering innebär också en tydlighet för leverantörer. Följden av att en förhandsannons används som anbudsinfördran är att den upphandlande myndigheten sedan inte behöver annonsera på nytt när den specifika upphandlingen ska göras. En sådan ordning bör alltså innebära en minskad administration för upphandlande myndigheter och även en ökad flexibilitet. Ytterligare en fördel är att upphandlingsförfarandet kan göras snabbare än vad som annars skulle ha varit fallet. Det bör i många fall också vara en fördel för leverantörer att endast en förhandsannons behöver bevakas och inte, som annars skulle ha varit fallet, flera separata annonser om upphandling. Det underlättar även leverantörernas planering av eventuella uppdrag.

Sammantaget anser regeringen att LOU-direktivets bestämmelser om att upphandlande myndigheter som inte är centrala statliga myndigheter får använda sig av en förhandsannons som anbudsinfördran vid selektivt förfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering bör ingå i den nya lagen om offentlig upphandling. Enligt artikel 26.5 andra stycket i LOU-direktivet får denna möjlighet förbehållas vissa kategorier av upphandlande myndigheter. Något skäl som talar för att ett sådant förbehåll ska göras har inte framkommit. Bestämmelserna bör därför gälla alla upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter.

Även i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör, på motsvarande sätt som i nuvarande LUF, bestämmelser om förhandsannons som anbudsinfördran ingå.

Bestämmelserna i artikel 48.2 första stycket a–d samt andra och tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 67.2 första stycket a–d samt andra och tredje stycket i LUF-direktivet om utformningen av

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

Enligt artikel 48.1 i LOU-direktivet och artikel 67.1 i LUF-direktivet får en upphandlande myndighet eller enhet informera om planerade upphandlingar genom en förhandsannons. Det har i de nya direktiven tydliggjorts att sådan förhandsannonsering är frivillig. Av artikel 27.2 och 28.3 i LOU-direktivet framgår dock att det är obligatoriskt att använda sig av en förhandsannons om den upphandlande myndigheten avser att tillämpa möjligheten till förkortning av tidsfrister vid öppet och selektivt förfarande. När det gäller öppet förfarande finns en motsvarande bestämmelse i artikel 45.2 i LUF-direktivet.

Förhandsannonser för att informera om planerade upphandlingar ska enligt artikel 48.1 i LOU-direktivet och artikel 67.1 i LUF-direktivet offentliggöras antingen av Europeiska unionens publikationsbyrå eller på den upphandlande myndighetens s.k. upphandlarprofil. Med upphandlarprofil avses en sammanställning av uppgifter som är tillgängliga på internet och som innehåller information om den upphandlande myndigheten och dess upphandlingar (se punkt 1 tredje stycket och punkt 2 b i bilaga VIII till LOU-direktivet respektive punkt 1 a andra stycket och punkt 2 b i bilaga IX till LUF-direktivet). För det fall offentliggörandet sker på upphandlarprofilen ska den upphandlande myndigheten också skicka en annons till publikationsbyrån om att ett sådant offentliggörande skett.

Vilken information som ska framgå av förhandsannonserna anges i bilagor till direktiven (bilaga V i LOU-direktivet respektive bilaga VI i LUF-direktivet). Till skillnad från 2004 års direktiv finns det inte längre några bestämmelser om när publiceringen av denna typ av förhandsannonser ska ske. En upphandlande myndighet kan alltså när som helst under året publicera en sådan annons. Om en upphandlande myndighet eller enhet vill tillämpa möjligheten till förkortning av tidsfrister framgår dock av artiklarna 27.2 b och 28.3 b i LOU-direktivet samt artikel 45.2 b i LUF-direktivet att en sådan annons måste ha skickats för offentliggörande minst 35 dagar och högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades.

Bestämmelser som genomför direktivens regler om att förhandsannonsering för att informera om planerade upphandlingar får ske och att sådan annonsering ska ske om myndigheten eller enheten vill tillämpa möjligheterna till förkortning av tidsfrister, föreslås i de nya lagarnas kapitel om annonsering.

Efterannonsering

Efter det att ett kontrakt eller ramavtal ingåtts är en upphandlande myndighet eller enhet enligt artikel 50 i LOU-direktivet och artikel 70 i LUF-direktivet skyldig att annonsera resultatet av upphandlingsförfarandet genom en annons om kontraktstilldelning (en efterannons). En efterannons ska skickas senast 30 dagar efter det att kontraktet eller ramavtalet ingåtts. De nya direktiven innebär alltså att tidsfristen för efterannonsering är kortare än i 2004 års

Prop. 2015/16:195 upphandlingsdirektiv. Till skillnad från 2004 års direktiv ska emellertid tidsfristen för att skicka annonsen, som *Lagrådet* uppmärksammat, inte räknas från den tidpunkt kontraktet tilldelades – dvs. den tidpunkt myndigheten beslutade vilken eller vilka leverantörers anbud som skulle antas – utan från den tidpunkt då avtalet mellan parterna ingicks. Detta innebär alltså att fristen ska räknas från den tidpunkt det civilrättsliga avtalet ingicks mellan parterna. Regeringen delar därför *Lagrådets* synpunkt att bestämmelserna som genomför huvudregeln om efterannonsering i artikel 50.1 i LOU-direktivet och artikel 70.1 i LUF-direktivet bör utformas så att tidsfristen för efterannonsering utgår från den tidpunkt då avtalet eller ramavtalet ingicks mellan parterna.

I artikel 50.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 70.2 andra stycket i LUF-direktivet föreskrivs en möjlighet att göra undantag från skyldigheten att efterannonsera när det gäller kontrakt som grundas på ett ramavtal. Medlemsstaterna får dock fastställa att de upphandlande myndigheterna eller enheterna varje kvartal ska samla annonser om resultatet av upphandlingsförfarandet för de kontrakt som grundas på ramavtalet. I sådana fall ska de upphandlande myndigheterna sända de samlade annonserna senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal. Enligt regeringens bedömning finns det inte någon anledning att utnyttja möjligheten att föreskriva att efterannonser för kontrakt som grundas på ramavtal ska samlas och publiceras kvartalsvis. I stället bör, på samma sätt som enligt nuvarande LOU och LUF, huvudregeln gälla, dvs. att den upphandlande myndigheten inte ska vara skyldig att publicera någon efterannons vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal.

Enligt artikel 50.3 i LOU-direktivet och artikel 70.2 tredje stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna sända en annons om kontraktstilldelning på grundval av ett dynamiskt inköpssystem senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt. De får dock gruppera dessa meddelanden per kvartal. I sådana fall ska de sända de samlade meddelandena senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

I *lagrådsremissen* bedömdes att skyldigheten att sända en efterannons på grundval av ett dynamiskt inköpssystem senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt inte behövde genomföras särskilt, eftersom denna skyldighet framgår redan av huvudregeln i artikel 50.1 i LOU-direktivet respektive artikel 70.1 i LUF-direktivet. Som *Lagrådet* har uppmärksammat skiljer sig emellertid bestämmelserna åt. Medan huvudregeln i artikel 50.1 i LOU-direktivet och artikel 70.1 i LUF-direktivet, som nämnts ovan, anger att tidpunkten för efterannonseringsfristen ska beräknas från avtalsingåendet, anger bestämmelsen om efterannonsering vid tilldelningen av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem att tidsfristen ska räknas från tilldelningen, dvs. tidpunkten från myndighetens eller enhetens beslut om vilken leverantörs anbud som den avser att anta. Regeringen instämmer i *Lagrådets* synpunkt att denna skillnad är svårförklarlig. Direktiven är dock otvetydiga i denna del och en ändring i enlighet med *Lagrådets* förslag skulle innebära en materiell förändring i förhållande till direktivens bestämmelser. Även om denna ändring i sig kan framstå som motiverad skulle den i praktiken innebära att efterannonsering kom att göras senare vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem än vad direktiven föreskriver. Regeringen anser inte att det

finns skäl att genomföra bestämmelserna på ett sätt som i sak skiljer sig från direktiven. En konsekvens av denna bedömning är att det, till skillnad från vad regeringen föreslog i lagrådsremissen, krävs en särskild bestämmelse om efterannonsering vid tilldelning av kontrakt enligt ett ramavtal. Därutöver bör bestämmelserna i artikel 50.3 andra meningen i LOU-direktivet och artikel 70.2 tredje stycket i LUF-direktivet, om möjlighet att gruppera sådana efterannonser kvartalsvis och skicka dem för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal, genomföras i de nya lagarna. En sådan ordning medför en effektivisering och förenkling för de upphandlande myndigheter eller enheter som använder sig av ett dynamiskt inköpssystem.

Om en upphandlande myndighet eller enhet, som använt en förhandsannons som anbudsinfordran, beslutat att inte tilldela flera kontrakt ska efterannonsen innehålla information om detta, se artikel 50.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 70.2 första stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen avser utformningen av en förhandsannons. Som framgår nedan avser regeringen att genomföra bestämmelser om innehållet i annonser genom föreskrifter i förordning.

Enligt artikel 50.4 i LOU-direktivet och artikel 70.4 i LUF-direktivet behöver viss information som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal inte offentliggöras om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat leverantör eller motverka sund konkurrens mellan dem. Genomförandet av dessa bestämmelser behandlas nedan, se avsnitt 21.1 om sekretess vid efterannonsering.

Utformning och offentliggörande av annonser

I artiklarna 51 och 52 i LOU-direktivet och artiklarna 71 och 72 i LUF-direktivet finns bestämmelser om utformning och offentliggörande av annonser samt om offentliggörande på nationell nivå. Av artikel 51 i LOU-direktivet och artikel 71 i LUF-direktivet framgår att de annonser som avses i artiklarna 48–50 i LOU-direktivet respektive artiklarna 67–70 i LUF-direktivet, ska innehålla de upplysningar som anges i vissa närmare angivna bilagor till respektive direktiv. Upplysningarna ska vidare anges i samma format som standardformulären, inbegripet standardformulär för rättelser, vilka kommissionen har fastställt genom genomförandeakter, se genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Av artikel 51.2 i LOU-direktivet och artikel 71.2 i LUF-direktivet framgår att annonserna ska skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå i enlighet med bilagorna VIII respektive IX till direktiven. Denna obligatoriska skyldighet är en nyhet i jämförelse med tidigare direktiv. Det är alltså inte längre möjligt att skicka annonsen på något annat sätt än elektroniskt. Annonserna ska offentliggöras senast fem dagar efter att de avsänts. Vidare innehåller artikeln en skyldighet för Europeiska unionens publikationsbyrå att se till att förhandsannonser

Prop. 2015/16:195 och den anbudsinfordran som rör ett dynamiskt inköpssystem fortsätter att offentliggöras under viss närmare angiven tid.

Ytterligare en nyhet är artikel 52.1 i LOU-direktivet och artikel 72.1 i LUF-direktivet, som anger att annonser och informationen i dem inte får offentliggöras på nationell nivå före den dag då de har offentliggjorts i enlighet med artikel 51 i LOU-direktivet respektive artikel 71 i LUF-direktivet. I motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv angavs att annonserna inte fick offentliggöras på nationell nivå före den dag då de skickas till kommissionen. Av de nya direktiven följer också att den Europeiska unionens publikationsbyrå ska lämna en bekräftelse till myndigheten eller enheten på att en annons har mottagits och när den offentliggjorts (artikel 51.5 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 71.5 andra stycket i LUF-direktivet). Enligt artikel 52.1 i LOU-direktivet och artikel 72.1 i LUF-direktivet får dock offentliggörande under alla omständigheter ske på nationell nivå om den upphandlande myndigheten eller enheten inte har underrättats om offentliggörandet inom 48 timmar efter bekräftelse av mottagandet. Annonser som offentliggörs på nationell nivå får inte innehålla någon annan information än den som finns i annonserna som skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå eller offentliggörs på en upphandlarprofil. De ska innehålla uppgift om vilken dag annonsen skickats till publikationsbyrån (artikel 52.2 i LOU-direktivet och artikel 72.2 i LUF-direktivet). Som framgått ovan får förhandsannonser inte offentliggöras på en s.k. upphandlarprofil innan ett meddelande har skickats till publikationsbyrån som anger att offentliggörande sker i denna form (se artikel 52.3 i LOU-direktivet och artikel 72.3 i LUF-direktivet).

Försvarsmakten, Stockholms läns landsting och Västra Götalands läns landsting framför synpunkter på den ordning som följer av artikel 52.1 i LOU-direktivet respektive artikel 72.1 i LUF-direktivet och pekar bl.a. på att den medför administrativt merarbete och onödiga fördröjningar. Västra Götalands läns landsting anser att direktivbestämmelserna inte ska genomföras utan att nuvarande regler i LOU i stället ska behållas. Regeringen konstaterar emellertid att det inte finns utrymme för att avvika från de skyldigheter som följer av direktivens bestämmelser i detta avseende. Det är alltså inte möjligt att, som Västra Götalands läns landsting ansett, behålla nuvarande regler. Direktivets bestämmelser om att offentliggörande på nationell nivå inte får ske innan offentliggörande skett på EU-nivå ska alltså genomföras.

Regeringen har i tidigare lagstiftningsärenden gjort bedömningen att upphandlingslagarna endast bör innehålla bestämmelser om skyldighet att annonsera, om förhandsannonsering och om efterannonsering (prop. 2006/2007:128 del 1 s. 354 och 501 och prop. 2010/11:150 del 1 s. 213). Regeringen gör i detta ärende samma bedömning. När det gäller övriga annonseringsbestämmelser bör de alltså inte föras in i lagen.

De upplysningar en annons ska innehålla ska, som framgått ovan, anges i samma format som standardformulär, som fastställs av kommissionen (artikel 51.2 i LOU-direktivet och artikel 71.2 i LUF-direktivet). Kommissionen har, som framgått ovan, fastställt standardformulär i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om

upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Förordningen är bindande och direkt tillämplig för upphandlande myndigheter och enheter. De bestämmelser som omfattas av kommissionens förordning om standardformulär ska därför, som *Advokatfirman Delphi* också pekat på, inte genomföras i svensk rätt. I bl.a. artiklarna 51 och 52 i LOU-direktivet samt i artiklarna 71 och 72 i LUF-direktivet finns emellertid ytterligare ett antal bestämmelser om innehållet i och offentliggörandet av annonser, som inte omfattas av kommissionens förordning om standardformulär. Bestämmelserna bör, på motsvarande sätt som vid genomförandet av 2004 års direktiv, genomföras genom föreskrifter i förordning.

Regeringen avser alltså, på motsvarande sätt som skett i upphandlingsförordningen, att genomföra direktivbestämmelserna om innehållet i och offentliggörandet av annonser genom föreskrifter i förordning. Detta gäller naturligtvis endast de bestämmelserna som inte berörs av kommissionens förordning om standardformulär. Regeringen bedömer att det för vissa av bestämmelserna krävs ett bemyndigande i lag. En sådan bestämmelse föreslås därför i de nya lagarna.

Annonsering vid förhandsinsyn

I nuvarande 7 kap. 4 § LOU och 7 kap. 7 § LUF finns bestämmelser om förhandsinsyn som genomför artikel 2d.4 i rättsmedelsdirektiven i lydelse enligt ändringsdirektivet. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen. Dessa bestämmelser bör ingå också i de nya lagarna. Konkurrensverket har anfört att möjligheten att använda frivillig förhandsinsyn bör utvidgas till att omfatta avtal som upphandlande myndigheter avser att ingå utan föregående annonsering med stöd av nuvarande 2 kap. 10 a § LOU, dvs. sådana interna kontrakt som avses i artikel 12.1–3 i LOU-direktivet samt för de avtal som är undantagna upphandlingskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU. Liknande synpunkter framfördes av Konkurrensverket i remissvaret över betänkandet *Offentlig upphandling från eget företag?* – och vissa andra frågor (SOU 2011:43, dnr Fi2011/2235). I lagstiftningsärendet konstaterade regeringen att eftersom Konkurrensverkets förslag omfattade även andra situationer än den som behandlades i ärendet fick frågan om behovet av en sådan utvidgning utredas i ett annat sammanhang (prop. 2011/12:106 s. 51). Eftersom det nu aktuella lagstiftningsärendet avser genomförandet av nya EU-direktiv finns det inte heller inom ramen för detta ärende utrymme att behandla frågan.

Lagrådet har konstaterat att uttrycket ”förhandsinsyn”, förutom i den bestämmelse som föreslås om detta i lagarnas kapitel om annonsering, endast används i ytterligare två bestämmelser. Enligt *Lagrådet* är beteckningen missvisande och onödig. Beteckningen har hämtats från artikel 3 a i rättsmedelsdirektiven i dess lydelse enligt ändringsdirektivet, som reglerar innehållet i en annons om frivillig förhandsinsyn. Det standardformulär som kommissionen beslutat för en sådan annons har också rubriken *Meddelande om förhandsinsyn*. Detta talar för att

Prop. 2015/16:195 använda begreppet i lagarna. Regeringen kan emellertid instämma i Lagrådets synpunkt att begreppet i sig inte ger någon större vägledning för vad som avses. Med hänsyn till att begreppet endast används på enstaka ställen och att det, enligt regeringens bedömning, knappast borde kunna ge upphov till några missförstånd hos tillämparna om begreppet utmönstras, delar regering Lagrådets synpunkt att begreppet inte bör användas i lagarna.

18.1.2 Annonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla särskilda bestämmelser om förhandsannonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Lagarna ska vidare innehålla bestämmelser om möjligheten att samla efterannonser avseende upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster kvartalsvis och skicka dem för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Regeringens bedömning: Ytterligare föreskrifter om annonsering av upphandling som rör sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör tas in i en förordning.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock att bestämmelser som rör innehållet i, omfattningen av och offentliggörandet av en förhandsannons som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska ingå i de nya lagarna.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 75 i LOU-direktivet och artikel 92 i LUF-direktivet innehåller särskilda bestämmelser om annonsering av upphandling vid tilldelning av kontrakt avseende sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga XIV respektive bilaga XVII till direktiven, när värdet på kontraktet överstiger tillämpligt tröskelvärde (750 000 euro enligt artikel 4 d i LOU-direktivet och 1 000 000 euro enligt artikel 15 c i LUF-direktivet).

Enligt artikel 75.1 i LOU-direktivet och artikel 92.1 i LUF-direktivet ska en myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster informera om detta genom en annons om upphandling eller genom en förhandsannons. Möjligheten att använda en annons om upphandling täcks in redan av huvudregeln i artikel 50 i LOU-direktivet respektive artikel 70 i LUF-direktivet och regeringen anser därför att bestämmelserna bör genomföras genom de bestämmelser som genomför nämnda artiklar. Sådan förhandsannonsering som kan användas vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster skiljer sig dock på så sätt att alla myndigheter och enheter oavsett förfarande kan använda sig av förhandsannonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (artikel 75.1 b och artikel 92.1 b). En särskild bestämmelse om förhandsannonsering vid upphandling av sociala

tjänster och andra särskilda tjänster föreslås därför i de nya lagarnas kapitel om annonsering.

Av artikel 75.1 b och artikel 92.1 b framgår att det av förhandsannonsen särskilt ska framgå bl.a. vilka typer av tjänster som kontrakten kommer att omfatta och att en sådan annons ska offentliggöras kontinuerligt. En förhandsannons ska vidare innehålla den information som anges i del 1 i bilaga V till direktivet.

Enligt artikel 92.1 c i LUF-direktivet kan information om upphandling av sociala och andra särskilda tjänster också ske genom en annons om att det finns ett kvalificeringssystem, som ska offentliggöras kontinuerligt.

Efter att en upphandlande myndighet har tilldelat ett kontrakt avseende sociala tjänster eller andra särskilda tjänster ska den enligt artikel 75.2 i LOU-direktivet och artikel 92.2 i LUF-direktivet informera om resultatet genom en annons om kontraktstilldelning (en efterannons). Till skillnad från vad som allmänt gäller om efterannonsering enligt artikel 50.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 70.1 första stycket i LUF-direktivet, anges inte någon särskild tidsfrist för när efterannonsering ska ske. Av artikel 75.2 och artikel 92.2 framgår emellertid att myndigheten får samla annonserna kvartalsvis och i så fall sända de samlade annonserna senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal. Direktivens bestämmelser om efterannons innehåller alltså inte någon bestämd tidsfrist inom vilken publiceringen måste ske, såvida den upphandlande myndigheten eller enheten inte har valt att samla annonserna kvartalsvis. Regeringen anser emellertid, i likhet med utredningen, att det ter sig naturligt att en tidsfrist bör gälla även vid efterannonsering i sådana fall. Samma regel om efterannonsering bör därför, som huvudregel, gälla som vid annan upphandling. Eftersom ingen frist för efterannonseringen anges i direktiven synes det inte finnas något hinder emot att räkna fristen på samma sätt som vid annan efterannonsering, nämligen från den tidpunkt avtalet mellan parterna ingås. Den föreslagna huvudregeln om efterannonsering i de nya lagarnas kapitel om annonsering föreslås därmed omfatta även sådan efterannonsering som ska ske vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. De nya lagarna bör därutöver innehålla en särskild bestämmelse som genomför direktivens bestämmelser om möjligheten att efterannonsera kvartalsvis vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Vilken ytterligare information som ska ingå i de olika typerna av annonser framgår vidare av del H–J i bilaga V till LOU-direktivet respektive bilaga XVIII till LUF-direktivet. Informationen ska anges i standardformulär, som fastställts av kommissionen i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Av artikel 75.4 och artikel 92.4 framgår slutligen att offentliggörandet ska ske i enlighet med artikel 51 respektive artikel 71. Som framgått ovan avser regeringen att genomföra bestämmelserna om innehållet i och offentliggörande av annonser, som inte omfattas av kommissionens förordning om standardformulär, genom föreskrifter i förordning.

Sammanfattningsvis föreslår regeringen att direktivens bestämmelser om annonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda

Prop. 2015/16:195 tjänster ska genomföras genom särskilda bestämmelser i lagarna endast i den mån de avviker från de bestämmelser som allmänt gäller om annonsering enligt direktivet. Sådana särskilda bestämmelser föreslås dels i lagarnas kapitel om annonsering, dels i förordning. Övriga bestämmelser om annonsering av sociala tjänster och andra särskilda tjänster genomförs genom de bestämmelser som genomför direktivens allmänna bestämmelser om annonsering.

18.1.3 Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid annonsering av upphandling och förhandsannonsering med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen. Detsamma ska även gälla vid annonsering om projekttävling enligt den nya lagen om offentlig upphandling.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något upphandlingsdokument inte kan ges, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Om anbudsinfordran utgörs av en annons om kvalificeringssystem enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten ges med elektroniska medel så snart som möjligt och senast från och med den dag då inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen eller inbjudan.

Om föreskriven elektronisk tillgång inte kan ges till något upphandlingsdokument vid annonsering om kvalificeringssystem, ska den upphandlande enheten i något av upphandlingsdokumenten ange hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse i lagarna om att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga vid efterannonsering.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock att upphandlingsdokumenten ska göras tillgängliga med elektroniska medel ”från den dag då annonsen skickas för publicering”. I promemorian föreslås vidare att en annons ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till ett dokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel. I promemorian föreslås ingen reglering för situationen att något upphandlingsdokument inte har gjorts elektroniskt tillgängligt vid annonsering om kvalificeringssystem.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig särskilt i frågan, *Västra Götalands läns landsting*, anmärker att den föreslagna tidpunkten för det elektroniska tillgängliggörandet strider mot direktivets förbud mot att publicera innehållet i annonser på nationell nivå före publiceringen av Europeiska unionens publikationsbyrå.

LOU- och LUF-direktivens reglering om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument

En nyhet i direktiven avser skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga vid annonsering. Av artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 73.1 i LUF-direktivet framgår bl.a. att den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från och med den dag då en annons offentliggörs i enlighet med artikel 51 respektive artikel 71. Den webbadress där upphandlingsdokumenten kan hämtas ska anges i annonsen. De annonser som avses är förhandsannonser, annonser om upphandling och efterannonser. I LUF-direktivet avses även annonser om kvalificeringssystem. Enligt artikel 73.1 andra stycket i LUF-direktivet ska elektronisk tillgång i sistnämnda fall ges så snart som möjligt och senast när inbjudan att lämna anbud eller inbjudan att förhandla avsänds.

Av avsnitt 19.1.9 framgår att tidsfristen för anbud i vissa fall ska förlängas med fem dagar, om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten inte ges på föreskrivet sätt. I det avsnittet redovisas också innehållet i artiklarna 53 och 73 närmare.

Av artikel 79.3 och bilaga V del E till LOU-direktivet följer att elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten även ska ges vid annonsering om projekttävling. En sådan reglering saknas i LUF-direktivet.

Vilka uppgifter som ska ingå i aktuella annonser anges i bilagor till direktiven (se avsnitt 18.1.1). I flertalet fall anges att annonsen ska innehålla en hänvisning till den e-post- eller webbadress där upphandlingsdokumenten kommer att finnas tillgängliga för fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång. Om sådan tillgång inte kan ges (av anledningar som nämns i direktiven), ska annonsen innehålla uppgifter om hur tillgång kan fås till dokumenten.

Att efterannonsen inbegripits i direktivens artiklar om elektronisk tillgänglighet förefaller bero på ett förbiseende. I direktiven finns efterföljande skrivningar om att upplysningar ska lämnas i annonsen om hur tillgång kan ges till dokument som inte har gjorts elektroniskt tillgängliga. Skrivningarna är kopplade till en förlängning av tidsfristen för anbud och avser uppenbart inte efterannonsen. Av bilaga V del D till LOU-direktivet och bilaga XII till LUF-direktivet, som reglerar innehållet i efterannonsen, framgår inte något krav på att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel. Mot denna bakgrund lämnas inte något förslag om att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga i samband med efterannonsering.

Av avsnitten 18.2.1 och 18.2.2 framgår att det finns en motsvarande skyldighet att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel vid inbjudan att bekräfta intresse, att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

Som framgår ovan är det en nyhet i direktiven att upphandlingsdokumenten (tidigare förfrågningsunderlaget) ska göras elektroniskt tillgängliga i samband med annonsering. Artikel 38.6 i 2004 års LOU-direktiv medger dock att tidsfristen för anbud får förkortas med fem dagar vid öppet och selektivt förfarande, om förfrågningsunderlaget görs tillgängligt med elektroniska medel från och med offentliggörandet av annonsen om upphandling. En liknande reglering finns i artikel 45.6 i 2004 års LUF-direktiv. Nämda artiklar har genomförts genom 8 kap. 6 § LOU respektive 8 kap. 7 § LUF. Efter synpunkter från Lagrådet föreskriver bestämmelserna, med avvikelse från direktivens ordalydelse, att det elektroniska tillgängliggörandet ska ha skett "från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska kommissionen för publicering" (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 364 och 513 samt del 2 s. 624).

Enligt 2004 års upphandlingsdirektiv får annonser om upphandling och deras innehåll inte offentliggöras på nationell nivå före den dag då de skickas till kommissionen. LOU- och LUF-direktiven föreskriver däremot att annonser och information i dem inte får offentliggöras på nationell nivå före den dag då de har offentliggjorts genom Europeiska unionens publikationsbyrå. Tidsgränsen för det tillåtna offentliggörandet har alltså flyttats fram. Eftersom upphandlingsdokumenten torde innehålla flera uppgifter som även förekommer i annonsen är det inte längre möjligt att ha en ordning där upphandlingsdokumenten (förfrågningsunderlaget) görs tillgängliga redan från den dag då annonsen skickas för publicering.

I likhet med 2004 års upphandlingsdirektiv torde den svenska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven vara felaktig när den talar om att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga från och med den dag då annonsen publiceras. Övriga språkversioner ger vid handen att skyldigheten i stället gäller från den dag då annonsen publiceras (jfr prop. 2006/07:128 del 2 s. 624). För motsvarande skyldighet enligt artikel 34.1 i LUK-direktivet gäller skyldigheten från den dag då annonsen publiceras (se avsnitt 18.3.2).

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten föreslås i de nya lagarna. Skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel bör gälla från den dag då förhandsannonsen eller annonsen om upphandling publiceras. Det saknas anledning att särskilt i dessa bestämmelser ange att annonserna ska skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå (jfr artikel 51.2 i LOU-direktivet och artikel 71.2 i LUF-direktivet). Detta kommer i stället framgå av en förordning (se avsnitt 18.1.1).

I artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet och artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet nämns de skäl som direktiven godtar för att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument. Regeringen ser dock ingen anledning att i de nya lagarna ange dessa skäl. Det ligger i sakens natur att det kan vara fråga om säkerhetsskäl, tekniska skäl eller handla om att myndigheten eller

enheten avser att lämna ut uppgifter med förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Det väsentliga är i stället att dokumenten ska tillhandahållas på annat sätt och att tidsfristen för anbud ska förlängas, om föreskriven elektronisk tillgång inte ges (se avsnitt 19.1.9). Direktiven innehåller ingen sanktion mot en upphandlande myndighet eller enhet som inte gör upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något upphandlingsdokument inte kan ges vid annonsering om upphandling eller förhandsannonsering, bör annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt (jfr bilaga V delarna B, C och E till LOU-direktivet och bilaga XI del A till LUF-direktivet). I promemorian föreslås att en annons i förekommande fall ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till ett dokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel. Som *Lagrådet* har påtalat är en sådan föreskrift mindre väl förenlig med offentlighetsprincipen. Ett krav av aktuellt slag bör därför inte införas.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något upphandlingsdokument inte kan ges vid annonsering om kvalificeringssystem enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, bör den upphandlande enheten i något av upphandlingsdokumenten upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt (jfr artikel 73.1 fjärde stycket i LUF-direktivet).

18.1.4 Annonsering på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelser om annonsering ska i båda lagarna införas också för det icke direktivstyrda området. Dessa ska i huvudsak vara utformade som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, men inte innehålla någon möjlighet att begära anbud genom annons i en annan form än genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. I lagarnas kapitel med bestämmelser för det icke direktivstyrda området ska det också ingå en bestämmelse om annonsering av dynamiska inköpssystem.

En upphandlande myndighet eller enhet ska även vid annonsering om upphandling på det icke direktivstyrda området vara skyldig att med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten.

Utredningens och promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens förslag. I promemorian föreslås dock att den upphandlande myndigheten eller enheten vid förenklat förfarande ska kunna begära anbud även genom annons i en annan form än genom annons i en elektronisk databas. Promemorian innehåller inget lagförslag som innebär att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga vid förhandsannonsering. Vidare innehåller promemorian ett förslag om att upphandlingsdokumenten ska göras tillgängliga med elektroniska medel vid annonsering i form av förhandsinsyn i samband med direktupphandling.

Prop. 2015/16:195 **Remissinstanserna:** *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* avstyrker att annonsering vid förenklat förfarande ska kunna ske i annan form än i en elektronisk databas. I övrigt uttalar sig inte remissinstanserna i frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med nuvarande LOU och LUF bör det finnas en skyldighet för upphandlande myndigheter att annonsera upphandlingar som inte omfattas av direktiven och som sker genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Härutöver bör annonseringsbestämmelser också finnas när det gäller ett dynamiskt inköpssystem som inte omfattas av de direktivstyrda reglerna. På motsvarande sätt som vid urvalsförfarande bör föreskrivas att en sådan annonsering ska ske genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Vidare bör föreskrivas en skyldighet att offentliggöra annonsen under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

Konkurrenskommissionen och *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget att annonsering vid förenklat förfarande, såsom enligt nuvarande LOU och LUF, ska kunna ske i annan form än i en elektronisk databas och har i huvudsak anfört att bestämmelsen är föråldrad och inte längre används. Upphandlingsutredningen 2010 föreslog också i slutbetänkandet *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* att möjligheten att begära anbud genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens skulle utgå ur lagtexten (SOU 2013:12 s. 43 och 46). Några invändningar mot förslaget i denna del framfördes inte vid remissbehandlingen. Regeringen anser, i likhet med *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, att bestämmelsen om annonsering i annan form än i en elektronisk databas framstår som föråldrad och därför bör utgå.

Vad en annons ska innehålla bör, i likhet med nuvarande LOU och LUF, regleras i de nya lagarna. Även möjligheten till frivillig förhandsinsyn bör, på samma sätt som i dag, gälla utanför det direktivstyrda området. Regler om detta föreslås därför ingå i de nya lagarna.

Av artikel 51.6 i LOU-direktivet och artikel 71.6 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får offentliggöra annonser om upphandling som inte omfattas av de krav på offentliggörande som fastställs i direktiven under förutsättning att dessa annonser skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå med elektroniska medel i överensstämmelse med de format och förfaranden som anges i bilaga VIII i LOU-direktivet respektive bilaga IX i LUF-direktivet. I nuvarande LOU och LUF har motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv genomförts genom en upplysning i 15 kap. 2 § fjärde stycket. Det har i ett tidigare lagstiftningsärende ifrågasatts om upplysningsbestämmelsen bör finnas kvar (Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, Ds 2009:30 s. 275 f.). Regeringen ansåg emellertid att den skulle finnas kvar på grund av möjligheten att genom efterannonsering förkorta den tidsfrist som gäller för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet, se 16 kap. 17 § andra stycket 1 i nuvarande LOU och LUF (prop. 2009/10:180 del 1 s. 303 f.). *Lagrådet* har ifrågasatt bestämmelsen med hänvisning till att det rimligen inte skulle kunna uppfattas som otillåtet med annonsering enligt de direktivstyrda bestämmelserna utan den föreslagna paragrafen. Om

bestämmelsen ska behållas bör den enligt Lagrådet inriktas på vad som avsetts. Med hänsyn bl.a. till den kommande översynen av de icke direktivstyrda bestämmelserna om upphandling anser regeringen att det inte finns skäl att nu föreslå någon ändring när det gäller den aktuella bestämmelsen.

En nyhet i direktiven är att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten vid annonsering om upphandlingen (se avsnitt 18.1.3). Regeringen gör bedömningen att denna ordning bör få genomslag även på det icke direktivstyrda området. I promemorian föreslås att bestämmelserna om detta ska gälla även vid annonsering i form av förhandsinsyn i samband med direktupphandling. Som *Lagrådet* har påpekat finns det inte alltid några upphandlingsdokument vid direktupphandling. Vidare gäller inte den allmänna skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel vid direktupphandling. Regeringen gör bedömningen att det inte är motiverat att låta bestämmelserna om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument gälla för denna form av annonser.

18.2 Inbjudan till anbudssökande

18.2.1 Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse

Regeringens förslag: Om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse utifrån mer detaljerade upplysningar om upphandlingen. Först när myndigheten eller enheten har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade, får den ange vilka leverantörer som ska få lämna anbud eller delta i förhandlingar.

Upphandlingsdokumenten ska med elektroniska medel göras fritt, direkt, fullständigt och kostnadsfritt tillgängliga för de anbudssökande som inbjuds att bekräfta sitt intresse.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 54.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 74.1 andra stycket i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten – om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering i enlighet med artikel 48.2 i LOU-direktivet respektive artikel 44.4 i LUF-direktivet – samtidigt och skriftligen inbjuda samtliga leverantörer som har anmält sitt intresse att bekräfta att de fortfarande är intresserade. En motsvarande reglering finns i 2004 års LUF-direktiv (artikel 47.5) men saknas i samma års LOU-direktiv. Anbudsinfördran genom förhandsannonsering behandlas i avsnitt 18.1.1.

Av artikel 54.2 i LOU-direktivet och artikel 74.2 i LUF-direktivet framgår att en inbjudan att bekräfta intresse ska innehålla en hänvisning till den elektroniska adress där upphandlingsdokumenten har gjorts tillgängliga med elektroniska medel. Enligt artiklarna ska inbjudan åtföljas av upphandlingsdokumenten, om fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dessa dokument inte har getts (av sådana skäl som anges i direktiven) och dokumenten inte redan har gjorts tillgängliga på annat sätt.

En inbjudan att bekräfta intresse ska också omfatta de uppgifter som anges i bilaga IX avsnitt 2 till LOU-direktivet respektive bilaga XIII avsnitt 2 till LUF-direktivet. I bilagorna anges att den upphandlande myndigheten eller enheten får välja anbudsgivare eller förhandlingsparter först när den har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade.

Av artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 74.1 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från och med dagen då inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena. Om sådan tillgång inte ges, ska tidsfristen för anbud förlängas med fem dagar (se avsnitt 19.1.9).

Enligt bilaga IX avsnitt 2 till LOU-direktivet och bilaga XIII avsnitt 2 till LUF-direktivet ska en inbjudan att bekräfta intresse, som inte erbjuder elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten, innehålla uppgifter om inlämningsadress och sista dag för begäran om upphandlingsdokument samt uppgift om på vilket eller vilka språk begäran ska avfattas. Även artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet och artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet nämner vissa situationer där en inbjudan att bekräfta intresse, som inte erbjuder elektronisk tillgång, ska innehålla denna typ av uppgifter.

Regleringen i artiklarna 53.1 och 73.1 och bilagorna till direktiven är inte förenlig med regleringen i artiklarna 54.2 och 74.2, som i stället anger att en inbjudan ska åtföljas av ett upphandlingsdokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel eller på annat sätt. Regeringen gör bedömningen att det är mer ändamålsenligt att ett sådant dokument bifogas inbjudan än att leverantörerna hänvisas till att begära tillgång till dokumentet. Bestämmelser med denna innebörd föreslås i de nya lagarna.

Som framgår av avsnitt 18.1.3 anser regeringen inte att lagarna bör räkna upp de skäl som direktiven anger som godtagbara för att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument. I likhet med den bedömning som görs i avsnitt 19.1.9 vad gäller förlängning av tidsfristen för anbud saknas det även skäl att i de nya lagarna göra de aktuella bestämmelsernas tillämpning beroende av myndighetens eller enhetens anledning till att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument. Även i sådana fall där myndighetens eller enhetens anledning till att inte ge elektronisk tillgång faller utanför vad som angetts i direktiven, bör dokumenten givetvis bifogas en inbjudan.

I vissa fall kan det finnas hemliga uppgifter i upphandlingsdokument som ska bifogas en inbjudan. Uppgifterna kan omfattas av sekretess eller utgöra företagshemligheter. Enligt artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller

enheten ställa krav på leverantörerna för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten eller enheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. Sådana krav kan ges formen av ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL. Enligt 6 § lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter ska vidare den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. I avsnitt 21 behandlas frågan om det behöver göras ändringar i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter med anledning av direktivens reglering om sekretess.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering föreslås i de nya lagarna. I likhet med vad som gäller i dag enligt 8 kap. 14 § LUF bör direktivens krav på innehållet i en inbjudan anges i lagarna.

Enligt *Lagrådets* förslag förefaller det vara valfritt att ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten i samband med en inbjudan att bekräfta intresse. Enligt regeringens mening bör emellertid bestämmelserna i denna del klargöra att det är fråga om en skyldighet. Bestämmelserna bör därför utformas efter förebild av bestämmelserna om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument vid annonsering (se avsnitt 18.1.3). Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, bör bestämmelserna ange att dokumentet ska bifogas inbjudan.

Som Lagrådet har anmärkt torde LOU- och LUF-direktivens reglering innebära att en uppgift om tilldelningskriterier inte behöver lämnas i en inbjudan att bekräfta intresse, om uppgiften i stället framgår av något annat upphandlingsdokument. Detta bör framgå av bestämmelserna om inbjudan att bekräfta intresse.

18.2.2 Skriftlig inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog

Regeringens förslag: Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att lämna anbud, att delta i konkurrenspräglad dialog eller – vid förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna – att förhandla.

Upphandlingsdokumenten ska med elektroniska medel göras fritt, direkt, fullständigt och kostnadsfritt tillgängliga för de anbudssökande som bjuds in att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse om att någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran ska lämna ut upphandlingsdokument.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt artikel 54.1 i LOU-direktivet och artikel 74.1 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog, förfarande för inrättande av innovationspartnerskap och förhandlat förfarande med föregående annonsering samtidigt och skriftligen inbjuda alla utvalda anbudssökande att lämna anbud, att delta i dialog eller, vid förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LUF-direktivet, att förhandla. Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att skicka ut en inbjudan att förhandla enligt LOU-direktivet finns inte, eftersom det i vissa fall går att tilldela kontrakt vid förhandlat förfarande med föregående annonsering utan att förhandla.

Av artikel 54.2 i LOU-direktivet och artikel 74.2 i LUF-direktivet framgår att en inbjudan ska innehålla en hänvisning till den elektroniska adress där upphandlingsdokumenten har gjorts tillgängliga med elektroniska medel. Enligt artiklarna ska inbjudan åtföljas av upphandlingsdokumenten, om fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dessa dokument inte har getts (av sådana skäl som anges i direktiven) och dokumenten inte redan har gjorts tillgängliga på annat sätt. Se avsnitt 18.2.1 vad gäller situationen att det finns hemliga uppgifter i upphandlingsdokument som ska bifogas en inbjudan. Som framgår av avsnitt 18.1.3 anser regeringen inte att lagarna bör räkna upp de skäl som direktiven anger som godtagbara för att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument.

En inbjudan ska omfatta de uppgifter som anges i bilaga IX avsnitt 1 till LOU-direktivet respektive bilaga XIII avsnitt 1 till LUF-direktivet. Enligt bilagorna ska bl.a. sista dag för mottagande av anbud anges i inbjudan. I bilaga IX till LOU-direktivet anges, vad gäller konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, att denna uppgift inte ska ingå i inbjudan att

delta i dialog eller att förhandla, utan ska anges i inbjudan att lämna anbud. I bilaga XIII till LUF-direktivet anges på motsvarande sätt i fråga om samma förfaranden att uppgiften inte ska ingå i inbjudan att förhandla, utan anges i inbjudan att lämna anbud. Dessa upplysningar i bilagorna får anses ligga i sakens natur och bör därför inte införas i de nya lagarnas uppräknings av vad en inbjudan ska innehålla. En motsvarande skrivning finns i artikel 40.5 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv och denna skrivning fördes inte in i LOU (jfr 8 kap. 10 § LOU).

Enligt *Lagrådets* förslag förefaller det vara valfritt att ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten i samband med en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog. I likhet med vad som föreslås i fråga om en inbjudan att bekräfta intresse bör bestämmelserna i denna del i stället klargöra att det är fråga om en skyldighet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, bör bestämmelserna ange att dokumentet ska bifogas inbjudan.

I likhet med vad som föreslås vad gäller en inbjudan att bekräfta intresse bör uppgifter om tilldelningskriterier inte behöva lämnas i en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog, om uppgifterna i stället framgår av något annat upphandlingsdokument.

I 8 kap. 11 § LOU och 8 kap. 12 § LUF finns bestämmelser som reglerar situationen att någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran ska lämna ut hela eller delar av förfrågningsunderlaget. I sådana fall ska adressen anges i inbjudan att komma in med anbud, att delta i dialog eller att förhandla. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift ska betalas för de begärda handlingarna, ska upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan. De begärda handlingarna ska skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har tagits emot. LOU-direktivet och LUF-direktivet saknar bestämmelser med denna innebörd. Det ligger dock i sakens natur att de aktuella uppgifterna behöver finnas i en inbjudan och att handlingarna bör skickas så snart som möjligt efter en begäran. En inbjudan ska enligt regeringens förslag innehålla ”övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.” Regeringen gör bedömningen att det inte är nödvändigt att införa några bestämmelser som motsvarar 8 kap. 11 § LOU och 8 kap. 12 § LUF.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om inbjudan till anbudssökande att lämna anbud, att delta i dialog eller att förhandla föreslås i de nya lagarna. Av avsnitt 20.2.1 framgår att en inbjudan att lämna anbud ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten.

18.3.1 Annonsering vid upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Det som i direktivet benämns meddelande ska i lagen ersättas med annons. Lagens kapitel om annonsering ska innehålla bestämmelser om annons om upphandling och om efterannons. I kapitlet ska det även ingå bestämmelser om förhandsannons vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Undantag ska kunna göras från annonseringsskyldigheten i vissa särskilt angivna fall. I lagen ska det anges när en anbudsansökan ska anses olämplig eller ett anbud ska anses olämpligt.

En bestämmelse om att myndigheter och enheter får annonsera sin avsikt att tilldela en koncession genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska ingå i lagen och vara utformad på samma sätt som i den nya lagen om offentlig upphandling.

Regeringens bedömning: Ytterligare föreskrifter om annonsering bör tas in i en förordning.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår dock att begreppen koncessionsmeddelande och förhandsmeddelande ska användas i den nya lagen. Utredningen föreslår inte någon bestämmelse om när en anbudsansökan ska anses olämplig eller ett anbud ska anses olämpligt. Utredningen föreslår att samma regler om annonsering ska gälla för annonsering av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärde och koncessioner vars värde understiger tröskelvärdena. När det gäller annonsering av sådana koncessioner föreslår utredningen endast att myndigheten eller enheten ska informera om sin avsikt att tilldela koncessionen, men inte några närmare bestämmelser om vilken information som ska ingå eller hur informationen ska lämnas. Utredningen föreslår att begreppet förhandsinsyn ska användas för att beteckna myndighetens eller enhetens möjlighet att annonsera sin avsikt att tilldela en koncession utan föregående annonsering. Utredningens förslag till bestämmelse om detta innefattar inte någon hänvisning till bestämmelsen om undantag från annonseringsskyldigheten när inga anbud eller lämpliga anbud har lämnats.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna yttrar sig inte i frågorna. Några remissinstanser, bl.a. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, *Almega* och *Svenskt Näringsliv*, anser dock att skyldigheten att ”informera” om avsikten att tilldela en koncession vars värde understiger tröskelvärde eller som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster, i enlighet med direktivtexten bör ersättas med en skyldighet att ”offentliggöra” avsikten genom en förhandsannons. *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* anser att annonsering av sådana koncessioner bör göras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Konkurrensverket anser att det i lagen bör klargöras vad som avses med lämpliga anbudsansökningar och lämpliga anbud. *Kammarrätten i Göteborg* har lagtekniska synpunkter. Prop. 2015/16:195

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Annonsering och förhandsannonsering

Enligt artikel 31.1 i LUK-direktivet ska upphandlande myndigheter och enheter som önskar tilldela en koncession informera om detta genom ett koncessionsmeddelande. Avser koncessionen sociala tjänster eller andra särskilda tjänster ska den enligt artikel 31.3 tillkännage sin avsikt genom offentliggörandet av en förhandsannons. Huvudregeln är alltså att upphandlande myndigheter och enheter ska offentliggöra sin avsikt att tilldela koncessioner.

I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna föreslås, som framgått ovan, att begreppet meddelande ska ersättas med annons, på samma sätt som skett i nuvarande LOU och LUF. Utredningen anser emellertid att begreppet meddelande i LUK-direktivet inte bör ersättas med begreppet annons. Utredningen motiverar detta med skillnader som finns mellan å ena sidan LOU-direktivet och LUF-direktivet och å andra sidan LUK-direktivet. Utredningen anför bl.a. att det enligt LUK-direktivet inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att använda meddelandet som en anbudsinfordran. Enligt utredningen framstår det vidare, med hänsyn till hur artikel 31.4–5 med undantag från annonseringsskyldigheten är uppbyggda, som att koncessionsmeddelanden ska upprättas trots att de inte alltid behöver offentliggöras.

Regeringen delar inte utredningens bedömning när det gäller skillnaderna mellan de olika direktiven. Att begreppet anbudsinfordran inte förekommer i LUK-direktivet kan enligt regeringens mening inte tolkas som att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att använda koncessionsmeddelandet för ett sådant ändamål. Att anbudsinfordran inte förekommer som begrepp kan i stället förklaras med dels att LUK-direktivet inte innehåller några särskilda regler om förfaranden, dels att det inte finns något behov av att i LUK-direktivet använda begreppet för att skilja mellan olika typer av förhandsannonser. Regeringen delar inte heller bedömningen att uppbyggnaden av artikel 31.4–5 innebär att koncessionsmeddelanden ska upprättas trots att de inte alltid behöver offentliggöras. Att bestämmelserna om när en upphandling får ske utan ett föregående offentliggörande är utformade som undantagsregler från annonseringsskyldigheten i LUK-direktivet, medan de i LOU-direktivet och LUF-direktivet är utformade som regler om när förfarande utan föregående annonsering får användas, är en naturlig följd av att LUK-direktivet inte innehåller några motsvarande förfaranderegler.

Regeringen anser sammanfattningsvis att de skillnader som finns mellan LOU-direktivet och LUF-direktivet å ena sidan och LUK-direktivet å den andra sidan inte motiverar att olika begrepp används när det gäller annonsering av upphandling. Det finns enligt regeringens mening i stället ett värde i att begrepp som överensstämmer mellan direktiven även överensstämmer mellan de olika lagarna, såvida inte

Prop. 2015/16:195 vägande skäl talar mot det. Direktivets begrepp meddelande bör därför, på samma sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, ersättas med annons. När direktivtexten återges nedan har också, för att underlätta läsningen, meddelande ersatts med annons.

De direktivstyrda bestämmelserna om annonsering av koncessioner för sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör placeras i lagens kapitel som rör annonsering. Denna placering avviker från utredningens förslag, men överensstämmer med den föreslagna placeringen av motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns inte något skäl till att lagarna ska skilja sig åt i detta avseende och ur ett tillämparperspektiv är det också en fördel att systematiken mellan lagarna överensstämmer.

Undantag från kravet på annonsering

I vissa fall kan undantag från annonseringsskyldigheten enligt artikel 31.1 göras. Förutsättningarna för när så får ske framgår av artikel 31.4 och artikel 31.5 i direktivet. Enligt skäl 51 i LUK-direktivet bör tilldelning utan föregående offentliggörande ske endast under mycket exceptionella omständigheter och då det från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens. Det bör noga utvärderas om det inte finns tillgång till några lämpliga alternativa lösningar.

Enligt artikel 31.4 får undantag göras från annonseringsskyldigheten om byggtreprenaderna eller tjänsterna enbart kan tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör och ytterligare någon av ett antal uppräknade förutsättningar är uppfyllda. Dessa förutsättningar är (a) att syftet med koncessionen är att skapa eller erhålla ett unikt konstverk eller konstnärligt framförande, (b) att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, (c) att det finns en ensamrätt eller (d) skydd av immateriella rättigheter eller andra ensamrätter än de som definieras i artikel 5.10 i direktivet. Enligt direktivet får undantag tillämpas med stöd av b–d endast när det inte finns något ”rimligt alternativ eller substitut” och avsaknaden av konkurrens inte beror på ”konstlad begränsning av parametrarna i koncessionstilldelningen” (artikel 31.4 andra stycket).

Ytterligare en möjlighet att göra undantag från annonseringsreglerna följer av artikel 31.5 av vilken framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten inte behöver offentliggöra något nytt koncessionsmeddelande om inga anbud eller anbudsansökningar eller lämpliga anbud eller anbudsansökningar har lämnats vid ett föregående koncessionsförfarande. I artikeln anges också när ett anbud ska anses olämpligt och när en anbudsansökan ska anses olämplig.

Förutsättningarna för att göra undantag från skyldigheten att annonsera en koncessionsupphandling överensstämmer i stora delar med förutsättningarna enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering (se artikel 32.2 a och b i LOU-direktivet och artikel 50 a och b i LUF-direktivet).

Bestämmelserna om undantag från annonseringskravet bör genomföras genom bestämmelser i kapitlet om annonsering i LUK. Detta är, som

utredningen konstaterat, en naturlig följd av att LUK-direktivet inte innehåller några särskilda regler om förfaranden. I den mån förutsättningarna för att tillämpa undantagen överensstämmer med förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör bestämmelserna utformas på ett enhetligt sätt. När det gäller förutsättningarna i artikel 31.4 c (att det finns en ensamrätt) och d (skydd av immateriella rättigheter eller andra ensamrätter än de som definieras i artikel 5.10 i direktivet) anser regeringen att det vid genomförandet finns anledning att i förenklande syfte avvika något från direktivets utformning. Eftersom även immateriella rättigheter utgör ensamrätter bör punkterna kunna slås ihop till en punkt som omfattar alla tre situationer som anges i direktivet. De aktuella punkterna föreslås därför ersättas med en punkt som anger att det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör ”på grund av skyddet av ensamrätt, vilket även inkluderar andra ensamrätter än de som anges i 1 kap. 12 §”.

Konkurrensverket anser att det i lagen bör klargöras vad som avses med en olämplig anbudsansökan och ett olämpligt anbud. Regeringen konstaterar att motsvarande klargöranden föreslås i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna när det gäller förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I enlighet med de överväganden som skett i denna del (se avsnitt 12.1.3) bör motsvarande klargörande göras även i lagen om upphandling av koncessioner. En bestämmelse om när en anbudsansökan ska anses olämplig och när ett anbud ska anses olämpligt föreslås därför i lagens kapitel om annonsering.

Efterannonsering

Senast 48 dagar efter tilldelningen av en koncession ska upphandlande myndigheter och enheter skicka en annons om resultatet av förfarandet för koncessionstilldelningen (artikel 32 i LUK-direktivet). För sociala tjänster och andra särskilda tjänster får sådana meddelanden emellertid grupperas kvartalsvis. I detta fall ska de grupperade meddelandena sändas senast 48 dagar efter varje kvartal. Regleringen motsvarar delvis bestämmelserna om meddelande om kontraktstilldelning i artikel 50 i LOU-direktivet och artikel 70 i LUF-direktivet. Som Lagrådet har noterat skiljer sig dock LUK-direktivet från de båda andra direktiven på så sätt att tidsfristen ska beräknas med utgångspunkt från myndighetens eller enhetens tilldelningsbeslut och inte från ingåendet av koncessionsavtalet. I likhet med Lagrådet konstaterar regeringen att denna skillnad är svårförklarlig. Detta innebär dock inte att det finns skäl att genomföra bestämmelserna på ett sätt som i sak skiljer sig från direktiven. Bestämmelser som genomför direktivets bestämmelser om efterannonsering föreslås i ett särskilt kapitel i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

Utformning och offentliggörande av annonser

Hur annonser ska utformas och offentliggöras behandlas i artikel 33 i direktivet. Enligt artikeln ska annonser, efterannonser och sådana

Prop. 2015/16:195 meddelanden som avses i artikel 43.1 andra stycket i direktivet (annonser om ändring av en koncession under löptiden) innehålla sådana upplysningar som anges i bilagorna V, VII och VIII till direktivet samt utarbetas och skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Bestämmelserna motsvarar delvis artiklarna 51 och 52 i LOU-direktivet och artiklarna 71 och 72 i LUF-direktivet. Av artikeln framgår vidare att upplysningarna ska anges i samma format som standardformulären, vilka fastställs av kommissionen. Kommissionen har fastställt sådana standardformulär i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

Det kan konstateras att artikel 19, som anger de skyldigheter som ska iaktas vid upphandling av koncessioner för sociala tjänster och andra särskilda tjänster, inte innehåller någon hänvisning till artikel 33. I artikel 33 nämns inte heller förhandsannonser och artikeln innehåller inte någon hänvisning till den bilaga till direktivet som anger vilka upplysningar ett sådant meddelande ska innehålla (bilaga VI). Hur en förhandsannons ska offentliggöras synes alltså inte reglerat i själva direktivtexten. Inte heller synes av direktivet framgå någon skyldighet att ange upplysningarna i form av standardformulär. Däremot anges i bilaga IX till direktivet, som behandlar offentliggörandet, att upphandlande myndigheter och enheter ska översända de annonser som avses i artikel 31 till Europeiska unionens publikationsbyrå för offentliggörande. Här görs alltså inte något undantag för förhandsmeddelanden.

Artiklarna i direktivet synes alltså inte ställa upp några uttryckliga krav när det gäller hur en förhandsannons ska offentliggöras, men däremot framgår ett sådant krav av en bilaga till direktivet. Det framstår därför som något oklart vilka krav direktivet egentligen ställer. Skälet till detta förefaller närmast vara ett förbiseende och enligt regeringens bedömning kan EU-lagstiftarens avsikt knappast ha varit någon annan än att även förhandsmeddelanden om upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska annonseras på samma sätt som andra upphandlingar inom EU. Det kan också konstateras att kommissionens genomförandeförordning med standardformulär innehåller ett standardformulär även för annonseringen av sådana koncessioner.

Regeringen avser att – i likhet med motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet – genomföra bestämmelserna i artikel 33 och bilaga IX till direktivet, i den mån dessa inte omfattas av kommissionens standardformulär, genom bestämmelser i förordning.

Annonsering vid förhandsinsyn

Genom artiklarna 46 och 47 i LUK-direktivet görs bl.a. bestämmelserna om förhandsinsyn i artikel 2d.4 i rättsmedelsdirektiven i dess lydelse enligt ändringsdirektivet tillämpliga även vid tilldelningen av koncessioner. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession utan föregående

annonsering får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen. Bestämmelserna bör genomföras genom en paragraf i den nya lagen. I enlighet med vad som föreslås om motsvarande bestämmelser i den nya lagen om upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör dock benämningen förhandsinsyn inte användas i lagen.

18.3.2 Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid annonsering av en koncession med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag då annonsen om upphandling publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om annonsen om upphandling inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud, ska koncessionsdokumenten i stället göras tillgängliga med elektroniska medel från och med den dag då inbjudan att lämna anbud skickas till utvalda anbudssökande. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges vid annonsering av en koncession, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges vid inbjudan att lämna anbud, ska inbjudan upplysa om att dokumentet kommer att översändas på annat sätt än med elektroniska medel. Ett sådant dokument ska också få bifogas inbjudan.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Enligt utredningens förslag ska elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten ges från den dag då annonsen om upphandling skickas för publicering och från den dag då inbjudan att lämna anbud skickas till utvalda leverantörer. Utredningen föreslår inte någon särskild reglering för den situationen att elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte ges vid inbjudan att lämna anbud. I utredningen föreslås att en annons eller en inbjudan ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till ett dokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel.

Remissinstanserna: En remissinstans, *Advokatfirman Delphi*, framför synpunkter på förslaget och förordar ett mera direktivnära genomförande på så sätt att undantagen från skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga ska anges i lagen.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 34 i LUK-direktivet reglerar den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att ge elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten. LUK-direktivets reglering i artikel 34 har motsvarigheter i artiklarna 53 och 54.2 i LOU-direktivet och artiklarna 73 och 74.2 i LUF-direktivet.

Av artikel 34.1 i LUK-direktivet följer att upphandlande myndigheter och enheter med elektroniska medel ska ge fri, fullständig, direkt och

Prop. 2015/16:195 kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från dagen för offentliggörandet av annonsen om upphandling eller, om denna annons inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud, den dag då inbjudan att lämna anbud skickades. Den webbadress där koncessionsdokumenten kan hämtas ska anges i annonsen om upphandling eller inbjudan att lämna anbud.

Frågan om tillgång till koncessionsdokumenten vid annonsering bör regleras på motsvarande sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Det innebär att tillgång till koncessionsdokumenten ska ges med elektroniska medel från den dag då annonsen om upphandling publiceras (jfr avsnitt 18.1.3). Om annonsen inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud ska koncessionsdokumenten i stället göras tillgängliga med elektroniska medel från och med den dag då en sådan inbjudan skickas till utvalda anbudssökande. En leverantör som tar emot en elektronisk inbjudan måste ha möjlighet att omedelbart få tillgång till koncessionsdokumenten.

I artikel 34.2 i LUK-direktivet behandlas situationen att något koncessionsdokument inte kan tillhandahållas elektroniskt på föreskrivet sätt på grund av exceptionella säkerhetsskäl eller tekniska skäl eller på grund av att det krävs en mycket hög skyddsnivå med tanke på den kommersiella informationens känsliga art. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange i annonsen om upphandling eller inbjudan att lämna anbud att dokumentet kommer att översändas på annat sätt än med elektroniska medel och tidsfristen för att lämna in anbud ska förlängas (se avsnitt 19.2.1 om tidsfrister).

Artikel 34.2 i LUK-direktivet bör enligt regeringens mening genomföras på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU- och LUF-direktiven. Regeringen instämmer således, till skillnad från *Advokatfirman Delphi*, i utredningens bedömning att bestämmelserna inte bör ange vilka skäl som är godtagbara för att inte ge föreskriven elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten. Det ligger i sakens natur att det kan vara fråga om säkerhetsskäl, tekniska skäl eller handla om att myndigheten eller enheten avser att lämna ut uppgifter med förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Det väsentliga är att dokumenten ska tillhandahållas på annat sätt och att tidsfristen för anbud ska förlängas, om föreskriven elektronisk tillgång inte ges till koncessionsdokumenten. LUK-direktivet innehåller ingen sanktion mot en upphandlande myndighet eller enhet som inte gör dokumenten tillgängliga med elektroniska medel.

Regleringen för situationen att föreskriven elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten inte ges, bör utformas med ledning av motsvarande reglering i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (jfr avsnitten 18.1.3, 18.2.1 och 18.2.2). Det innebär att annonsen om upphandling ska upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt. Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges på föreskrivet sätt vid inbjudan att lämna anbud, ska inbjudan upplysa om att dokumentet kommer att skickas på annat sätt än med elektroniska medel. Ett sådant dokument bör också få bifogas inbjudan, oavsett om

18.3.3 Annonsering på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om förhandsannonsering av upphandling av koncessioner vars värde understiger tillämpliga tröskelvärden. Bestämmelserna ska placeras i kapitlet som rör upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området. Annonseringen ska ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att med elektroniska medel ge tillgång till koncessionsdokumenten vid annonsering om upphandling av koncessioner på det icke direktivstyrda området.

Utredningens förslag: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen föreslår endast en bestämmelse om att myndigheten eller enheten ska informera om sin avsikt att tilldela koncessionen, men inte något närmare om hur informationen ska lämnas.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Almega och Svenskt Näringsliv* anser att skyldigheten att ”informera” om avsikten att tilldela en koncession bör ersättas med en skyldighet att ”offentliggöra” avsikten genom en förhandsannons. *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* anser att annonseringen bör göras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. I övrigt uttalar sig inte remissinstanserna om förslaget och bedömningen.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Ett särskilt kapitel i den nya lagen ska reglera upphandling av koncessioner som understiger tröskelvärdena, se avsnitt 31.1 Enligt utredningens förslag ska en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en sådan koncession informera om detta genom en förhandsannons. Någon närmare anvisning om hur informationen ska lämnas framgår inte. Enligt utredningen får frågan om vad som är tillräckliga åtgärder i fråga om offentliggörandet avgöras från fall till fall utifrån bl.a. likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering och principen om öppenhet.

Regeringen delar utredningens bedömning att det bör finnas särskilda bestämmelser om annonsering av koncessioner som inte omfattas av direktivet. Enligt regeringens mening bör det dock tydliggöras att den upphandlande myndigheten eller enheten ska informera om sin avsikt att tilldela en koncession genom att publicera en förhandsannons. Regeringen anser vidare, i likhet med bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, att annonsen bör publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, dvs. på motsvarande sätt som gäller för annonsering enligt de båda andra föreslagna lagarna. Regeringen bedömer inte att en sådan ordning blir mer administrativt betungande för den upphandlande myndigheten eller enheten än om en bedömning måste göras i varje enskilt fall, såsom blir följden av utredningens förslag.

Prop. 2015/16:195 Någon skyldighet att kommunicera med elektroniska medel föreslås inte vid upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området (se avsnitt 20.5.4). Det bör inte heller vara obligatoriskt att göra koncessionsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel i samband med annonsering av sådan upphandling.

18.4 Anbudets giltighetstid

18.4.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Uppgiften ska lämnas i en annons om upphandling, i en förhandsannons som används som anbudsinfördran, i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog.

En underrättelse om tilldelningsbeslutet eller sådana upplysningar som lämnas på begäran av en leverantör som inte tilldelats kontraktet ska inte innebära att anbudet förfaller.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag. Promemorians förslag har en annan utformning. I promemorians förslag är bestämmelsen placerad i det kapitel i lagarna som behandlar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Av bilaga V del C till LOU-direktivet och bilaga XI del A till LUF-direktivet framgår beträffande öppet förfarande att en annons om upphandling ska innehålla uppgift om den tid under vilken anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud. I övrigt saknar direktiven bestämmelser som reglerar anbudsgivarens bundenhet av sitt anbud. Det ligger emellertid i sakens natur att en sådan skyldighet måste finnas för att upphandlingen ska fungera på ett rationellt sätt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 381 och prop. 2009/10:150 del 1 s. 224). Enligt 9 kap. 11 § första stycket LOU respektive LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten i förfrågningsunderlaget ange den tid som anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud. Vid öppet förfarande ska det anges i annonsen om upphandling. Bestämmelsen saknar motsvarighet i 1992 års LOU.

Enligt den dispositiva huvudregeln i 5 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar inom förmögenhetsrättens område (avtalslagen) förfaller ett anbud när det avslås, även om detta sker innan anbudets giltighetstid har gått ut. En underrättelse om att någon annan har tilldelats kontraktet eller upplysningar om varför anbudet har förkastats, innebär att anbudet avslås. Genom 1 kap. 19 a § i 1992 års LOU infördes en civilrättslig specialbestämmelse som klargör att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om denne har fått en sådan underrättelse eller upplysning (se prop. 2001/02:142 s. 95). Syftet med bestämmelsen är att undvika att hela upphandlingen ska behöva göras om, om det vid en överprövning av upphandlingen framkommer fel som skulle kunna rättas

genom en ny utvärdering av anbud. Bestämmelsen finns i dag i 9 kap. 11 § andra stycket LOU respektive LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 381 och 523).

Regeringen gör bedömningen att även de nya upphandlingslagarna bör innehålla bestämmelser om anbudets giltighetstid. Det innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange tiden för bindande anbud. Myndigheten eller enheten bör alltid få ange denna tid i den annons som används som anbudsfordran. Vid tvåstegsförfaranden bör myndigheten eller enheten även få ange tiden i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

Lagrådet har anmärkt att det är överraskande att bestämmelsen i lagrådsremissens förslag har placerats i ett kapitel som behandlar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation. Bestämmelsens första stycke anger vad en annons eller en inbjudan till anbudssökandena ska innehålla. Regeringen anser därför att bestämmelsen bör placeras i det kapitel i lagarna som reglerar annonsering och inbjudan till anbudssökande.

Som *Lagrådet* har påtalat finns det inte någon materiell bestämmelse om att en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud under den tid som anges av den upphandlande myndigheten eller enheten. Bestämmelsen är i stället utformad som en handlingsregel för myndigheten eller enheten. Av allmänna avtalsrättsliga principer följer dock att ett anbud, som lämnas med anledning av myndighetens eller enhetens uppfordran att ange anbud, anses ha lämnats med godkännande av de villkor som myndigheten eller enheten har angett i denna uppfordran. Anbudet anses därför gälla med den giltighetstid som den upphandlande myndigheten eller enheten har angett, om inte något annat framgår av anbudet. Den upphandlande myndigheten eller enheten torde dock i många fall ange anbudets giltighetstid som ett krav som leverantören uttryckligen ska godta i anbudet.

Att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud i enlighet med dess innehåll framgår av 1 § avtalslagen och bör inte regleras i upphandlingslagarna. Sedvanliga avtalsrättsliga principer är tillämpliga även på anbud som lämnas i en upphandling. Det finns inte något principiellt hinder mot att avtalsrättens regler om ogiltighet, förklaringsmisslag och motivvillfarelse tillämpas på ett sådant anbud.

Bestämmelsens andra stycke innebär enligt lagrådsremissens förslag att en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud även om anbudet har avslagits genom ett tilldelningsbeslut eller genom sådana upplysningar som på begäran ska lämnas till en förlorande leverantör. *Lagrådet* har anfört att det är oklart vilken räckvidd regeln har. Enligt regeringens mening står det klart att syftet med bestämmelsen endast är att reglera vad som gäller om ett anbud avslås under giltighetstiden genom ett negativt besked av aktuellt slag. Anbudets bindande natur i övrigt är en avtalsrättslig fråga. För att tydliggöra bestämmelsens innebörd bör den enligt regeringens mening formuleras om något. Bestämmelsen bör endast uttrycka att sådana negativa besked som avses inte innebär att anbudet förfaller. Därigenom framgår att anbudets giltighet i övrigt inte regleras genom bestämmelsen.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska i en annons om upphandling eller i en inbjudan att lämna anbud ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En underrättelse om tilldelningsbeslutet eller sådana upplysningar som lämnas på begäran av en leverantör som inte tilldelats koncessionen innebär inte att ett anbud förfaller.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag. Utredningens förslag har en annan utformning. I utredningens förslag är bestämmelsen placerad i det kapitel i LUK som behandlar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med LOU- och LUF-direktiven finns det inte någon bestämmelse om anbudets giltighetstid i LUK-direktivet. Även den nya lagen om upphandling av koncessioner bör dock innehålla en bestämmelse om anbudets giltighetstid. Bestämmelsen bör motsvara bestämmelserna i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna och placeras i det kapitel i lagen som reglerar annonsering av upphandling.

18.4.3 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: De nuvarande bestämmelserna om anbudsgivarens bundenhet av sitt anbud ska tas in i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande.

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om anbudets giltighetstid bör inte införas i lagen om upphandling av koncessioner.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens i fråga om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt promemorians förslag ska giltighetstiden för anbud vid urvalsförfarande framgå av inbjudan att lämna anbud.

Utredningens bedömning: Överensstämmer med regeringens i fråga om upphandling av koncessioner.

Remissinstanserna (promemorian): *Försvarets materielverk (FMV)* instämmer i promemorians bedömning att reglerna på det icke direktivstyrda området ska gälla oförändrade i de nya lagarna. *Konkurrenskommissionen* förordar att uppgiften om giltighetstiden för anbud vid urvalsförfarande ska framgå av annonsen med ansökningsinbjudan.

Remissinstanserna (utredningen): Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Av 15 kap. 5 § LOU respektive LUF framgår att annonsen om upphandling vid förenklat förfarande ska innehålla uppgift om den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande. Det saknas en motsvarande bestämmelse för urvalsförfarande.

Av 15 kap. 19 § tredje stycket LOU respektive LUF följer att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har underrättats om tilldelningsbeslutet eller fått sådana upplysningar som på begäran ska lämnas till en förlorande leverantör.

De ovan redovisade bestämmelserna bör tas in i de nya lagarnas kapitel om upphandling utanför det direktivstyrda området. Bestämmelserna som innebär att ett anbud inte förfaller genom vissa typer av besked bör utformas på motsvarande sätt som dessa bestämmelser på det direktivstyrda området. Vidare bör anbudets giltighetstid även anges vid urvalsförfarande. Enligt regeringens mening bör uppgiften om anbudets giltighetstid i dessa fall anges i annonsen med ansökningsinbjudan.

Upphandling av koncessioner

Utgångspunkten i detta lagstiftningsärende är att upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området inte ska regleras mer än vad som är nödvändigt för att garantera ett rättssäkert förfarande (se avsnitt 31.1).

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan även utan en särskild föreskrift välja att ange anbudens giltighetstid i en annons om upphandling eller en inbjudan att lämna anbud. Vidare kan myndigheten eller enheten i upphandlingen kräva att anbuderna ska vara giltiga även om leverantören får en underrättelse om tilldelningsbeslutet eller sådana upplysningar som lämnas till en leverantör som inte tilldelats koncessionen. Regeringen delar mot denna bakgrund utredningens bedömning att några bestämmelser om anbudets giltighetstid inte bör införas i den nya lagens kapitel om icke direktivstyrd upphandling av koncessioner

19 Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

19.1 Tidsfrister vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

19.1.1 Inledning

I detta avsnitt behandlas regeringens förslag om tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelser om sådana tidsfrister finns i artiklarna 27–31, 47 och 53 i LOU-direktivet samt i artiklarna 45–49, 66 och 73 i LUF-direktivet. I 2004 års LOU-direktiv

Prop. 2015/16:195 och LUF-direktiv finns dessa bestämmelser samlade i artikel 38 respektive artikel 45. I LOU och LUF finns bestämmelser om tidsfrister i 8 kap.

Som utgångspunkt för förslagen gäller att bestämmelserna om tidsfrister i de båda nya lagarna så långt som möjligt bör vara enhetliga. Bestämmelserna föreslås i de nya lagarnas 11 kap.

Avsnittet behandlar inte tidsfrister vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem (se avsnitt 16.1.3). I avsnitt 19.1.11 behandlas regleringen av aktuella frågor på det icke direktivstyrda området.

Tidsfristerna i de nya lagarna har i flera fall förkortats jämfört med LOU och LUF. De förkortade tidsfristerna hänger till stor del samman med att det blir obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att skicka annonser om upphandling med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå, att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga för leverantörerna med elektroniska medel och att tillåta elektronisk anbudsinslämning (jfr skäl 80 i LOU-direktivet och skäl 89 i LUF-direktivet).

I nuvarande lagstiftning och i lagrådsremissens lagförslag används uttrycket "tidsfristen för att komma in med" en anbudsansökan eller ett anbud. Upphandlingsdirektiven talar om "tidsfristen för mottagande" av anbudsansökningar eller anbud. *Lagrådet* har anmärkt att det är oklart vad som ska anses uppfylla kravet på att en anbudsansökan eller ett anbud har kommit in. Enligt Lagrådet finns det därför anledning att anknyta till den terminologi som används i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) för att precisera om ett anbud eller en accept har getts in i rätt tid. Där används uttrycket "till handa", vilket innebär att meddelandet ska vara mottagaren till handa på ett sådant sätt att mottagaren omedelbart kan ta del av innehållet i det.

Upphandlingsdirektiven reglerar inte när en anbudsansökan eller ett anbud ska anses ha mottagits av den upphandlande myndigheten eller enheten. Avtalsrätten faller utanför upphandlingsdirektiven. I 10 § förvaltningslagen (1986:223) finns bestämmelser som preciserar när en handling ska anses ha kommit in till en förvaltningsmyndighet. Dessa bestämmelser avser framför allt handlingar som skickas per post och är även tillämpliga i en förvaltningsmyndighets upphandlingsärenden. Bestämmelserna gäller dock inte för upphandlande myndigheter eller enheter som inte ska tillämpa förvaltningslagen, t.ex. vissa statliga bolag. Av bestämmelserna i 10 § förvaltningslagen framgår att en handling i vissa fall ska anses ha kommit in till myndigheten även om handlingen inte kommit myndigheten till handa på det sätt som avses i avtalslagen.

Det av Lagrådet föreslagna uttrycket för tidsfrist ("den tid inom vilket anbudet ska vara den upphandlande myndigheten till handa") tynger enligt regeringens mening läsningen av lagtexten. Formuleringen innebär även en ändring av gällande rätt på så sätt att 10 § förvaltningslagen delvis sätts ur spel i upphandlingsärenden. Något problem i rättstillämpningen synes inte ha uppstått till följd av uttryckssättet i tidsfristbestämmelserna i LOU och LUF. Oavsett vilken av formuleringarna som används gäller att meddelandet skickas på avsändarens risk. Som huvudregel ska vidare anbudsansökningar och anbud lämnas elektroniskt enligt de nya upphandlingslagarna (se

avsnitt 20.1). Den utrustning som används för att ta emot elektroniska anbudsansökningar och anbud ska på ett säkert sätt kunna fastställa exakt tidpunkt för mottagandet av handlingen. Någon tveksamhet om när handlingen har kommit in torde därmed sällan uppstå i sådana fall. Att anbud som skickas per post i några sällsynta undantagsfall ska anses ha kommit in vid olika tidpunkter, beroende på om mottagaren ska följa förvaltningslagen eller inte, är något som får accepteras i sammanhanget. Regeringen anser sammanfattningsvis inte att det finns tillräckliga skäl att använda en annan formulering än den som gäller enligt nuvarande LOU och LUF. Bestämmelserna bör således även i fortsättningen ange ”tidsfristen för att komma in med” anbudsansökningar eller anbud.

19.1.2 Huvudregeln för tidsfrister

Regeringens förslag: När den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer tidsfristen för anbudsansökningar eller anbud, ska särskild hänsyn tas till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet.

Tidsfristen för anbud ska bestämmas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorians förslag är bestämmelsen om anbud efter besök på plats placerad i en annan paragraf (jfr avsnitt 19.1.8).

Remissinstanserna: *Tillväxtverket* tillstyrker förslaget. *Husbyggnadsvaror HBV Förening* ställer frågan om skälighetsbedömningen av tidsfristen enligt huvudregeln påverkas av de nya kortare minimitidsfristerna.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 47.1 i LOU-direktivet ska en upphandlande myndighet, när den fastställer tidsfristerna för mottagande av anbud och anbudsansökningar, ta hänsyn till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud, utan att detta påverkar de minimitidsfrister som fastställs i artiklarna 27–31. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 66.1 i LUF-direktivet, som dock anger att upphandlande enheter ska ta särskild hänsyn till kontraktets komplexitet. Även artikel 38.1 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 45.1 i 2004 års LUF-direktiv talar om särskild hänsyn i detta sammanhang. Detsamma gäller 8 kap. 1 § LOU respektive LUF, som genomför nämnda artiklar (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 208, 360 f. och 509). Någon ändring i sak torde inte vara avsedd genom att ordet särskild utelämnats från artikel 47.1 i LOU-direktivet.

Den angivna huvudregeln gäller alltid när tidsfristen för anbud eller anbudsansökningar ska bestämmas. Det är således inte tillräckligt att en upphandlande myndighet eller enhet enbart iakttar bestämmelserna om minimitidsfrister. Att huvudregeln inte påverkar minimitidsfristerna innebär att en myndighet eller enhet inte med stöd av huvudregeln kan bestämma en kortare tidsfrist än vad som följer av minimitidsfristen.

Prop. 2015/16:195 Med anledning av frågan från *Husbyggnadsvaror HBV Förening* kan regeringen anmärka att vad som är en skälig tidsfrist enligt huvudregeln på samma sätt som i dag är beroende av förhållandena i den enskilda upphandlingen. Det saknar i det avseendet betydelse att minimitidsfristerna i många fall är kortare i de nya direktiven. En tidsfrist får endast förkortas, om det är förenligt med huvudregeln.

Bestämmelser som genomför artikel 47.1 i LOU-direktivet och artikel 66.1 i LUF-direktivet bör, som föreslås i promemorian, införas i de nya lagarna. Bestämmelserna bör motsvara 8 kap. 1 § LOU respektive LUF. I bestämmelserna bör även anges att särskild hänsyn ska tas till hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningar. I 8 kap. 1 § LOU respektive LUF nämns endast anbud i detta sammanhang.

Om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats eller efter en granskning på plats av underlaget till upphandlingsdokumenten, ska enligt artikel 47.2 i LOU-direktivet fristerna för att motta anbud, som ska vara längre än de minimitidsfrister som fastställts i artiklarna 27–31, fastställas så att alla berörda leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 66.2 i LUF-direktivet. Regeringen anser i likhet med *Lagrådet* att denna reglering passar bättre i huvudregeln för tidsfrister än i en bestämmelse som avser förlängning av redan meddelade tidsfrister (se avsnitt 19.1.8). Huvudregeln för tidsfrister bör således även reglera situationen att anbud endast kan lämnas efter besök på plats.

19.1.3 Tidsfrist vid öppet förfarande

Regeringens förslag: Tidsfristen för anbud vid öppet förfarande ska vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Tidsfristen ska förlängas i vissa situationer. I andra situationer ska tidsfristen få förkortas.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. Några remissinstanser, bl.a. *Arbetsmiljöverket*, *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)* och *Husbyggnadsvaror HBV Förening* tillstyrker förslaget om kortare tidsfrister. *Västra Götalands läns landsting*, *Coompanion Sverige* och *Swedish Medtech* avstyrker emellertid förslaget. *Sveriges Byggindustrier* förordar att det i vart fall vid upphandling av byggtreprenader införs en längre tidsfrist. Sveriges Byggindustrier anmärker att den angivna minimitidsfristen ofta tenderar att bli den faktiska tidsfristen på grund av bristande planering hos upphandlande myndigheter eller enheter. Vid upphandling av komplexa och omfattande byggtreprenader är en anbudstid om 35 dagar ofta otillräcklig enligt Sveriges Byggindustrier.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 27.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 45.1 andra stycket i LUF-direktivet ska tidsfristen för anbud vid öppet förfarande vara minst 35 dagar från den

dag då annonsen om upphandling skickades. Motsvarande tidsfrist enligt LOU och LUF är i dag 52 dagar. Prop. 2015/16:195

Vissa remissinstanser avstyrker den föreslagna förkortningen av tidsfristen. Regeringen konstaterar att tidsfristen enligt direktiven är en minimitidsfrist. Av huvudregeln för tidsfrister (se avsnitt 19.1.2) framgår att särskild hänsyn alltid ska tas till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet. En alltför kort tidsfrist kan utgöra grund för överprövning av upphandlingen även om tidsfristen har varit längre än minimitidsfristen. Regeringen ser därför ingen anledning att avvika från direktivens reglering av minimitidsfristen. Bestämmelser som genomför direktivens reglering om tidsfrister för anbud vid öppet förfarande bör införas i de nya lagarna.

Såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet innehåller bestämmelser som innebär att tidsfristen för anbud ska förlängas i vissa situationer och får förkortas i andra situationer (se avsnitten 19.1.5–19.1.10). Av lagbestämmelserna bör därför framgå att tidsfristen om minst 35 dagar gäller om inte något annat följer av sådana bestämmelser i lagen.

19.1.4 Tidsfrister vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap

Regeringens förslag: Tidsfristen för anbudsansökningar vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Tidsfristen för anbudsansökningar vid dessa förfaranden enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska vara minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska vara minst 30 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

De ovan angivna tidsfristerna enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska förlängas i vissa situationer. I andra situationer ska tidsfristerna få förkortas.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås att den i LUF-direktivet rekommenderade tidsfristen om minst 30 dagar för anbudsansökningar ska anges i lag.

Skälen för regeringens förslag

Tidsfrister för anbudsansökningar

Enligt artikel 28.1 andra stycket och artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt förfarande respektive förhandlat förfarande med föregående annonsering vara 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling eller, när en förhandsannons används som anbudsinfördran, en inbjudan att bekräfta intresse skickades. Av artikel 28.6 och artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet framgår att denna tidsfrist får förkortas om det i en brådskande situation, som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten, är omöjligt att tillämpa tidsfristen (se avsnitt 19.1.10).

Enligt artikel 30.1 andra stycket och artikel 31.1 fjärde stycket i LOU-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap vara 30 dagar ”från och med” den dag då annonsen om upphandling avsändes. Den svenska språkversionens användning av uttrycket ”från och med” i dessa artiklar i stället för ”från” synes vara en felöversättning. LOU-direktivet innehåller inte någon bestämmelse som avser förlängning eller förkortning av denna tidsfrist.

Enligt artikel 46.1 andra stycket, artikel 47.1 andra stycket och artikel 48.1 andra stycket i LUF-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog i regel vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling eller, om en förhandsannons används som anbudsinfördran, inbjudan att bekräfta intresse avsändes och får inte i något fall vara kortare än 15 dagar. I artikel 46.1 andra stycket har kravet på anbudsinfördran genom förhandsannonsering fallit bort, vilket dock inte påverkar innebörden av bestämmelsen. En inbjudan att bekräfta intresse kan endast användas om en förhandsannons dessförinnan har använts som anbudsinfördran. Enligt artikel 49.1 fjärde stycket i LUF-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i regel vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes och får inte i något fall vara kortare än 15 dagar. LUF-direktivet innehåller inte någon bestämmelse som avser förlängning eller förkortning av nu nämnda tidsfrister.

Förhandsannonsering behandlas i avsnitt 18.1.1. Inbjudan att bekräfta intresse behandlas i avsnitt 18.2.1.

Tidsfrister för anbud

Enligt artikel 28.2 andra stycket i LOU-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbud vid selektivt förfarande vara 30 dagar från den

dag då inbjudan att lämna anbud avsändes. Enligt artikel 29.1 fjärde stycket i samma direktiv ska minimitidsfristen för mottagande av det ursprungliga anbudet vid förhandlat förfarande med föregående annonsering vara 30 dagar från den dag då inbjudan avsändes. LOU-direktivet föreskriver att tidsfristen för anbud vid nämnda förfaranden ska förlängas i vissa situationer och får förkortas i andra situationer (se avsnitten 19.1.5–19.1.10).

Tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LUF-direktivet behandlas i avsnitt 19.1.7.

Tidsfristerna för anbud vid konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap regleras inte särskilt i de nya direktiven. Inbjudan att lämna anbud behandlas i avsnitt 18.2.2.

Regeringens förslag och bedömning

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens ovan redovisade regleringar bör införas i de nya lagarna. I likhet med den bedömning som gjorts i avsnitt 19.1.3 ser regeringen inget skäl att avvika från direktivens minimitidsfrister.

I lagrådsremissens förslag anges att tidsfristen för anbudsansökningar bör vara minst 30 dagar enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. *Lagrådet* har förordat att ”bör-regeln” stryks ur lagtexten och i stället anges i författningskommentaren. Regeringen anser att en ”bör-reglering” i lag i detta fall är en mindre lämplig lösning och har därför utformat lagförslaget och författningskommentaren enligt Lagrådets synpunkt.

Det saknas skäl att ange startpunkten för tidsfristerna för anbudsansökningar enligt artikel 30.1 andra stycket och artikel 31.1 fjärde stycket i LOU-direktivet på annat sätt än övriga tidsfrister. Även dessa tidsfrister bör alltså räknas från dagen då annonsen om upphandling skickades för publicering (jfr 8 kap. 3 § LOU).

Regeringens förslag: Om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat, ska tidsfristen för anbud vid öppet förfarande få bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat utan att annonsen använts som anbudsinfördran, ska tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering få bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämnaanbud skickades till utvalda anbudssökande.

Tidsfristen ska endast få förkortas om förhandsannonseringen innehöll de uppgifter som anges i bilagor till LOU-direktivet respektive LUF-direktivet, i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och förhandsannonseringen skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt över förslaget. *Västra Götalands läns landsting* motsätter sig allmänt att tidsfrister för att komma in med anbud förkortas jämfört med nuvarande lagstiftning. *Husbyggnadsvaror HBV Förening* ser däremot positivt på direktivens möjligheter att förkorta tidsfrister.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artiklarna 27.2, 28.3 och 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet får tidsfristen för anbud vid öppet förfarande, selektivt förfarande respektive förhandlat förfarande med föregående annonsering förkortas när den upphandlande myndigheten har offentliggjort en förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar (se artikel 48.1). I sådana fall får minimitidsfristen för mottagande av anbud minskas till 15 dagar vid öppet förfarande och till 10 dagar vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Som förutsättning för förkortningen gäller enligt nämnda artiklar att förhandsannonseringen innehöll alla de uppgifter som krävs för annonsen om upphandling enligt bilaga V del B avsnitt I till LOU-direktivet, i den mån de sistnämnda uppgifterna fanns att tillgå när förhandsannonseringen publicerades. Vidare krävs att förhandsannonseringen skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

I artikel 45.2 i LUF-direktivet finns en motsvarande reglering för öppet förfarande. Regleringen medger att minimitidsfristen för mottagande av anbud minskas till 15 dagar. Kravet på förhandsannonsens innehåll finns i bilaga VI del A avsnitten I och II till LUF-direktivet.

Enligt LOU och LUF får i dag tidsfristen för anbud vid öppet förfarande förkortas, om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat för att informera om planerade upphandlingar. Tidsfristen får dock aldrig understiga 22 dagar. Möjligheten att förkorta tidsfristen i dessa fall gäller enligt LOU även vid selektivt förfarande.

I fråga om tidsfristen för anbud vid öppet förfarande gäller enligt artikel 27.2 i LOU-direktivet och artikel 45.2 i LUF-direktivet som

förutsättning för förkortningen att förhandsannonsering inte användes som en anbudsinfördran. Någon möjlighet att använda en förhandsannons som anbudsinfördran vid öppet förfarande finns dock inte i direktiven. Förhandsannonsering behandlas i avsnitt 18.1.1.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förkortning av tidsfrister efter förhandsannonsering föreslås i de nya lagarna.

19.1.6 Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

Regeringens förslag: Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbudet skickas in elektroniskt, ska tidsfristen för anbud vid öppet förfarande få förkortas med fem dagar.

Om den upphandlande myndigheten tillåter att anbudet skickas in elektroniskt, ska tidsfristen för anbud få förkortas med fem dagar vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans invänder mot förslaget. *Arbetsmiljöverket* ser positivt på möjligheten att förkorta tidsfristen. *Svensk Energi* föreslår att tidsfristen även ska få förkortas vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering på försörjningsområdet. Enligt *Svensk Energi* torde det vara ett misstag att sådana regler inte intagits i LUF-direktivet.

Skälen för regeringens förslag: Av artikel 27.4 i LOU-direktivet och artikel 45.4 i LUF-direktivet följer att tidsfristen om minst 35 dagar för att komma in med anbud vid öppet förfarande (se avsnitt 19.1.3) får minskas med fem dagar om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbudet skickas in med elektroniska medel.

Enligt artiklarna 28.5 och 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet får tidsfristen om minst 30 dagar för att komma in med anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering (se avsnitt 19.1.4) minskas med fem dagar på samma grund. En motsvarande reglering för nämnda förfaranden saknas i LUF-direktivet.

Möjligheten att förkorta tidsfristen vid elektronisk anbudslämning är en nyhet i de båda direktiven. Den upphandlande myndighetens eller enhetens kommunikation med elektroniska medel behandlas i avsnitt 20.1. Av artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten, utom i vissa undantagsfall, är skyldig att tillåta elektroniska anbud.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förkortade tidsfrister vid elektroniska anbud föreslås i de nya lagarna. Det finns ingen möjlighet att, som *Svensk Energi* föreslagit, lagstifta om en kortare tidfrist än vad direktiven medger. Som framgår av avsnitt 19.1.7 får tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering på försörjningsområdet bestämmas efter en överenskommelse med leverantörerna. Om ingen överenskommelse kan nås, får tidsfristen bestämmas till minst tio dagar.

Regeringens förslag: Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet, som inte är en central upphandlande myndighet, eller en upphandlande enhet få bestämma tidsfristen för anbud till den tid som har överenskommit med de utvalda anbudssökandena, under förutsättning att alla anbudssökande får samma tid för att lämna anbud.

Om en sådan överenskommelse inte har kunnat nås, ska tidsfristen vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till anbudssökandena.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Enligt promemorians förslag ska tidsfristen inte få bestämmas i enlighet med en överenskommelse, om tidsfristen enligt särskilda bestämmelser ska förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig uttryckligen i frågan. *Tillväxtverket* är dock över lag positivt inställd till att bestämmelserna om tidsfrister för anbud görs mer flexibla.

Skälen för regeringens förslag: Möjligheten att avtala om tidsfristen för anbud är en nyhet i LOU-direktivet. Enligt artikel 28.4 i LOU-direktivet får medlemsstaterna ange att alla eller specifika kategorier av upphandlande myndigheter under den centrala nivån får fastställa tidsfristen för mottagande av anbud vid selektivt förfarande enligt en överenskommelse mellan den upphandlande myndigheten och utvalda anbudssökande, under förutsättning att alla utvalda anbudssökande får lika lång tid på sig att utarbeta och lämna anbud. Om det inte går att komma överens om en tidsfrist för mottagande av anbud, ska tidsfristen vara minst tio dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud avsändes. Av artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet framgår att det sagda även gäller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En motsvarande reglering finns i artikel 46.2 andra stycket och artikel 47.2 andra stycket i LUF-direktivet. Regleringen avser dock samtliga upphandlande enheter och är tvingande för medlemsstaterna. I 8 kap. 4 § LUF finns en bestämmelse som i allt väsentligt motsvarar regleringen i LUF-direktivet.

Regeringen gör bedömningen att det inte finns några tungt vägande skäl mot att införa en reglering som medger sådana överenskommelser om tidsfristen som LOU-direktivet tillåter. Tillämpning av en överenskommelse förutsätter att alla utvalda anbudssökande är överens och får lika lång tid på sig att komma in med anbudet. Det bör bidra till ett flexiblare upphandlingsförfarande att tillåta denna möjlighet. Något skäl att, vilket medges av artikel 28.4 i LOU-direktivet, begränsa möjligheten till specifika kategorier av upphandlande myndigheter har inte framkommit. Möjligheten bör alltså vara öppen för alla upphandlande myndigheter som inte definieras som centrala upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Någon minsta tid för en överenskommen tidsfrist anges inte i direktiven. Även när tidsfristen ska bestämmas efter en överenskommelse ska dock den upphandlande myndigheten eller enheten ta sådan särskild hänsyn till upphandlingens komplexitet som avses i huvudregeln för fastställande av tidsfrister (se avsnitt 19.1.2).

I promemorian föreslås en bestämmelse som innebär att en tidsfrist för anbud inte ska få bestämmas på grundval av en överenskommelse, om tidsfristen i stället ska förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud. Enligt regeringens bedömning (se avsnitt 19.1.8) avser emellertid bestämmelsen om förlängning av tidsfristen endast redan meddelade tidsfrister. Något behov av en bestämmelse av aktuellt slag finns därför inte.

Direktiven innehåller inte någon bestämmelse som undantar en överenskommen tidsfrist från en sådan förlängning som avses i avsnitt 19.1.8. Även överenskomna tidsfrister ska således förlängas i de aktuella situationerna. Någon särskild bestämmelse om detta behövs inte.

Sammanfattningsvis anser regeringen att bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om tidsfristen för anbud efter överenskommelse ska föras in i de nya lagarna.

19.1.8 Tillräcklig tid att utarbeta ett anbud

Regeringens förslag: En meddelad tidsfrist för anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om kompletterande upplysningar inte lämnas inom angivna tidsfrister eller om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Regeringens bedömning: Det bör inte anges särskilt i de nya lagarna att förlängningen av tidsfristen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt, att betydelslös information som inte lämnats ut i tid inte behöver föranleda en förlängning och att kompletterande upplysningar måste begäras i god tid för att påverka tidsfristen.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians förslag innehåller även en bestämmelse om tidsfristen när anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats (jfr avsnitt 19.1.2).

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig särskilt i frågan tillstyrker i allt väsentligt förslaget och bedömningen. *Västra Götalands läns landsting*, *Swedish Medtech* och *Husbyggnadsvaror HBV Förening* ser positivt på den nya bestämmelsen att tidsfristen ska förlängas vid väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten. *Swedish Medtech* pekar dock samtidigt på gränsdragningsproblem mellan väsentliga ändringar som innebär att tidsfristen ska förlängas och så väsentliga ändringar att upphandlingen måste göras om. *Advokatfirman Delphi* anser att proportionalitetsprincipen bör komma till uttryck i bestämmelsen om förlängning.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt artikel 47.3 första stycket a i LOU-direktivet ska de upphandlande myndigheterna

Prop. 2015/16:195 förlänga tidsfristerna för mottagande av anbud så att alla berörda leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om kompletterande information som av leverantören begärts i god tid av något skäl inte lämnas senast sex dagar före den tidsfrist som fastställts för mottagande av anbud. Vid det påskyndade förfarande som avses i artiklarna 27.3 och 28.6 ska denna tidsperiod vara fyra dagar. Enligt artikel 47.3 första stycket b i LOU-direktivet ska vidare tidsfristerna för anbud förlängas på samma sätt om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

LUF-direktivet innehåller motsvarande reglering om förlängning av tidsfristerna i artikel 66.3. Den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att lämna kompletterande information om upphandlingsdokumenten inom viss tid behandlas i avsnitt 20.2.1.

Av skäl 81 i LOU-direktivet och skäl 90 i LUF-direktivet framgår att aktuella bestämmelser om förlängning av tidsfristen för anbud avser situationer som inträffar efter det att den ursprungliga tidsfristen har meddelats. Om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten i samband med att den ursprungliga tidsfristen bestäms, ska i stället huvudregeln för tidsfrister tillämpas (se avsnitt 19.1.2).

I artikel 47.3 andra stycket i LOU-direktivet anges att en förlängning av tidsfristen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt. Enligt tredje stycket i artikeln ska de upphandlande myndigheterna inte vara skyldiga att förlänga tidsfristerna, om kompletterande information inte har begärts i god tid eller om informationen som inte lämnats ut i tid saknar betydelse för utarbetandet av väl underbyggda anbud. Motsvarande formuleringar finns i artikel 66.3 andra och tredje styckena i LUF-direktivet.

Att förlängningen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt och att betydelselös information som lämnats ut för sent inte ska behöva föranleda en förlängning får anses vara självklart och behöver enligt regeringens mening inte anges särskilt i bestämmelserna om förlängning av tidsfrister (jfr avsnitt 19.1.2). Att kompletterande upplysningar måste begäras i god tid för att kunna påverka tidsfristen följer av de föreslagna bestämmelserna (se avsnitt 20.2.1). Proportionalitetsprincipen ska tillämpas vid all upphandling enligt de nya lagarna. Regeringen finner inte, till skillnad från *Advokatfirman Delphi*, något skäl att lagfästa de särskilda skrivningarna om proportionalitet i de aktuella artiklarna (jfr avsnitt 5.5).

2004 års upphandlingsdirektiv innehåller bestämmelser om förlängning av tidsfristen om kompletterande upplysningar inte lämnas inom angivna tidsfrister. Att förlängning av tidsfristen även ska ske vid väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten är en nyhet i LOU- och LUF-direktiven. I skäl 81 i LOU-direktivet och skäl 90 i LUF-direktivet framhålls särskilt att ändringar i de tekniska specifikationerna kan motivera en förlängning av tidsfristen. Skälen betonar att sådana ändringar dock inte får vara så väsentliga att de skulle medföra att andra anbudssökande ges tillträde än de som ursprungligen valdes eller att ytterligare deltagare anmäler sig till upphandlingsförfarandet. Detta skulle särskilt kunna vara fallet om ändringarna innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen fastställdes i upphandlingsdokumenten. Vid så väsentliga

ändringar som skälen syftar på är det inte tillräckligt med en förlängning av tidsfristen för anbud. I sådana fall måste upphandlingen göras om. Prop. 2015/16:195

Mot angiven bakgrund föreslår regeringen bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens ovan redovisade regleringar om förlängning av tidsfristen för anbud i de nya lagarna.

19.1.9 Förlängd tidsfrist om upphandlingsdokumenten inte görs elektroniskt tillgängliga

Regeringens förslag: Tidsfristen för anbud ska förlängas med fem dagar om den upphandlande myndigheten eller enheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten med elektroniska medel från den dag då en förhandsannons eller annons om upphandling publiceras eller från och med den dag då en inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena.

Tidsfristen för anbud ska även förlängas med fem dagar om den upphandlande enheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten med elektroniska medel från och med den dag då en inbjudan att lämnaanbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena, om anbudsinfordran utgörs av en annons om kvalificeringssystem.

Förlängningen med fem dagar ska inte göras om tidsfristen anges efter en överenskommelse. Förlängningen ska inte heller göras vid ett s.k. påskyndat förfarande.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Enligt promemorians förslag ska dock tidsfristen förlängas om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten inte ges ”från den dag då annonsen skickas för publicering”.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig över förslaget, *Västra Götalands läns landsting*, anmärker att det strider mot direktiven att publicera innehållet i annonser på nationell nivå innan annonsen publiceras av Europeiska unionens publikationsbyrå.

Skälen för regeringens förslag: Av artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 73.1 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från och med den dag då en annons offentliggörs i enlighet med artikel 51 respektive artikel 71, eller den dag då en inbjudan att bekräfta intresse avsändes. De annonser som avses är förhandsannonser, annonser om upphandling och efterannonser. I LUF-direktivet avses även annonser om kvalificeringssystem. Enligt artikel 73.1 andra stycket i LUF-direktivet ska elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten i sistnämnda fall ges så snart som möjligt och senast när inbjudan att lämna anbud eller inbjudan att förhandla avsänds.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten vid annonsering behandlas närmare i avsnitt 18.1.3. Enligt förslaget i det avsnittet ska upphandlingsdokumenten göras elektroniskt tillgängliga från den dag då förhandsannonsen eller annonsen om upphandling publiceras.

Prop. 2015/16:195 Skyldigheten att hålla dokumenten elektroniskt tillgängliga gäller sedan under hela annonseringstiden. Den svenska språkversionen av direktiven förefaller vara felaktig när den talar om att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel ”från och med” den dag då annonsen publiceras.

Vad gäller inbjudan att bekräfta intresse (enligt båda direktiven) och inbjudan att komma in med anbud eller att förhandla (enligt artikel 73.1 andra stycket i LUF-direktivet) saknas det skäl att avvika från den svenska språkversionen av direktiven i detta avseende. En inbjudan av aktuellt slag ska som huvudregel skickas till leverantörerna med elektroniska medel. Inbjudan ska innehålla uppgift om den internetadress där upphandlingsdokumenten kan hämtas. En leverantör som har fått inbjudan elektroniskt ska med andra ord omedelbart kunna få tillgång till upphandlingsdokumenten. I fråga om inbjudan att lämna anbud eller att förhandla föreskriver LUF-direktivet vidare att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga ”senast när” inbjudan avsänds. I de nu nämnda fallen ska alltså upphandlingsdokumenten, i enlighet med vad direktiven föreskriver, göras tillgängliga med elektroniska medel ”från och med” den dag då inbjudan skickas.

I artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet regleras vad som gäller om den upphandlande myndigheten inte kan ge sådan elektronisk direktåtkomst som föreskrivs. Enligt artikel 53.1 andra stycket får de upphandlande myndigheterna, om elektronisk tillgång till vissa upphandlingsdokument inte kan ges av något av de skäl som anges i artikel 22.1 andra stycket, i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange att berörda upphandlingsdokument kommer att översändas på annat sätt än med elektroniska medel i enlighet med artikel 53.2. I sådana fall ska tidsfristen för anbud förlängas med fem dagar, utom i brådskande situationer som bestyrks på lämpligt sätt i enlighet med artiklarna 27.3, 28.6 och 29.1 fjärde stycket. De skäl som avses i artikel 22.1 andra stycket rör främst situationer som innebär att leverantörerna måste använda utrustning som inte är allmänt tillgänglig för att kunna få tillgång till upphandlingsdokumenten. Artikel 53.2 föreskriver att kompletterande upplysningar om specifikationerna och de kompletterande handlingarna ska lämnas ut senast sex dagar före tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. Vid påskyndat förfarande ska denna tidsperiod vara fyra dagar.

Enligt artikel 53.1 tredje stycket i LOU-direktivet ska de upphandlande myndigheterna, om elektronisk tillgång till vissa upphandlingsdokument inte kan ges på grund av att myndigheterna avser att tillämpa artikel 21.2, i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange vilka åtgärder till skydd för uppgifternas konfidentiella karaktär som de kräver, och hur tillgång kan ges till de berörda dokumenten. I sådana fall ska tidsfristen för förlängas med fem dagar, utom i brådskande situationer som bestyrks på lämpligt sätt i enlighet med artiklarna 27.3, 28.6 och 29.1 fjärde stycket. Artikel 21.2 föreskriver att en upphandlande myndighet får ställa krav på leverantörer för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. Ett sådant krav kan ha formen av ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Motsvarande reglering om förlängning av tidsfristen med fem dagar finns i artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet. Till skillnad från LOU-direktivet anges att förlängning inte ska ske om tidsfristen fastställts efter en överenskommelse (se avsnitt 19.1.7). Det saknas dock skäl att behandla denna fråga på något annat sätt i den nya lagen om offentlig upphandling. Bestämmelsen om förlängning med fem dagar i LOU-direktivet tar sikte på händelser under annonseringstiden, dvs. före överenskommelsen om tidsfristen som görs i samband med att inbjudan att lämna anbud ska skickas. När överenskommelsen träffas är alltså den uteblivna elektroniska direktåtkomsten känd för leverantörerna. Det ligger i sakens natur att detta är något som beaktas av parterna när avtalet träffas.

Det saknas vidare skäl att i de nya lagarna göra frågan om förlängning av tidsfristen beroende av myndighetens eller enhetens anledning till att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten. För att bestämmelserna om förlängning ska vara begripliga och hanterliga bör de innebära att förlängning med fem dagar alltid ska ske om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument inte ges på föreskrivet sätt. Undantag ska endast göras för överenskommelser om tidsfristen och påskyndade förfaranden. Det finns inget hinder mot att göra bestämmelser om förlängning av minimitidsfrister mer heltäckande än vad direktiven anger.

Sammanfattningsvis bör därför de nya lagarna innehålla bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förlängning av tidsfristen för anbud vid utebliven elektronisk tillgång till upphandlingsdokument.

19.1.10 Påskyndat förfarande

Regeringens förslag: Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de föreskrivna tidsfristerna, ska följande gälla.

Tidsfristen för anbud vid öppet förfarande ska få bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Tidsfristen för anbudsansökningar vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska få bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska få bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En remissinstans, *Svensk Energi*, yttrar sig över förslaget och framför att påskyndat förfarande även bör kunna användas vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Skälen för regeringens förslag: Om det i en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten eller enheten är omöjligt att tillämpa tidsfristen för anbud vid öppet förfarande får, enligt artikel 27.3 i LOU-direktivet och artikel 45.3 i LUF-direktivet, myndigheten eller enheten fastställa en tidsfrist på minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om det i en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten är omöjligt att tillämpa tidsfristerna vid selektivt förfarande får myndigheten enligt artikel 28.6 i LOU-direktivet fastställa en tidsfrist för mottagande av anbudsansökningar på minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes. Under samma förutsättningar får vidare myndigheten vid ett sådant förfarande fastställa en tidsfrist för mottagande av anbud på minst tio dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud avsändes. Enligt artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet ska artikel 28.6 även tillämpas vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

LOU-direktivet medger inte att tidsfristen för anbudsansökningar får förkortas på grund av brådska, om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran och en inbjudan att bekräfta intresse därmed utgör startpunkten för tidsfristen.

LUF-direktivet saknar bestämmelser om förkortade tidsfrister vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta beror på att tidsfrister som motsvarar tidsfristerna vid påskyndat förfarande enligt LOU-direktivet i dessa fall kan fastställas med tillämpning av de ordinarie bestämmelserna i LUF-direktivet (jfr avsnitten 19.1.3 och 19.1.7).

Möjligheten att förkorta tidsfrister på grund av brådska (vid öppet förfarande) är en nyhet i LUF-direktivet. Artikel 38.8 i 2004 års LOU-direktiv medger en sådan förkortning av tidsfristen i vissa fall. Medan nämnda artikel talar om tidsfrist talar LOU-direktivet och LUF-direktivet om ”en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt”. Någon skillnad i sak mellan tidsfrist och brådskande situation torde inte föreligga. Begreppet tidsfrist är inarbetat genom den nuvarande bestämmelsen i 8 kap. 8 § LOU och bör kunna användas även i de båda nya lagarna. Även benämningen påskyndat förfarande är inarbetad och kan användas i de nya lagarna (jfr 8 kap. 12 § andra stycket LOU).

Att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som ska visa att förutsättningarna för det påskyndade förfarandet är uppfyllda (dvs. bestyrka tidsfristen på lämpligt sätt) följer av allmänna principer och behöver inte särskilt anges i de nya lagarna.

I promemorian föreslås en bestämmelse som innebär att tidsfristen för anbud inte ska få förkortas genom ett påskyndat förfarande, om tidsfristen i stället ska förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud. Enligt regeringens bedömning (se avsnitt 19.1.8) avser emellertid bestämmelsen om förlängning av tidsfristen endast redan meddelade tidsfrister. Något behov av en bestämmelse av aktuellt slag finns därför inte.

Direktiven innehåller inte någon bestämmelse som undantar påskyndade förfaranden från sådana förlängningar av tidsfristen som avses i avsnitt 19.1.8. Tvärtom framgår av direktiven att en förlängning av tidsfristen för anbud ska ske om kompletterande upplysningar inte

lämnas inom angiven tid vid ett påskyndat förfarande. Även vid ett påskyndat förfarande ska således en meddelad tidsfrist för anbud förlängas i de aktuella situationerna. Någon särskild bestämmelse om detta behövs inte.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förkortade tidsfrister i brådskande situationer föreslås i de nya lagarna. Det är inte möjligt att, som *Svensk Energi* framfört, lagstifta om påskyndat förfarande i andra fall än vad direktiven medger.

19.1.11 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: De nuvarande bestämmelserna om tidsfrister för upphandlingar utanför det direktivstyrda området ska tas in i de nya lagarna.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som uttalar sig i frågan, *Försvarets materielverk (FMV)*, tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I 15 kap. LOU respektive LUF finns bestämmelser om upphandling som helt eller delvis faller utanför det direktivstyrda området. Enligt 15 kap. 9 § LOU respektive LUF ska anbudssökande och anbudsgivare ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad.

Lagrådet har ifrågasatt varför tidsfristen för anbudsansökningar, till skillnad från direktivstyrd upphandling, enligt förslaget inte ska räknas från den dag då annonsen med ansökningsinbjudan skickades för publicering. Enligt *Lagrådet* bör frågan regleras på samma sätt som på det direktivstyrda området, om det inte finns något särskilt skäl mot det.

Utgångspunkten i detta lagstiftningsärende att bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF ska tas in i de nya lagarnas kapitel om upphandling som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområde. Bestämmelserna på det icke direktivstyrda området är inte föremål för någon översyn i detta lagstiftningsärende (se avsnitt 31.1). Regeringen ser därför inte något skäl att nu ändra de aktuella bestämmelserna om tidsfrister.

19.2.1 Det direktivstyrda området

Regeringens förslag: När den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer tidsfristen för anbudsansökningar eller anbud ska särskild hänsyn tas till hur komplex koncessionen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. Tidsfristen ska bestämmas så att alla leverantörer får tillräcklig tid att utarbeta en anbudsansökan eller ett anbud, om en sådan endast kan lämnas efter ett besök på plats.

Tidsfristen för anbudsansökningar eller anbud ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. Om förfarandet sker i successiva steg ska tidsfristen för anbud i stället vara minst 22 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbuden skickas in elektroniskt ska tidsfristen för anbud få förkortas med fem dagar.

Tidsfristen för anbud ska förlängas med fem dagar om den upphandlande myndigheten eller enheten inte ger tillgång till koncessionsdokumenten med elektroniska medel på föreskrivet sätt.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen anger dock inte hur den upphandlande myndigheten eller enheten ska förlänga tidsfristen om den inte ger tillgång till koncessionsdokumenten med elektroniska medel. I utredningens förslag är bestämmelsen om tidsfristen för anbud efter besök på plats placerad i en annan paragraf.

Remissinstanserna: Några remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)* tillstyrker förslaget. *Transportstyrelsen* anser att de föreslagna tidsfristerna är för korta med tanke på att upphandlingar av koncessioner generellt får antas vara mer komplicerade och omfattande än andra upphandlingar. *Sveriges Byggindustrier* anför att en anbudstid om endast 25 dagar vid upphandling av en komplex och omfattande byggkoncession uppenbart inte är tillräcklig. *Sveriges Byggindustrier* förordar att det i vart fall vid upphandling av byggkoncessioner föreskrivs om längre tidsfrister än de föreslagna.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna om tidsfrister finns samlade i artikel 39 i LUK-direktivet. Artikel 39.1 i LUK-direktivet föreskriver att tiden för att komma in med ansökningar eller anbud ska bestämmas med särskild hänsyn till hur komplex koncessionen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta ansökningarna eller anbuden. Motsvarande bestämmelser finns i LOU- och LUF-direktiven. Med ansökningar i artikel 39 avses anbudsansökningar.

Minimitidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska enligt artikel 39.3 i LUK-direktivet vara 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. Om förfarandet sker i successiva steg gäller dock en kortare minimitidsfrist för att

komma in med anbud. Enligt artikel 39.4 ska tidsfristen i sådana fall vara minst 22 dagar från och med den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande. Den svenska språkversionens användning av uttrycket ”från och med” i stället för ”från” synes vara en felöversättning (jfr avsnitten 19.1.4 och 19.1.9).

Enligt artikel 39.5 får tidsfristen för anbud förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten eller enheten godkänner elektronisk inlämning av anbud. Motsvarande möjlighet finns i LOU- och LUF-direktiven (se avsnitt 19.1.6). Till skillnad från LOU- och LUF-direktiven innehåller LUK-direktivet inte någon bestämmelse som medger att tidsfristen förkortas på grund av tidsbrist.

Artikel 39.2 innehåller en specialreglering för den situationen att anbudsansökningar eller anbud endast kan lämnas efter ett besök på plats. I sådana fall ska tidsfristen bestämmas så att alla berörda leverantörer får möjlighet att ta del av alla uppgifter som krävs för att utarbeta anbudsansökningar eller anbud. LOU- och LUF-direktiven har en motsvarande reglering i fråga om tidsfristen för anbud (se avsnitt 19.1.8).

Artikel 34 i LUK-direktivet reglerar den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att göra koncessionsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel (se vidare avsnitt 18.3.2). Om elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten inte ges på föreskrivet sätt ska tidsfristen för anbud förlängas. Till skillnad från LOU- och LUF-direktiven, som föreskriver en förlängning av anbudstiden med fem dagar i motsvarande situation, anges inte längden på förlängningen i LUK-direktivet.

Transportstyrelsen och Sveriges Byggindustrier anser att tidsfristerna i de nya lagen bör vara längre än vad som anges i LUK-direktivet. Regeringen konstaterar att tidsfristerna enligt direktivet är minimitidsfrister. Vid all upphandling gäller att särskild hänsyn ska tas till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. En alltför kort tidsfrist kan utgöra grund för överprövning av upphandlingen även om tidsfristen har varit längre än minimitidsfristen. Regeringen ser därför ingen anledning att avvika från LUK-direktivets reglering av minimitidsfristerna (jfr motsvarande bedömning i avsnitt 19.1.3).

Bestämmelser som genomför LUK-direktivets reglering om tidsfrister bör införas i den nya lagen om upphandling av koncessioner. Tidsfristen för anbud vid förfaranden i successiva steg bör räknas från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande. Utredningen har inte angett hur tidsfristen ska förlängas om koncessionsdokumenten inte görs tillgängliga med elektroniska medel. Regeringen bedömer att det är lämpligt att här införa samma ordning som vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. en förlängning av anbudstiden med fem dagar (se avsnitt 19.1.9). Det bör framhållas att tidsfristen aldrig får vara kortare än vad som följer av artiklarna 39.1 och 39.2 i LUK-direktivet.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några bestämmelser om tidsfrister för anbudsansökningar och anbud vid upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan. Flera remissinstanser anser att upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området inte bör regleras alls.

Skälen för regeringens bedömning: LUK-direktivets reglering är mer flexibel än LOU- och LUF-direktivets regleringar. Den nationella handlingsfriheten bör i ännu större grad avspeglas i reglerna för upphandling av koncessioner utanför LUK-direktivets tillämpningsområde. Regeringen instämmer i utredningens bedömning att detta område endast bör omfattas av de regler som är absolut nödvändiga. All upphandling enligt den nya lagen om upphandling av koncessioner ska enligt förslaget ske i enlighet med principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och proportionalitet. En otillräcklig tid för att komma in med anbud strider mot principen om proportionalitet. Regeringen ser mot denna bakgrund inget behov av att införa några bestämmelser om tidsfrister vid upphandling av koncessioner på det icke direktivstyrda området.

20 Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

20.1 Kommunikation vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Kommunikation under en upphandling ska som huvudregel ske med elektroniska medel. Dessa medel ska vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara och utrustning som används i allmänhet. De nya lagarna ska innehålla bestämmelser som anger i vilka fall kommunikation får ske med andra medel än elektroniska.

De nuvarande bestämmelserna i LOU och LUF om säkert bevarande av uppgifter, om öppnande av anbud, om information avseende användning av elektroniska medel, om möjlighet att ställa krav på avancerad elektronisk underskrift samt om utrustning vid elektronisk kommunikation ska tas in i de nya lagarna.

Regeringens bedömning: Direktivens möjlighet att senarelägga ikraftträdandet av bestämmelserna om obligatorisk elektronisk kommunikation bör inte utnyttjas.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock att skyldigheten att

kommunicera med elektroniska medel endast ska gälla vid inlämning av uppgifter från leverantörer. I övrigt ska det enligt utredningens förslag vara en målsättning att elektroniska medel används vid kommunikation under en upphandling.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser har inga invändningar mot utredningens förslag och bedömning. Till skillnad från utredningen anser dock *Konkurrensverket* att det klart framgår av direktivens ordalydelse att elektronisk kommunikation är obligatorisk under en upphandling utom i specificerade undantagsfall. I en situation där ett flertal myndigheter måste anskaffa nya tekniska lösningar kan det enligt *Konkurrensverket* vara samhällsekonomiskt fördelaktigt att ställa högre krav på lösningarna än vad direktiven gör. I så fall bör Sverige enligt verket utnyttja möjligheten att senarelägga ikraftträdandet av bestämmelserna. Även *Tillväxtverket*, *Samverkansorganet i Kalmar län*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Svenskt Vatten* och ett antal kommuner anser att Sverige bör utnyttja denna möjlighet. *Sveriges Offentliga Leverantörer* delar emellertid utredningens uppfattning att ingen övergångsperiod behövs. *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Västra Götalands läns landsting* och *Advokatfirman Delphi* är positiva till ett ökat elektroniskt förfarande. *Arbetsmiljöverket* och *SKL Kommentus* konstaterar att de redan använder elektronisk kommunikation vid sina upphandlingar. *Husbyggnadsvaror HBV Förening* befärrar att kravet på elektronisk kommunikation för inköpscentraler riskerar att utestänga mindre leverantörer som inte är vana vid elektroniska upphandlingssystem. *Myndigheten för delaktighet (MFD)* bedömer att begreppet ”allmänt tillgänglig” innebär att de elektroniska medlen ska kunna användas av personer med funktionsnedsättning som behöver hjälpmedel för att läsa det elektroniska innehållet. Myndigheten anser också att de nya lagarna bör ange att elektronisk kommunikation ska ske med iakttagande av en särskild standard för tillgänglighet av information (WCAG 2.0 nivå AA). *Handikappförbunden* påpekar att skälen till direktiven innehåller hänvisningar till FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Detta skulle enligt förbunden kunna återspeglas tydligare när det rör elektronisk kommunikation. *Byggherrarna*, *VVS Företagen* och *BIM Alliance Sweden* anser att det bör klargöras att upphandlande myndigheter och enheter får ställa krav på elektronisk kommunikation med s.k. byggnadsinformationsmodellering (BIM). *Försvarets materielverk (FMV)* anser att utredningens förslag i fråga om kommunikation i stort är väl avvägda. FMV föreslår att ett ytterligare undantag från kravet på användning av elektroniska medel för kommunikation bör gälla, om det finns anledning att anta att allmänt använda tjänster för elektronisk kommunikation uppvisar säkerhetsbrister som gör att upphandlingssekretessen kommer i fara. *Företagarna* och *Lantbrukarnas riksförbund (LRF)* hyser vissa farhågor vad gäller små och medelstora företags möjligheter att uppfylla krav på att anbudsansökningar och anbud ska undertecknas med avancerade elektroniska signaturer. *Borgholms kommun*, *Sollefteå kommun*, *Skåne läns landsting*, *Samverkansorganet i Kalmar län*, *SKL*, *Göteborgs stad Upphandlings AB* och *Byggherrarna* ifrågasätter behovet av procedurregler kring anbudsöppning mot bakgrund av att anbud enligt förslaget ska lämnas elektroniskt. Dessa remissinstanser anmärker att

Prop. 2015/16:195 sådana anbud öppnas direkt i det elektroniska upphandlingssystemet och att det inte går att öppna dem före anbudstidens utgång.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

En skyldighet att kommunicera med elektroniska medel

Det är i dag valfritt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda elektronisk kommunikation under en upphandling. I 9 kap. LOU respektive LUF finns vissa bestämmelser som reglerar hur en sådan kommunikation ska gå till.

Enligt artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet ska medlemsstaterna se till att all kommunikation och allt informationsutbyte enligt direktiven sker med hjälp av elektroniska medel för kommunikation. I punkterna framhålls att detta särskilt ska gälla för elektronisk inlämning. Artiklarna bör läsas i ljuset av skäl 52 i LOU-direktivet och skäl 63 i LUF-direktivet. I dessa skäl anges bl.a. att elektroniska medel bör bli standardhjälpmedel för kommunikation och informationsutbyte i upphandlingsförfaranden. Det bör enligt skälen vara obligatoriskt att i alla skeden av förfarandet föra en elektronisk kommunikation. Skyldigheten innebär dock inte att anbudena måste behandlas eller utvärderas elektroniskt eller att automatisk databehandling måste användas. Direktivens bestämmelser om elektroniska medel avser inte myndighetens eller enhetens interna förhållanden och inte heller kommunikation efter en avslutad upphandling.

Regeringen delar inte utredningens slutsats att de nya direktiven endast uttrycker en målsättning att elektroniska medel ska användas så långt det är möjligt vid kommunikation under en upphandling. I likhet med *Konkurrensverket* anser regeringen i stället att det klart framgår av artiklarnas ordalydelse att det är fråga om en skyldighet. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska således använda elektroniska medel vid kommunikation med leverantörer under en upphandling. De ska anvisa elektroniska medel som leverantörerna ska använda när de kommunicerar med myndigheten eller enheten. Regeringen föreslår mot denna bakgrund att de nya lagarna ska innehålla bestämmelser som gör det obligatoriskt att använda elektroniska medel för kommunikation under en upphandling.

Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel gäller generellt under en pågående upphandling, dvs. för all kommunikation från det att upphandlingen påbörjas (normalt sett genom publicering av en annons) fram till beslutet om kontraktstilldelning. Det finns således ingen skyldighet enligt direktiven att skicka underrättelsen om tilldelningsbeslutet med elektroniska medel. Regeringen delar utredningens bedömning att begreppet inlämning i direktiven inte bara avser anbudsansökningar och anbud utan alla uppgifter och viljeyttringar som en leverantör lämnar in eller tillkännager för en myndighet eller enhet under upphandlingen. Som framgår nedan är skyldigheten dock inte ovillkorlig utan försedd med undantag.

Av artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUF-direktivet framgår att all kommunikation ska ske med elektroniska medel vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem. Detta gäller även för

inköpscentraler enligt artikel 37.3 i LOU-direktivet och artikel 55.3 i LUF-direktivet (jfr skäl 72 i LOU-direktivet och skäl 81 i LUF-direktivet). Denna skyldighet regleras inte särskilt i lagarna utan omfattas av den allmänna skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel. De nya lagarna innehåller ett särskilt kapitel om elektroniska metoder för upphandling (dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger), se avsnitt 16.

Av artikel 84.1 första stycket h i LOU-direktivet (jfr artikel 22.1 femte stycket) framgår att den upphandlande myndigheten ska dokumentera skälen för ett beslut att inte använda elektroniska medel för inlämning av anbud. Enligt artikel 100.1 första stycket d i LUF-direktivet (jfr artikel 40.1 femte stycket) ska den upphandlande enheten bevara lämplig information för att vid ett senare tillfälle kunna motivera ett beslut av samma slag (se vidare avsnitt 20.3). Några sanktionsmedel mot en myndighet eller enhet som utan giltiga skäl underlåter att använda elektroniska medel för kommunikation regleras inte i direktiven.

Sättet för inlämning av anbudsansökningar och anbud ska framgå av den annons som används som anbudsinfördan. Annonsering behandlas i avsnitt 18. I det avsnittet behandlas även den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att skicka annonser med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Skyldigheten att hålla upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel vid annonsering behandlas i avsnitt 18.1.3.

De elektroniska medlen för kommunikation ska vara allmänt tillgängliga

Enligt artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet ska de verktyg och anordningar som används vid kommunikation med elektroniska medel vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga, driftskompatibla med den informations- och kommunikationsteknik som används i allmänhet och inte begränsa leverantörernas tillträde till upphandlingen i fråga. Detta motsvarar regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv, som har genomförts genom bestämmelserna i 9 kap. 2 § LOU respektive LUF. Dessa bestämmelser bör därför tas in i de nya lagarna.

Bestämmelserna i LOU och LUF föreskriver bl.a. att de elektroniska medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används. I artikel 22.1 andra stycket c i LOU-direktivet och artikel 40.1 andra stycket c i LUF-direktivet (se nedan) görs ett särskilt undantag från kravet att använda elektroniska medel. Undantaget gäller om användningen av elektroniska medel skulle kräva specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för den upphandlande myndigheten eller enheten. Även om undantaget tar sikte på förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten torde det inte vara möjligt att anvisa leverantörerna elektroniska medel för kommunikation, om medlen kräver användning av utrustning som inte är allmänt tillgänglig för leverantörerna. Regeringen anser därför att de nya lagarna även bör ange att de elektroniska medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan utrustning som i allmänhet används.

Enligt skäl 3 i LOU-direktivet och skäl 5 i LUF-direktivet bör FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning beaktas

Prop. 2015/16:195 vid genomförandet av direktiven, särskilt i samband med val av medel för kommunikation, tekniska specifikationer, tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av ett kontrakt. I skäl 53 i LOU-direktivet och skäl 64 i LUF-direktivet anges vidare att användningen av elektroniska medel för kommunikation bör ta vederbörlig hänsyn till tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. Skrivningen avser sättet för användning av allmänt tillgängliga elektroniska medel. Det kan t.ex. handla om att använda en viss standard för att göra ett elektroniskt meddelande visuellt lättillgängligt. Det kan även handla om att, i valet mellan allmänt tillgängliga elektroniska medel, välja det alternativ som är lämpligast för personer med funktionsnedsättning. När en upphandlande myndighet eller enhet upphandlar ett elektroniskt upphandlingssystem, som ska användas för kommunikation vid upphandling, är myndigheten eller enheten som huvudregel skyldig att fastställa de tekniska specifikationerna för systemet med hänsyn till personer med funktionsnedsättning (se avsnitt 17.1.1 samt artikel 42.1 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 60.1 fjärde stycket i LUF-direktivet). Begreppet allmänt tillgänglig avser den faktiska tillgängligheten av ett visst medel på en viss marknad. Som framgår ovan ska vidare de elektroniska medlen vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara och utrustning som används i allmänhet. Det är en fråga för den upphandlande myndigheten eller enheten att i den enskilda upphandlingen avgöra vilka elektroniska medel som uppfyller de krav som lagen ställer.

På vilket sätt information ska göras tillgänglig i elektroniska meddelanden, på webbplatser och i digitala tjänster ligger utanför upphandlingsdirektivens reglering. Det ligger därför utanför detta lagstiftningsärende att, som *Myndigheten för delaktighet (MFD)* har önskat, lämna förslag om att någon särskild standard för tillgänglighet eller motsvarande ska användas vid elektronisk kommunikation under en upphandling.

Hur bör direktivens reglering om elektronisk kommunikation genomföras?

Utöver vissa säkerhetskrav på den utrustning som ska ta emot elektroniska handlingar (se nedan) innehåller inte direktiven några krav på teknik, standarder eller format vid den elektroniska kommunikationen.

Av artikel 22.7 i LOU-direktivet och artikel 40.7 i LUF-direktivet framgår dock att kommissionen ska ges befogenhet att anta delegerade akter för att ändra de tekniska detaljer och egenskaper som enligt bilagor till direktiven ska gälla för den utrustning som tar emot elektroniska handlingar. Vidare ska kommissionen ges befogenhet att anta delegerade akter om den tekniska utvecklingen innebär att direktivens undantag från kravet på elektronisk kommunikation behöver inskränkas eller utvidgas. Enligt artiklarna ska kommissionen ges befogenhet att besluta om obligatoriska tekniska standarder endast när dessa noggrant har testats och deras användbarhet har bevisats i praktiken. Innan kommissionen gör användningen av en teknisk standard obligatorisk ska den noggrant överväga vilka kostnader detta kan medföra, särskilt i fråga om anpassningar till befintliga lösningar på e-upphandlingsområdet,

inklusive infrastruktur, processer och programvara (jfr skäl 56 till LOU-direktivet och skäl 67 till LUF-direktivet). Prop. 2015/16:195

Som *Konkurrensverket* har påtalat är obligatoriet enligt direktivens nuvarande lydelse på en teknisk sett tämligen låg nivå. Enligt verket bör Sverige av samhällsekonomiska skäl införa föreskrifter om elektronisk upphandling med längre gående tekniska krav än vad som följer av direktiven och då låta dessa bestämmelser träda i kraft vid en senare tidpunkt.

Regeringen konstaterar att syftet med detta lagstiftningsärende är att genomföra direktivens reglering. Det finns inte utrymme att inom ramen för detta lagstiftningsärende ta fram förslag som går utöver denna reglering. Ett beredningsunderlag för sådana förslag saknas i dessa delar. Det saknas även beredningsunderlag för de bestämmelser om kommunikation som skulle behöva gälla under tiden fram till dess att den nya ordningen kan träda i kraft. De nya lagarnas bestämmelser om elektronisk kommunikation bör således motsvara direktivens grundläggande reglering.

Ikraftträdande av bestämmelserna om elektronisk kommunikation

Av artikel 90.2 i LOU-direktivet och artikel 106.2 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna kan välja att senarelägga ikraftträdandet av de bestämmelser som genomför artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet. Bestämmelserna medger att ikraftträdandet senareläggs till och med den 18 oktober 2018 eller, i fråga om inköpscentraler, till och med den 18 april 2017. Möjligheten att skjuta upp ikraftträdandet gäller inte skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga.

Utredningen har gjort bedömningen att bestämmelserna om elektronisk kommunikation bör träda i kraft samtidigt med övriga bestämmelser som genomför direktiven. Några remissinstanser har anfört att upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer behöver tid att förbereda sig för den elektroniska upphandlingsprocessen och att Sverige därför bör utnyttja möjligheten att låta bestämmelserna träda i kraft vid en senare tidpunkt. *Konkurrensverket* anser att ikraftträdandet bör senareläggas om Sverige väljer att införa bestämmelser med högre tekniska krav än direktivens miniminivå. Det stora flertalet remissinstanser har dock inte rest några invändningar mot utredningens förslag om ikraftträdande.

Regeringen konstaterar att direktivens bestämmelser om elektronisk kommunikation endast avser kommunikation mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantörerna under en pågående upphandling. Det är alltså inte fråga om det vidare begreppet elektronisk upphandling som avser hela upphandlingsprocessen. Direktiven kräver inte användning av någon särskild teknik eller standard vid den elektroniska kommunikationen så länge säkerhetskraven uppfylls. Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel gäller endast medel som är icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och inte begränsar leverantörernas tillträde till en upphandling.

Konkurrensverket har i december 2014 på uppdrag av regeringen lämnat en lägesbeskrivning av elektronisk upphandling i Sverige (S2013/08859/RU). Enligt den enkätundersökning som

Prop. 2015/16:195 Konkurrensverket då genomfört tillämpade 81 procent av de upphandlande myndigheterna elektronisk upphandling. Ytterligare sju procent av myndigheterna planerade att införa elektronisk upphandling inom två år. Av de myndigheter som upphandlade elektroniskt använde 90 procent en mer avancerad e-tjänst (elektronisk upphandlingsplattform eller elektroniskt upphandlingssystem). Landsting och kommuner använde elektronisk upphandling i högre utsträckning än statliga myndigheter.

Konkurrensverket drar i rapporten slutsatsen att Sverige har mycket goda förutsättningar att uppfylla direktivens obligatorium. För de myndigheter som inte tillämpar elektronisk kommunikation vid upphandling gör Konkurrensverket bedömningen att obligatoriet kan uppfyllas genom strukturerade e-postbaserade lösningar, genom gemensamma upphandlingar eller genom användning av inköpscentraler. Vissa av de myndigheter som inte använder elektronisk upphandling anskaffar i stället varor och tjänster genom direktupphandling eller genom beställningar (avrop) enligt statliga ramavtal. Enligt regeringens bedömning bör något krav på elektronisk kommunikation inte gälla vid direktupphandling (se avsnitt 20.4.1).

Konkurrensverket har vidare i november 2015 lämnat rapporten Elektronisk upphandling, En analys av fördelar, nyttor utmaningar och hinder (Upphandlingsforskningsrapport 2015:8). Enligt rapporten använder 85 procent av de upphandlande myndigheterna elektronisk kommunikation vid upphandlingar. Av dessa myndigheter upplever 70 procent att e-upphandling har medfört besparingar. En majoritet (89 procent) av de upphandlande myndigheterna bedömer att det inte kommer att innebära några svårigheter att leva upp till obligatoriet.

De webbaserade upphandlingssystem som finns på marknaden i dag låter leverantörerna ta del av förfrågningsunderlag och lämna elektroniska anbud kostnadsfritt. Enligt *Sveriges Offentliga Leverantörer* är det de små och medelstora företagen som ser störst möjligheter med en elektronisk anbudsprocess. Regeringen konstaterade redan vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv att det i de flesta branscher torde vara möjligt att ställa ett ovillkorligt krav på att anbud ska lämnas elektroniskt utan att det kan anses vara diskriminerande mot vissa leverantörer (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 214).

Elektronisk upphandling är en prioriterad fråga för regeringen. Målet är att användningen av elektroniska lösningar i offentliga upphandlingar ska öka väsentligt. I Upphandlingsmyndighetens uppdrag ingår därför att bidra till att hela inköpsprocessen kan genomföras elektroniskt och att delta i standardiseringen av processen. På regeringens uppdrag har Upphandlingsmyndigheten den 21 december 2015 lämnat en rapport med ett underlag till en handlingsplan för en genomgående elektronisk inköpsprocess (Fi2015/05695/OU).

Detta lagstiftningsärende avser genomförande av direktiv. Regeringens förslag innebär att upphandlingsdirektivens grundläggande bestämmelser om elektronisk kommunikation ska genomföras i svensk rätt. Regeringen bedömer mot bakgrund av det ovan anförda att det finns goda förutsättningar att genomföra denna reglering utan att ytterligare senarelägga ikraftträdandet. Bestämmelserna om elektronisk kommunikation hindrar inte det parallella arbetet med lösningar för

elektronisk upphandling. När detta arbete har gjort framsteg får det övervägas om lagstiftningens krav på den elektroniska kommunikationen bör gå längre än vad direktiven kräver.

Kommunikation med alternativa elektroniska medel

Artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet reglerar den upphandlande myndighetens eller enhetens möjligheter att anvisa leverantörerna elektroniska medel som inte är allmänt tillgängliga. Enligt artiklarna får myndigheten eller enheten vid behov kräva användning av verktyg och anordningar som inte är allmänt tillgängliga, förutsatt att de erbjuder passande alternativa medel för tillgång. I artiklarna nämns tre exempel på sådana medel (andra stycket punkterna a–c). För det första kan myndigheten eller enheten på elektronisk väg ge oinskränkt, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till de verktyg och anordningar som krävs (punkten a). För det andra kan myndigheten eller enheten se till att anbudsgivare som behöver det kan använda provisoriska anordningar som görs tillgängliga kostnadsfritt online (punkten b). För det tredje kan myndigheten eller enheten stödja en alternativ kanal för elektronisk inlämning av anbud (punkten c).

Bestämmelser som genomför artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör framgå att det alternativa elektroniska medlet ska tillhandahållas utan kostnad för leverantörerna. Regeringen ser i likhet med utredningen inte något behov av att lagfästa den exemplifierande uppräkningsen i artiklarna. Regeringen delar *Lagrådets* bedömning att de aktuella bestämmelserna bör placeras omedelbart efter de bestämmelser som innehåller den allmänna skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel. Detta underlättar förståelsen av regelverket och framhåller inriktningen att elektroniska medel som huvudregel ska användas.

I artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet beskrivs en särskild situation där medlemsstaterna under upphandlingsfasen får kräva användning av elektroniska medel som inte är allmänt tillgängliga. Bestämmelserna är inte obligatoriska att genomföra för medlemsstaterna. Enligt artiklarna får medlemsstaterna kräva att särskilda elektroniska verktyg, t.ex. elektroniska modellverktyg för bygginformation (s.k. byggnadsinformationsmodellering, BIM) eller liknande, ska användas för offentliga byggtreprenadkontrakt och projekttävlingar. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten eller enheten erbjuda alternativa medel för tillgång enligt artikel 22.5 i LOU-direktivet respektive artikel 40.5 i LUF-direktivet fram till dess att verktygen i fråga blir allmänt tillgängliga.

BIM förutsätter, men inskränker sig inte till, att den geometriska informationen om byggnader och anläggningar beskrivs som tredimensionella produktmodeller med hjälp av olika typer av dataprogram (se SOU 2012:30 s. 180). *VVS Företagen* och *BIM Alliance Sweden* anser att de nya lagarna bör klargöra att upphandlande myndigheter och enheter får ställa krav på elektronisk kommunikation med BIM-teknik såväl under upphandlingsfasen som under kontraktfasen. Enligt de båda remissinstanserna är BIM ett allmänt vedertaget arbetssätt vid bygg- och installationsentreprenader,

Prop. 2015/16:195 projekteringar och projekttävlingar. Enligt *Byggherrarna* bör det klargöras att krav på användning av BIM-teknik under kontraktfasen kan ställas genom tekniska specifikationer.

Regeringen konstaterar att artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet utgör en exemplifiering av artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet. Några särskilda bestämmelser som genomför artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet behöver därför inte införas i de nya lagarnas kapitel om kommunikation under upphandlingen.

Det ankommer inte på regeringen att i detta lagstiftningsärende uttala sig om huruvida en särskild standard eller teknik är allmänt tillgänglig inom en viss bransch. Om ett elektroniskt verktyg för BIM anses som ett allmänt tillgängligt elektroniskt medel, är krav på användning av verktyget tillåtet vid en upphandling enligt de bestämmelser som genomför artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet. Om ett elektroniskt verktyg för BIM inte anses vara allmänt tillgängligt, kan krav på användning av verktyget under upphandlingen ställas med tillämpning av de bestämmelser som genomför artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet. Regeringen instämmer mot denna bakgrund i utredningens bedömning att det inte finns något hinder mot att kräva en BIM-baserad kommunikation vid upphandling av byggtreprenadkontrakt eller projekttävlingar. Någon bestämmelse som särskilt reglerar användning av BIM-teknik vid kommunikation under upphandlingsfasen föreslås därför inte. Vilka krav som kan ställas på en vara, tjänst eller byggtreprenad genom tekniska specifikationer behandlas i avsnitt 17.1.1.

Ett allmänt undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel

I artikel 22.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 andra stycket i LUF-direktivet finns en uppräkningslista över situationer som innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte behöver anvisa leverantörerna allmänt tillgängliga elektroniska medel för inlämning. Uppräkningen innehåller fyra punkter (a–d).

Punkten a gäller om användningen av elektroniska medel, på grund av upphandlingens specialiserade beskaffenhet, skulle kräva särskilda verktyg, anordningar eller filformat som inte finns allmänt tillgängliga eller inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer.

Enligt punkten b gäller undantaget om applikationer, som stöder filformat som är lämpliga för beskrivningen av anbuden, använder filformat som inte kan användas av några andra öppna eller allmänt tillgängliga applikationer eller omfattas av en licensordning och inte kan göras tillgänglig för nedladdning eller fjärranvändning av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Punkten c gäller om användningen av elektroniska medel skulle kräva specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för den upphandlande myndigheten eller enheten. I skäl 53 i LOU-direktivet och skäl 64 i LUF-direktivet nämns storformatsskrivare som ett exempel på sådan kontorsutrustning.

Punkten d avser situationer där upphandlingsdokumenten efterfrågar fysiska modeller eller arkitektmodeller som inte kan översändas med elektroniska medel.

Punkterna a–c beskriver enligt regeringens mening situationer där det elektroniska medlet för kommunikation inte uppfyller de lagstadgade krav som gäller för ett elektroniskt medel. Det är fråga om elektroniska medel som kräver användning av maskin- eller programvara eller utrustning som inte är allmänt tillgänglig. Enligt regeringens bedömning finns det inte något behov av att räkna upp dessa undantagssituationer i lagarna.

Punkten d avser situationer där det inte är möjligt att använda elektroniska medel över huvud taget. Regeringen kan inte heller se något behov av att reglera denna situation i lagarna.

Enligt regeringens mening bör undantaget från skyldigheten att anvisa allmänt tillgängliga elektroniska medel formuleras generellt i de nya lagarna. Undantagsbestämmelsen bör innebära att allmänt tillgängliga elektroniska medel inte behöver användas eller anvisas, om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller de lagstadgade kraven. Undantagsbestämmelsen innehåller ingen skyldighet att använda eller anvisa någon annan form av elektronisk kommunikation. Den upphandlande myndigheten kan exempelvis välja en postbaserad hantering. Om elektroniska medel anvisas ska det vara fråga om sådana alternativa elektroniska medel som den upphandlande myndigheten eller enheten kostnadsfritt tillhandahåller leverantörerna (se ovan).

I artikel 22.1 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 tredje stycket i LUF-direktivet regleras hur kommunikationen ska ske när förutsättningarna enligt någon av punkterna i andra stycket är uppfyllda. Regleringen innebär att den kommunikation där elektroniska medel inte används ska ske via post eller annan lämplig transportör eller en kombination av post eller annan lämplig transportör och elektroniska medel. I likhet med utredningen anser regeringen att det är obehövt att närmare reglera på vilka sätt denna kommunikation ska äga rum. Att anbudsansökningar och anbud inte får lämnas muntligt framgår av artikel 22.2 i LOU-direktivet och artikel 40.2 i LUF-direktivet (se nedan). De aktuella artiklarna behöver således inte genomföras enligt regeringens mening. I de nya lagarna bör emellertid klargöras att det allmänna undantaget endast gäller för den del av upphandlingen där elektroniska medel inte kan användas.

I skäl 53 tredje stycket i LOU-direktivet och skäl 64 tredje stycket i LUF-direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten, där så krävs av tekniska skäl, bör kunna fastställa en maximigräns för storleken på de filer som kan överföras. En motsvarande skrivning saknas i direktivens artiklar. Att ett krav av aktuellt slag kan ställas följer av proportionalitetsprincipen och kräver ingen särskild författningsreglering.

Undantag från elektronisk kommunikation på grund av säkerhetsskäl

Ett ytterligare undantag från kravet att anvisa allmänt tillgängliga elektroniska medel för kommunikation finns i artikel 22.1 fjärde stycket i

Prop. 2015/16:195 LOU-direktivet och artikel 40.1 fjärde stycket i LUF-direktivet. Enligt dessa artiklar är den upphandlande myndigheten eller enheten inte skyldig att anvisa leverantörerna elektroniska medel för inlämning i den mån det är nödvändigt på grund av säkerhetsbrister i de elektroniska medlen eller för att skydda den särskilt känsliga karaktären hos information som kräver en så hög skyddsnivå att den inte kan säkerställas på korrekt sätt genom användning av elektroniska medel som är allmänt tillgängliga eller som kan göras tillgängliga som alternativa medel (se nedan).

Utredningens förslag innebär att undantaget på grund av säkerhetsbrister ska avse förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten. *Försvarets materielverk (FMV)* anser att undantaget även bör gälla om det finns säkerhetsbrister hos leverantörerna i de tjänster för elektronisk kommunikation som tillhandahålls dessa. Enligt regeringens mening faller det undantag som FMV föreslår inom ramen för undantaget enligt direktiven. Undantaget bör framgå av lagtexten och gälla om det råder säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation.

Bestämmelser som genomför direktivens reglering om undantag från elektronisk kommunikation på grund av säkerhetsskäl föreslås i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör framgå att den upphandlande myndigheten eller enheten måste pröva möjligheten att använda alternativa elektroniska medel innan det blir tillåtet att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska.

FMV föreslår vidare att det införs ett särskilt undantag i lagarna för situationen att det framstår som osäkert om elektronisk kommunikation kommer att fungera tillförlitligt. Den situation som FMV avser är att internet under en längre tid inte fungerar av skäl som de upphandlande myndigheterna och enheterna inte kan kontrollera eller åtgärda (t.ex. vid cyberkrigföring och it-attacker). Som framgår ovan föreslår regeringen ett allmänt undantag från elektronisk kommunikation på grund av säkerhetsskäl. Om något fungerande elektroniskt medel för kommunikation inte finns tillgängligt över huvud taget, gäller självfallet inte skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel. Detta ligger i sakens natur och behöver enligt regeringens mening inte anges särskilt i de nya lagarna.

Muntlig kommunikation

Av artikel 22.2 i LOU-direktivet och artikel 40.2 i LUF-direktivet framgår att muntlig kommunikation får användas vid annan kommunikation än den som avser de väsentliga delarna av upphandlingsförfarandet, under förutsättning att innehållet i den muntliga kommunikationen dokumenteras i tillfredsställande utsträckning. Med de väsentliga delarna av upphandlingsförfarandet inbegrips enligt artiklarna upphandlingsdokument, anbudsansökningar, intresseförklaringar och anbud. Särskilt ska sådan muntlig kommunikation med anbudsgivare som väsentligen kan påverka innehållet i och bedömningen av anbudet dokumenteras i tillräcklig utsträckning och på lämpligt sätt.

Bestämmelser som genomför direktivens reglering om muntlig kommunikation bör införas i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör

framgå att muntlig kommunikation dock inte får användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem, se artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUK-direktivet.

Med muntlig kommunikation avses samtal som äger rum vid fysiska möten. *Lagrådet* har anfört att det är oklart vad som i övrigt avses med muntlig kommunikation i detta sammanhang. Enligt regeringens mening står det klart att telefonsamtal också anses utgöra muntlig kommunikation, oavsett om samtalet äger rum via fast telefon eller mobiltelefon. Eftersom telefonen inte används för lagring av data från samtalet anses kommunikationen inte ske med elektroniska medel enligt direktivens definition (jfr även artikel 29.1 c i LUK-direktivet där telefonsamtal anges som ett exempel på muntlig kommunikation). Som *Lagrådet* har påpekat innebär direktivens definition av elektroniska medel att inspelade muntliga meddelanden som skickas via MMS anses ha skickats med elektroniska medel enligt huvudregeln för kommunikation.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

Enligt artikel 22.3 första meningen i LOU-direktivet och artikel 40.3 första meningen i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten säkerställa att kommunikationen, informationsutbytet och lagringen av uppgifter sker på ett sådant sätt att alla uppgifters integritet bevaras. Detta motsvarar regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv, som har genomförts genom 9 kap. 6 § LOU respektive LUF. I dessa bestämmelser anges att kommunikation, informationsutbyte och lagrade uppgifter som rör ett upphandlingsärende ska bevaras säkert. I rubriken till bestämmelserna anges att uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert. Promemorians förslag motsvarar i huvudsak bestämmelserna i LOU och LUF.

Lagrådet har anfört att det bör klargöras vad som avses med att uppgifterna ska bevaras säkert och att rubrikens utformning bör övervägas. Av direktivtexten får anses framgå att syftet med bestämmelserna är att skydda uppgifterna från förvanskning (jfr de engelska språkversionernas uttryck ”the integrity of data - - - are preserved”). Detta bör framgå av bestämmelserna. Enligt regeringens mening bör bestämmelserna därför uttrycka att kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas. Rubriken i nuvarande lagstiftning är missvisande, eftersom bestämmelserna inte bara avser uppgifter från leverantörer. Därtill kommer att bestämmelserna även reglerar hanteringen av uppgifter vid kommunikation. Enligt regeringens mening bör rubriken därför mer allmänt ange att bestämmelsen avser hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

I artikel 22.3 första meningen i LOU-direktivet och artikel 40.3 första meningen i LUF-direktivet anges även att den upphandlande myndigheten eller enheten ska säkerställa att kommunikationen, informationsutbytet och lagringen av uppgifter sker på ett sådant sätt att den sekretess som gäller för anbuden och anbudsansökningarna bevaras. Detta följer av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen

Prop. 2015/16:195 (1990:409) om skydd för företagshemligheter och bör inte anges särskilt i bestämmelsen.

Bestämmelsen reglerar hur uppgifter ska behandlas när de kommuniceras och lagras. Däremot regleras inte vilka uppgifter som ska dokumenteras eller vilka dokument som ska bevaras efter en avslutad upphandling. Dessa frågor behandlas i avsnitt 20.3.

Öppnande av anbud

Artikel 22.3 andra meningen i LOU-direktivet och artikel 40.3 andra meningen i LUF-direktivet förbjuder den upphandlande myndigheten eller enheten att ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet innan tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut. Bestämmelser med detta innehåll finns i dag i 9 kap. 7 § första stycket LOU respektive LUF. Bestämmelserna bör tas in i de nya lagarna.

I likhet med 2004 års upphandlingsdirektiv är den svenska språkversionen av direktiven felaktig på så sätt att artiklarna hänvisar till anbudsansökningar och anbud men endast till tidsfristen för att komma in med anbud (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 376). Det är uppenbart att myndigheten eller enheten måste ta del av anbudsansökningarna innan tidsfristen för anbud har gått ut. Felaktigheten har korrigerats i lagbestämmelserna.

I 9 kap. 7 § andra stycket LOU respektive LUF finns en nationell bestämmelse som föreskriver att försändelser med anbud, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, ska öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten eller enheten ska delta. Anbudet ska föras upp i en förteckning som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en av en handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Utredningen har föreslagit att bestämmelsen ska tas in i de nya lagarna. Några remissinstanser anser att bestämmelsen synes förutsätta att anbudet lämnas i pappersform och att bestämmelsen bör kunna utgå vid elektronisk anbudslämning. Remissinstanserna påtalar att elektroniska anbud inte kan öppnas före anbudstidens utgång och att de inte kan manipuleras i systemet.

Regeringen konstaterar att bestämmelsen är tillämplig även på elektroniska anbud (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 376). Bestämmelsen fanns redan i de upphandlingsföreskrifter som föregick 1992 års LOU (jfr prop. 1992/93:88 s. 70). Den har enligt regeringens mening alltså ett värde som garanti för insyn i förfarandet. Bestämmelsen kan inte anses vara särskilt betungande att tillämpa för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Enligt regeringens mening finns det goda skäl för att låta bestämmelsen vara kvar. Den nuvarande bestämmelsen om anbudsöppning bör således tas in i de nya lagarna.

Lagrådet har ifrågasatt varför bestämmelsen inte gäller även för anbudsansökningar. Som både regeringen och Lagrådet har uttalat vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 376 och del 2 s. 627) kan det dock finnas skäl för en något

mindre strikt behandling av anbudsansökningar. Bestämmelsen har vidare funnits under mycket lång tid utan att vara tillämplig på anbudsansökningar. Några egentliga överväganden om att eventuellt utöka tillämpningsområdet till att även omfatta anbudsansökningar har heller inte gjorts i det här lagstiftningsärendet. Något sådant förslag lämnas därför inte.

Kammarrätten i Göteborg har framfört att en av handelskammare utsedd person även borde kunna användas i andra situationer under en upphandling. Enligt regeringens mening saknas det dock förutsättningar för att inom ramen för detta lagstiftningsärende om genomförande av direktiv, överväga ett sådant förslag.

Information om användning av elektroniska medel

Enligt artikel 22.6 första stycket a i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket a i LUF-direktivet ska information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, finnas tillgänglig för alla berörda parter. Med undantag för skrivningen om tidsstämpling motsvarar detta regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv, som har genomförts genom 9 kap. 3 § första stycket LOU respektive LUF. Dessa bestämmelser bör därför tas in i de nya lagarna. Bestämmelserna bör kompletteras med ett krav på information avseende tidsstämpling.

Krav på en avancerad elektronisk underskrift

I LOU och LUF finns inget krav på att leverantören måste underteckna en anbudsansökan eller ett anbud. Något sådant krav föreslås inte heller i denna proposition. Det är alltså en fråga för de upphandlande myndigheterna och enheterna att avgöra om en anbudsansökan eller ett anbud ska undertecknas och i så fall hur.

Enligt artikel 22.6 första stycket b i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket b i LUF-direktivet ska medlemsstaterna, eller de upphandlande myndigheter och enheter som agerar inom en övergripande ram som fastställts av medlemsstaten, ange den säkerhetsnivå som krävs för de elektroniska medlen i olika skeden av upphandlingsförfarandet. Säkerhetsnivån ska stå i proportion till de risker som är förknippade med förfarandet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan i vissa fall anse att säkerhetsnivån kräver att en anbudsansökan eller ett anbud ska undertecknas med en avancerad elektronisk underskrift (jfr skäl 57 i LOU-direktivet och skäl 68 i LUF-direktivet). Om risknivån är sådan att avancerade elektroniska underskrifter krävs, ska myndigheterna och enheterna enligt artiklarnas punkt c godta avancerade elektroniska underskrifter som stöds av ett kvalificerat certifikat (en s.k. kvalificerad elektronisk underskrift).

Europaparlamentet och rådet har den 23 juli 2014 antagit en ny förordning (EU) nr 910/2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG (EU:s förordning om elektronisk identifiering). Förordningen träder i kraft i sina materiella delar den 1 juli 2016. Förordningen syftar till att underlätta gränsöverskridande elektroniska transaktioner för medborgare i medlemsstaterna.

Prop. 2015/16:195 Genom EU:s förordning om elektronisk identifiering ersätts begreppet avancerad elektronisk signatur med begreppet avancerad elektronisk underskrift. Enligt 9 kap. 3 § andra stycket LOU respektive LUF, i deras lydelse från och med den 1 juli 2016, får en upphandlande myndighet eller enhet kräva att elektroniska anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i EU:s förordning om elektronisk identifiering. Före den 1 juli 2016 har lagrummen i stället hänvisat till en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer. Nämda lag upphör att gälla vid utgången av juni 2016.

Kraven på en avancerad elektronisk underskrift motsvarar kraven på en avancerad elektronisk signatur (jfr prop. 2015/16:72 s. 53). I praktiken är en avancerad elektronisk underskrift en e-legitimation, ett bank-ID eller annan motsvarande signeringsfunktion som tas fram genom kryptering med någon form av personlig nyckel hos användaren. En kvalificerad elektronisk underskrift är en avancerad elektronisk underskrift med högre krav på säkerhet och kryptering. Ordningen med kvalificerade elektroniska signaturer har ännu inte fått genomslag i Sverige.

Av LOU- och LUF-direktiven framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa krav på att anbud ska vara försedda med en avancerad elektronisk underskrift, om det behövs på grund av säkerhetsskäl. Bestämmelserna i 9 kap. 3 § andra stycket LOU respektive LUF som tillåter ett sådant krav bör därför tas in i de nya lagarna. Bestämmelserna bör även omfatta anbudsansökningar.

En kvalificerad elektronisk underskrift är en avancerad elektronisk underskrift med högre krav på säkerhet och kryptering. Det innebär att en kvalificerad elektronisk underskrift, som uppfyller direktivens krav, ska godtas om myndigheten eller enheten har ställt krav på en avancerad elektronisk underskrift. Regeringen anser i likhet med utredningen att direktivens uttalanden i denna del inte behöver genomföras genom någon särskild bestämmelse. Detsamma gäller artikel 22.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 40.6 andra stycket i LUF-direktivet, som upplyser om vad som följer av kommissionens beslut av den 25 februari 2011 om fastställande av minimikrav för behandling över gränserna av dokument som signerats elektroniskt av behöriga myndigheter i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden.

Lantbrukarnas riksförbund (LRF) och *Företagarna* hyser vissa farhågor kring små och medelstora företags tillträde till upphandlingar om krav ställs på avancerade elektroniska underskrifter. Regeringen konstaterar emellertid att det inte är fråga om en skyldighet att ställa ett sådant krav utan en möjlighet om behovet av en säker identifikation av undertecknaren gör det nödvändigt i den enskilda upphandlingen. Det finns även andra, mindre ingripande lösningar som kan användas i elektroniska upphandlingssystem för att identifiera den person som ska underteckna en anbudsansökan eller ett anbud. Kostnaderna för en avancerad elektronisk underskrift synes inte heller vara så höga att de riskerar att nämnvärt försvåra små och medelstora företags tillträde till upphandlingar.

Som framgår ovan innebär artikel 22.6 första stycket b i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket b i LUF-direktivet att medlemsstaterna, eller de upphandlande myndigheter och enheter som agerar inom en övergripande ram som fastställts av medlemsstaten, ska ange den säkerhetsnivå som krävs för de elektroniska medlen för kommunikation i olika skeden av upphandlingsförfarandet. Säkerhetsnivån ska stå i proportion till de risker som är förknippade med förfarandet.

I bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet finns vidare särskilda bestämmelser med krav på de verktyg och anordningar som används vid elektronisk mottagning av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Bilagorna innehåller bl.a. regler till skydd för anbudssekretessen.

Det är inte möjligt att i de nya lagarna – utöver vad som följer av ovan angivna bilagor till direktiven – närmare ange vilken säkerhetsnivå som ska gälla för kommunikation med elektroniska medel under en upphandlings olika skeden. Lagarna bör i stället innehålla bestämmelser som anger den övergripande ramen inom vilken de upphandlande myndigheterna och enheterna ska ange denna säkerhetsnivå. Bestämmelserna bör innebära att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska se till att kommunikationen med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

De krav som myndigheterna och enheterna ställer på leverantörerna avseende säkerheten vid elektronisk kommunikation ska vara förenliga med proportionalitetsprincipen. Detta behöver inte särskilt anges i lagarna.

I 9 kap. 3 § tredje stycket LOU respektive LUF finns bestämmelser om den utrustning som en upphandlande myndighet eller enhet ska ha för att kunna ta emot elektroniska anbudsansökningar, anbud, ritningar och planer på ett säkert sätt. Enligt bestämmelserna ska utrustningen vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig person har tagit del av uppgifterna. Kompletterande bestämmelser om säkerhetsanordningarna finns i 13 § upphandlingsförordningen (2011:1040), som genomför huvuddelen av de krav som anges i bilagor till 2004 års upphandlingsdirektiv.

De nuvarande bestämmelserna i LOU och LUF om utrustningen vid elektronisk kommunikation bör tas in i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör enligt regeringens mening även framgå att säkerhetsanordningarna ska fastställa exakt tidpunkt för mottagande av handlingarna och säkerställa att ingen har tillträde till uppgifterna före utgången av tidsfristen. Dessa krav följer av bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet. Skrivningen att utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att ”vissa uppgifter går att få fram” är oklar och bör utgå ur lagarna.

Av 9 kap. 3 § fjärde stycket LOU respektive LUF framgår att regeringen meddelar närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna. Även de nya lagarna bör innehålla bestämmelser som upplyser om att regeringen kan meddela sådana föreskrifter. Regeringen avser att

Prop. 2015/16:195 meddela kompletterande föreskrifter om säkerhetsanordningarna i den nya upphandlingsförordningen. Föreskrifterna kommer att genomföra de delar av bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet som inte genomförs i lag.

20.2 Information till leverantörer vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

20.2.1 Kompletterande upplysningar

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet skriftligen lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för att lämna anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. Vid ett påskyndat förfarande ska denna tidsfrist vara fyra dagar.

Tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar ska anges i en inbjudan att lämna anbud.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Enligt promemorians förslag ska kompletterande handlingar och kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten lämnas till alla anbudsgivare som deltar i upphandlingsförfarandet.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: En leverantör får begära att en upphandlande myndighet eller enhet lämnar förtydligande och kompletterande information om upphandlingen. LOU- och LUF-direktiven innehåller bestämmelser som reglerar inom vilken tid sådan information ska lämnas. Enligt artikel 53.2 i LOU-direktivet och artikel 73.2 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten till alla anbudsgivare som deltar i upphandlingsförfarandet lämna ut ”kompletterande upplysningar om specifikationerna och de kompletterande handlingarna” senast sex dagar före tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. I artiklarna anges vidare att tidsperioden ska vara fyra dagar vid påskyndat förfarande (se avsnitt 19.1.10). Bestämmelserna är tillämpliga oavsett vilket förfarande som används.

Bestämmelser om kompletterande upplysningar och handlingar finns i dag i artiklarna 39.2 och 40.4 i 2004 års LOU-direktiv samt artiklarna 46.2 och 47.3 i 2004 års LUF-direktiv. Bestämmelserna har genomförts genom 8 kap. 9 § andra stycket och 12 § LOU samt 8 kap. 10 § andra stycket och 13 § LUF. Tidsgränserna för att lämna ut den kompletterande informationen enligt 2004 års upphandlingsdirektiv motsvarar tidsgränserna i LOU- och LUF-direktiven.

Enligt 2004 års upphandlingsdirektiv ska de kompletterande upplysningarna avse förfrågningsunderlaget (”specifications” i de engelska språkversionerna). I LOU- och LUF-direktiven förekommer

inte begreppet förfrågningsunderlag. I stället används det vidare begreppet upphandlingsdokumenten. Prop. 2015/16:195

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om kompletterande upplysningar föreslås i de nya lagarna. De kompletterande upplysningarna bör avse upphandlingsdokumenten. De upplysningar som avses är av sådan vikt att de bör lämnas skriftligen. Detta bör framgå av bestämmelserna. Det är enligt regeringens mening överflödigt att särskilt tala om kompletterande handlingar i de aktuella bestämmelserna.

Lagrådet har ifrågasatt den begränsning till anbudsgivare som finns i direktivbestämmelserna och i lagrådsremissens förslag. Som *Lagrådet* har påpekat innebär bestämmelserna enligt sin ordalydelse att endast den som har lämnat anbud senast sex dagar före slutdagen har rätt att få kompletteringarna. En sådan begränsning är svårförenlig med likabehandlingsprincipen. De nuvarande bestämmelserna om kompletterande upplysningar i LOU och LUF har inte någon motsvarande begränsning. Regeringen anser mot denna bakgrund att upplysningarna enligt de nya bestämmelserna ska lämnas till samtliga leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Om kompletterande upplysningar inte lämnas inom angivna tidsfrister, ska tidsfristen för anbud förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud (se avsnitt 19.1.8). En sådan förlängning förutsätter att upplysningarna har begärts i god tid. För att underlätta bedömningen av om en begäran har framställts i god tid, bör en inbjudan att lämna anbud innehålla uppgifter om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar. LOU och LUF samt 2004 års LUF-direktiv innehåller, till skillnad från LOU- och LUF-direktiven, en sådan reglering (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 368 och 515). Bestämmelser med denna innebörd föreslås i de nya lagarna. Inbjudan att lämna anbud behandlas närmare i avsnitt 18.2.2.

20.2.2 Underrättelse om beslut

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal inte får ingås (avtalsspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfordran eller att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna har inga invändningar mot förslaget. *Trafikverket* anser att underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska innehålla de upplysningar som enligt direktiven ska lämnas på begäran av en leverantör som har lämnat ett godtagbart

Prop. 2015/16:195 anbud (se avsnitt 20.2.3). *Advokatfirman Lindahl* anser att det bör framgå av lag att någon underrättelse om tilldelningsbeslutet inte behöver skickas när det endast finns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 55.1 i LOU-direktivet och artikel 75.1 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om ingåendet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt eller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, inklusive skälen till att den har beslutat att inte ingå ett ramavtal eller tilldela ett kontrakt efter anbudsinfördran eller att upprepa förfarandet eller att inte inrätta ett dynamiskt inköpssystem. Regleringen motsvarar i allt väsentligt regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Av ordalydelsen i direktiven synes följa att upplysningar om skälen endast ska lämnas när den upphandlande myndigheten eller enheten har beslutat att inte fullfölja ett påbörjat upphandlingsförfarande. I likhet med vad som gäller i dag enligt 9 kap. 9 § LOU respektive LUF bör dock upplysningar alltid lämnas om skälen för ett beslut i ett upphandlingsärende (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 378 och 522).

Av en underrättelse om tilldelningsbeslut ska omständigheterna som legat till grund för beslutet framgå tydligt så att en leverantör kan avgöra om man vill ansöka om överprövning av upphandlingen. Vilka upplysningar som bör lämnas för att uppfylla detta får avgöras med hänsyn till omständigheterna i varje enskild upphandling. I enlighet med den bedömning som regeringen har gjort i tidigare lagstiftningsärenden är det inte lämpligt att i lag närmare reglera vilken information som ska tas in i en beslutsunderrättelse (se prop. 2001/01:142 s. 61 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 112–115). De båda s.k. rättsmedelsdirektiven kräver enligt regeringens bedömning inte att underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehåller en fullständig redogörelse för sådana uppgifter som ska lämnas på begäran av leverantör (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 114 f. och avsnitt 20.2.3 nedan). Regeringen ser därför inte skäl att tillmötesgå *Trafikverkets* önskemål om en sådan reglering (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 380). En lagstiftning i enlighet med vad Trafikverket föreslår innebär bl.a. att underrättelsen skulle behöva utformas på olika sätt till olika mottagare, eftersom det vinnande anbudet då ska jämföras med anbudet från den leverantör som ska ta emot underrättelsen.

Enligt 9 kap. 9 § LOU respektive LUF ska underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehålla uppgift om den period under vilken avtal inte får ingås (avtalsspärr). Denna reglering trädde i kraft den 15 juli 2010 och infördes med anledning av implementeringen av det s.k. ändringsdirektivet (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 99–106, 115, 338 och 382). Enligt artikel 2a.2 i ändringsdirektivet ska underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehålla information om den exakta tiden för avtalsspärrens längd. Av artikel 91 i LOU-direktivet och artikel 107 i LUF-direktivet följer att hänvisningar i ändringsdirektivet till 2004 års båda upphandlingsdirektiv ska anses avse LOU-direktivet respektive LUF-direktivet.

Vid införandet av den s.k. tiodagarsfristen i 1992 års LOU uttalade regeringen att det inte finns någon skyldighet att skicka en underrättelse

om tilldelningsbeslutet om det endast finns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande. Regeln i 1992 års LOU om att det ska gå tio dagar innan upphandlingen får avslutas är således inte tillämplig i sådana fall (se prop. 2001/02:142 s. 81). Undantagen ansågs inte behöva anges i lagen. Vid genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr i LOU och LUF har regeringen gjort samma bedömning (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 117). Någon avtalsspärr råder alltså inte i dessa fall. Det saknas anledning att i detta lagstiftningsärende frånga regeringens tidigare bedömning. Till skillnad från *Advokatfirman Lindahl* ser således regeringen inte något behov av att nu lagfästa undantaget från underrättelseskyldigheten. Frågan om rätten till överprövning i nu aktuella fall behandlas i avsnitt 30.

Bestämmelser som genomför LOU-direktivets och LUF-direktivets regleringar om underrättelser till leverantörer om beslut under upphandlingen bör införas i de nya lagarna. Bestämmelserna bör i huvudsak motsvara 9 kap. 9 § LOU respektive LUF. Härav följer att en underrättelse om tilldelningsbeslut ska innehålla uppgift om avtalsspärr. Det innebär vidare att en skriftlig underrättelse ska lämnas snarast möjligt till anbudssökandena och anbudsgivarna när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfordran eller att göra om upphandlingen. Även en sådan underrättelse ska innehålla skälen för beslutet.

LOU- och LUF-direktiven samt de nya lagarna innebär att skyldigheten att underrätta anbudssökandena om att upphandlingen har avbrutits inträder på ett tidigare stadium än i dag vid tvåstegsförfaranden. Enligt den nya regleringen ska nämligen den upphandlande myndigheten eller enheten informera om att en upphandling har avbrutits efter anbudsinfordran. En anbudsinfordran kan göras genom en annons om upphandling, en förhandsannons eller en annons om kvalificeringssystem (jfr avsnitt 18.1.1). I LOU och LUF gäller i stället skyldigheten att underrätta om en avbruten upphandling efter det att det har gått ut en inbjudan att lämna anbud (jfr avsnitt 18.2.2).

Uppgifter får tas in i en beslutsunderrättelse först efter sekretessprövning (se prop. 2001/02:142 s. 63–65). Den särskilda sekretessreglering som finns i artikel 55.3 i LOU-direktivet och artikel 75.3 i LUF-direktivet behandlas i avsnitt 21.2. Information till leverantörerna om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem behandlas i avsnitt 16.1.3.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet. Under samma förutsättningar ska myndigheten eller enheten i förekommande fall lämna upplysningar om hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar på begäran av en leverantör ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig särskilt över förslaget. *Kammarrätten i Göteborg* anför att uppgifter om förhandlingar eller dialog med anbudsgivare i merparten av fallen kommer att omfattas av sekretess, varför den nya bestämmelsen riskerar att bli tandlös. Det kan enligt kammarrätten ifrågasättas om information om pågående förhandlingar med andra anbudsgivare alls kan lämnas ut med hänsyn till principen om likabehandling. Det finns vidare enligt kammarrätten anledning att överväga om tidsfristen om 15 dagar för att lämna upplysningar bör avkortas så att den bättre harmoniserar med bestämmelserna om avtalsspärr när ett tilldelningsbeslut meddelas leverantörerna elektroniskt. *Trafikverket* anser att den information som på begäran ska lämnas till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud i stället bör tas in i underrättelsen om tilldelningsbeslutet (se avsnitt 20.2.2). *Tillväxtverket* välkomnar förslaget att en upphandlande myndighet eller enhet på begäran ska underrätta varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 55.2 i LOU-direktivet och artikel 75.2 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran av en anbudssökande, vars ansökan avslagits, underrätta denne om skälen för avslaget. En motsvarande upplysningsplikt finns gentemot en anbudsgivare vars anbud avslagits. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vidare på begäran underrätta varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet. En anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud har dessutom rätt att på begäran få upplysningar av den upphandlande myndigheten eller enheten om genomförandet av och framstegen i förhandlingarna samt dialogen med anbudsgivarna. Det sistnämnda är en nyhet i förhållande till 2004 års båda upphandlingsdirektiv.

I såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet anges att upplysningarna ska lämnas snarast möjligt, och i alla händelser senast 15 dagar från mottagandet av en skriftlig begäran. Tidsfristen är oförändrad i förhållande till 2004 års upphandlingsdirektiv.

Regeringen anser att bestämmelsen om tidsfristen för att lämna upplysningar bör genomföras i enlighet med direktivens reglering på samma sätt som har skett i LOU och LUF. Den översyn av tidsfristen som förordats av *Kammarrätten i Göteborg* låter sig inte göras i detta sammanhang. Det torde vidare ligga i den upphandlande myndighetens eller enhetens eget intresse att lämna ut begärda upplysningar i så god tid att onödiga överprövningar kan undvikas.

En underrättelse om tilldelningsbeslut ska innehålla skälen för att en viss leverantör har tilldelats kontraktet. Upplysningar på begäran av en leverantör ska däremot ange skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats. Vidare kan sådana upplysningar innebära att en jämförelse måste göras mellan leverantörens anbud och det vinnande anbudet. Upplysningsskyldigheten på begäran av leverantör sträcker sig således längre än underrättelseskyldigheten avseende ett tilldelningsbeslut (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 379 f.). Skyldigheten att lämna upplysningar om dialog eller förhandlingar med andra anbudsgivare är enligt direktiven inte begränsad till avslutade upphandlingar.

Trafikverkets synpunkt på den föreslagna bestämmelsen om upplysningsskyldighet behandlas i avsnitt 20.2.2. Som *Kammarrätten i Göteborg* har uppmärksammat innebär skyldigheten att lämna upplysningar till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud inte att den upphandlande myndigheten eller enheten får åsidosätta bestämmelser om sekretess och företagshemligheter (jfr artikel 55.3 i LOU-direktivet, artikel 75.3 i LUF-direktivet och prop. 2001/02:142 s. 63–65). Före tilldelningsbeslutet råder enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, absolut sekretess för uppgifter som rör anbud. Det innebär att uppgift om vilka anbudsgivare som förhandlar eller för dialog med en myndighet eller enhet omfattas av sekretess. En sådan uppgift får även betraktas som en företagshemlighet enligt lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. De upplysningar som under en pågående upphandling på begäran ska lämnas om förhandlingar och dialoger med andra anbudsgivare får således lämnas på en mycket övergripande nivå och utan att uppgifter som rör anbudens röjs. Ett sådant uppgiftslämnande kan inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Efter tilldelningsbeslutet råder inte längre absolut sekretess. Uppgifter om dialoger och förhandlingar får då lämnas ut efter sekretessprövning (jfr 19 kap. 3 § första stycket samt 31 kap. 16 och 17 §§ OSL).

I artikel 55.2 i LOU-direktivet och artikel 75.2 i LUF-direktivet anges vissa exempel på omständigheter som lett till att anbud förkastats och som ska motiveras. Det rör sig om anbud som innehåller avvikelser från angivna specifikationer eller som hänvisar till vissa standarder, när den upphandlande myndigheten ställt krav på prestanda eller funktion (artikel 42.5 och 42.6 i LOU-direktivet och artikel 60.5 och 60.6 i LUF-direktivet). Det får anses uppenbart att en upphandlande myndighet eller enhet, som inte godtar ett anbud av en sådan anledning som avses, på

Prop. 2015/16:195 begäran måste lämna upplysningar om skälen. Något behov av att ange dessa exempel i lag finns därför inte (se motsvarande bedömning i prop. 2006/07:128 del 1 s. 379).

Bestämmelser som genomför LOU-direktivets och LUF-direktivets regleringar om upplysningar på begäran av en leverantör föreslås i de nya lagarna. Bestämmelserna bör motsvara dagens reglering i 9 kap. 10 § LOU respektive LUF och dessutom innehålla en skyldighet att, på begäran av en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud, i förekommande fall lämna upplysningar om hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Som framgår ovan får upplysningar lämnas till leverantörer först efter sekretessprövning. Den särskilda sekretessreglering som finns i artikel 55.3 i LOU-direktivet och artikel 75.3 i LUF-direktivet behandlas i avsnitt 21.2.

20.3 Dokumentation vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet ska upprätta en individuell rapport för varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas. En upphandlande enhet ska i dessa situationer i stället bevara lämplig information, som ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut under upphandlingen. En individuell rapport ska inte behöva upprättas om kontrakt tilldelas på grundval av vissa ramavtal.

Vad en individuell rapport ska innehålla ska i huvudsak regleras i den nya lagen om offentlig upphandling. Denna lag ska upplysa om att regeringen kan meddela närmare föreskrifter om innehållet i en sådan rapport. Vilken information som ska bevaras av en upphandlande enhet ska framgå av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

En individuell rapport ska på begäran sändas till Europeiska kommissionen eller den svenska tillsynsmyndigheten. Detsamma ska gälla den information och dokumentation som en upphandlande enhet har bevarat.

De nuvarande bestämmelserna om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden ska tas in i de nya lagarna. I bestämmelserna ska dessutom anges att upphandlande myndigheter och enheter ska bevara ingångna kontrakt och ramavtal åtminstone under kontraktets eller ramavtalets löptid.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Enligt utredningens förslag ska dock kraven på innehållet i en individuell rapport endast regleras i förordning. Utredningen föreslår att skyldigheten att på begäran sända handlingar till kommissionen eller den

Remissinstanserna: Några remissinstanser uttalar sig i frågan. *Domstolsverket, Kriminalvården och Försvarets materielverk (FMV)* anmärker att kravet på individuella rapporter innebär en ökad administrativ börda. *Konkurrensverket* anser att den ansvariga myndigheten bör bemyndigas att meddela föreskrifter om vad en individuell rapport ska innehålla och om hur uppgifterna ska lämnas till den myndigheten. *Konkurrensverket* påtalar vidare att direktivens bestämmelser om rätt att få tillgång till sparade kontrakt inte fullt ut motsvaras av offentlighetsprincipen enligt tryckfrihetsförordningen. *Sandvikens kommun* tillstyrker förslaget om individuella rapporter.

Skälen för regeringens förslag

Dokumentation av förfaranden

Enligt artikel 84.2 i LOU-direktivet och artikel 100.2 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten dokumentera genomförandet av alla upphandlingsförfaranden oavsett om förfarandena sker med hjälp av elektroniska medel eller inte. Myndigheten eller enheten ska spara tillräcklig dokumentation för att motivera beslut som fattats i samtliga skeden i upphandlingsförfarandet. Detta inbegriper dokumentation om kommunikation med leverantörer, interna överläggningar, utformning av upphandlingsdokumenten, eventuella dialoger och förhandlingar samt urval och tilldelning av kontrakt. Dokumentationen ska sparas i minst tre år från den dag då kontraktet tilldelades.

Dagens lagstiftning saknar bestämmelser som tar sikte på den upphandlande myndighetens eller enhetens allmänna dokumentationsplikt under en upphandling. Sådana bestämmelser bör införas i de nya lagarna med anledning av direktivens reglering. Bestämmelserna bör föreskriva att myndigheten eller enheten ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Enligt *Lagrådet* innebär sistnämnda krav en föreskrift om beslutsunderlagets kvalitet som inte hör hemma i en bestämmelse om dokumentation. Lagrådets kritik avser innehållet i LOU- och LUF-direktiven. Till skillnad från *Lagrådet* ser regeringen inte något tungt vägande skäl mot ett direktivnära genomförande av aktuella bestämmelser.

Bevarande av handlingar

I 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § andra stycket LUF finns bestämmelser om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden. Bestämmelserna gäller för det mindre antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Enligt bestämmelserna ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när en upphandling har avslutats, på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll

Prop. 2015/16:195 och liknande. Handlingarna ska bevaras i minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades. Om upphandlingen har avsett ett ramavtal innebär bestämmelserna att handlingarna ska bevaras minst fyra år från det att sista kontraktet tilldelades enligt ramavtalet. De myndigheter och enheter som omfattas av arkivlagen har en motsvarande skyldighet att bevara allmänna handlingar enligt gällande arkiveringsbestämmelser (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 383).

De redovisade bestämmelserna om bevarande av handlingar bör tas in i de nya lagarna. Bestämmelsernas uppräknings över de handlingar som ska bevaras bör anpassas till de nya bestämmelserna om dokumentation. Uppräkningsen bör därför utökas med hänvisningar till sådana dokument som upprättats enligt den allmänna dokumentationsplikten, individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt och bevarad information (se nedan).

Enligt *Lagrådet* bör huvudregeln att arkivlagen gäller uttryckas positivt i de nya bestämmelserna. Regeringen anser att detta ökar tydligheten och lämnar därför ett sådant förslag. Lagrådet har vidare begärt att det klargörs hur handlingar ska bevaras vid anskaffningar från eller genom en inköpscentral. Denna fråga behandlas i författningskommentaren.

Bevarande av kontrakt och ramavtal

Enligt artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna åtminstone under kontraktets löptid, spara kopior på alla kontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varukontrakt eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt. Bestämmelsen i LUF-direktivet gäller alltså endast för upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter. Regleringen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Utredningen har bedömt att de redovisade artiklarna inte behöver genomföras särskilt i svensk rätt. Enligt utredningen motsvaras artiklarna om sparande av kontrakt av de föreslagna bestämmelserna om bevarande av handlingar.

Enligt regeringens mening går det inte att utläsa av bestämmelserna om bevarande av handlingar i 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § LUF att de innebär en skyldighet att bevara det ingångna kontraktet. Regeringen föreslår därför ett tillägg i bestämmelserna så att det klart framgår att de även omfattar det kontrakt som har ingåtts i upphandlingsärendet. Det finns ingen anledning att begränsa bestämmelsernas tillämplighet till kontrakt med högre värden än de som anges i direktiven. Någon anledning att begränsa tillägget i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna till att endast avse upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter finns inte heller. Samtliga ingångna kontrakt bör alltså bevaras åtminstone under kontraktets löptid. För de upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av arkivlagen uppnås motsvarande ordning genom en tillämpning av gällande arkivföreskrifter.

Lagrådet har efterlyst besked om vad som gäller i fråga om ramavtal. Även sådana avtal bör naturligtvis bevaras under sin löptid. Enligt regeringens mening bör detta uttryckligen anges i lagarna.

I artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 90.6 andra stycket i LUF-direktivet finns bestämmelser om att den upphandlande myndigheten ska ge tillgång till de kontrakt som har sparats. Dessa bestämmelser behandlas i avsnitt 20.6.

Individuella rapporter och bevarande av information

I artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet finns bestämmelser om individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt. Enligt artikel 84.1 i LOU-direktivet ska den upphandlande myndigheten upprätta en skriftlig rapport för varje kontrakt eller ramavtal som tilldelas och varje dynamiskt inköpssystem som inrättas. Av en uppräknig i punkterna a–i i artikeln framgår vad rapporten ska innehålla. Rapporten ska bl.a. ange skälen till att myndigheten valt att tilldela en viss leverantör kontraktet och skälen till att anbud förkastats som onormalt låga. Vidare ska rapporten exempelvis innehålla skälen till att myndigheten har använt andra medel än elektroniska för inlämning av anbud. Regleringen motsvarar i huvudsak artikel 43 i 2004 års LOU-direktiv om protokoll, som har genomförts genom 9 kap. 12 § LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 382 f.). De huvudsakliga föreskrifterna om vad ett protokoll ska innehålla finns i 14 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

Regleringen i LUF-direktivet är delvis annorlunda än LOU-direktivet. Trots att rubriken till artikel 100 i LUF-direktivet talar om rapporter reglerar artikeln inte någon skyldighet att upprätta en rapport. Enligt artikel 100.1 i LUF-direktivet ska den upphandlande enheten i stället bevara lämplig information om varje kontrakt eller ramavtal som tilldelas och varje dynamiskt inköpssystem som inrättas. Informationen ska vara tillräcklig för att det vid ett senare tillfälle ska gå att motivera de beslut som avses i punkterna a–d i artikeln. Det rör sig bl.a. om beslut om kvalificering och urval av ekonomiska aktörer, kontraktstilldelning och orsaken till att enheten har använt andra medel än elektroniska för inlämning. Regleringen motsvarar i huvudsak artikel 50.1 i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts genom 9 kap. 14 § första stycket LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 524–526).

Regeringen delar utredningens bedömning att skillnaderna mellan direktiven bör komma till uttryck i lagtexten på samma sätt som skett i nuvarande lagstiftning. Vid offentlig upphandling ska således den upphandlande myndigheten upprätta en individuell rapport för varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas. Vid upphandling inom försörjningssektorerna ska i stället den upphandlande enheten i dessa fall bevara lämplig information, som ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut under upphandlingen. Enligt artikel 84.1 andra stycket i LOU-direktivet behöver någon individuell rapport inte upprättas om ett kontrakt tilldelas på grundval av vissa former av ramavtal. Undantaget bör tas in i den nya lagen om offentlig upphandling. LUF-direktivet saknar ett motsvarande undantag från skyldigheten att bevara lämplig information.

Konkurrensverket önskar att den ansvariga myndigheten ska bemyndigas att meddela föreskrifter om vilka statistikuppgifter som ska lämnas i en rapport och hur dessa ska lämnas. Regeringen konstaterar att

Prop. 2015/16:195 kraven på innehållet i en individuell rapport regleras uttömmande i LOU-direktivet. Enligt regeringens mening är de flesta av LOU-direktivets krav på innehållet av sådan karaktär att de bör tas in i den nya lagen om offentlig upphandling på motsvarande sätt som har skett i bestämmelsen om protokoll i 10 kap. 12 § LUF (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 225–227). Regeringen kan inte se något behov av att bemyndiga en myndighet att meddela föreskrifter om innehållet i en individuell rapport.

LUF-direktivets uppräknade av vilka beslut som kräver bevarande av lämplig information är relativt kortfattad och bör tas in i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Av artikel 22.1 femte stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 femte stycket i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten i den individuella rapporten eller den bevarade informationen ska motivera varför anbud har fått lämnas med andra medel än elektroniska. Detta uttrycks även i artikel 84.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 100.1 första stycket i LUF-direktivet. Enligt regeringens mening bör denna skyldighet anges i de nya lagbestämmelserna.

De krav på innehållet i en individuell rapport som inte anges i lag bör anges i förordning. Den nya lagen om offentlig upphandling bör upplysa om regeringens rätt att meddela sådana föreskrifter. Regeringen avser att meddela föreskrifterna i den nya upphandlingsförordningen. Förordningen bör även genomföra artikel 84.1 tredje stycket i LOU-direktivet, som innebär att den individuella rapporten kan hänvisa till en efterannons som innehåller sådana uppgifter som ska anges i rapporten. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 100.1 andra stycket i LUF-direktivet. I likhet med utredningen anser regeringen att den artikeln utgör en överflödlig reglering, som endast exemplifierar på vilket sätt den upphandlande enheten kan välja att bevara lämplig information. Artikeln bör därför inte genomföras i svensk rätt.

Artikel 84.3 i LOU-direktivet och artikel 100.3 i LUF-direktivet föreskriver att rapporten respektive informationen eller dokumentationen på begäran ska tillställas kommissionen eller vissa närmare angivna mottagare. Regleringen skiljer sig åt på så sätt att LOU-direktivet hänvisar till rapporten enligt artikel 84.1 medan LUF-direktivet hänvisar till informationen enligt artikel 100.1 och dokumentationen enligt artikel 100.2.

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att de mottagare som anges i artiklarna motsvaras av den nationella tillsynsmyndigheten. Utredningen föreslår att endast den bevarade informationen ska omfattas av regleringen på försörjningsområdet. Till skillnad från utredningen kan regeringen dock inte se något skäl att avvika från ordalydelsen i LUF-direktivet vad gäller vilka handlingar som ska tillhandahållas på begäran. Bestämmelsen i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör således omfatta såväl den bevarade informationen som dokumentationen. I sammanhanget bör även nämnas att den föreslagna regleringen om tillsyn innebär att tillsynsmyndigheten ska kunna infordra material från en upphandlande myndighet eller enhet.

20.4 Det icke direktivstyrda området vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

20.4.1 Kommunikation

Regeringens förslag: De nya lagarnas bestämmelser om kommunikation och öppnande av anbud ska även gälla på det icke direktivstyrda området.

Bestämmelserna om skyldighet att kommunicera med elektroniska medel ska dock inte gälla vid direktupphandling.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår att det ska gälla samma bestämmelser som på det direktivstyrda området. Utredningens förslag på det direktivstyrda området innebär dock att skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel endast ska gälla vid inlämning av uppgifter från leverantörer. I övrigt ska det vara en målsättning att elektroniska medel används vid kommunikation under en upphandling. Utredningen föreslår inte något undantag för direktupphandling.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans behandlar frågan.

Skälen för regeringens förslag: Av avsnitt 31 framgår att de nya lagarnas 19 kap. kommer att innehålla bestämmelser om upphandling utanför det direktivstyrda området. Nuvarande reglering i 15 kap. 8 och 11 §§ LOU respektive LUF innebär att det råder samma ordning på det icke direktivstyrda området som på det direktivstyrda området vad gäller kommunikation och öppnande av anbud. Enligt regeringens mening bör denna ordning gälla även i de nya lagarna. Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel bör således få genomslag på det icke direktivstyrda området. De myndigheter som tillämpar elektronisk upphandling gör det i ungefär samma omfattning över som under tröskelvärdet. Till följd av obligatoriet på det direktivstyrda området bör de upphandlande myndigheterna och enheterna över lag vara väl förberedda för att kommunicera med elektroniska medel även vid upphandling under tröskelvärdena. Innebörden av bestämmelserna om kommunikation framgår av avsnitt 20.1.

Vid direktupphandling finns det dock skäl att göra en annan bedömning i fråga om skyldigheten att använda elektroniska medel för kommunikation. Direktupphandling är enligt legaldefinitionen en upphandling utan krav på anbud i viss form. Det är därför inte möjligt att kräva elektronisk inlämning av anbud vid en direktupphandling. Det är inte heller rimligt att kräva elektronisk kommunikation vid övriga delar av en direktupphandling. I sammanhanget bör nämnas att genomförandet av en direktupphandling ska dokumenteras, om upphandlingens värde uppgår till minst 100 000 kronor (se avsnitt 20.4.3).

Regeringens förslag: De nuvarande bestämmelserna om information till leverantörer ska tas in i de nya lagarna. Bestämmelserna ska gälla även vid konkurrenspräglad dialog och upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna har inga invändningar mot förslaget eller yttrar sig inte i frågan. *Försvarets materielverk (FMV)* instämmer i promemorians bedömning att de aktuella reglerna på det icke direktivstyrda området ska gälla oförändrade i de nya lagarna.

Skälen för regeringens förslag: Enligt 15 kap. 10 § LOU respektive LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Av 15 kap. 19 § LOU respektive LUF framgår vidare att den upphandlande myndigheten eller enheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om upphandlingsbeslut (se avsnitt 20.2.2) och lämna upplysningar på begäran av en leverantör (se avsnitt 20.2.3). Vilka upplysningar som ska lämnas på begäran framgår genom en hänvisning till bestämmelsen på det direktivstyrda området. Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

Något skäl att ändra de redovisade bestämmelserna har inte framkommit. De bör således tas in i de nya lagarnas kapitel om upphandling som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområde (se avsnitt 31.1). Bestämmelsen om kompletterande upplysningar bör utformas efter mönster av motsvarande bestämmelse på det direktivstyrda området (se avsnitt 20.2.1). Det innebär bl.a. att de kompletterande upplysningarna ska avse upphandlingsdokumenten. Bestämmelserna bör gälla även vid konkurrenspräglad dialog och upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Såväl de nuvarande som de föreslagna bestämmelserna innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna ”sådana upplysningar som avses” i de direktivstyrda bestämmelserna om upplysningar på begäran av en leverantör. *Lagrådet* har anmärkt att upplysningar enligt de direktivstyrda bestämmelserna endast ska lämnas på begäran men att denna begränsning inte föreskrivs i bestämmelserna på det icke direktivstyrda området. Det bör enligt *Lagrådet* klargöras om skillnaden är avsiktlig.

Regeringens avsikt är inte att upplysningsskyldigheten ska vara mer långtgående på det icke direktivstyrda området. Skyldigheten att lämna upplysningar på det icke direktivstyrda området gäller sådana upplysningar som avses i de direktivstyrda bestämmelserna. Dessa bestämmelser avser sådana upplysningar som ska lämnas på begäran en leverantör. Härigenom framgår enligt regeringens mening att

skyldigheten att lämna upplysningarna på det icke direktivstyrda området endast gäller om de har begärts av en leverantör. Någon skillnad mot vad som gäller på det direktivstyrda området följer enligt regeringens mening inte av bestämmelserna. Det finns naturligtvis inget hinder mot att upplysningarna (t.ex. namnet på den vinnande leverantören) lämnas trots att de inte har begärts av en leverantör.

20.4.3 Dokumentation

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Dokumentationsplikten ska dock inte gälla om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Vid offentlig upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet ska bestämmelserna om individuella rapporter tillämpas. Vid upphandling av sådana tjänster på försörjningsområdet ska bestämmelserna om bevarande av lämplig information tillämpas.

Bestämmelserna om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden ska gälla även på det icke direktivstyrda området.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens förslag om dokumentationsplikt omfattar dock endast upphandlingar vars värden understiger 100 000 kronor.

Remissinstanserna: Några remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, påtalar att utredningens förslag om dokumentationsplikt, till synes på grund av ett förbiseende, endast omfattar upphandlingar till ett värde understigande 100 000 kronor.

Skälen för regeringens förslag: Enligt regeringens mening bör det finnas bestämmelser om dokumentationsplikt även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Enligt 15 kap. 18 § LOU respektive LUF i deras lydelse från och med den 1 juli 2014 ska en upphandlande myndighet eller enhet anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen, om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor. Denna beloppsgräns bör enligt regeringens mening även gälla för dokumentationsplikten enligt de nya lagarnas kapitel om upphandling på det icke direktivstyrda området (se avsnitt 31.1.). Bestämmelsen om dokumentationsplikt bör i övrigt utformas på motsvarande sätt som på det direktivstyrda området.

Bestämmelserna om individuella rapporter i LOU-direktivet och om bevarande av lämplig information i LUF-direktivet gäller även vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet (jfr avsnitt 20.3). Bestämmelserna om detta bör därför göras tillämpliga vid sådan upphandling. Något motsvarande dokumentationskrav finns i dag inte för de s.k. B-tjänsterna i 15 kap. LOU respektive LUF.

I 15 kap. 20 § LOU respektive LUF finns i dag bestämmelser om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden.

Prop. 2015/16:195 Bestämmelserna gäller för upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Bestämmelser av motsvarande slag bör införas i de nya lagarnas 19 kap. Regleringen bör i likhet med i dag motsvara ordningen på det direktivstyrda området (se avsnitt 20.3).

20.5 Upphandling av koncessioner

20.5.1 Kommunikation

Regeringens förslag: Bestämmelserna om kommunikation vid upphandling av koncessioner ska motsvara bestämmelserna vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse om förrättning för öppning av anbudsansökningar och anbud.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår att det ska gälla samma bestämmelser som för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Utredningens förslag på dessa områden innebär dock att skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel endast ska gälla vid inlämning av uppgifter från leverantörer. I övrigt ska det enligt utredningen vara en målsättning att elektroniska medel används vid kommunikation under en upphandling.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig om förslaget framför olika uppfattningar. *Kammarrätten i Stockholm* anser att utredningens förslag att avvika från LUK-direktivets reglering görs av väl motiverade skäl. *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)* och *Konkurrensverket* välkomnar att elektronisk kommunikation blir obligatorisk vid upphandling av koncessioner på samma sätt som vid övrig upphandling. Konkurrensverket konstaterar att LUK-direktivet ger möjligheter att nationellt gå längre än direktivet när det gäller krav på elektronisk kommunikation. Om elektronisk kommunikation blir obligatorisk vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, kommer upphandlande myndigheter och enheter enligt verket inte att behöva ändra sina inköpsrutiner och tekniska system för att kommunicera elektroniskt även vid upphandling av koncessioner. Därmed innebär det enligt Konkurrensverket inte någon extra börda för de upphandlande myndigheterna och enheterna om elektronisk kommunikation blir obligatorisk även vid upphandling av koncessioner. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser däremot att bestämmelserna för kommunikation bör utformas i enlighet med vad som gäller i LUK-direktivet och inte efter regelverket i LOU- och LUF-direktiven. Enligt SKL är det rimligt att den upphandlande myndigheten eller enheten i den konkreta upphandlingssituationen får bestämma på vilket sätt kommunikationen ska ske.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Regleringen kring kommunikation i LUK-direktivet är betydligt mer kortfattad och allmänt hållen än motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven. Av artikel 29.1 första stycket i LUK-direktivet framgår att medlemsstaterna

eller de upphandlande myndigheterna eller enheterna får välja mellan ett eller flera alternativ för kommunikation. Det valda medlet eller de valda medlen ska användas för all kommunikation och allt informationsutbyte. De medel som direktivet tillåter för kommunikation är elektroniska medel, post eller fax, muntlig kommunikation och personligt överlämnande mot bekräftelse i form av mottagningsbevis. Muntlig kommunikation får dock inte användas i de väsentliga delarna av koncessionstilldelningsförfarandet och måste dokumenteras på lämpligt sätt.

Artikel 29.1 andra stycket i LUK-direktivet medger att medlemsstaterna gör användning av elektroniska medel obligatorisk i fler situationer än de som avses i artiklarna 33.2 och 34. Enligt artikel 33.2 i LUK-direktivet är det obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda elektroniska medel när annonser om upphandling skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå. Det är vidare enligt artikel 34 i LUK-direktivet obligatoriskt att göra koncessionsdokumenten tillgängliga för leverantörerna med elektroniska medel vid annonsering av upphandlingen och vid inbjudan att lämna anbud.

De krav som ställs på elektroniska medel enligt artikel 29.2 första stycket i LUK-direktivet motsvarar kraven enligt LOU- och LUF-direktiven. Medlen ska alltså bl.a. vara allmänt tillgängliga, icke-diskriminerande och driftskompatibla med den informations- och kommunikationsteknik som används i allmänhet.

Även regleringen i artikel 29.2 andra stycket i LUK-direktivet motsvarar regleringen i LOU- och LUF-direktiven. Artikel 29.2 reglerar kraven på säkerhet vid kommunikation, informationsbyte och lagring av uppgifter. Enligt artikel 29.2 får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för att lämna in dem har löpt ut.

Elektronisk upphandling är en prioriterad fråga för regeringen. Målet är att användningen av elektroniska lösningar i upphandlingar ska öka väsentligt. Enligt regeringens mening saknas det därför skäl att ha andra bestämmelser om kommunikation vid upphandling av koncessioner än vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Detta innebär att det även på koncessionsområdet kommer att råda en principiell skyldighet att använda elektroniska medel vid kommunikation under en upphandling. Som *Konkurrensverket* har anmärkt kommer en sådan ordning inte att innebära någon extra börda för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Tvärtom finns det praktiska och ekonomiska fördelar med att ha samma rutiner och tekniska system för all typ av upphandling. Innebörden av nu aktuella bestämmelser redovisas i avsnitt 20.1.

LUK-direktivet innehåller inte någon procedurregel om förrättningen vid öppnande av anbudsansökningar och anbud. Upphandling av koncessioner bör enligt regeringens mening inte tyngas av detaljregler som inte är strikt nödvändiga. Någon bestämmelse i denna del föreslås därför inte.

Regeringens förslag: Bestämmelserna om information till leverantörer vid upphandling av koncessioner ska i huvudsak motsvara bestämmelserna vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock inte att upplysningar på begäran av en leverantör ska lämnas till samtliga leverantörer som har lämnat ett godtagbart anbud.

Remissinstanserna: Några remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Almega, Företagarna* och *Svenskt Näringsliv* påtalar att tidsfristen för att lämna vissa upplysningar på begäran av leverantör enligt artikel 40.1 andra stycket i LUK-direktivet inte harmonierar med avtalsspärrens längd. De nämnda remissinstanserna befävar att leverantörer som inte får begärd information innan avtalsspärren löper ut kan tvingas att söka överprövning av taktiska skäl för att inte gå miste om sin talerätt. *Malmö kommun* anser det vara orimligt att upphandlande myndigheter eller enheter ska tvingas att ange uppgifter kring relativa fördelar anbud emellan. *Malmö kommun* vill framhålla att det kan råda sekretess för uppgifter i anbud.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 34.3 i LUK-direktivet ska upphandlande myndigheter eller enheter eller behöriga avdelningar till alla sökande eller anbudsgivare som deltar i koncessionstilldelningsförfarandet lämna ut kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten senast sex dagar före tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. Artikel 34.3 i LUK-direktivet bör genomföras på samma sätt som motsvarande artiklar i LOU- och LUF-direktiven (se avsnitt 20.2.1). Regeringen instämmer i utredningens bedömning att hänvisningen i direktivet till behöriga avdelningar är överflödigt och inte bör tynga lagtexten.

Artikel 40 i LUK-direktivet reglerar information till anbudssökande och anbudsgivare om beslut under upphandlingen. Enligt artikelns första stycke ska upphandlande myndigheter och enheter så snart som möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattats rörande koncessionstilldelningen, inklusive namnet på den utvalda anbudsgivaren, skälen till att de har beslutat att förkasta en ansökan eller ett anbud samt till att de har beslutat att inte tilldela ett kontrakt för vilket en annons om upphandling publicerats eller att upprepa förfarandet.

Artikel 40 skiljer sig från motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven på så sätt att upplysningar om skälen för att förkasta en ansökan eller ett anbud ska lämnas utan att den berörda leverantören behöver begära det. Vidare ska uppgiften om namnet på den utvalda anbudsgivaren anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Enligt LOU- och LUF-direktiven behöver denna uppgift lämnas först på begäran av leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud.

Enligt artikel 40.1 andra stycket ska upphandlande myndigheter och enheter på begäran av berörd part snarast möjligt, och i alla händelser senast 15 dagar från mottagandet av en skriftlig begäran, underrätta alla

anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Artikel 40.2 i LUK-direktivet avser sekretess och behandlas i avsnitt 21.2.

Bestämmelserna om information till leverantörer vid upphandling av koncessioner bör utformas på liknande sätt som dessa bestämmelser vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. De skillnader som finns i LUK-direktivet jämfört med LOU- och LUF-direktiven bör få genomslag i lagstiftningen. Det innebär bl.a. att bestämmelsen om upplysningar på begäran av en leverantör bör innehålla en skyldighet att lämna upplysningar till samtliga leverantörer som har lämnat ett godtagbart anbud.

I likhet med den bedömning som har gjorts i avsnitt 20.2.3 vad gäller motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven anser regeringen att LUK-direktivets bestämmelse om tidsfristen för att lämna upplysningar på begäran bör genomföras i enlighet med sin ordalydelse. Det saknas förutsättningar för att inom ramen för det här lagstiftningsärendet göra en sådan översyn av tidsfristerna som begärts av *Almega, Företagarna* och *Svenskt Näringsliv*. Det torde ligga i den upphandlande myndighetens eller enhetens eget intresse att undvika onödiga överprövningar genom att lämna ut begärda upplysningar i god tid.

Med anledning av synpunkten från *Malmö kommun* kan regeringen konstatera att skyldigheten att lämna upplysningar till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud inte innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten får åsidosätta bestämmelser om sekretess och företagshemligheter (jfr artikel 40.2 i LUK-direktivet samt avsnitten 20.2.3 och 21.2).

20.5.3 Dokumentation

Regeringens förslag: Den nya lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om dokumentation av förfaranden och bevarande av handlingar. Bestämmelserna ska motsvara bestämmelserna vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Några remissinstanser yttrar sig över förslaget. *Kammarkollegiet* tillstyrker förslaget. *Kammarrätten i Stockholm* och *Konkurrensverket* anser att utredningen har motiverat förslaget väl. Konkurrensverket påtalar dock att en koncession kan ha en längre löptid än den tid som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att bevara handlingarna. Enligt verket bör därför skyldigheten anges i ett lämpligt antal år efter det att avtalet löpt ut.

Skälen för regeringens förslag: Regleringen kring dokumentationsplikten i LUK-direktivet är knapphändig och lämnar ett stort handlingsutrymme åt medlemsstaterna. Enligt artikel 37.5 i LUK-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten på lämpligt sätt registrera etapperna i förfarandet med hjälp av de medel den anser lämpliga. Detta ska ske i enlighet med artikel 28.1 som avser sekretess.

Som utredningen har anfört förutsätter en ändamålsenlig tillämpning av rättsmedlen att beslut under en upphandling dokumenteras och att handlingar av betydelse för upphandlingsärendet bevaras. Den nya lagen om upphandling av koncessioner bör således innehålla bestämmelser om dokumentation av förfaranden och bevarande av handlingar. Regeringen finner i likhet med utredningen att bestämmelserna om dokumentation bör motsvara de bestämmelser som gäller vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (se avsnitt 20.3). Den dokumentation som upprättas ska alltså vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Enligt LOU- och LUF-direktiven är den upphandlande myndigheten eller enheten skyldig att bevara handlingar i minst tre år från kontraktstilldelningen. Nuvarande bestämmelser i LOU och LUF samt regeringens förslag i avsnitt 20.3 innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) ska bevara handlingarna i minst fyra år från kontraktstilldelningen vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Vid sådan upphandling kan kontraktets löptid vara längre än den tid som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att bevara handlingarna. Att så även kan vara fallet vid upphandling av koncessioner utgör inte skäl att ha en annan reglering på detta område. Även vid upphandling av koncessioner bör således en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen vara skyldig att bevara handlingarna i minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Regeringen föreslår inte några bestämmelser om individuella rapporter eller motsvarande på koncessionsområdet (jfr avsnitt 20.3).

20.5.4 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om information till leverantörer och dokumentation ska motsvara bestämmelserna på det direktivstyrda området.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några bestämmelser om kommunikation.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den remissinstans som yttrar sig särskilt, *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, påtalar att 15 kap. 9 § i utredningens lagförslag om information till leverantörer även bör gälla för upphandlande enheter.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: För att det ska finnas möjlighet till en fungerande rättslig prövning av en upphandling

förutsätts att berörda leverantörer får information om beslut som fattas under upphandlingen, att genomförandet av upphandlingen dokumenteras och att dokumentationen bevaras. Bestämmelser i dessa delar behövs således även på det icke direktivstyrda området. Bestämmelserna bör motsvara bestämmelserna på det direktivstyrda området (se avsnitten 20.5.2 och 20.5.3). Bestämmelserna bör gälla såväl för upphandlande myndigheter som för upphandlande enheter.

Utgångspunkten i detta lagstiftningsärende är att upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området inte ska regleras mer än vad som är nödvändigt för att garantera ett rättssäkert förfarande. I så stor utsträckning som möjligt ska de allmänna principerna vara styrande för hur upphandlingen ska gå till. Regeringen delar mot den bakgrunden utredningens bedömning att några bestämmelser om kommunikation inte bör införas i den nya lagens kapitel om icke direktivstyrd upphandling av koncessioner. Någon skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att använda elektroniska medel för kommunikation föreslås således inte på detta område. Principerna om öppenhet och likabehandling kommer att gälla för kommunikationen under en upphandling.

I likhet med det direktivstyrda området föreslås det inte någon bestämmelse om förrättning för öppnande av anbudsansökningar och anbud.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet som inte omfattas av offentlighetsprincipen ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Bestämmelserna ska gälla varu- eller tjänstekontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro samt byggentreprenadkontrakt som ingåtts till ett värde av minst 10 000 000 euro.

Företagshemligheter i kontrakten ska inte få lämnas ut. Detsamma ska gälla uppgifter i kontrakten som kan röja säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlade myndigheten.

En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet, som lämnar ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, ska inte få ta mer betalt för utlämnandet än den avgift och den kostnadsersättning som en statlig myndighet skulle få ta ut vid ett motsvarande utlämnande av en allmän handling.

När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i förvaltningslagen.

Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Prövningstillstånd ska krävas för prövning i kammarrätten.

Den upphandlande myndigheten ska vara den enskildes motpart i domstol.

Regeringens bedömning: Lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter är tillämplig på överklaganden av beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt.

Förslagen i promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling: Överensstämmer delvis med regeringens. Promemorians förslag är mer omfattande. Det gäller oavsett kontraktets värde samt omfattar även kontrakt hos upphandlande enheter och koncessionskontrakt. Vidare gäller promemorians förslag till förmån för alla som begär att få tillgång till ett kontrakt. Promemorians bestämmelse om skydd för företagshemligheter är något annorlunda formulerad. Promemorian saknar en bestämmelse till skydd för uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder. Regleringen om prisbegränsning har en annan lagteknisk konstruktion i promemorian.

Promemorians bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian görs bedömningen att den upphandlande myndigheten inte bör ges partsställning i domstol.

Remissinstanserna: Remissutfallet är delat. Merparten av de remissinstanser som yttrar sig tillstyrker förslaget eller har inga invändningar mot det. De remissinstanser som enligt förslaget ska ge

tillgång till kontrakt är dock mycket kritiska. *Kammarrätten i Stockholm, Kriminalvården, Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, Svenskt Näringsliv, Almega, Företagarna, Sveriges Byggindustrier, Swedish Medtech, Konkurrenskommissionen och Advokatfirman Kahn Pedersen* tillstyrker i allt väsentligt förslaget. Flera remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, anser att det av tydlighetsskäl bör uttryckas direkt i lagbestämmelserna att de gäller för upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. *Försvarets materielverk (FMV), Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus, Svensk Energi, Sveriges Television AB (SVT), Sveriges advokatsamfund, Sveriges Offentliga Inköpare (SOI), Almi Företagspartner AB, AB Svenska Spel, PostNord Sverige AB, Sveriges Radio AB, Swedavia AB och Advokatfirman Delphi* lämnar kritiska synpunkter på förslaget. Flertalet av de kritiska remissinstanserna invänder mot att promemorians förslag går längre än vad direktiven kräver, främst genom att låta bestämmelserna gälla oavsett kontraktets värde. Dessa remissinstanser anser att beredningsunderlaget och konsekvensanalysen inte är tillräcklig för att motivera ett strängare införande av direktiven än vad som krävs. Flera remissinstanser, bl.a. SVT och AB Svenska Spel, bedömer att bestämmelserna kommer att påverka leverantörernas vilja att delta i upphandlingar och att de kommer att innebära en ökad administrativ börda för de berörda organen. Svensk Energi, PostNord Sverige AB och Swedavia AB motsätter sig att bestämmelserna ska gälla för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. De anser vidare att några bestämmelser om tillgång till kontrakt inte ska införas i LUK. FMV, SKL och SKL Kommentus anför att promemorian inte har utrett tillräckligt vilka andra skyddsintressen som bör hindra utlämnande av information. SVT anser att bestämmelsen om uppgiftsskydd är alltför snäv och otydlig. Det är enligt SVT oklart om bestämmelsen har exakt samma innebörd som lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. SVT, AB Svenska Spel och Sveriges Radio AB påtalar behovet att skydda säkerhetsuppgifter i kontraktet. De remissinstanser som är kritiska till förslaget om tillgång till kontrakt anser genomgående att överklagande bör ske till kammarrätten. *Kammarrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Härnösand och Förvaltningsrätten i Malmö* har emellertid ingen invändning mot förvaltningsrätten som första instans. Några remissinstanser, bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, anser att den upphandlande myndigheten bör göras till den enskildes motpart i domstol. Förvaltningsrätten i Stockholm anser att prisbegränsningsbestämmelsens förenlighet med regeringsformen bör analyseras närmare.

Skälen för regeringens förslag

LOU- och LUF-direktivens reglering om tillgång till kontrakt

Enligt artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna åtminstone under kontraktets löptid, spara kopior på alla kontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varukontrakt eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggentreprenadkontrakt. Bestämmelsen i

Prop. 2015/16:195 LUF-direktivet gäller alltså endast för upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter. Regleringen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv. Som framgår av avsnitt 20.3 föreslås särskilda bestämmelser om bevarande av kontrakt och ramavtal i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

I artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska bevilja tillgång till de sparade kontrakten. Tillgång till specifika dokument eller specifik information kan dock vägras i den mån och på de villkor som anges i tillämpliga unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser om tillgång till handlingar och uppgiftsskydd. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att regleringen syftar till att öka spårbarheten och öppenheten i beslutsfattandet. Enligt skälen bör de upphandlande myndigheterna behålla kopior av ingångna kontrakt av högt värde, så att de kan ge berörda parter tillgång till dessa dokument i enlighet med tillämpliga regler om tillgång till handlingar. LUK-direktivet saknar en reglering om tillgång till kontrakt.

Vad gäller rätten att få tillgång till kontrakt instämmer regeringen i Genomförandeutredningens bedömning (SOU 2014:51) att det inte behövs någon reglering för sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen (förkortad TF). Nämnda princip gäller även till förmån för utländska medborgare (jfr 14 kap. 5 § andra stycket TF). Det finns emellertid ett antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och som således inte utan särskild reglering är skyldiga att lämna ut handlingar (se nedan).

Upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen

Handlingsoffentlighet och sekretess gäller hos myndigheter. Merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna är statliga och kommunala myndigheter som omfattas av bestämmelserna i TF om allmänna handlingars offentlighet.

De nya lagarnas definitioner av upphandlande myndighet och upphandlande enhet behandlas närmare i avsnitten 6.7.1 och 6.8.3, jfr även prop. 2006/07:128 del 1 s. 144–149. LOU- och LUF-direktivens definitioner i dessa delar motsvarar definitionerna i 2004 års upphandlingsdirektiv. Någon ändring i sak av definitionerna har inte gjorts i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Juridiska personer som finansieras eller kontrolleras av staten, kommuner, landsting eller upphandlande myndigheter jämställs i de nya upphandlingslagarna med upphandlande myndigheter, om de tillgodoser behov i det allmännas intresse och behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. I upphandlingslagarna används begreppet offentligt styrda organ för dessa juridiska personer. EU-domstolen har uttalat att begreppet ska ges en funktionell tolkning utifrån syftet med upphandlingsdirektiven och säkerställandet av direktivens ändamålsenliga verkan. Riksrevisionen har 2006 granskat de statliga bolagens tillämpning av upphandlingsregelverket (se RiR 2006:15

Statliga bolag och offentlig upphandling). Motsvarande granskning har på regeringens uppdrag tidigare gjorts av den dåvarande Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU), se rapporter den 30 november 1998 (NOU:s dnr 172/98-28) respektive den 3 februari 2000 (NOU:s dnr 1999/0234-28). Som exempel på statliga bolag som uppträder som upphandlande myndigheter kan nämnas Apoteket AB (publ), Sveriges Television AB, AB Svenska Spel och Vattenfall AB.

Av 2 kap. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, framgår att offentlighetsprincipen gäller inte bara för myndigheter utan även för vissa privaträttsliga subjekt. Sådana statliga bolag och stiftelser, som anges i bilagan till OSL, ska enligt 2 kap. 4 § samma lag jämföras med myndighet såvitt avser den verksamhet som särskilt anges i bilagan. Högsta förvaltningsdomstolen har dock slagit fast att bestämmelserna i TF och OSL inte gäller för enskilda rättssubjekt som ägs av ett sådant organ som anges i bilagan (se HFD 2014 ref. 70). De flesta statliga bolagen och stiftelserna omfattas inte av offentlighetsprincipen.

Av 2 kap. 3 § första stycket OSL framgår vidare att offentlighetsprincipen gäller hos företag där kommuner eller landsting utövar ett bestämmande inflytande. Vad som ska avses med bestämmande inflytande framgår av bestämmelsens andra och tredje stycken. De associationsformer som omfattas är aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag (inklusive kommanditbolag) och stiftelser. Däremot omfattas inte ideella föreningar. Kommunala företag i form av ideella föreningar utgörs i huvudsak av intresseorganisationer och den verksamhet som dessa organisationer bedriver har inte ansetts motsvara sådan verksamhet som normalt eller lika väl kan skötas av en kommunal myndighet (se prop. 1993/94:48 s. 19). Det tidigare Landstingsförbundet omfattades t.ex. inte av bestämmelsen, se rättsfallet RÅ 1997 not. 108. En ideell förening omfattas således inte av offentlighetsprincipen, vilket inte hindrar att en sådan förening kan vara ett offentligt styrt organ och därmed en upphandlande myndighet eller enhet.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) är en intresse- och arbetsgivarorganisation för kommuner och landsting. Organisationen har ersatt Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. SKL är en ideell förening och utgör exempel på ett kommunförbund. SKL driver verksamhet dels inom förbundet, dels i aktiebolag. I rättspraxis har offentlighetsprincipen inte ansetts vara tillämplig hos de aktiebolag som SKL bedriver verksamhet i och som uppträder som upphandlande myndigheter.

Ett offentligt styrt organ i upphandlingsregelverkets mening behöver inte vara ägt eller kontrollerat av det allmänna. Det är tillräckligt att organet till största delen är offentligt finansierat. En sådan upphandlande myndighet omfattas inte av 2 kap. 3 § OSL och därmed inte heller av offentlighetsprincipen.

Begreppet upphandlande enhet i de nya lagarna om upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner omfattar vidare i vissa fall företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Sådana företag kan vara privatägda.

Prop. 2015/16:195 Av det anförda framgår sammanfattningsvis att det finns ett antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av bestämmelserna i TF och OSL.

Bestämmelser om tillgång till kontrakt bör införas

I promemorian görs bedömningen att offentlighetsprincipen inte är tillräcklig för att tillgodose det krav på tillgång till kontrakt som följer av LOU- och LUF-direktiven. *AB Svenska Spel* invänder mot bedömningen och hänvisar till att LOU- och LUF-direktiven medger att tillgång får vägras till specifika dokument eller specifik information enligt vad som föreskrivs i nationell rätt. Regeringen kan dock konstatera att såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet ovillkorligt föreskriver att den upphandlande myndigheten ”ska bevilja tillgång till dessa kontrakt”. Att tillgång får vägras till specifika dokument eller specifik information innebär således inte att direktivens artiklar om tillgång till kontrakt skulle vara valfria att genomföra.

AB Svenska Spel och *Sveriges advokatsamfund* anför vidare att bestämmelserna är onödiga mot bakgrund av förvaltningsrättens utredningsskyldighet i överprövningsmål och möjligheten till edition i sådana mål. I ett mål om överprövning av kontraktets giltighet har leverantören nämligen möjlighet att enligt bestämmelserna om partsinsyn ta del av kontraktet och andra handlingar som förvaltningsrätten har infortrat från den upphandlande myndigheten eller enheten (jfr HFD 2015 ref. 55). Regeringen kan dock konstatera att LOU- och LUF-direktiven anger att det är den upphandlande myndigheten som ska bevilja tillgång till kontraktet. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten ska ge tillgången till ”berörda parter”. Möjligheten att via förvaltningsrätten försöka få tillgång till kontraktet i ett mål om överprövning av kontraktets giltighet tillgodoser enligt regeringens mening inte det krav som direktiven ställer. Till detta kommer att det inte är en ändamålsenlig ordning att en leverantör ska vara hänvisad till att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet för att eventuellt få tillgång till kontraktet. Den naturliga ordningen är tvärtom att kontraktet är tillgängligt så att leverantören kan bedöma om det finns grund för att ansöka om överprövning eller inte.

Av det anförda framgår sammanfattningsvis att regeringen anser att Sverige till följd av LOU- och LUF-direktivens reglering är skyldigt att införa bestämmelser om tillgång till kontrakt överstigande vissa värden från upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Befintlig lagstiftning motsvarar inte de krav som direktiven ställer. Bestämmelser om tillgång till kontrakt bör därför införas i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Omfattningen och utformningen av de nya bestämmelserna

Enligt promemorians förslag ska alla tilldelade kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner vara tillgängliga för den som begär det oavsett kontraktets värde. Promemorians förslag omfattar

alltså fler kontrakt än vad upphandlingsdirektiven kräver i tre avseenden. För det första skulle skyldigheten gälla oavsett vilket värde kontraktet har. För det andra omfattar förslaget även kontrakt hos upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. För det tredje gäller förslaget även koncessionskontrakt.

Flera remissinstanser, däribland *Svensk Energi*, *Sveriges Television AB (SVT)* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)*, är kritiska mot att promemorians förslag går längre än vad som följer av direktiven. De anser sammanfattningsvis att beredningsunderlaget och konsekvensanalysen inte är tillräckliga för att motivera bestämmelser som innebär en generell offentlighetsprincip för upphandlingskontrakt. Några remissinstanser, bl.a. *AB Svenska Spel*, anmärker att handlingsoffentlighet hos statliga bolag på konkurrensutsatta marknader är en komplex fråga som har utretts tidigare utan att leda till lagstiftningsförslag. Enligt dessa remissinstanser bör statliga bolag på sådana marknader ha samma spelregler som konkurrenterna. Som påtalats av *PostNord Sverige AB* kan vissa upphandlande enheter som verkar på konkurrensutsatta marknader inom försörjningssektorerna och som omfattas av promemorians förslag vara privatägda. *Svensk Energi* anmärker att koncessioner har en kommersiell särart som har motiverat EU-lagstiftaren att inte införa bestämmelser om tillgång till kontrakt i LUK-direktivet. Regeringen instämmer i bedömningen att frågan kräver mer analys än vad promemorian innehåller.

Förevarande lagstiftningsärende avser genomförande av upphandlingsdirektiv. Det har uppenbart inte varit EU-lagstiftarens avsikt att införa en allmän offentlighetsprincip för alla kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven. Upphandlingsdirektiven och upphandlingslagarna innehåller särskilda bestämmelser om information till leverantörer i samband med tilldelningen av ett kontrakt. Bestämmelserna syftar till att ge leverantörerna tillräcklig information för att bedöma om det finns möjlighet att ansöka om överprövning. Det torde dessutom ofta ligga i den upphandlande myndighetens eller enhetens eget intresse att lämna ut sådan information som kan innebära att onödiga överprövningar undviks. Att införa bestämmelser om tillgång till fler kontrakt än vad som krävs enligt direktiven förutsätter enligt regeringens mening ytterligare överväganden, vilka inte är möjliga att göra inom ramen för detta lagstiftningsärende.

Det sagda innebär att bestämmelserna om tillgång till kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna endast bör gälla för varu- eller tjänstekontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro och för byggentreprenadkontrakt som ingåtts till ett värde av minst 10 000 000 euro. Vidare bör bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna endast gälla för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter. Slutligen bör något förslag inte lämnas såvitt avser koncessionskontrakt.

Några bestämmelser om beräkningen av värdet av ett kontrakt finns inte i direktiven. Av direktiven framgår dock att värdetidpunkten är den dag då kontraktet undertecknades ("ingåtts till ett värde av..."). I 5 kap. och 19 kap. 8 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och

Prop. 2015/16:195 upphandling inom försörjningssektorerna finns bestämmelser om beräkningen av en upphandlings värde. Det ligger i sakens natur att värdet av ett kontrakt ska uppskattas utifrån samma principer som värdet av en upphandling. Det innebär bl.a. att kontraktets värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet, att options- och förlängningsklausuler i kontraktet ska beaktas som om de utnyttjats och att värdet ska beräknas exklusive mervärdesskatt. Ytterst kan frågan om uppskattningen av ett kontraktets värde komma att avgöras av domstol.

Enligt promemorians förslag ska kontrakten lämnas ut till den som begär det. SVT och SOI anmärker att LOU- och LUF-direktiven bör tolkas så att kravet endast innebär att berörda leverantörer ska ges tillgång till kontrakten. Regeringen gör samma tolkning. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att syftet med direktivens artiklar inte är att införa en allmän offentlighetsprincip för kontrakt utan att artiklarna gäller till förmån för ”berörda parter”. Som angetts ovan är syftet med detta lagstiftningsärende att genomföra upphandlingsdirektiven. Regeringen ser inte något skäl att i detta sammanhang införa en mer vidsträckt reglering och ge vem som helst rätt att ta del av kontrakt. Bestämmelserna bör således endast gälla till förmån för berörda leverantörer.

Samtliga leverantörer som har deltagit i upphandlingen i egenskap av anbudssökande eller anbudsgivare får anses vara berörda. Även en leverantör som inte har lämnat en anbudsansökan eller ett anbud i upphandlingen men som har eller – efter det att tidsfristen för överprövning av kontraktets giltighet har löpt ut – skulle ha haft talerätt i ett sådant mål om överprövning, får anses vara berörd. I frågan om talerätt finns en utvecklad praxis. Skyldigheten att ge tillgång till ett kontrakt gäller så länge kontraktet bevaras, vilket ska ske åtminstone under kontraktets löptid.

Bestämmelserna om tillgång till kontrakt bör sammanfattningsvis innebära att en upphandlande myndighet som bevarar ett kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna på begäran av en berörd leverantör ska lämna ut en kopia av kontraktet, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

Av upphandlingslagarnas definition av kontrakt framgår att ett kontrakt är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor. Kravet på skriftlighet kan uppfyllas med elektroniska medel (se artikel 2.18 i LOU-direktivet och artikel 2.14 i LUF-direktivet). Ett kontrakt som har upprättats och undertecknats med elektroniska medel kan även bevaras i elektronisk form. Bestämmelserna om tillgång till kontrakt bör därför innebära att elektroniska kontrakt ska göras tillgängliga genom att en utskrift av kontraktet lämnas ut på begäran av en berörd leverantör.

Almi Företagspartner AB efterlyser en möjlighet att begränsa utlämnandet i fall då kontraktsbilagorna utgörs av omfattande handlingar som inte är lättkopierade (jfr begränsningen i 2 kap. 13 § TF). Även om det är förenligt med direktiven att kontrakten tillhandahålls på plats i sådana situationer, finns det enligt regeringens mening inte något beredningsunderlag för att nu föreslå en bestämmelse av detta slag. Frågan får övervägas i ett annat sammanhang.

I promemorian görs bedömningen att det inte är nödvändigt att i lagarna särskilt ange att bestämmelserna gäller för sådana upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Det följer av normhierarkin att sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt TF i stället ska tillämpa bestämmelserna om utlämnande av allmänna handlingar. Vidare hänvisar de i promemorian föreslagna bestämmelserna till kontrakt som bevaras enligt särskilda bestämmelser i upphandlingslagarna. De sistnämnda bestämmelserna gäller endast för upphandlande myndigheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Sådana myndigheter omfattas inte heller av offentlighetsprincipen.

Flera remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten* och *Sveriges advokatsamfund*, anser emellertid att det bör framgå tydligare av lagbestämmelserna att de gäller för upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Regeringen gör motsvarande bedömning och föreslår därför att bestämmelserna utformas med beaktande av remissinstansernas önskemål om tydlighet.

Lagrådet har anmärkt att det är missvisande att tala om upphandlande myndigheter i bestämmelserna, eftersom myndigheter inte omfattas av förslaget. Lagrådet har därför förordnat att ett annat uttryck används för att beskriva de organ och sammanslutningar som bestämmelserna riktas till.

Regeringen har förståelse för Lagrådets synpunkt. Begreppet upphandlande myndighet används emellertid genomgående i upphandlingslagstiftningen. Det omfattar såväl myndigheter som andra organ och sammanslutningar. Av de föreslagna bestämmelserna framgår tydligt att de endast gäller sådana upphandlande myndigheter som inte ska tillämpa bestämmelserna om allmänna handlingars offentlighet i TF. Någon risk för missförstånd om bestämmelsernas tillämpningsområde kan enligt regeringens mening inte finnas. I nuvarande lagstiftning används begreppet upphandlande myndighet även i bestämmelser som inte gäller för myndigheter (se 9 kap. 13 § och 15 kap. 20 § LOU som avser bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden). Det är vidare förenat med svårigheter att finna ett lämpligt samlande uttryck enligt Lagrådets önskemål utan att uttrycket samtidigt kommer att omfatta vissa organ eller sammanslutningar som omfattas av offentlighetsprincipen. Regeringen ser mot angiven bakgrund inte tillräckliga skäl att avvika från den inarbetade begreppsbyggnaden. Bestämmelserna bör således använda uttrycket upphandlande myndighet.

Skydd för uppgifter i kontrakt

För myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen gäller bestämmelserna om sekretess i OSL. För kontrakt som tilldelats efter upphandling kan främst bestämmelserna i 19 kap. 3 § första stycket och 31 kap. 16 § OSL komma i fråga att tillämpas. Enligt det förstnämnda lagrummet gäller sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. I 31 kap. 16 § OSL regleras sekretess vid enskilda affärsförbindelse med myndighet. Enligt bestämmelsen gäller sekretess för uppgift om en

Prop. 2015/16:195 enskilda affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sådana privaträttsliga subjekt som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL anses vara myndigheter vid tillämpningen av OSL.

För upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och OSL är i stället bestämmelserna i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter tillämpliga. Med företagshemlighet avses enligt 1 § lagen om skydd för företagshemligheter sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Enligt 6 § samma lag ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Begreppet näringsidkare ska fattas i vidsträckt bemärkelse och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. En upphandlande myndighet kan därmed i vissa fall betraktas som näringsidkare. Sådana privaträttsliga subjekt som omfattas av de nu aktuella förslagen i egenskap av upphandlande myndigheter torde i flera fall ses som näringsidkare.

Även vid utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagarna finns det ett behov av att skydda känsliga uppgifter om affärs- eller driftförhållanden som har tagits in i kontraktet. Skyddet för affärshemligheter är en allmän EU-rättslig princip (se bl.a. EU-domstolens dom Varec SA, C-450/06, EU:C:2008:91, punkt 49). En bestämmelse om skydd för sådana uppgifter vid utlämnandet av ett kontrakt bör därför införas. De upphandlande myndigheter som träffas av den föreslagna regleringen omfattas inte av OSL utan av lagen om skydd för företagshemligheter. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att skyddsnivån för dessa uppgifter vid utlämnande av ett kontrakt bör motsvara vad som annars gäller för avtalsparterna enligt den lagen. Företagshemligheter bör således skyddas i utlämnandesituationen. Skyddet bör gälla oavsett om uppgifterna avser leverantören eller den upphandlande myndigheten.

Några remissinstanser, bl.a. *Sveriges Television AB (SVT)*, anmärker att ordalydelsen i den föreslagna bestämmelsen om uppgiftsskydd inte helt överensstämmer med definitionen i lagen om skydd för företagshemligheter. De anser därför att det är oklart om den föreslagna bestämmelsen innebär samma uppgiftsskydd som nämnda lag. Enligt regeringens mening bör bestämmelsen formuleras i närmare anknytning till definitionen i lagen om skydd för företagshemligheter så att det klart framgår att det är samma uppgifter som avses. Bestämmelsen bör innebära att en uppgift i kontraktet om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande myndighetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, inte får lämnas ut. Om en sådan uppgift har tagits in i kontraktet, ska den således maskeras vid utlämnandet.

Kravet att uppgiften ska hållas hemlig innebär att kontraktet ska innehålla en klausul om sekretess eller tystnadsplikt för uppgiften. SVT

efterlyser klargörande uttalanden om hur sekretessbestämmelser i kontraktet förhåller sig till skyldigheten att tillhandahålla kontrakt. Regeringen konstaterar inledningsvis att domstolen inte är bunden av klausulen. En skyldighet enligt tvingande lag kan inte inskränkas genom avtal. Det faktum att vissa uppgifter om affärs- eller driftförhållanden i ett kontrakt omfattas av en sekretessklausul indikerar att parterna anser att ett röjande av uppgifterna är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende. För att domstolen ska göra en annan bedömning än vad parterna gjort i kontraktet i detta avseende torde förutsättas att det finns särskilda omständigheter som talar för att parternas bedömning är felaktig.

En annan fråga som lyfts av SVT är om en upphandlande myndighet, som i kontraktet garanterar motparten sekretess för en viss uppgift, kan bli skadeståndsskyldig om uppgiften lämnas ut efter ett beslut av allmän förvaltningsdomstol. Det kan röra sig om en situation där motparten anser att domstolen har gjort en felaktig bedömning av begreppet företagshemlighet eller om en situation där den upphandlande myndigheten har garanterat sekretess utan att det finns lagliga förutsättningar för det. De fall som kan uppstå av dessa slag får enligt regeringens mening lösas i rättstillämpningen. I praktiken torde flertalet sekretessklausuler vara utformade så att de medger att uppgifter lämnas ut med anledning av domstols beslut.

SVT undrar vidare om en upphandlande myndighets utlämnande av ett kontrakt i strid med upphandlingslagarnas bestämmelser om uppgiftsskydd kan innebära skadeståndsskyldighet enligt dessa lagar. Regeringen kan konstatera att upphandlingslagarnas bestämmelser om skadeståndsskyldighet gäller om en upphandlande myndighet inte har följt bestämmelserna i lagarna. Bestämmelserna om uppgiftsskydd ingår i upphandlingslagarna och har inte undantagits i bestämmelserna om skadeståndsskyldighet.

SVT, *AB Svenska Spel* och *Sveriges Radio AB* framhåller särskilt behovet av att skydda säkerhetsrelaterad information i kontrakten. SVT poängterar behovet av skydd för IT-system. Enligt regeringens mening framstår det som uppenbart att det finns ett behov av att skydda uppgifter i kontraktet som avser säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlande myndigheten. Något motstående intresse att ta del av sådana uppgifter som ska beaktas i lagstiftningsärendet kan inte anses finnas. Med anledning av remissynpunkterna bör därför skyddet för uppgifter i kontraktet kompletteras med ett skydd för säkerhets- eller bevakningsåtgärder. Bestämmelsen bör innebära att uppgifter som lämnar eller kan bidra till upplysning om säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten inte får lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas (jfr 18 kap. 8 § OSL).

Några remissinstanser, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, påpekar att det även finns andra skyddsintressen som kan utgöra grund för sekretess enligt OSL och att behovet av att skydda uppgifter i de aktuella kontrakten behöver analyseras ytterligare. Regeringen instämmer i den bedömningen men kan konstatera att det inte är möjligt att inom ramen för detta lagstiftningsärende göra en sådan djuplodande analys.

Prop. 2015/16:195 Regeringen avser att följa frågan och, om det visar sig behövas, återkomma med förslag.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) och SKL Kommentus anför att det skulle kunna tänkas finnas uppgifter av försvars- och säkerhetsintresse eller uppgifter som rör rikets säkerhet i kontrakt hos upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Något exempel på en sådan situation lämnas dock inte. Med anledning av dessa synpunkter bör det först framhållas att några bestämmelser om tillgång till kontrakt inte föreslås i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Vidare innehåller de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna vissa undantag från lagarnas tillämpning för sådana situationer som nu avses.

Enligt 3 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna gäller lagarna inte om skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen eller projektavlingen genomförs enligt lagarna. Vidare gäller enligt samma bestämmelser ett undantag från lagarnas tillämpning, om en tillämpning av lagarna skulle kräva att en upphandlande myndighet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Om sådan information behöver tas in i kontraktet är detta således något som innebär att lagarna inte är tillämpliga för en upphandlande myndighet av aktuellt slag.

I författningskommentaren till bestämmelsen i den nya lagen om offentlig upphandling anføres att paragrafen avser sådana fall då ett kontrakt inte omfattas av LUFS, eller något av undantagen i LUFS, men det finns väsentliga säkerhetsintressen som gör att det ändå är olämpligt att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande. I begreppet rikets säkerhet ingår även det civila försvaret, vilket bl.a. omfattar samhällsviktig infrastruktur som elförsörjning, vattenförsörjning, telekommunikation, hälso- och sjukvård, radio och tv m.m.

Vidare gäller enligt 3 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 3 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ett undantag från lagarnas tillämpning om upphandlingen och fullgörandet av kontraktet omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling enligt lagarna. I författningskommentaren till den förnämnda bestämmelsen anføres att paragrafen riktar in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse. Som exempel nämns upphandlingar som avser sådana säkerhets- eller bevakningsåtgärder som omfattas av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL.

I författningskommentaren till undantagsbestämmelserna anges att mindre ingripande åtgärder än att undanta upphandlingen från lagens tillämpning kan vara att ingå säkerhetsskyddsavtal eller lämna ut handlingar med sekretessförbehåll enligt OSL. Sådana upphandlande myndigheter som nu avses är emellertid enligt 8 § säkerhetsskyddslagen (1996:627) förhindrade att ingå säkerhetsskyddsavtal för att skydda uppgifter som rör rikets säkerhet vid upphandling. Flera av de subjekt som omfattas av den nu föreslagna regleringen är statliga bolag och stiftelser. Det torde ligga i sakens natur att ett samhällsuppdrag som har

Om kontraktet överlämnas till förvaltningsrätten blir det en allmän handling där. I förvaltningsrätten gäller 36 kap. 2 § OSL i mål eller ärende i domstolens rättskipande eller rättsvårdande verksamhet i fråga om uppgifter som avser affärs- eller driftförhållanden. Enligt den bestämmelsen gäller sekretess om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada, om uppgiften lämnas ut. Av förarbetena framgår att sekretessbestämmelsen i regel bör kunna tillämpas i fall där en företagshemlighet annars skulle röjas (jfr prop. 1979/80:2 del A s. 247). För uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlande myndigheten råder sekretess hos förvaltningsrätten enligt 18 kap. 8 § OSL.

Avslutningsvis bör framhållas att bestämmelserna om tillgång till kontrakt inte reglerar vilka uppgifter och handlingar som ska tas in i ett kontrakt. Det är fortfarande en fråga för parterna. Syftet med bestämmelserna är dock att villkoren i kontraktet ska kunna jämföras med de villkor som har ställts i upphandlingsdokumenten.

Betalning för utlämnande av kontrakt

Av 2 kap. 13 § TF framgår att den myndighet som lämnar ut en allmän handling får ta ut en fastställd avgift för detta. För statliga myndigheter är avgifterna för kopior av allmänna handlingar fastställda i avgiftsförordningen (1992:191). Det finns inget hinder mot att avgiftsförordningens regler får tjäna till vägledning vid avgiftssättningen inom den kommunala sektorn.

Regeringen instämmer i promemorians bedömning att det är rimligt att även de upphandlande myndigheter som omfattas av den föreslagna regleringen ska ha möjlighet att ta betalt för att lämna ut en kopia på kontraktet. Detta kan bl.a. minska risken för okynnesbeställningar. Det krävs inte någon särskild lagreglering för att dessa privaträttsliga subjekt ska ha en sådan möjlighet. Priset är som utgångspunkt en avtalsfråga mellan parterna. Regeringen instämmer även i promemorians bedömning att det framstår som en rimlig ordning att priset inte får överstiga den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut enligt avgiftsförordningen vid utlämnande av en allmän handling av motsvarande slag. Genom bestämmelser om prisbegränsning hindras den upphandlande myndigheten från att försvåra tillgången till kontrakt genom höga betalningskrav. Det är enligt regeringens mening inte av någon avgörande betydelse att rätten att få tillgång till kontrakt enligt förslaget endast gäller till förmån för berörda leverantörer.

Enligt promemorians lagförslag får en upphandlande myndighet inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag. *Förvaltningsrätten i Stockholm* anför att det ligger nära till hands att se avgiftstaket som en sådan reglering av enskildas ekonomiska förhållanden inbördes som enligt 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen ska meddelas i lag. Genom upphandlingslagarnas hänvisning till vad som gäller för statliga myndigheter kommer avgiftstaket dock i realiteten att regleras i avgiftsförordningen. Enligt

Prop. 2015/16:195 förvaltningsrätten bör frågan om prisbegränsningsregelns förenlighet med regeringsformen därför analyseras närmare.

Regeringen konstaterar att prisregleringen avser enskildas ekonomiska förhållanden inbördes och därför måste göras i lag. Av 8 kap. 3 § regeringsformen framgår att riksdagen inte får bemyndiga regeringen att meddela föreskrifter på detta område. De föreslagna hänvisningarna i upphandlingslagarna till vad som gäller för statliga myndigheter har samma innebörd som om lagarna direkt hade hänvisat till avgiftsförordningen. Frågan bör i stället regleras direkt i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Regleringen bör i likhet med promemorians förslag utgå från avgiftsförordningen. Bestämmelserna bör således innebära att den upphandlande myndigheten inte får ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor (jfr 16 § första stycket avgiftsförordningen). För en kopia eller utskrift som omfattar tio sidor bör myndigheten få ta högst 50 kronor. För varje sida därutöver bör myndigheten få ta högst 2 kronor (jfr 16 § andra stycket avgiftsförordningen). Om myndigheten får ta betalt för kopia eller utskrift, bör myndigheten även få ta ut ersättning för portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram samt för postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian till mottagaren (jfr 15 § andra stycket avgiftsförordningen). I avgiftsförordningen är viktgränsen för att få ta ut ersättning för portokostnad angiven till 20 gram. Sedan 2014 gäller dock viktgränsen 50 gram i de portotabeller som tillämpas. Denna viktgräns bör avspeglas i de nya bestämmelserna.

PostNord Sverige AB invänder att den föreslagna regleringen inte medger att den upphandlande myndigheten får kostnadstäckning för det arbete som har lagts ned med anledning av en begäran om att få tillgång till ett kontrakt. Det är en korrekt iakttagelse men enligt regeringens mening något som får accepteras i sammanhanget. I flertalet fall torde ett kontrakt begäras ut av en konkurrerande leverantör kort tid efter det att kontraktet har undertecknats. Det får förutsättas att den upphandlande myndigheten har förberett sig för en sådan situation under upphandlingen. Eftersom bestämmelserna endast omfattar kontrakt till mycket stora värden torde det inte tillhöra vanligheterna att en upphandlande myndighet tvingas avsätta särskilda resurser för att bedöma frågan om utlämnande.

Rätt till domstolsprövning

För att bestämmelserna om tillgång till kontrakt inte ska riskera att bli verkningslösa, behöver de kompletteras med bestämmelser om rätt till domstolsprövning. En leverantör som helt eller delvis vägras tillgång till ett kontrakt bör kunna överklaga beslutet. Avslagsbeslut kommer att kunna meddelas av den upphandlande myndigheten på fyra grunder. För det första kan myndigheten besluta att inte lämna ut uppgifter i kontraktet med hänvisning till att uppgifterna inte får lämnas ut enligt bestämmelserna om uppgiftsskydd. För det andra kan myndigheten hänvisa till att kontraktets värde understiger den beloppsgräns som gäller. För det tredje kan myndigheten göra gällande att sökanden inte är

en berörd leverantör. För det fjärde kan myndigheten uppge att myndigheten inte har tillgång till kontraktet. Avslagsbeslutet bör få överklagas i samtliga dessa fall.

Tyngdpunkten i rättskipningen ligger i första instans (jfr prop. 2012/13:45 En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess). Beslut i förvaltningsärenden överklagas därför som huvudregel till förvaltningsrätt. Beslut att inte lämna ut en allmän handling (sekretessmål) överklagas dock sedan länge direkt till kammarrätt. Utredningen om fortsatt utveckling av förvaltningsprocessen har utrett frågan om även sekretessmålen bör överklagas till förvaltningsrätten som första instans (se SOU 2014:76 s. 439–468). Utredningen gör bedömningen att det finns sakliga skäl för att kammarrätterna även i fortsättningen ska pröva sekretessmålen som första instans. Något förslag om att flytta ned sekretessmålen till förvaltningsrätterna lämnas därför inte. Utredningen pekar bl.a. på det grundlagsfästa skyndsamhetskravet vid en begäran om att få ut en allmän handling. En första prövning i förvaltningsrätten kan fördröja utlämnandet av handlingen. Vidare anmärker utredningen att OSL är en omfattande och komplicerad lag med sekretessbestämmelser av vitt skilda slag. Med hänsyn till målens komplexitet anser utredningen därför att det krävs särskild kompetens och erfarenhet hos de domare som ska hantera dem. Den beslutande myndigheten är inte den enskildes motpart i sekretessmålen och kan därför inte överklaga rättens beslut att en handling ska lämnas ut. Även denna omständighet innebär enligt utredningen att särskilda krav måste ställas på de domstolar och domare som ska hantera sekretessmålen. Utredningen konstaterar även att det inte har framkommit någon kritik mot kammarrätternas hantering av sekretessmålen.

De mål som nu avses har vissa likheter med sekretessmålen, vilket påpekas av de remissinstanser som förordar att målen ska överklagas till kammarrätten. Det finns dock ett antal skillnader mot sekretessmålen. Kravet på skyndsamt handläggning är inte reglerat i grundlagen. Det är vidare inte fråga om att tolka ett större regelverk som OSL med ett flertal sekretessgrunder utan om att tillämpa enskilda bestämmelser som skyddar företagshemligheter och säkerhetsuppgifter. Rätten att få tillgång till kontrakt gäller endast berörda leverantörer. Vidare ska enligt förslaget det beslutande organet vara den enskildes motpart och därmed ges rätt att överklaga förvaltningsrättens beslut. Som *Kammarrätten i Stockholm* konstaterar i sitt remissvar prövar förvaltningsrätterna redan i dag yrkanden om edition i upphandlingsmål samt gör sekretessprövningar när handlingar begärs från respektive förvaltningsrätt. Regeringen instämmer mot denna bakgrund i promemorians bedömning att det inte har framkommit tillräckliga skäl att avvika från huvudregeln om förvaltningsrätten som första domstolsinstans.

Enligt upphandlingslagarna gäller att en ansökan om överprövning ska ges in till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Motsvarande ordning för behörig förvaltningsätt bör enligt regeringens mening gälla för överklagande av de nu aktuella besluten. Av 18 § fjärde stycket 5 lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar framgår att mål enligt

Prop. 2015/16:195 upphandlingslagarna får avgöras av en lagfaren domare ensam i förvaltningsrätten.

För de mål där det är särskilt föreskrivet krävs prövningstillstånd i kammarrätten vid överklagande av ett förvaltningsrättsavgörande. Enligt 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelas prövningstillstånd när det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall), när det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (granskningsfall), när det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall) eller när det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Systemet med prövningstillstånd innebär att rättskipningen får sin tyngdpunkt i förvaltningsrätt, samtidigt som kammarrättens kontrollerande funktion sätts i fokus. Systemet leder till ett snabbare avgörande i de fall prövningstillstånd inte meddelas, samtidigt som kammarrätten ges förutsättningar att snabbare och mer koncentrerat handlägga de mål som kräver en fullständig prövning. De flesta måltyper som överklagas till kammarrätten omfattas numera av systemet med prövningstillstånd. Regeringen gör bedömningen att det inte finns några särskilda skäl för att undanta de nu aktuella målen från kravet på prövningstillstånd i kammarrätten.

Överklagande och rättidsprövning

Enligt 1 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter gäller lagen beslut av bolag och andra enskilda organ, som enligt särskilda bestämmelser får överklagas till regeringen, till en förvaltningsdomstol eller till en förvaltningsmyndighet. Trots ordalydelsen i lagrubriken innehåller lagen inte någon begränsning till organ med offentliga förvaltningsuppgifter. Som utgångspunkt är alltså lagen tillämplig på de nu aktuella besluten. Lagen är dock subsidiär till föreskrifter i annan författning. I lagen regleras hur beslut överklagas, överklagandetiden, rättidsprövning och avvisning av för sent inkomna överklaganden. Enligt lagens 2 § ska överklagandet ges in till den myndighet som ska pröva överklagandet. Denna myndighet ska pröva om överklagandet har kommit in i rätt tid. Överklagandetiden är tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Den angivna ordningen för överklagande och rättidsprövning avviker något från den ordning som gäller enligt 23 och 24 §§ förvaltningslagen (1986:223). I sådana fall ska överklagandet i stället ges in till den beslutande myndigheten, som prövar om det har kommit in i rätt tid. Denna ordning gäller enligt 6 kap. 11 § OSL när beslut av sådana privaträttsliga organ som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ samma lag överklagas.

De beslutande enskilda organen i dessa fall är juridiska personer av olika slag. Det går inte att på förhand utpeka alla enskilda organ som träffas av regleringen. Förmågan att hantera ett överklagande på det sätt som anvisas i förvaltningslagen kan förutsättas variera mellan organen. Det får därför antas att förvaltningsrätten i dessa fall är mer lämpad att göra rättidsprövningen än de beslutande organen. Regeringen instämmer

således i promemorians bedömning att överklagandet bör ges in till förvaltningsrätten och inte till den upphandlande myndigheten.

I promemorian föreslås inte några särskilda bestämmelser om överklagande, vilket innebär att lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter ska tillämpas. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att det inte finns skäl att avvika från den ordning för överklagande som gäller enligt den lagen.

Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter bör gälla när det inte finns anledning att särreglera överklagandeförfarandet. Det är därför inte lämpligt att införa en reglering i upphandlingslagarna som i sak överensstämmer med regleringen i den angivna överklagandelagen. Som *Lagrådet* har påpekat är det inte heller lämpligt att införa en överklagandereglering i form av en blandning av fullständiga regler och hänvisningar till andra lagar. Regeringen anser således att någon bestämmelse om ordningen för överklagande inte bör tas in i de nya lagarna. Till skillnad från *Sveriges Television AB (SVT)* ser regeringen inte heller något behov av att ta in en bestämmelse som upplyser om att lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter ska tillämpas. Hur och inom vilken tid ett överklagande ska ges in kommer att framgå av den överklagandehänvisning som den upphandlande myndigheten ska lämna.

Handläggningen

I likhet med vad som gäller vid utlämnande av allmänna handlingar bör den upphandlande myndigheten vara skyldig att skyndsamt ta ställning till begäran om utlämnande. Ett snabbt utlämnande kan ha stor betydelse för en leverantör som överväger att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet.

Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter innehåller inga bestämmelser om handläggningen av ett ärende. Förvaltningslagen med dess handläggningsbestämmelser gäller inte för de privaträttsliga subjekt som det är fråga om. Den upphandlande myndigheten bör dock givetvis motivera ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt, underrätta sökanden om beslutet och lämna överklagandehänvisning. Bestämmelser om detta finns i 20 och 21 §§ förvaltningslagen. Beslutsmotiveringen har betydelse såväl för den leverantör som överväger att överklaga beslutet som för förvaltningsrättens prövning av målet. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att dessa helt grundläggande bestämmelser bör göras tillämpliga på handläggningen av ärenden om att lämna ut kontrakt.

Förvaltningsrätten i Stockholm föreslår att även bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen ska göras tillämpliga på handläggningen. Dessa bestämmelser är tillämpliga när en statlig myndighet handlägger en begäran om att lämna ut en allmän handling. Förvaltningslagens jävsbestämmelser har dock inte gjorts tillämpliga på själva upphandlingsförfarandet hos de nu aktuella upphandlande myndigheterna. I avsnitt 10.9.1 gör regeringen bedömningen att LOU- och LUF-direktivens reglering om intressekonflikter inte bör införas i

Prop. 2015/16:195 upphandlingslagarna. Regeringen hänvisar bl.a. till att den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen innefattar ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn. Av principen följer att en upphandlande myndighet ska kontrollera om det finns intressekonflikter och vidta lämpliga åtgärder för att förhindra, upptäcka och hantera dessa. Regeringen har vidare aviserat att den avser att ge ett uppdrag till Upphandlingsmyndigheten att synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. Genom likabehandlingsprincipen, mutbrottslagstiftningen och uppdraget till Upphandlingsmyndigheten anser regeringen att direktivens krav vad gäller intressekonflikter uppfylls även i fråga om sådana upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagen vid upphandling. Enligt regeringens bedömning i avsnitt 10.9.1 finns det inte ett fullgott beredningsunderlag för att föreslå att förvaltningslagens jävsbestämmelser ska utsträckas till att omfatta även sådana upphandlande myndigheter. Det kan dock enligt regeringen finnas anledning att återkomma till den frågan.

Likabehandlingsprincipen kommer att vara tillämplig i ett ärende om utlämnande av kontrakt. I likhet med den bedömning som görs i avsnitt 10.9.1 anser regeringen att det varken är nödvändigt eller lämpligt att nu göra förvaltningslagens jävsbestämmelser tillämpliga i detta sammanhang.

Den upphandlande myndigheten bör ges partsställning

Om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut ska enligt 7 a § första stycket förvaltningsprocesslagen den myndighet som först beslutade i saken vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet överlämnats till domstolen. Detta gäller dock inte för beslut som överklagas direkt hos kammarrätt (se 7 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen). Vid överklagande av ett beslut att inte lämna ut en allmän handling är således den beslutande myndigheten inte den enskildes motpart i kammarrätten. Denna ordning hänger samman med det grundlagsfästa skyndsamhetskravet vid utlämnande av allmänna handlingar (jfr prop. 1975/76:160 s. 204).

De beslutande organen i dessa fall är inte förvaltningsmyndigheter och de får därför inte utan särskild föreskrift ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten. Endast om de ges partsställning i målet, får de rätt att överklaga förvaltningsrättens beslut att uppgifter i kontraktet ska lämnas ut.

I promemorian görs bedömningen att det inte har framkommit några särskilda skäl att ge de beslutande organen ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten när de nu aktuella besluten överklagas. *Förvaltningsrätten i Malmö, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *SKL Kommentus* invänder dock mot denna bedömning. De anmärker bl.a. att målen kan vara av mycket stor betydelse för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter.

Regeringen konstaterar att det skyndsamhetskrav som gäller för utlämnande av kontrakten inte är grundlagsfäst och inte heller återfinns i direktiven. Bestämmelserna om tillgång till kontrakt har i direktiven inte någon uttalad koppling till bestämmelserna om överprövning utan syftar mer allmänt till att öka transparensen vid upphandling. Förslaget avser

vidare kontrakt till mycket höga belopp där ett felaktigt utlämnande av uppgifter kan orsaka skada. Målen kan vara komplicerade. Vikten av materiellt riktiga beslut och en god prejudikatbildning får i dessa fall anses väga tyngre än behovet av en snabb handläggning. De upphandlande myndigheterna kommer ofta att ha ett eget skyddsintresse att värna i målet. De kommer alltså inte enbart att bevaka intressen hos den leverantör som är part i avtalet (jfr prop. 1995/96:22 s. 80). Regeringen anser mot denna bakgrund att det finns särskilda skäl för att ge den upphandlande myndigheten partsställning när ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt har överklagats till förvaltningsrätten. Partsställningen bör enligt regeringens mening även gälla när ett beslut att inte lämna ut själva kontraktet överklagas.

Förvaltningsrätten i Malmö anser att det även bör övervägas att ge den leverantör som har ingått kontraktet partsställning i vissa fall. Sådana leverantörer har inte partsställning i mål om utlämnande av allmänna handlingar. Leverantörens intresse att skydda företagshemligheter i kontraktet kommer enligt förslaget att bevakas av den upphandlande myndigheten. Regeringen anser att det inte har framkommit särskilda skäl för att ge även leverantören partsställning.

Ikraftträdande av bestämmelserna

Bestämmelserna om tillgång till kontrakt ska enligt förslaget tas in i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna föreslås inte gälla för kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nuvarande upphandlingslagarna.

21 Sekretess

21.1 Upphandlingsdirektivens generella bestämmelser om sekretess

Regeringens bedömning: Det bör inte göras några ändringar i svensk lagstiftning med anledning av direktivens generella bestämmelser om sekretess.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna (delbetänkandet Nya regler om upphandling): Endast en remissinstans, *Advokatfirman Lindahl*, invänder mot bedömningen. Advokatfirman anser att LOU- och LUF- direktiven reglerar krav på informationssäkerhet hos leverantörer och vill se en lagreglering av detta. *Kammarrätten i Stockholm*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Svensk kollektivtrafik* instämmer däremot i bedömningen att det inte behöver införas några nya bestämmelser om sekretess på grund av LOU- och LUF-direktivens reglering.

Remissinstanserna (slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner): De remissinstanser som uttalar sig särskilt i frågan,

Prop. 2015/16:195 *Kammarrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Härnösand och Kammarkollegiet*, instämmer i utredningens bedömning i fråga om sekretess enligt LUK-direktivet.

Skälen för regeringens bedömning

Upphandlingsdirektivens reglering

Artikel 21 i LOU-direktivet, artikel 39 i LUF-direktivet och artikel 28 i LUK-direktivet innehåller generella bestämmelser om sekretess. Utöver dessa bestämmelser innehåller direktiven särskilda sekretessbestämmelser (se avsnitt 21.2).

Enligt artikel 21.1 i LOU-direktivet, artikel 39.1 i LUF-direktivet och artikel 28.1 i LUK-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten inte offentliggöra uppgifter som lämnas in och förklaras konfidentiella av de ekonomiska aktörerna. Som exempel på sådana uppgifter anges tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet. Den angivna sekretessen gäller enligt artiklarna om inte annat föreskrivs i direktivet eller i nationell rätt, särskilt när det gäller lagstiftning om tillgång till information. Artiklarna är inte begränsade till själva upphandlingsförfarandet utan avser även tiden efter en avslutad upphandling. En motsvarande reglering om sekretess finns i artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 13.2 i 2004 års LUF-direktiv.

Som framgår ovan är artiklarna om sekretess underordnade avvikande bestämmelser i nationell rätt. Direktiven lämnar med andra ord ett stort nationellt handlingsutrymme i frågan om vilken skyddsnivå som ska gälla för uppgifter från leverantörer under en upphandling.

Någon bestämmelse om sekretess till skydd för en upphandlande myndighets eller enhets ekonomiska intressen under en upphandling finns inte i de nya direktiven. I artikel 21.2 i LOU-direktivet, artikel 39.2 i LUF-direktivet och artikel 28.2 i LUK-direktivet anges dock att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa krav på de ekonomiska aktörerna för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten eller enheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. En liknande bestämmelse finns i artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv. Möjligheterna att ställa krav på de ekonomiska aktörerna enligt denna bestämmelse är begränsad till en viss situation och en viss tidsperiod. Artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv är med andra ord en särskild sekretessbestämmelse.

Behöver direktivens generella bestämmelser om sekretess genomföras i svensk rätt?

Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv gjorde regeringen en grundlig analys av behovet av att införa bestämmelser i svensk rätt med anledning av direktivens bestämmelser om sekretess (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 265–277). I det sammanhanget har regeringen utförligt redogjort för den svenska regleringen i frågorna om offentlighet, sekretess och företagshemligheter. Regeringen gjorde bedömningen att den då gällande sekretesslagen (1980:100) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter gav ett sådant skydd för hemliga uppgifter

som direktiven kräver. Varken de generella eller de särskilda sekretessbestämmelserna i 2004 års upphandlingsdirektiv föranledde därmed några ändringar i svensk rätt. Bestämmelserna i sekretesslagen har motsvarigheter i den nu gällande offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL.

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL råder det absolut sekretess i upphandlingsärenden för uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande fram till dess att alla anbud eller erbjudanden har offentliggjorts, ett tilldelningsbeslut har fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts (se prop. 2001/02:142 s. 54–58). Sedan den absoluta sekretessen har upphört kan det råda sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse enligt nämnda paragrafs första stycke. Sekretessen förutsätter att det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Det kan vidare råda sekretess till skydd för en enskilds affärs- eller driftförhållanden enligt 31 kap. 16 eller 17 § OSL. I 16 § regleras enskilds affärsförbindelse med myndighet. Sekretess enligt bestämmelsen förutsätter att det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sådana juridiska personer som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL ska vid tillämpningen av lagen jämföras med myndigheter. I 17 § regleras enskilds affärsförbindelse med bolag, förening, samfällighet eller stiftelse som driver affärsverksamhet och vari det allmänna genom myndigheten utövar ett bestämmande inflytande eller bedriver revision. Sekretess enligt denna bestämmelse råder om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Vid en enskild upphandling kan även andra sekretessbestämmelser än de nyss nämnda vara tillämpliga (se t.ex. 31 kap. 3 § OSL).

I 10 kap. 14 § OSL finns en bestämmelse som medger att myndigheten ställer krav på mottagaren vid utlämnande av uppgifter. Bestämmelsen innebär att sekretessbelagda uppgifter ska lämnas ut med förbehåll om myndigheten finner att den skada, men eller annan olägenhet som är grunden för sekretessen kan undanröjas genom förbehållet. Ett förbehåll innebär en inskränkning av mottagarens rätt att lämna en uppgift vidare eller att utnyttja uppgiften. Något förbehåll kan inte göras vid utlämnande av offentliga uppgifter.

OSL gäller för en överväldigande majoritet av de upphandlande myndigheterna och enheterna. Det finns dock ett mindre antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av OSL (jfr avsnitt 20.6). Det rör sig bl.a. om statliga bolag och stiftelser som inte finns upptagna i bilagan till OSL samt vissa privata bolag som anses vara upphandlande enheter enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och den nya lagen om upphandling av koncessioner (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 267). För sådana myndigheter och enheter kan lagen om skydd för företagshemligheter tillämpas på uppgifter som lämnas av leverantörerna under en upphandling. För myndigheter som omfattas av båda lagarna är lagen om skydd för företagshemligheter subsidiär i förhållande till OSL. En uppgift hos en myndighet kan utgöra en företagshemlighet endast så länge sekretess gäller för uppgiften (se prop. 1987/88:155 s. 54).

Enligt 6 § lagen om skydd för företagshemligheter ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en

Prop. 2015/16:195 affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Med företagshemlighet avses enligt lagens 1 § sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Begreppet näringsidkare ska fattas i vidsträckt bemärkelse och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. En upphandlande myndighet eller enhet kan därmed i vissa fall betraktas som näringsidkare. En anbudssökande får anses ha trätt i affärsförbindelse med den upphandlande myndigheten eller enheten.

Advokatfirman Lindahl anför att artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet avser informationssäkerhet, vilket inte regleras av OSL. Enligt advokatfirman bör de nya lagarna innehålla bestämmelser om informationssäkerhet som motsvarar bestämmelserna i 7 kap. 13–15 §§ LUFs.

Enligt artikel 7 i LUFs-direktivet ska en upphandlande myndighet eller enhet få kräva att ekonomiska aktörer uppfyller vissa krav som syftar till att skydda sekretessbelagd information som den överlämnar under upphandlingsförfarandet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får också kräva att de ekonomiska aktörerna ska säkerställa att deras underleverantörer uppfyller sådana krav. Enligt artikel 1.8 i LUFs-direktivet avses med sekretessbelagd information all information och allt material oavsett dess form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå och som med hänsyn till den nationella säkerheten och enligt den berörda medlemsstatens gällande lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person, eller någon annan typ av risk (jfr 2 kap. 22 § LUFs).

Som framgår ovan avser LUFs-direktivets reglering om informationssäkerhet sådan information som måste skyddas med hänsyn till den nationella säkerheten. Regeringen konstaterar att LOU-, LUF- och LUK-direktiven saknar en reglering om informationssäkerhet motsvarande den som finns i LUFs-direktivet. Regeringen delar således inte *Advokatfirman Lindahls* uppfattning att de nya upphandlingsdirektiven innehåller bestämmelser om informationssäkerhet som bör genomföras i lagarna. Av artiklarna i LOU- och LUF-direktiven följer endast att upphandlande myndigheter och enheter ska få ställa krav på leverantörerna för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten eller enheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. Sådana krav får ställas genom förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL. Röjande av en mottagen företagshemlighet innebär skadeståndsskyldighet. Ett utlämnande av en företagshemlighet innefattar därmed ett krav på att uppgiften inte får röjas. Rent generellt gäller dessutom att krav på säker hantering av uppgifter får ställas i en upphandling i den mån det är förenligt med proportionalitetsprincipen. Det kan även nämnas att de nya lagarna på upphandlingsområdet till stor del inte är tillämpliga, om upphandlingen rör den nationella säkerheten (se avsnitten 8.1, 8.2 och 8.10).

Syftet med detta lagstiftningsärende är att genomföra direktivets reglering. Det saknas enligt regeringens mening anledning att göra en

annan bedömning i denna del än den som gjordes vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv. Direktivens generella reglering om sekretess får således anses vara tillgodosedd genom bestämmelserna i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter. Något nytt eller ökat behov av sekretesskydd har enligt regeringens mening inte uppstått med anledning av de nya upphandlingsdirektiven. Några bestämmelser för att genomföra direktivens generella sekretessreglering föreslås därför inte.

Advokatfirman Lindahl önskar vidare att lagstiftaren ska klargöra vad som gäller i sekretesshänseende om ett öppet eller selektivt förfarande eller en konkurrenspräglad dialog övergår till ett förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering. *Försvarets materielverk (FMV)* efterfrågar en fördjupad bedömning av hur sekretessen hos domstol i upphandlingsmål och möjligheten till partsinsyn i sådana mål förhåller sig till EU-domstolens uttalanden om en avvägning mellan principen om skydd för affärshemligheter och principen om rätten till en rättvis rättegång (jfr EU-domstolens dom *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91). Regeringen konstaterar även vad gäller dessa frågor att syftet med lagstiftningsärendet är att genomföra de nya upphandlingsdirektiven. De frågor som Advokatfirman Lindahl och FMV har lyft fram regleras inte i direktiven utan rör OSL. Regeringen tar därför inte ställning till dessa frågor inom ramen för förevarande lagstiftningsärende.

Det kan nämnas att artikel 3.2 i LUK-direktivet innehåller en bestämmelse som föreskriver att upphandlande myndigheter och enheter ska sträva efter att säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet och vid kontraktets fullgörande, samtidigt som artikel 28 om sekretess iakttas. Enligt regeringens mening bör detta målsättningsstadgande inte genomföras i svensk rätt. Att principen om öppenhet ska tillämpas vid en upphandling framgår av de allmänna bestämmelserna i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

Ändringar i OSL

Införandet av de nya upphandlingslagarna föranleder ett flertal ändringar i andra lagar. Hänvisningar i lag till LOU och LUF ersätts med hänvisningar till de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Av avsnitt 33 framgår att sådana ändringar föreslås i 19 kap. 3 § andra stycket och 31 kap. 3 § OSL. I avsnitt 33 föreslås även att en hänvisning till den nya lagen om upphandling av koncessioner ska tas in 31 kap. 3 § OSL. Genom ändringen behandlas upphandling av koncessioner på samma sätt som offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna i fråga om sekretess enligt paragrafen.

Regeringens bedömning: Det bör inte göras några ändringar i svensk lagstiftning med anledning av direktivens särskilda bestämmelser om sekretess.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens i fråga om innovationspartnerskap enligt LOU- och LUF-direktiven och information till leverantörer om kontraktstilldelning enligt LUK-direktivet.

Remissinstanserna (delbetänkandet och promemorian Nya regler om upphandling): *Kammarrätten i Stockholm* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* instämmer i bedömningen att det inte behöver införas några bestämmelser om sekretess med anledning av LOU- och LUF-direktivens reglering. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* delar utredningens bedömning i fråga om sekretess vid innovationspartnerskap. *Advokatfirman Delphi* anser att bestämmelserna om förbud för upphandlande myndigheter och enheter att meddela vilka som deltar i elektroniska auktioner bör ingå i lagtexten.

Remissinstanserna (slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner): Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens bedömning

Sekretess vid konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering

Av artikel 30.3 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 48.3 andra stycket i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska garantera likabehandling av samtliga deltagare under en konkurrenspräglad dialog. Myndigheten eller enheten får inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa deltagare i förhållande till andra. Enligt artikel 29.5 första stycket i LOU-direktivet uppställs motsvarande krav vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Enligt artikel 30.3 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 48.3 tredje stycket i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten inte röja för de övriga deltagarna vid en konkurrenspräglad dialog vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som en deltagare har lämnat utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information. En motsvarande bestämmelse finns för förhandlat förfarande med föregående annonsering i LOU-direktivet (se artikel 29.5 andra stycket).

Vid införandet av konkurrenspräglad dialog som ett upphandlingsförfarande i svensk rätt hade regeringen att ta ställning till om motsvarande sekretessbestämmelser i 2004 års LOU-direktiv borde genomföras i LOU. Regeringen konstaterade att det finns bestämmelser om sekretess hos myndigheter i OSL och att det även finns bestämmelser

om tystnadsplikt i lagen om skydd för företagshemligheter. Mot denna bakgrund bedömde regeringen att det inte behövdes några särskilda bestämmelser om sekretess för förfarandet konkurrenspräglad dialog i LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 242 f.). Denna bedömning äger fortfarande giltighet. Bedömningen är även tillämplig vad gäller konkurrenspräglad dialog enligt LUF-direktivet och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LOU-direktivet (jfr artikel 30.3 i 2004 års LOU-direktiv som inte har genomförts genom någon bestämmelse om sekretess). Genom befintlig reglering i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter uppfylls således direktivens särskilda krav på sekretesskydd vid aktuella förfaranden. Som framgår av avsnitt 21.1 innebär regleringen i OSL att det råder absolut sekretess för uppgifter som rör anbudsansökningar och anbud under ett pågående upphandlingsförfarande.

De ovan nämnda artiklarna innehåller krav på likabehandling av alla deltagande leverantörer. Regeringen konstaterar att de nya lagarna på upphandlingsområdet kommer att innehålla en bestämmelse som slår fast den allmänna principen att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Någon ytterligare reglering med krav på likabehandling vid aktuella förfaranden behövs inte (se motsvarande bedömning i prop. 2009/10:180 del 1 s. 243).

Sekretess vid innovationspartnerskap

I artikel 31.4 första och andra styckena i LOU-direktivet samt artikel 49.4 första och andra styckena i LUF-direktivet finns bestämmelser om sekretess vid förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap. Dessa bestämmelser motsvarar sekretessregleringen för konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering (se ovan). Det saknas anledning att behandla angivna sekretessbestämmelser på något annat sätt än bestämmelserna för konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Några särskilda sekretessbestämmelser föreslås därför inte för förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap.

Efter tilldelning av ett kontrakt om innovationspartnerskap till flera partner gäller den särskilda sekretessregleringen i artikel 31.6 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 49.6 tredje stycket i LUF-direktivet. Regleringen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten – i enlighet med artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet – inte för övriga partner får röja vilka lösningar som har föreslagits eller annan konfidentiell information som har förmedlats av en partner inom ramen för partnerskapet utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information. Till skillnad från övriga särskilda sekretessbestämmelser avser regleringen ett avslutat upphandlingsförfarande. Innovationspartnerskapets konstruktion behandlas i avsnitt 12.1.4.

Efter tilldelningen av kontraktet gäller inte längre den absoluta anbudsekretessen. I stället skyddas leverantörernas behov av sekretess under innovationspartnerskapet av bestämmelserna i 31 kap. 16 och

Prop. 2015/16:195 17 §§ OSL. Dessa bestämmelser är försedda med ett rakt skaderekvisit, vilket innebär att det måste antas att leverantören lider skada genom utlämnandet för att sekretess ska gälla. En uppgift som omfattas av sekretess enligt nämnda bestämmelser är att betrakta som konfidentiell i den mening som avses i LOU- och LUF-direktiven. Artikel 21.1 i LOU-direktivet och artikel 39.1 i LUF-direktivet, som ska tillämpas även i dessa fall, innebär ett stort nationellt handlingsutrymme i frågan om vilken skyddsnivå som ska gälla för uppgifter från leverantörer. Uppgifter om vilka lösningar som har föreslagits inom ramen för ett pågående innovationspartnerskap torde regelmässigt vara sådana att det kan antas att den berörda deltagaren lider skada om uppgifterna lämnas ut till en annan deltagare.

Om en uppgift från en leverantör under ett innovationspartnerskap omfattas av sekretess får den röjas av myndigheten gentemot en annan deltagande partner, om leverantören i fråga lämnar sitt samtycke till det (se 10 kap. 1 § och 12 kap. 2 § OSL). Även vid tillämpning av OSL gäller att ett samtycke inte får ges ett så generellt innehåll att den enskilde allmänt förklarar sig avstå från sekretessen hos en viss myndighet.

Det torde inte vara möjligt att lämna ut en sekretessbelagd uppgift till en konkurrerande partner i innovationspartnerskapet med stöd av ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL, om den berörda leverantören inte samtycker till utlämnandet. Det låter sig i en sådan situation svårigen sägas att risken för skada kan undanröjas genom ett förbehåll vid utlämnandet. Det torde inte heller komma i fråga att lämna ut en uppgift av aktuellt slag till en annan partner i innovationspartnerskapet med stöd av bestämmelsen om nödvändigt utlämnande i 10 kap. 2 § OSL. En annan deltagande partner i ett innovationspartnerskap har inte ställning som part i ett förvaltningsärende och kan därmed inte hos den upphandlande myndigheten åberopa bestämmelsen om partsinsyn i 10 kap. 3 § OSL.

Regeringen anser mot bakgrund av det anförda att den nuvarande regleringen i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter ger ett sådant skydd för konfidentiella uppgifter som LOU- och LUF-direktiven kräver vid ett pågående innovationspartnerskap med flera partner.

Sekretess vid elektroniska auktioner

I artikel 35.7 sista meningen i LOU-direktivet och artikel 53.7 sista meningen i LUF-direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten eller enheten under inga omständigheter får röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna i den elektroniska auktionen.

Motsvarande bestämmelse i 2004 års LOU-direktiv genomfördes inte särskilt i svensk rätt, eftersom detsamma bedömdes följa av bestämmelsen om anbudssekretess i 19 kap. 3 § OSL (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 333). Inte heller den motsvarande bestämmelsen i 2004 års LUF-direktiv genomfördes särskilt i svensk rätt (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 380).

I enlighet med den bedömning som gjordes när bestämmelser om elektroniska auktioner infördes i LOU och LUF anser regeringen att bestämmelserna om anbudssekretess i OSL täcker in det förbud mot att

röja anbudsgivarnas identitet som föreskrivs i aktuella artiklar. Att frågan endast regleras i OSL och inte i upphandlingslagarna har såvitt framkommit inte gett upphov till några tillämpningsproblem. Regeringen anser därför, till skillnad från *Advokatfirman Delphi*, att någon särskild bestämmelse om förbud att röja anbudsgivares identitet vid elektroniska auktioner inte bör införas i de nya upphandlingslagarna.

Sekretess vid efterannonsering

Enligt artikel 50.4 i LOU-direktivet och artikel 70.3 i LUF-direktivet behöver viss information som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal inte offentliggöras om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat leverantör eller motverka sund konkurrens mellan leverantörer.

Regeringen konstaterar att en upphandlande myndighet eller enhet alltid ska beakta att de uppgifter som tas in i en annons inte strider mot bestämmelserna i OSL eller lagen om skydd för företagshemligheter. Dessa lagar innehåller bestämmelser som motsvarar artiklarna ovan. I likhet med den bedömning som gjordes vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv anser regeringen därför att aktuella artiklar inte bör genomföras särskilt i de nya upphandlingslagarna (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 272, 359 och 508).

Sekretess vid information till leverantörer om kontraktstilldelning

Enligt artikel 55.3 i LOU-direktivet och artikel 75.3 i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten besluta att inte lämna ut sådan information som avses i artiklarna och som rör kontraktstilldelningen, ingåendet av ett ramavtal eller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, om utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpningen av lagen, strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer. En bestämmelse med i allt väsentligt motsvarande innehåll finns i artikel 40.2 i LUK-direktivet.

Bestämmelser med angivet innehåll i 2004 års båda upphandlingsdirektiv har beträffande LOU och LUF inte bedömts kräva särskilt genomförande, eftersom de motsvarades av bestämmelser i sekretesslagen (1980:100) och lagen om skydd för företagshemligheter (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 272, 380 och 522). Bestämmelserna i sekretesslagen finns numera i OSL.

I likhet med den bedömning som gjordes vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv anser regeringen att det saknas det skäl att i de nya lagarna genomföra aktuella artiklar (jfr prop. 2010/11:150 del 1 s. 223).

Sekretess vid projektävlingar på tjänsteområdet

Enligt artikel 79.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 96.2 tredje stycket i LUF-direktivet behöver resultatet av en projektävling inte offentliggöras om detta skulle hindra tillämpning av lag, strida mot

Prop. 2015/16:195 allmänintresset, skada offentliga eller privata företags berättigade affärsintressen eller motverka en sund konkurrens mellan tjänsteleverantörerna.

Som framgår ovan ska en upphandlande myndighet eller enhet alltid beakta att de uppgifter som tas in i en annons inte strider mot bestämmelserna i OSL eller lagen om skydd för företagshemligheter. Dessa lagar innehåller bestämmelser som motsvarar artiklarna ovan (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 421). Någon särskild bestämmelse behöver därför inte införas med anledning av direktivens reglering i denna del.

Sekretess vid tilldelning av en koncession

Enligt artikel 30.2 andra meningen i LUK-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten inte, särskilt inte under koncessionstilldelningsförfarandet, särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudssökande eller anbudsgivare i förhållande till andra.

Motsvarande skrivningar finns i LOU- och LUF-direktiven vad gäller konkurrenspräglad dialog, förhandlat förfarande med föregående annonsering och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap (se ovan). I likhet med den bedömning som gjorts i dessa fall finner regeringen att det inte finns något behov av att genomföra den aktuella artikeln i svensk rätt