

9.1 Säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter

Regeringens förslag: Bestämmelser om informationssäkerhet ska tas in i den nya lagen. Bestämmelserna ska gälla till skydd för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter och de ska gälla såväl för upphandlingar inom det direktivstyrda området som för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Med säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter ska avses information och material oavsett form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå samt som med hänsyn till rikets säkerhet enligt lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person eller mot någon annan typ av risk.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår dock dels att begreppet ”säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” ska betecknas ”sekretessbelagd information”, dels att bestämmelserna om informationssäkerhet bara ska gälla inom det direktivstyrda området.

Remissinstanserna: Av remissinstanserna uttrycker några sin inställning till förslaget och ytterligare några framför tekniska synpunkter.

Konkurrensverket tillstyrker förslaget mot bakgrund av att det vid försvars- och säkerhetsupphandlingar ställs högre krav på leverantörer vad gäller sekretess och säkerhet än vid traditionella upphandlingar. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* anser att bestämmelserna om informationssäkerhet är ofullgångna och speglar dagsläget. Informationssäkerhet är enligt SOFF en av kärnfrågorna för marknadens funktion och tillgänglighet. Att förbättra legala och administrativa normer är viktigt, men att skapa former för att stärka tillit och förtroendeskapande dialog mellan aktörer är avgörande, menar SOFF. Ett betydande arbete återstår enligt SOFF att göra för att reglerna ska bli så enhetliga som möjligt inom EU och i förhållande till Amerikas förenta stater.

Svea hovrätt anser att det vore värdefullt att närmare utveckla vad begreppet sekretessbelagd information avser att omfatta; särskilt eftersom begreppet språkligt sett ligger nära begreppet sekretessbelagd uppgift som förekommer i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL. Hänvisningen till lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter tyder enligt hovrätten på att avsikten är att enskilda personers kändedom om ett visst förhållande, även om det inte dokumenterats på något särskilt sätt (jfr 1 § andra stycket i sistnämnda lag), ska omfattas av begreppet sekretessbelagd information. Om så är fallet kan det, menar hovrätten, ifrågasättas om den föreslagna lagtexten är tillräckligt tydlig på den punkten. *Säkerhetspolisen* pekar på att i den svenska versionen av direktivet har begreppet classified information översatts med sekretessbelagd information. Av definitionen i lagförslaget framgår att det inte enbart är sekretessbelagda uppgifter som man avser att skydda, utan även vissa andra känsliga uppgifter. I säkerhetsskydds-

sammanhang är begreppet classified information inte begränsat till, och korresponderar inte helt mot, begreppet sekretessbelagd information (jfr definitionen av säkerhetsskydd i 6 § säkerhetsskyddslagen [1996:627]). I regeringens beslut den 21 januari 2010 avseende avtal mellan Europeiska unionens medlemsstater om skydd av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter (UF2009/86882/SSSB) översätts begreppet classified information med begreppet säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Det kan övervägas, menar Säkerhetspolisen, om detta begrepp bör användas även i den föreslagna lagen. *Trafikverket* anför att enligt definitionen ska den sekretessbelagda informationen även röra den nationella säkerheten. Genom det exkluderas sådan information som är sekretessbelagd av andra skäl såsom av hänsyn till enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden. I skrivningen är det otydligt vad som avses anser verket. Att den sekretessbelagda informationen inkluderar sådant som rör den nationella säkerheten behöver inte exkludera annan typ av sekretess.

I sammanhanget framför både *Försvarets materielverk (FMV)* och Säkerhetspolisen att det behövs en översyn av säkerhetsskyddslagstiftningen.

Skälen för regeringens förslag

Behov av skydd för information vid upphandling

Vid upphandling av produkter eller tjänster på försvars- och säkerhetsområdet förekommer ofta uppgifter av känslig natur. Uppgifter som omfattas av sekretess eller på annat sätt är känsliga kan bl.a. förekomma i kravspecifikationer eller i kontrakt. Sådana uppgifter kan också komma en leverantör till del i ett senare skede, t.ex. i samband med fullgörandet av ett kontrakt. Bestämmelser som avser att säkerställa att uppgifter av känslig karaktär, vilka lämnas av den upphandlande myndigheten eller enheten under eller efter ett upphandlingsförfarande, behandlas på ett så säkert sätt som möjligt av en leverantör är därför av yttersta vikt.

För att skapa bättre förutsättningar för upphandlingar av sådant material och sådana tjänster som är av den känsliga natur som förekommer inom försvars- och säkerhetsområdet innehåller direktivet ett antal artiklar om informationssäkerhet. Bestämmelserna identifierar både vilken sorts information som kan skyddas och vad informationen ska skyddas mot, för att en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna ställa krav på det vid upphandling. Varken det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet innehåller uttryckliga bestämmelser om ett sådant skydd av information. Regeringen anser att bestämmelser om informationssäkerhet ska införas i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör få tillgång till detta regelverk även för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Till skillnad från utredningen föreslår regeringen därför att bestämmelserna ska gälla även för dessa upphandlingar.

Inledning

Bestämmelser om informationssäkerhet återfinns på ett flertal ställen i direktivet. I direktivets artikel 1.8 definieras sekretessbelagd information som all information och material oavsett form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå samt som med hänsyn till rikets säkerhet enligt lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person eller mot någon annan typ av risk. Enligt definitionen ska den "sekretessbelagda informationen" röra den nationella säkerheten. Därigenom exkluderas sådan information som är skyddsvärd av andra skäl såsom av hänsyn till enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden. Eftersom definitionen av "sekretessbelagd information" enligt direktivet även är kopplad till den nationella lagstiftningen kan en uppgift vara att anse som sådan information i en stat, men inte i en annan.

I svensk lagstiftning skyddas känsliga uppgifter främst genom OSL. Även lagen (1971:1078) om försvarsuppfinningar och lagen om skydd för företagshemligheter innehåller bestämmelser som skyddar känsliga uppgifter. För det faktiska skyddet av känsliga uppgifter finns bl.a. bestämmelser i säkerhetsskyddslagen. I den sistnämnda lagen återfinns begreppet informationssäkerhet men den har där en något snävare innebörd än vad som avses i direktivet.

Offentlighets- och sekretesslagen

Reglerna i OSL om offentlighet och sekretess gäller i första hand i myndigheters verksamhet (2 kap. 1 §) men de gäller även hos bl.a. kommunala bolag och stiftelser (2 kap. 3 §) samt hos vissa särskilt utpekade organ (2 kap. 4 §). Sekretess innebär ett förbud att röja en uppgift, vare sig det sker muntligen, genom utlämnande av en allmän handling eller på något annat sätt (3 kap. 1 §). Det saknar således betydelse om uppgiften dokumenterats i en allmän handling, i en handling som inte är allmän eller om den inte alls dokumenterats, vilket innebär att iakttagelser av hemliga objekt också omfattas.

I direktivets definition i artikel 1.8 begränsas det skyddsvärda området till uppgifter som rör rikets säkerhet. Bestämmelser som reglerar sekretess med hänsyn till rikets säkerhet återfinns främst i 15 kap. OSL.

I 15 kap. 1 § OSL återfinns den s.k. *utrikessekretessen*. Enligt den gäller sekretess för uppgift som rör Sveriges förbindelser med en annan stat eller i övrigt rör annan stat, mellanfolklig organisation, myndighet, medborgare eller juridisk person i annan stat eller statslös, om det kan antas att det stör Sveriges mellanfolkliga förbindelser eller på annat sätt skadar landet om uppgiften röjs. Sekretessen gäller i högst fyrtio år.

Sekretessbestämmelsen har givetvis sin största betydelse för regeringen, Regeringskansliet och utrikesrepresentationen, men dess räckvidd är inte begränsad till viss myndighet eller visst organ utan gäller alla som ska tillämpa OSL.

Det svenska medlemskapet i EU har medfört att utrikessekretessen är tillämplig på fler uppgifter än tidigare. Sekretess kan gälla bl.a. för

uppgifter som svenska myndigheter får från EU eller andra medlemsländer eller från myndigheter i andra medlemsländer samt för handlingar som har upprättats i Sverige vid beredningen av Sveriges ställningstaganden till gemensamma frågor.

Med uppgifter som rör Sveriges förbindelser med annan stat avses inte bara uppgifter om de egentliga utrikespolitiska förbindelserna utan också bl.a. handelsförbindelser och kulturella förbindelser. I uttrycket Sveriges förbindelser ligger att det måste röra sig om förbindelser på nationell nivå. Ett svenskt företags affärsförbindelser med en annan stat ryms således normalt inte under uttrycket. Detsamma gäller i fråga om en svensk myndighets kontakter med en främmande stat, om förbindelserna avser myndighetens egna angelägenheter. Företräder däremot en myndighet Sverige som nation, t.ex. vid konventionsförhandlingar, rör det sig i här avsedd bemärkelse om Sveriges förbindelser.

Föremålet för sekretessen är även uppgifter som i övrigt rör annan stat, mellanfolklig organisation, myndighet, medborgare eller juridisk person i annan stat eller statslös. Här ställs inte upp något krav på att det ska röra sig om uppgifter med direkt anknytning till Sveriges förbindelser. Således kan t.ex. uppgifter om ett utländskt företags affärsförbindelser med ett svenskt företag eller uppgifter om en utländsk myndighets kontakter med en svensk myndighet i och för sig falla inom paragrafens tillämpningsområde. En annan sak är att utrymmet för sekretess för dylika uppgifter är starkt begränsat med hänsyn till det krav på skada för Sverige som är en förutsättning för sekretessen.

I 15 kap. 2 § OSL återfinns den s.k. *försvarssekretessen*. Enligt den gäller sekretess för uppgift som rör verksamhet för att försvara landet eller planläggning eller annan förberedelse av sådan verksamhet eller som i övrigt rör totalförsvaret, om det kan antas att det skadar landets försvar eller på annat sätt vållar fara för rikets säkerhet om uppgiften röjs. I mål eller ärende enligt särskild lag om försvarsuppfinningar gäller dock sekretess för uppgift om sådana uppfinningar enligt föreskrifter i den lagen. Om inte regeringen av särskilda skäl meddelar annat gäller sekretessen i högst fyrtio år.

Med totalförsvaret avses enligt lagen (1992:1403) om totalförsvaret och höjd beredskap, verksamhet som behövs för att förbereda Sverige för krig. Hit hör bl.a. befolkningsskyddet, försörjningsberedskap, det psykologiska försvaret, polisens verksamhet samt hälso- och sjukvården (prop. 1979/80:176 s. 8 och 9). Bestämmelsens räckvidd är således inte begränsad till det militära försvaret. Inte heller är denna bestämmelse räckvidd begränsad till viss myndighet eller visst organ utan den gäller alla som ska tillämpa OSL. Stor betydelse har den hos Försvarsmakten och andra myndigheter som bedriver verksamhet på försvarsområdet, t.ex. FMV, Försvarsexportmyndigheten (FXM) och Försvarets radioanstalt (FRA), samt hos myndigheter som har till huvuduppgift att handha totalförvarsfrågor såsom Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB).

Föremålet för sekretessen är bl.a. uppgifter rörande vapen och annan försvarsmateriel, befästningar, kommunikationsanläggningar och andra anläggningar. Även uppgifter om förhållanden i naturen som är av betydelse från försvarssynpunkt kan omfattas av sekretess enligt bestämmelsen. Inom bestämmelsens tillämpningsområde faller vidare uppgifter

om planläggning och annan förberedelse av landets försvar, uppgifter om organisation av försvaret, underrättelsetjänsten m.m. Också uppgifter som ligger vid sidan av det militära försvaret kan omfattas av försvarssekretessen som t.ex. sambandscentraler för polisen eller beredskapsplaneringen hos en kommun.

Utöver bestämmelserna i 15 kap. finns i 18 kap. 2 § OSL en reglering om sekretess för uppgift som hänför sig till vissa underrättelseverksamheter eller Säkerhetspolisens verksamhet för att förebygga eller avslöja brott mot rikets säkerhet eller förebygga terroristbrott enligt 2 § lagen (2003:148) om straff för terroristbrott.

Lagen om försvarsuppfinningar

I lagen om försvarsuppfinningar finns regler som möjliggör att försvarsuppfinningar kan hållas hemliga. Genom en prövning kan en särskild nämnd besluta att en försvarsuppfinning inte får offentliggöras eller på annat sätt obehörigen röjas (6 § lagen om försvarsuppfinningar). Om uppfinningen ska hållas hemlig, kan uppfinnaren eller dennes rättsinnehavare ansöka hos nämnden om att staten övertar uppfinningen (11 §). Regeringen kan förordna att en försvarsuppfinning som är av väsentlig betydelse för försvaret får utnyttjas för statens räkning eller av den regeringen bestämmer eller att all rätt till uppfinningen ska avstås till staten (13 §). Om uppfinningen ska hållas hemlig eller om ett förordnande enligt 13 § sker, har uppfinnaren rätt till ersättning för det (14 §).

Med försvarsuppfinning förstås i lagen uppfinning som särskilt avser krigsmateriel (1 §). I förordningen (1988:563) om vad som avses med krigsmateriel i lagen (1971:1078) om försvarsuppfinningar har regeringen förordnat att varor som är upptagna i bilagan till förordningen (1992:1303) om krigsmateriel, övrig för militärt bruk utformad materiel till skydd mot verkan av stridsmedel och övrig för militärt bruk utformad materiel till skydd mot spaning eller andra iakttagelser, ska avses som krigsmateriel.

I 19 § lagen om försvarsuppfinningar finns även regler om sekretess. I paragrafen hänvisas till vissa bestämmelser i OSL, däribland de som rör rikets säkerhet.

Lagen om skydd för företagshemligheter

Med företagshemligheter avses 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 (1 § lagen om skydd för företagshemligheter). Lagen innebär bl.a. att den som obehörigen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med näringsidkaren är skadeståndsskyldig gentemot honom (6 §). Lagen innehåller alltså en på visst sätt föreskriven tystnadsplikt och regler om skadeståndsskyldighet.

Begreppet näringsidkare ska förstås i vidsträckt bemärkelse och inbegriper varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. Detta innebär att inte bara statliga, kommunala och privata företag utan också de affärsdrivande verken är

näringsidkare i lagens bemärkelse. Detsamma gäller andra myndigheter i den utsträckning de bedriver näringsverksamhet. Bestämmelserna om skydd för företagshemligheter gäller således såväl i det privata näringslivet som i det allmännas verksamhet.

Lagen om skydd för företagshemligheter är som framgår avsedd att ge skydd i konkurrenshänseende. Den innehåller inga uttryckliga bestämmelser om rikets säkerhet. Detta utesluter inte att information som rör rikets säkerhet ingår i sådan informationen som skyddas enligt lagen.

Hur informationen skyddas – säkerhetsskyddslagstiftningen

I de nämnda reglerna, särskilt vad gäller OSL, finns egentligen inga anvisningar om hur uppgifter som omfattas av sekretess ska hanteras. För skydd bl.a. av sådana uppgifter finns i stället regler främst i säkerhetsskyddslagen. I lagen regleras säkerhetsskydd hos bl.a. staten, kommuner, landsting och aktiebolag över vilka staten utövar ett rättsligt bestämmande inflytande samt enskilda om verksamheten är av betydelse för rikets säkerhet. I verksamhet där lagen gäller ska det säkerhetsskydd finnas som behövs med hänsyn till verksamhetens art, omfattning och övriga omständigheter. Med säkerhetsskydd avses enligt 6 § skydd mot spioneri, sabotage och andra brott som kan hota rikets säkerhet, skydd i andra fall av uppgifter som omfattas av sekretess enligt OSL och som rör rikets säkerhet. Med säkerhetsskydd avses också skydd mot terroristbrott även om brotten inte hotar rikets säkerhet.

Säkerhetsskyddet ska enligt 7 § säkerhetsskyddslagen förebygga att uppgifter som omfattas av sekretess och som rör rikets säkerhet obehörigen röjs, ändras eller förstörs (informationssäkerhet), att obehöriga får tillträde till platser där de kan få tillgång till nämnda uppgifter eller där verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet bedrivs (tillträdesbegränsning), och att personer som inte är pålitliga från säkerhetsynpunkt deltar i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet (säkerhetsprövning). Anställningar eller annat deltagande i verksamhet som innebär att man får del av uppgifter som rör rikets säkerhet ska placeras i säkerhetsklass (17 § säkerhetsskyddslagen).

Utgångspunkten för säkerhetsskyddet är att samma skydd ska gälla oavsett på vilket sätt verksamheten bedrivs. Det innebär t.ex. att uppgifter som är hemliga hos en upphandlande myndighet eller enhet ska ges samma säkerhetsskydd hos anbudsgivare.

För att säkerställa säkerhetsskyddet ska staten, när den avser att begära in anbud eller träffa avtal om upphandling där det förekommer uppgifter som med hänsyn till rikets säkerhet omfattas av sekretess, träffa ett skriftligt avtal (säkerhetsskyddsavtal) med anbudsgivaren om det säkerhetsskydd som behövs i det särskilda fallet. Detsamma gäller för kommuner och landsting (8 §). I avtalen kan bl.a. frågor om informationssäkerhet regleras. I övrigt kan avtalen innehålla överenskommelse om säkerhetsskyddsorganisation, säkerhetsskyddsinstruktion, behörighet, tillträdesbegränsning, säkerhetsprövning (placering i säkerhetsklass och

registerkontroll), utbildning och kontroll, tillsyn, fördelning av kostnader, tystnadsplikt, äganderättsförhållanden och avtalsperiod³⁵.

FMV får enligt 17 § säkerhetsskyddsförordningen träffa avtal om säkerhetsskydd med ett svenskt företag, om det är nödvändigt för att företaget ska kunna delta i internationellt samarbete om utveckling eller produktion av försvarsmateriel. Om säkerhetsskyddsklassificerad information ska utbytas internationellt, dvs. mellan stater eller mellan mellanfolkliga organisationer, sluter man ett generellt säkerhetsskyddsavtal. Ett säkerhetsskyddsavtal mellan stater förhandlas i Sverige normalt fram av FMV eller Försvarsmakten på uppdrag av regeringen.

Kompletterande bestämmelser om säkerhetsskydd finns i säkerhetsskyddsförordningen (1996:633) samt i Rikspolisstyrelsens föreskrifter och allmänna råd (RPSFS 2010:03, FAP 244-1) om säkerhetsskydd och i Försvarsmaktens föreskrifter (FFS 2003:7) om säkerhetsskydd. För Sveriges riksdag och för riksdagens myndigheter finns bestämmelser om säkerhetsskydd i lagen (2006:128) om säkerhetsskydd i riksdagen och dess myndigheter. Bestämmelser som möjliggör förbud mot tillträde till vissa byggnader, andra anläggningar, områden och andra objekt (tillträdesbegränsning) finns i skyddslagen (2010:305).

Begreppet säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter

Som framgår har direktivets regler om informationssäkerhet en vidare innebörd än vad samma begrepp har i säkerhetsskyddslagstiftningen. Direktivets begrepp informationssäkerhet kan sägas motsvara inte bara begreppet informationssäkerhet i säkerhetsskyddslagen utan i vart fall även den lagstiftningens regler om säkerhetsprövning av personer. Även tillträdesbegränsning kan sägas rymmas implicit för att uppnå det som direktivet avser med informationssäkerhet.

För att definiera vilken information som kan skyddas har i direktivet liksom i utredningens förslag begreppet ”sekretessbelagd information” använts. Regeringen kan i likhet med *Svea hovrätt* konstatera att språkligt sett ligger det begreppet nära ”sekretessbelagd uppgift” som förekommer i OSL. Enligt regeringens bedömning innebär direktivets definition ett vidare tillämpningsområde än vad som gäller enligt t.ex. OSL. Mot bakgrund av det och för att undvika en sammanblandning med OSL anser regeringen därför att utredningens förslag till begrepp inte bör ligga till grund för lagstiftning. *Säkerhetspolisen* framhåller att det bör övervägas om inte begreppet ”säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” i stället kan användas. Det begreppet har t.ex. kommit till användning i det arbete som pågår med att etablera ett nytt system inom EU för skydd av hemliga uppgifter och uppgifter av känslig karaktär som utväxlas inom unionen. Som en del av systemet avses ett multilateralt avtal att slutas mellan medlemsstaterna i rådet om skydd av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som utbyts i Europeiska unionens intresse (UF2009/86882/SSSB). För att begreppsbildningen vid genomförandet av direktivet ska korrespondera med begreppsbildningen på området och med det system som nu arbetas fram, anser regeringen att begreppet

³⁵ Säkerhetspolisen, Säkerhetsskyddad upphandling – en vägledning, 2010, s. 12.

”säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” i stället bör användas i lagen. Detta är lämpligt även om den närmare definitionen som kan komma att beslutas genom rådets arbete kan skilja sig något från definitionen i direktivet.

Regeringen anser att lagens definition av den information som kan skyddas bör vara direktivnära och därför ges samma omfattning som i artikel 1.8. Begreppet ska definieras i lagen men benämnas säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Bestämmelserna om informations-säkerhet ska gälla till skydd för dessa uppgifter.

En översyn av säkerhetsskyddslagen

FMV och Säkerhetspolisen anser att det behövs en översyn av säkerhetsskyddslagen eftersom den inte är helt förenlig med direktivets begrepps-bildning och uppbyggnad i fråga om skydd för information. Regeringen planerar en allmän översyn av säkerhetsskyddslagstiftningen. Säkerhetspolisen har på uppdrag av regeringen kommit in med en förstudierapport om en sådan översyn (Ju2009/8933/L). Inom ramen för översynen bör frågor som väcks i detta lagstiftningsarbete övervägas.

9.2 Krav på leverantörer och underleverantörer

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få kräva att en leverantör uppfyller vissa krav för att skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som myndigheten eller enheten överlämnar under upphandlingsförfarandet. En upphandlande myndighet eller enhet ska även få kräva att en leverantör ska säkerställa att dess underleverantörer uppfyller sådana krav.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens. Utredningen föreslår även i den här delen att begreppet ”säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” ska betecknas ”sekretessbelagd information”.

Remissinstanserna: Den remissinstans som yttrar sig särskilt i frågan, *Trafikverket*, anser att möjligheten för en upphandlande myndighet eller enhet att ställa krav på underentreprenörers förmåga att skydda uppgifter även bör gälla mellan underentreprenörer.

Skälen för regeringens förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet bedömer att det i en upphandling kan förekomma säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, måste den göra en säkerhetsbedömning och bestämma om och i så fall hur uppgifterna ska skyddas. För att skyddet ska vara verkningsfullt behöver den upphandlande myndigheten eller enheten ha rätt att i upphandlingen ställa vissa krav på leverantören i det avseendet. I direktivets artikel 7 slås därför den generella principen fast att upphandlande myndigheter och enheter får ställa krav på leverantörerna i fråga om informationssäkerhet för de uppgifter som överlämnas under upphandlingsförfarandet.

Det ankommer på den upphandlande myndigheten eller enheten att i varje enskilt fall avgöra hur kraven ska se ut. Kraven måste dock ställas i

syfte att skydda de säkerhetsskyddsklassificerade uppgifterna och vara proportionerliga, vilket följer av de grundläggande principerna i EUF-fördraget.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får enligt artikeln även kräva att en leverantör säkerställer att dennes underleverantörer kan uppfylla de krav som ställs på leverantören. Det innebär, som *Trafikverket* framför, att en upphandlande myndighet eller enhet kan kräva att underentreprenörer inte lämnar information vidare ens till andra underentreprenörer. För att säkerställa detta kan den upphandlande myndigheten eller enheten även träffa avtal om säkerhetsskydd inte bara med leverantören utan även med underleverantörerna.

Någon begränsning till i vilket skede av upphandlingen som kraven på leverantörerna och underleverantörerna kan ställas finns inte. När tilldelningsbeslutet väl är fattat, tryggas säkerheten för information med stöd av artiklarna 20 och 22 i direktivet, vilka behandlar villkor för fullgörande av kontraktet (se avsnitt 8.4) respektive informationssäkerhet.

Den generella regeln i artikel 7 i direktivet bör således enligt regeringens mening tas in i lagen som en inledande bestämmelse bland de särskilda reglerna om informationssäkerhet. I det följande behandlas informationssäkerhet och de krav som kan ställas vid annonsering och för anbud.

9.3 Åtgärder och krav i annonsen om upphandling

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådan information.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår att begreppet ”säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” ska betecknas ”sekretessbelagd information” och att ”trygga säkerheten” ska betecknas ”se till säkerheten”.

Remissinstanserna: Remissinstanserna lämnar endast tekniska synpunkter. *Svea hovrätt* anser att uttrycket ”se till säkerheten” framstår som otydligt och föreslår som alternativ något av orden ”trygga” eller ”garantera”. *Trafikverket* anför att om själva förfrågningsunderlaget innehåller sekretessbelagda uppgifter ska avtal om säkerhetsskydd tecknas innan affärskontrakt tecknas och säkerhetsskyddsinstruktioner accepteras skriftligen. Om förfrågningsunderlaget inte innehåller sådan information tecknas säkerhetsskyddsavtalet i samband med affärsavtal när leverantör valts. Verket anser att det i utredningens förslag inte går att uttyda vad som menas. *Trafikverket* ställer frågan om myndigheten redan innan leverantör valts alltid ska ange de krav som gäller för hantering av sekretessbelagd information eller om det gäller endast då själva förfrågningsunderlaget innehåller sekretess.

Skälen för regeringens förslag: När en upphandlande myndighet eller enhet bedömt att det i t.ex. kontraktet eller vid fullgörandet av uppdraget kommer att finnas information som behöver skyddas, ska myndigheten eller enheten i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna (kontraktshandlingarna) precisera de krav som ställs på leverantörer för att säkerställa att de säkerhetsskyddsklassificerade uppgifterna inte kommer att röjas. Det framgår av artikel 22 första stycket i direktivet. En bestämmelse om det bör enligt regeringens mening tas in i den nya lagen.

I artikeln anges inte hur detaljerat alla de åtgärder och krav som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa ska anges i kontraktshandlingarna. Artikeln bör tolkas så att den upphandlande myndigheten eller enheten i kontraktshandlingarna ska precisera alla de åtgärder och krav som ställs på en sådan nivå att leverantörerna får tillräckliga upplysningar. Enligt regeringens mening bör sådana upplysningar ges på ett så tidigt stadium som möjligt för att leverantörerna ska känna till vad som kan komma att krävas av dem i fråga om informationssäkerhet. Annars riskerar de att gå in i en upphandling som de saknar kapacitet för. Som svar på *Trafikverkets* fråga bedömer därför regeringen att oavsett om förfrågningsunderlaget innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter eller inte, bör den upphandlande myndigheten eller enheten överväga om det redan i annonsen kan nämnas, beskrivas eller återges att krav på informationssäkerhet ställs eller kommer att ställas eller vad som ska ingå i anbudet för att den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om informationssäkerhet ska uppfyllas³⁶. Detta måste naturligtvis ske med beaktande av å ena sidan den information som ska skyddas och å andra sidan den risk för angripande av upphandlingen som kan ske om lämnandet av upplysningar har brutit.

I artikel 22 första stycket anges att den upphandlande myndigheten eller enheten ska precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att säkerställa säkerheten. För att undvika att så snarlika ord som "säkerställa" och "säkerheten" har, i enlighet med *Svea hovrätts* förslag, ordet "säkerställa" ersatts av "trygga".

³⁶ Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Information, p. 15.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få kräva att anbudena innehåller

1. en utfästelse från anbudsgivaren och underleverantörer om att de på lämpligt sätt kommer att skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som de har tillgång till eller som de kommer att få kännedom om,

2. en utfästelse från anbudsgivaren om att få sådan utfästelse från andra underleverantörer som denne kommer att anlita,

3. tillräcklig information om underleverantörerna för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna fastställa att de har den kapacitet som krävs för att kunna skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, eller

4. en utfästelse från anbudsgivaren om att denne ska tillhandahålla sådan information om nya underleverantörer innan dessa tilldelas kontrakt.

För att trygga säkerheten för information ska en upphandlande myndighet eller enhet även få ställa krav på annat innehåll i anbudena.

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om att ovan nämnda åtgärder och krav ska överensstämja med nationella bestämmelser bör inte tas in i den nya lagen.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens förslag och bedömning. I stället för ”skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” föreslår utredningen emellertid uttrycket ”skydda sekretessen för sekretessbelagd information” och i stället för ”som ska tas fram” föreslår utredningen ”kommer att åläggas att framställa”.

Remissinstanserna: Två remissinstanser yttrar sig särskilt över förslaget. *Trafikverket* anser att eftersom förslaget handlar om sekretess kopplat till rikets säkerhet bör det i stället för ”på lämpligt sätt” stå att uppgifterna ska skyddas i enlighet med säkerhetsskyddsavtal eller annat avtal som reglerar hur sekretessbelagda uppgifter får hanteras. *Säkerhetspolisen* framför att det bör förtydligas att förslaget inte endast avser skydd av sekretess enligt OSL.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Utvärderingen av anbud är av central betydelse i en upphandlingsprocess. Inom försvars- och säkerhetsområdet är det dessutom av särskild vikt att en upphandlande myndighet eller enhet redan på ett tidigt stadium kan bedöma leverantörens möjlighet att säkerställa att sekretessbelagda uppgifter eller uppgifter av känslig karaktär inte riskerar att hanteras av obehöriga. Därför är det av avgörande betydelse att en upphandlande myndighet eller enhet i stor utsträckning kan styra innehållet i anbudena för att kunna göra en så korrekt bedömning som möjligt av leverantörens förmåga att hantera säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

I artikel 22 andra stycket i direktivet finns en uppräknning av krav som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa för att trygga säkerheten för information. Dessa exempel på krav tillhör de mest centrala i detta avseende. En upphandlande myndighet eller enhet ska enligt artikeln få kräva att anbudena innehåller:

– en utfästelse från anbudsgivaren och underleverantörer om att de i enlighet med säkerhetsskyddsavtal eller på annat lämpligt sätt kommer att skydda sekretessen för sekretessbelagd information som de har tillgång till eller som de kommer att få kännedom om,

– en utfästelse från anbudsgivaren om att få sådan utfästelse från andra underleverantörer som denne kommer att anlita,

– tillräcklig information om underleverantörerna för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna fastställa att de har den kapacitet som krävs för att kunna skydda sekretessen för sekretessbelagd information som de har tillgång till eller kommer att åläggas att sammanställa då de genomför underleverantörskontraktet, eller

– en utfästelse från anbudsgivaren om att denne ska tillhandahålla sådan information om nya underleverantörer innan dessa tilldelas kontrakt.

Exemplen kan tjäna som god vägledning för en upphandlande myndighet eller enhet. Därför talar enligt regeringens mening övervägande skäl för att en bestämmelse införs i lagen som motsvarar artikeln. Av bestämmelsen ska dessutom tydligt framgå att listan på krav inte är uttömmande och att den upphandlande myndigheten eller enheten även ska få ställa andra krav, förutsatt att de ställs i syfte att trygga säkerheten för information. Med hänsyn till att regeringen i avsnitt 9.1 föreslår att direktivets begrepp ”sekretessbelagd information” ska betecknas ”säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” förtydligas i förslaget, som *Säkerhetspolisen* efterfrågar, att det är sådana uppgifter som ska skyddas.

I fråga om det tredje exemplet anges i direktivet att underleverantörerna ska kunna skydda information som de har tillgång till eller ”kommer att åläggas att sammanställa” då den genomför underleverantörskontraktet. Efter en jämförelse med de engelska och franska språkversionerna föreslår utredningen att detta skulle uttryckas ”kommer att åläggas att framställa”. Regeringen instämmer i denna tolkning men bestämmelsen bör ges en annan språklig utformning genom att kravet ska omfatta sådan information ”som ska tas fram”.

Att, som *Trafikverket* anser, kunna ange att uppgifterna ska skyddas i enlighet med säkerhetsskyddsavtal eller annat avtal som reglerar hur säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter får hanteras, är ett sådant krav som med stöd av bestämmelsen bör kunna ställas upp.

I artikel 22 tredje stycket första meningen i direktivet anges att medlemsstaterna får föreskriva att de åtgärder och krav som avses i artikelns andra stycke ska överensstämma med de nationella bestämmelserna om säkerhetskontroll. Det saknas enligt regeringens mening skäl att reglera möjligheten för en upphandlande myndighet eller enhet att ställa upp villkor genom att införa en bestämmelse i lagen med krav på sådan överensstämmelse.

Regeringens förslag: En leverantör ska, när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, genom bevis få styrka sin förmåga att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om att ovan nämnda bevis ska överensstämma med respektive lands nationella lagstiftning bör inte tas in i den nya lagen.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens förslag och bedömning. Även här föreslår utredningen begreppet ”sekretessbelagd information”.

Remissinstanserna: Endast *Säkerhetspolisen* framför någon synpunkt på förslaget. Säkerhetspolisen anför att det i svensk rätt saknas bestämmelser som gör det möjligt för svenska företag inom den civila sektorn att presentera bevis som styrker förmågan att behandla, lagra och överföra uppgifter på den skyddsnivå som krävs. Sådana bestämmelser bör införas för att svenska företag ska kunna konkurrera internationellt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: I artikel 42 i direktivet finns bestämmelser om hur en leverantör kan visa sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Artikeln motsvaras i princip av artikel 48 i det klassiska direktivet som har genomförts i 11 kap. 11 § LOU. Bestämmelsen i LOU anger att en upphandlande myndighet i en annons om upphandling eller inbjudan att lämna anbud ska ange på vilka sätt en leverantör kan styrka sin tekniska kapacitet. I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har till de tekniska kraven förts in nya bestämmelser i artikel 42.1 j. I dess första stycke stadgas att leverantören genom bevis får styrka nödvändig förmåga att behandla, lagra och överföra sekretessbelagd information (säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter) på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten för de kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller sådan information. Artikelns första stycke bör genomföras på så sätt i den nya lagen att innehållet tas in i den bestämmelse som motsvarar 11 kap. 11 § LOU.

I artikel 42.1 j andra stycket första meningen i direktivet anges att medlemsstaterna får föreskriva att de bevis som kan lämnas ska överensstämma med respektive lands nationella lagstiftning om säkerhetskontrollsystem. Det ovan nämnda förslaget anger inga krav på den bevisning som kan lämnas. Det finns därför enligt regeringens mening inte skäl att utnyttja möjligheten att i lagen genomföra den nämnda bestämmelsen.

För svenskt vidkommande finns det i säkerhetsskyddslagen särskilda bestämmelser som tillämpas för granskning av personer som bevis på en leverantörs förmåga att hantera säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Personer hos en leverantör som deltar i verksamhet som har placerats i en säkerhetsklass ska nämligen genomgå en säkerhetsprövning enligt 11 och 13 §§ säkerhetsskyddslagen. En sådan säkerhetsprövning ska göras innan en person genom anställning eller på något annat sätt deltar i verksamhet

som har betydelse för rikets säkerhet eller anlitas för uppgifter som är viktiga för skyddet mot terrorism. Syftet med prövningen är att klargöra om personen kan antas vara lojal mot de intressen som skyddas i lagen och i övrigt är pålitlig från säkerhetssynpunkt. En säkerhetsprövning omfattar registerkontroll och särskild personutredning. Med registerkontroll avses att uppgifter hämtas ur register som bl.a. omfattas av lagen (1998:620) om belastningsregister. Enligt 15 § säkerhetsskyddslagen kan under vissa förutsättningar, sådan kontroll också ske efter framställan från en annan stat eller en mellanfolklig organisation. En av dessa förutsättningar är att det för deltagande i verksamheten gäller regler i den andra staten om registerkontroll som motsvarar reglerna i denna lag. Enligt 22 § säkerhetsskyddsförordningen beslutar Rikspolisstyrelsen i sådana fall om registerkontroll.

För svenska företags internationella deltagande kan enligt 17 § säkerhetsskyddsförordningen Försvarets materielverk (FMV) träffa avtal om säkerhetsskyddet med ett företag då detta är nödvändigt för ett företags deltagande i internationellt samarbete om utveckling eller produktion av försvarsmateriel. I förekommande fall utfärdar FMV intyg om utförd kontroll.

Säkerhetspolisen efterlyser en komplettering av säkerhetsskyddslagstiftningen till främjande av svenska företags möjligheter att konkurrera internationellt inom den civila sektorn. Regeringen kan konstatera att de regler som nu genomförs syftar till att skapa skydd för uppgifter som har betydelse för rikets säkerhet och är i sig inte avsedda för att skydda svenska företag. Huruvida svenska företags eventuella svårigheter att enligt bestämmelserna i direktivet presentera bevisning inför utländska upphandlande myndigheter eller enheter till stöd för sin förmåga att hantera säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter innebär diskriminerande konkurrensmässiga nackdelar, är en fråga som bör övervägas i anslutning till den planerade översynen av säkerhetsskyddslagstiftningen.

9.6 System för granskning av säkerhetsskyddet

Regeringens förslag: Bevis om förmågan att behandla, lagra och överföra säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter ska kunna lämnas genom ett system för granskning av säkerhetsskyddet. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska få ge anbudssökande som inte har granskats genom ett sådant system en förlängd tidsfrist för att säkerhetsskyddet ska kunna granskas. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i så fall i annonsen om upphandling ange att den möjligheten finns och tidsfristen för att ordna det.

Regeringens bedömning: Någon särskild bestämmelse om att godta likvärdiga system för granskning av säkerhetsskyddet bör inte tas in i den nya lagen.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag och bedömning. I stället för uttrycket ”ett system för granskning av säkerhetsskyddet” föreslår utredningen ett begrepp som benämns ”säkerhetskontrollsystem”. Utredningen föreslår ingen motsvarighet till

första meningen i förslaget. Utredningen föreslår att förslaget tas in i ett annat kapitel i lagen.

Remissinstanserna: *Säkerhetspolisen* konstaterar att begreppet "security clearance" i den svenska versionen av direktivet är översatt till "säkerhetskontrollsystem" och ifrågasätter om detta är korrekt. I övrigt framför ingen remissinstans någon synpunkt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Av artikel 42.1 j andra stycket andra meningen i direktivet framgår att medlemsstaterna ska godkänna säkerhetskontrollsystem som de anser vara likvärdiga med de system som föreskrivs i den nationella lagstiftningen, utan att det påverkar deras möjlighet att själva genomföra och beakta ytterligare undersökningar om detta anses nödvändigt.

Direktivets begrepp säkerhetskontrollsystem är inte ett etablerat begrepp i svensk rätt och ifrågasätts av *Säkerhetspolisen*. I svensk rätt är säkerhetskontroll den typ av kontroll av personer och egendom som kan ske bl.a. i riksdagen, landstingen och kommunerna samt hos domstolarna, på flygplatserna och i hamnarna för att främst hindra farliga föremål från att föras in. Det är inte vad som avses i direktivet. Här är i stället fråga om ett system eller en ordning för att undersöka och intyga att leverantörerna är godkända från säkerhetssynpunkt³⁷.

Något egentligt system för granskning eller annan ordning för godkännande av säkerhetsskyddet har inte Sverige. Det verktyg som i Sverige närmast motsvarar begreppet säkerhetskontrollsystem i direktivet, är bestämmelserna om säkerhetsskyddsavtal som finns i säkerhetsskyddslagen (1996:627) och säkerhetsskyddsförordningen (1996:633). Ett sådant avtal träffas mellan myndigheten och anbudsgivaren eller leverantören enligt 8 § säkerhetsskyddslagen. Enligt 17 § säkerhetsskyddsförordningen har, som nämns i avsnitt 9.5, Försvarets materielverk (FMV) möjlighet att träffa avtal om säkerhetsskyddet med ett företag då detta är nödvändigt för ett företags deltagande i internationellt samarbete för försvarsområdet. I flera fall har, enligt direktivets skäl 68, medlemsstaterna bilaterala säkerhetsavtal med regler om ömsesidigt erkännande av nationella säkerhetskontrollsystem. Ett bi- eller multilateralt avtal innebär generellt att mottagaren förbinder sig att skydda den hemliga information som man tar emot.

Begreppet säkerhetskontrollsystem i direktivet bör mot denna bakgrund inte användas i den föreslagna lagen. *Säkerhetspolisen* menar att en bättre översättning är säkerhetsklarering eller liknande. Säkerhetsklarering förekommer inte i svensk lagstiftning även om det vid flera tillfällen, som vid införandet av säkerhetsskyddslagen, har övervägts om regler om det ska införas³⁸. Sådana regler bör inte utan närmare utredning etableras genom upphandlingslagstiftningen. Behovet av detta får i stället övervägas inom ramen för den planerade översynen av säkerhetsskyddslagstiftningen. Regeringen föreslår därför i stället att det som avses med direktivets begrepp säkerhetskontrollsystem lämpligast i

³⁷ I den danska språkversionen av direktivet talas om "sikkerhedsgodkendelser", i den tyska "sicherheitsüberprüfung", i den franska "systèmes nationaux d'habilitation de sécurité", i den spanska "los sistemas nacionales de acreditación de seguridad" och i den nederländska "de nationale systematiek voor veiligheidsonderzoeken".

³⁸ Prop. 1995/96:129 s. 38–40 och Ds 2004:12 s. 27–31.

detta sammanhang beskrivs som ett system för granskning av säkerhetsskyddet. Prop. 2010/11:150

Direktivets artikel 42.1 j andra stycke andra meningen förutsätter att bevis kan lämnas genom ett system för granskning av säkerhetsskyddet. Det bör enligt regeringens mening framgå direkt av lagen. Bevis om förmågan att behandla, lagra och överföra säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter ska därför kunna lämnas genom ett system för granskning av säkerhetsskyddet.

I artikel 42.1 j tredje stycket i direktivet finns en bestämmelse om förfarandet när det för upphandlingen saknas ett system för att granska säkerhetsskyddet. Enligt artikeln får den upphandlande myndigheten eller enheten vid behov ge anbudssökande som ännu inte har ett säkerhetskontrollsystem en förlängd tidsfrist för att anskaffa ett sådant. För svenskt vidkommande innebär det i första hand att om det saknas ett gällande säkerhetsskyddsavtal som kan tillämpas, ska tid ges för att träffa ett sådant avtal. Om förfrågningsunderlaget innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter medför det att ett säkerhetsskyddsavtal måste tecknas redan innan anbudsgivaren kan få del av förfrågningsunderlaget. Saknar en leverantör ett sådant ska den upphandlande myndigheten eller enheten därför kunna ge leverantören en förlängd tidsfrist för att träffa ett sådant avtal för den specifika upphandlingen. Är det fråga om en internationell upphandling kan det under den tiden bli fråga om att träffa ett bi- eller multilateralt avtal om säkerhetsskydd. Det kan också bli fråga om att avvakta utfallet av en prövning för en s.k. security clearance. Denna möjlighet i direktivet bör genomföras i svensk rätt på så sätt att den upphandlande myndigheten eller enheten ska få ge anbudssökande som inte har granskats genom ett sådant system en förlängd tidsfrist för att säkerhetsskyddet ska kunna granskas. En förutsättning för den beskrivna möjligheten är att den upphandlande myndigheten eller enheten i annonsen om upphandling angett att möjligheten finns och angett tidsfristen för att få till stånd en granskning. Bestämmelserna bör tas in tillsammans med de tekniska och yrkesmässiga kvalifikationskraven.

I artikel 22 tredje stycket andra meningen finns också en bestämmelse om att godta likvärdiga system för granskning av säkerhetsskyddet (säkerhetskontrollsystem). Enligt regeringens mening följer innebörden av bestämmelsen i artikeln liksom den uttryckliga innebörden av artikel 42.1 j andra stycket andra meningen i direktivet redan av den grundläggande principen om ömsesidigt erkännande, vilken tas in i 1 kap. 11 § i den föreslagna lagen. Det finns därför inget behov av att i den föreslagna lagen ta in en särskild bestämmelse om detta.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få begära att behörigt organ i anbudssökandes stat kontrollerar att de lokaler och installationer som planeras att användas, de industriella och administrativa förfaranden som kommer att tillämpas, formerna för informationsstyrning och den personal som kommer att arbeta med att genomföra kontraktet uppfyller de krav som ställs.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens. Utredningen föreslår att förslaget tas in i ett annat kapitel i lagen.

Remissinstanserna: Två remissinstanser framför särskilda synpunkter på förslaget. *Trafikverket* anser att det är en paradox att den som utgör hotet avseende spioneri ska vara den som kontrollerar att säkerhetsskyddet uppfylls, dvs. annan stats polisiära eller militära säkerhetsfunktion. I stället menar verket att det är lämpligt att den svenska myndigheten själv får göra sådana kontroller när det gäller information eller uppgifter om rikets säkerhet. *Säkerhetspolisen* anför att i stället för behörigt organ står det i den engelska versionen av direktivet att det är "the national security authority" eller "the security authority" som är avsedd att kunna få en sådan begäran som avses. Detta har i den svenska direktivtexten felaktigt översatts till nationella säkerhetstjänsten. Det är inte självklart vilket svenskt organ som skulle kunna utgöra behörigt organ i enlighet med förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Direktivet ger ingen rätt för den upphandlande myndigheten eller enheten att, såsom *Trafikverket* förordar, själv kontrollera att leverantören uppfyller de krav som ställs. Om en sådan kontroll inte kan ske på frivillig väg kan den upphandlande myndigheten eller enheten i stället med stöd av artikel 42.1 j fjärde stycket i direktivet begära hjälp från behörigt organ, t.ex. den nationella säkerhetstjänsten, i anbudssökandens stat för att utföra kontrollen. Det som kan kontrolleras är de lokaler och installationer som planeras att användas, de industriella och administrativa förfaranden som kommer att tillämpas, formerna för informationsstyrning och förhållandena beträffande den personal som beräknas komma att arbeta med att genomföra kontraktet.

Möjligheten är naturligtvis främst avsedd att användas när en upphandlande myndighet eller enhet vill kontrollera en anbudssökande i ett annat land. Denne får då vända sig med en begäran till ett behörigt organ i den staten. Möjligheten gäller dock även när den anbudssökande är ett svenskt företag. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan dock redan i dag själv kontrollera ett svenskt företag bl.a. genom att besöka företaget och kontrollera lokalerna (se t.ex. 7 kap. 5 § Rikspolisstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om säkerhetsskydd [RPSFS 2010:03]). Till viss del överensstämmer direktivets artikel således med de bestämmelser om kontroll av säkerhetsskyddsavtal som finns i säkerhetsskyddsförordningen samt i de föreskrifter och allmänna råd som Rikspolisstyrelsen och Försvarmakten utfärdar.

Förutom den tillsyn av säkerhetsskyddet som Rikspolisstyrelsen och Försvarmakten kan utföra enligt 42 § säkerhetsskyddsförordningen, kan

noteras att Utrikesdepartementet (SSSB) är behörigt organ vad avser Sveriges åtaganden gentemot EU, Nato och Europeiska rymdorganisationen. I vissa avtal pekas t.ex. Försvarets materielverk (FMV) ut som behörigt organ, eller s.k. National Security Authority (NSA). NSA kan därför i Sverige utgöras av olika myndigheter beroende på vad upphandlingen avser och vilken som utsetts till NSA genom det avtal som är tillämpligt. Det är därför som *Säkerhetspolisen* påpekar inte självklart vilket svenskt organ som utgör behörigt organ.

För bedömningen av om det organ som den upphandlande myndigheten eller enheten vänder sig till kan tillmötesgå begäran, kan noteras att som framgår redan av skäl 1 i direktivet är det fortfarande medlemsstaterna som är ensamt ansvariga för den nationella säkerheten, både vad gäller försvar och säkerhet. Det är således varje medlemsstats ansvar att bestämma om organisation och befogenheter för sina nationella myndigheter på försvars- och säkerhetsområdet. En begäran från en upphandlande myndighet eller enhet måste därför prövas av den nationella myndigheten mot dess befogenheter. Om myndigheten saknar befogenhet att agera på det sätt som efterfrågas kan det få till följd att en begäran kanske inte kan tillmötesgå i alla delar. I sådana fall får det bedömas om värdet av den eventuella information som lämnas från respektive nationell myndighet är sådant att leverantörerna kan vägas mot varandra. Ytterst får leverantören på annat sätt visa att den uppfyller de krav som den upphandlande enheten eller myndigheten ställer.

Det bör, som kommissionen också påpekar, understrykas att även om det behöriga organet tillmötesgår den upphandlande myndigheten eller enheten och gör den efterfrågade kontrollen, ger en godkänd kontroll av säkerhetsskyddet inte automatiskt en leverantör rätt att ta del av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Det måste också göras en bedömning av vilka uppgifter leverantören behöver känna till³⁹. Sammanfattningsvis bör bestämmelsen i artikel 42.1 j fjärde stycket i direktivet enligt regeringens mening genomföras i svensk rätt och tas in tillsammans med de tekniska och yrkesmässiga kvalifikationskraven.

10 Försörjningstrygghet

10.1 Krav om försörjningstrygghet

Regeringens förslag: Bestämmelser om försörjningstrygghet ska tas in i den nya lagen. Bestämmelserna ska gälla såväl för upphandlingar inom det direktivstyrda området som för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet.

³⁹ Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Information, p. 13.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår inte att bestämmelserna ska gälla utom det direktivstyrda området.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser yttrar sig inte särskilt eller har inget att invända mot förslaget. *Försvarets materielverk (FMV)* anser att det hos upphandlande myndigheter inom försvarsområdet kan finnas behov som har karaktär av försörjningstrygghet och att det därför kan betraktas som positivt att möjligheten att ställa sådana krav även utanför det område som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget framgår av lagen. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* anser att försörjningstrygghet är en central fråga och avgörande för försvars- och säkerhetsmarknadens funktion. SOFF menar att begreppet påverkar tolkningen av nästan alla delar av direktivet. SOFF anför också att bedömningar av och hänvisningar till försörjningstrygghet kan användas som motiv för protektionistiska beteenden och ett argument både för och emot tredje lands närvaro på marknaden och medverka till europeisk materielförsörjning.

Skälen för regeringens förslag: För att ett nationellt försvar ska kunna upprätthållas och utvecklas är det helt nödvändigt att leveranser av materiel, underhåll och andra tjänster kan tryggas. Denna trygghet krävs under ett materielprogramms hela livscykel, från krav avseende materielens utformning till dess utrangering, och måste finnas såväl i fredstid som under höjd beredskap. Kraven gör sig emellertid särskilt starkt gällande i kristider. Att trygga försörjningen av leveranser på försvars- och säkerhetsområdet innebär särskilda utmaningar till följd av att utrustningen i stor omfattning har väldigt lång livslängd. Leveranser av vid kontraktstillfället färdigutvecklad materiel kan således behöva kunna tryggas under i vart fall hela kontraktstiden. Det nu sagda har bäring på såväl verksamhet som syftar till att upprätthålla den territoriella integriteten, som på de insatser som utförs internationellt.

Redan i direktivets skäl erkänns försvars- och säkerhetsområdets särskilda förutsättningar. I direktivets skäl 8 konstateras att försvars- och säkerhetsutrustning är av avgörande betydelse såväl för medlemsstaternas säkerhet och suveränitet som för unionens självständighet samt att inköpen av varor, tjänster och entreprenader inom försvars- och säkerhetssektorerna följaktligen ofta är av känslig karaktär. I skäl 9 pekas bl.a. försörjningstryggheten ut som ett av de områden där dessa förutsättningar ger upphov till särskilda krav. För att skapa bättre förutsättningar för upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet innehåller direktivet således bestämmelser om försörjningstrygghet. Dessa återfinns främst i artikel 23.

Direktivet innehåller ingen definition av begreppet försörjningstrygghet. Det direktivet reglerar är att upphandlande myndighet eller enhet ska ange de krav som den har i fråga om försörjningstrygghet, dvs. vad den anser behövs för att trygga tillräckliga och pålitliga leveranser av försvars- och säkerhetsmateriel och av tjänster inom området. Det gäller även löpande tillgång till underhåll och reparation samt reservdelar och annat stöd. Det kan konkret vara fråga om att ställa upp krav på leveranstider och tillgång till reservdelar eller annan service.

Förmågan att uppfylla en upphandlande myndighets eller enhets krav i fråga om försörjningstrygghet är beroende inte bara av den egna

kapaciteten utan ofta även av t.ex. tillstånd från nationella myndigheter. För multinationella företag och koncerner med gränsöverskridande överföringar av materien kan omständigheterna bli särskilt komplicerade med försörjningskedjor som sträcker sig över flera nationsgränser. Överförings- och exporttillstånd behövs då inte bara för den slutliga leveransen av produkten utan, som kommissionen påpekar, även för leveranser av komponenter och delsystem från underleverantörerna⁴⁰. Försörjningstrygghet kan enligt direktivets skäl 44 därför innebära att många olika krav kan behöva ställas, inkluderat exempelvis krav på företagsinterna bestämmelser mellan dotterbolag och moderbolag när det gäller immateriella rättigheter eller tillhandahållande av viktiga tjänster, eller underhåll och översyn.

I direktivets skäl 12 utvecklas att med produktens hela livslängd avses forskning och utveckling, industriell utformning, tillverkning, reparation, modernisering, ändring, underhåll, logistik, utbildning, testning, återkallande och bortskaffande. Dessa skeden inbegriper, enligt skälet, exempelvis studier, utvärdering, lagring, transport, integrering, underhåll, demontering, förstörelse och alla övriga åtgärder som vidtas efter det ursprungliga utformandet. Vissa kontrakt kan inbegripa tillhandahållande av delar, komponenter eller underenheter som ska ingå i eller fogas till produkter, eller tillhandahållande av särskilda verktyg, testutrustningar eller support.

Gränserna för vilka krav som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa bestäms ytterst av de grundläggande principerna i EUF-fördraget. Kraven måste därför vara kopplade till det som ska upphandlas. De ska också bl.a. garantera likabehandling av leverantörerna och vara proportionerliga i förhållande till upphandlingens beskaffenhet. Att uppställa krav som bara leverantörer från det egna landet uppfyller, kan exempelvis innebära en indirekt diskriminering. Krav på försörjningstrygghet måste därför ställas upp på ett så neutralt och objektivt sätt som möjligt. Utrymmet för att, som *SOFF* befarar, använda regleringen med protektionistiska motiv är därmed begränsat.

Enligt regeringens bedömning ska regler om försörjningstrygghet tas in i lagen. Reglerna ska, som *FMV* också anser, gälla såväl för upphandlingar inom det direktivstyrda området som för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

I det arbete som pågått inom EU på försvars- och säkerhetsområdet används ibland begreppet leveranssäkerhet i stället för begreppet försörjningstrygghet, se t.ex. kommissionens meddelande av den 5 december 2007 *En strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri* (KOM[2007] 764 slutlig) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen⁴¹. Begreppet leveranssäkerhet förekommer redan i svensk lagstiftning bl.a. i ellagen (1997:857) och i naturgaslagen (2005:403). Med begreppet avses då en minskning av avbrott i försörjningen. Enligt

⁴⁰ Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Supply p. 2.

⁴¹ EUT L 146, 10.6.2009, s. 1 (Celex 32009L0043).

regeringens mening är leveranssäkerhet ett alltför snävt begrepp i förhållande till vad som avses i direktivet. Försörjningstrygghet innefattar däremot, anser regeringen, alla de krav som kan ställas enligt artikel 23 andra stycket i direktivet och som behandlas i nästa avsnitt. Begreppet försörjningstrygghet ska därför användas i de bestämmelser som ska tas in i lagen. De krav som den upphandlande myndigheten eller enheten därvid kan ställa behandlas i följande avsnitt.

10.2 Krav på innehåll i anbud

Regeringens förslag: För att klargöra om leverantören uppfyller den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om försörjningstrygghet ska myndigheten eller enheten få ställa vissa krav på innehållet i anbuden. Kraven ska få omfatta att anbuden innehåller certifiering eller dokumentation som visar dels att anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten vid export, överföring och transitering av varor, dels att anbudsgivarens försörjningskedja uppfyller kraven på försörjningstrygghet, eller i fråga om att uppfylla ökade behov till följd av en kris.

En upphandlande myndighet eller enhet ska vidare få kräva att anbudsgivaren ska göra vissa utfästelser som gäller främst kapacitet, underhåll och förändringar, eller att förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar m.m. för den händelse entreprenören inte längre kan tillhandahålla sådant.

En upphandlande myndighet eller enhet ska dessutom få kräva uppgifter om eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra.

En upphandlande myndighet eller enhet ska även få kräva att anbuden innehåller annat än vad som nu nämnts för att klargöra om leverantören uppfyller kraven i fråga om försörjningstrygghet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens. Utredningens förslag innehåller inget förtydligande av att listan på vad som kan krävas inte är uttömmande.

Remissinstanserna: Den remissinstans som särskilt yttrar sig över förslaget, *Försvarets materielverk (FMV)*, ifrågasätter mot bakgrund av EU-rättsliga upphandlingsprinciper om inte vissa krav kan bli väl långtgående och betungande för en leverantör att uppfylla.

Skälen för regeringens förslag: Inom försvars- och säkerhetsområdet är det av särskild vikt att en upphandlande myndighet eller enhet kan bedöma leverantörens möjlighet att uppfylla de krav som ställs i fråga om försörjningstrygghet. Krav på försörjningstrygghet kan aktualiseras under olika stadier av en upphandling. Till att börja med har de betydelse för urvalet av lämpliga leverantörer och deras förmåga att uppfylla de obligatoriska kraven i fråga om trygghet i försörjningen. De kan således tjäna som en grund till utslutning av leverantörer och utgöra en omständlighet vid kvalificeringen av anbudsgivarna. Sedan kan de

aktualiseras vid utvärderingen av anbudet och beaktas då tilldelningsbeslutet fattas. Därför är det av avgörande betydelse att en upphandlande myndighet eller enhet så precist som möjligt redan vid annonseringen av upphandlingen kan ange de specifika krav som bedöms nödvändiga för att trygga den försörjning som behövs. På det sättet ökar förutsättningarna för att innehållet i anbudet är tillfyllest för att myndigheten eller enheten ska kunna göra en så korrekt utvärdering som möjligt av leverantörens förmåga att uppfylla dessa krav.

För att klargöra om leverantören uppfyller den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om försörjningstrygghet anges i direktivets artikel 23 att den upphandlande myndigheten eller enheten bl.a. får ställa krav på att anbudet ska innehålla vissa uppgifter, dokument eller utfästelser. Huvudsakligen anger artikeln att myndigheten eller enheten ska få kräva att anbudet innehåller följande för att klargöra om leverantören uppfyller den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om försörjningstrygghet:

- certifiering eller dokumentation som visar anbudsgivarens förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet,
- certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla kraven i kontraktshandlingarna om försörjningstrygghet, eller
- dokumentation som styrker förmågan att uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens ökade behov till följd av en kris.

En upphandlande myndighet eller enhet ska vidare få kräva en utfästelse från anbudsgivaren att

- i enlighet med överenskomna villkor upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå eventuellt ökade behov till följd av en kris,
- utföra underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,
- i tid informera om varje förändring som uppstår i anbudsgivarens organisation, försörjningskedja eller industriella strategi som kan tänkas påverka anbudsgivarens skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten,
- visa att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av kraven, eller
- i enlighet med överenskomna villkor förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för sådana fall där entreprenören inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

En upphandlande myndighet eller enhet ska även få kräva uppgifter om eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra i fråga om att sprida, överföra eller använda varorna och tjänsterna eller resultat av dessa. Myndigheten eller enheten ska dessutom få kräva annat innehåll i anbudet än vad som framgår ovan för att klargöra om leverantören uppfyller kraven i fråga om försörjningstrygghet.

Bestämmelsen är som framgår inte obligatorisk och de krav som kan ställas är inte uttömmande. De exempel på krav som enligt artikeln kan ställas tillhör de mest centrala. Förslaget bör därför genomföras i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet genom att de krav som anges i direktivet tas in i den nya lagen med det förtydligandet att listan på krav inte är uttömmande. Kravlistan kan förefalla lång men bör ses mot bakgrund av att försörjningstryggheten är en av de allra viktigaste delarna i det nya direktivet. Det bör också påpekas att det är upp till den upphandlande myndigheten eller enheten att bedöma om den behöver ställa något eller några av de krav som framgår av listan eller något annat krav i fråga om försörjningstrygghet. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste dock även vid dessa överväganden beakta de grundläggande principerna i EUF-fördraget som bl.a. proportionalitetsprincipen. Det sagda bör, enligt regeringens mening, innebära att de ställda kraven inte bör kunna bli så långtgående och betungande som *FMV* befarar.

10.3 Krav som inte får ställas

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska inte få kräva ett åtagande av en anbudsgivare som begränsar möjligheten för organ i en licensgivares stat att tillämpa de nationella kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering.

Utredningens förslag överensstämmer i huvudsak med regeringens med undantag för att utredningen i stället för begreppet ”en licensgivares stat” föreslår ”anbudsgivarens stat”.

Remissinstanserna: Några remissinstanser uttrycker synpunkter på förslaget. *Svea hovrätt* menar att förslaget har fått en lydelse som skiljer sig från motsvarande bestämmelse i direktivet (artikel 23 tredje stycket). Artikeln torde bl.a. syfta till att motverka att upphandlande myndigheter och enheter kräver att en anbudsgivare presenterar exporttillstånd eller annan dokumentation från en medlemsstat som medlemsstaten enligt sina nationella regler inte kräver eller tillämpar. I lagförslaget har emellertid artikelns ”av en medlemsstat” fallit bort vilket ändrar bestämmelsens innebörd. Hovrätten noterar att medan artikel 23 tredje stycket talar om ”en medlemsstat” vilken som helst är förslaget begränsat till ”anbudsgivarens stat”. Det är inte helt tydligt vad som avses med ”anbudsgivarens stat” men eftersom det inte torde vara ovanligt att de företag som kan bli aktuella som anbudsgivare har tillverkning och annan verksamhet i flera stater, kan en begränsning till ”anbudsgivarens stat” framstå som mindre lämplig. Bestämmelsen syftar till att begränsa de krav en upphandlande myndighet eller enhet får ställa på en anbudsgivare. Därför skulle en tillämpning där myndigheten eller enheten ställer för långtgående krav på åtaganden från en medlemsstat, som inte anses vara ”anbudsgivarens stat”, kunna komma att stå i strid med direktivet. Hovrätten menar att det således bör övervägas om den föreslagna bestämmelsen ska ges en annan lydelse även på denna punkt. *Försvarets materielverk (FMV)* framför att en särskild fråga som kan uppstå mot

bakgrund av förslaget reglering är hur en upphandlande myndighet ska ställa sig i en situation där försörjningstrygghetskrav ställts i en upphandling i konkurrens och en av leverantörerna förklarar att kraven inte kan uppfyllas av något skäl som anges i regleringen. *Inspektionen för strategiska produkter (ISP)* noterar med tillfredsställelse de skrivningar som inte begränsar inspektionens möjligheter att tillämpa den svenska exportkontrollagstiftningen.

Skälen för regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet kan som framgår ovan kräva att anbudet bl.a. innehåller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor (se avsnitt 10.2). Förslaget, som följer artikel 23 tredje stycket i direktivet, innebär att en anbudsgivare inte kan avkrävas mer långtgående åtaganden än vad anbudsgivarens nationella regler medger i fråga om beviljande av licens för export, överföring eller transitering. Detta under förutsättning att dessa stämmer överens med internationell rätt eller gemenskapslagstiftning.

Eftersom en anbudsgivare kan behöva licenser för export, överföring eller transitering från flera stater föranleder *Svea hovrätts* synpunkt, att begränsningen till ”anbudsgivarens stat” framstår som mindre lämplig, regeringen att justera förslaget i förhållande till utredningens förslag på så sätt att begreppet ersätts med ”en licensgivares stat”. Bestämmelsens innebörd förtydligas genom förslaget. Det sakliga innehåll som avses är dock detsamma.

Skulle en upphandlande myndighet eller enhet, på det sätt *FMV* avser, ställa upp allt för långtgående krav, får det hanteras på samma sätt som andra långtgående krav hanteras, dvs. det kan innebära att upphandlingen måste avbrytas eller att leverantören vänder sig till domstol för överprövning.

Artikel 23 i direktivet hänvisar till nationella kriterier för beviljande av licens för överföring av varor. En harmonisering av dessa regler har påbörjats. I syfte att förenkla överföringen av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen har Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen⁴² antagits. I direktivet finns bl.a. bestämmelser om tre olika överföringstillstånd; generella, globala och individuella. Direktivet ska vara genomfört i svensk rätt senast den 30 juni 2011 och ska tillämpas från och med den 30 juni 2012. Regeringen har i propositionen Genomförande av direktiv om överföring av krigsmateriel (prop. 2010/11:112) lämnat förslag till genomförande i svensk rätt av direktivet.

⁴² EUT L 146, 10.6.2009, s. 1 (Celex 32009L0043).

11.1 Bakgrund

Tillverkningen av försvarsmateriel i EU är i stora delar koncentrerad till de sex medlemsstaterna Tyskland, Spanien, Frankrike, Italien, Storbritannien och Sverige. Kringutrustning och stödsystem produceras dock av företag i hela EU.

I stor utsträckning prioriterar varje stat den egna försvarsindustrin. Det innebär att tillverkare från andra medlemsstater ofta har endast ett begränsat eller inget tillträde till de inhemska försvarsmarknaderna. Faktorer som fragmenterar den europeiska marknaden för försvarsmateriel är enligt den Europeiska kommissionens strategi för en starkare och mer konkurrenskraftig försvarsindustri i EU bl.a. att medlemsstaterna ofta använder sig av artikel 346 i EUF-fördraget för att undanta försvarskontrakt från EU:s upphandlingsregler, att de nationella systemen för att kontrollera överföringar av försvarsmateriel inom EU inte gör någon åtskillnad mellan export till tredje land och överföringar mellan medlemsstater och att konkurrensen kan snedvridas av de krav på offsetaffärer (kompensationsköp) som många medlemsstater ställer i samband med försvarsupphandlingar⁴³. En fragmenterad europeisk marknad och delvis stängda nationella marknader innebär svårigheter för försvarsindustriföretag, särskilt för små och medelstora företag.

Mot den bakgrunden innehåller direktivet ett antal artiklar om underentreprenad för att underlätta för små och medelstora företag att hitta marknader och lägga anbud på underleverantörskontrakt inom försvars- och säkerhetsområdet.

Direktivets bestämmelser

Bestämmelser om underentreprenad behandlas i direktivet i artiklarna 21 och 50–54. Bestämmelserna handlar i huvudsak om att den vinnande leverantören konkurrensutsätter underleverantörer vid fullgörandet av uppdraget. Det kan ske genom att leverantören på eget initiativ utnyttjar möjligheten att använda underentreprenörer. I det fallet kan enligt direktivet upphandlande myndigheter och enheter begära in vissa uppgifter om avtalet med underentreprenörer. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan även ställa krav på att leverantören anlitar underentreprenörer för fullgörande av kontraktet. Därutöver finns det särskilda bestämmelser i artiklarna 50–54 som i första hand är tillämpliga när anbudsgivaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet. Dessa artiklar är utformade efter mönster av reglerna om underentreprenad vid byggkoncession i det klassiska direktivet. Motsvarande bestämmelser om konkurrensutsättning av underleverantörer i upphandlingskontrakt saknas i LOU och LUF.

⁴³ Kommissionens meddelande av den 5 december 2007 *En strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri* (KOM[2007]764 slutlig).

11.2.1 Huvudregel

Regeringens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om underentreprenad. Den utvalda anbudsgivaren ska som huvudregel ha möjlighet att välja sina underleverantörer. Bestämmelserna om underentreprenad ska gälla såväl för upphandlingar inom det direktivstyrda området som för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Regeringens bedömning: Det finns inte skäl att ta in en särskild bestämmelse som anger att den utvalda anbudsgivaren inte får åläggas att diskriminera någon potentiell underleverantör på grund av nationalitet.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag och bedömning. Utredningen har inte föreslagit att reglerna om underentreprenad ska gälla för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Remissinstanserna: *Konkurrensverket* och *Föreningen SME-D* tillstyrker förslaget. *Konkurrensverket* varnar dock för eventuella konkurrensrättsliga aspekter och anför att den vinnande anbudsgivaren kan få tillgång till långtgående information om andra leverantörers kapacitet, kompetens, strategier m.m. vilket innebär att denne kan få insyn i potentiella konkurrenters verksamhet som kan komma att utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Vidare innebär förslaget enligt *Konkurrensverket* att leverantörerna sinsemellan får en kontaktyta som kan medföra en ökad risk för otillåtna samarbeten. Endast i de fall krav på underentreprenad är lämpligt och förväntas leda till positiva effekter för konkurrensen bör krav ställas om att viss del ska läggas ut på underentreprenad, detta för att undvika situationer som medför ökad risk för otillåtna samarbeten. Kraven på underentreprenad och underramavtal bör inte vara mer omfattande eller mer långtgående än vad som är nödvändigt eller formuleras på ett sådant sätt att nationellt förankrade leverantörer gynnas. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* stödjer att bestämmelserna om underentreprenad återges i svensk författningstext, men menar att köparens potentiella påverkan på leverantörskedjan öppnar inte blott för att denne gynnar speciella eller nationella företag. Den ökar också risken för att säljaren, för att vinna kontrakt, gör åtaganden som påverkar kvalitet eller kostnad och som kanske i förlängningen också kan hota försörjningstryggheten. *Försvarets materielverk (FMV)* ifrågasätter om inte benämningen borde vara underleverantörskontrakt i enlighet med den engelska versionen av direktivet. Vidare anser FMV att lämpligheten av de föreslagna reglerna kan ifrågasättas. Målet vid en upphandling torde i regel i princip vara att få bästa möjliga produkt till bästa möjliga pris och att konkurrensen ska ge detta resultat utan att de upphandlande myndigheterna lägger sig i detaljerna i fullgörandet av kontraktsåtagandet. Risken med det senare är bl.a. en fördyrad anskaffning och sämre produkter. Dessutom finns risk för en fragmentering av de immateriella rättigheterna kopplade till levererade produkter.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt artikel 21.1 i direktivet ska den utvalde anbudsgivaren ha rätt att själv välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt. Denna rätt begränsas emellertid av bestämmelserna i artiklarna 21.3 och 21.4. Dessa bestämmelser ger medlemsstaterna rätt att införa regler som ger de upphandlande myndigheterna och enheterna skyldighet eller rätt att kräva bl.a. att den vinnande leverantören ska konkurrensutsätta delar av kontraktet. Medlemsstaten kan välja att avstå från att införa sådana regler. Regeringen bedömer i likhet med flertalet remissinstanser att de svenska upphandlande myndigheterna och enheterna ska ha möjlighet att ställa krav på konkurrensutsättning av underentreprenad och en lämplig lösning är att överlåta till de upphandlande myndigheterna och enheterna att från fall till fall bedöma om det är motiverat i en upphandling att ställa krav på konkurrensutsättning i underleverantörsledet. Reglerna bör därför tas in i lagen och ges en fakultativ utformning som ger de upphandlande myndigheterna och enheterna rätt att använda sig av reglerna. Någon skyldighet att använda dem bör inte införas.

Enligt artikel 21.1 i direktivet har den utvalda anbudsgivaren som huvudregel rätt att på eget initiativ välja underleverantör. Enligt regeringens mening bör det på samma sätt som i direktivet finnas en bestämmelse i lagen om att den utvalda anbudsgivaren har denna möjlighet.

Vidare anges i artikel 21.1 bl.a. att den utvalda anbudsgivaren i synnerhet inte får åläggas att diskriminera någon potentiell underleverantör på grund av nationalitet. Detta förbud följer dock redan av artikel 4 som slår fast EUF-fördragets grundläggande principer, bl.a. principen om icke-diskriminering, vilken införlivas genom 1 kap. 11 § i författningsförslaget. Regeringen anser att det av det skälet inte behövs någon särskild bestämmelse i författningstexten.

FMV föreslår att underleverantörskontrakt används i stället för underentreprenad. Benämningen underentreprenad har sedan tidigare använts i upphandlingslagstiftningen (se t.ex. 6 kap. 11 § och 13 kap. 4 § LOU) och bör enligt regeringens mening användas också i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

11.2.2 Begäran om uppgifter om underentreprenad

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underentreprenad, förslag på underleverantör och föremålet för underleverantörskontraktet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska även få begära att anbudsgivaren ska ange alla ändringar som uppstår på underleverantörsnivå under genomförandet av kontraktet.

Utredningens förslag överensstämmer i allt väsentligt med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 21.2 i direktivet gäller att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära eller kan av en medlemsstat åläggas att begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange

den eventuella del av kontraktet som han kan komma att läggas ut på underentreprenad till tredje man och eventuellt förslag på underleverantör och föremålet för det underleverantörskontrakt som förslaget gäller.

En liknande bestämmelse finns i 6 kap. 11 § LOU och i 6 kap. 12 § LUF. Enligt dessa bestämmelser får en upphandlande myndighet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

Enligt artikel 21.2 i direktivet gäller vidare att leverantören kan förpliktas att även ange de förändringar som uppstår bland underleverantörerna under genomförandet av kontraktet. Bestämmelsen, som inte har någon motsvarighet i LOU eller LUF, kan ha betydelse för de upphandlande myndigheterna och enheterna när det gäller att säkerställa försörjningstryggheten i sina upphandlingar. Regeringen anser att artikeln ska genomföras på ett sätt som nära överensstämmer med direktivet.

11.3 Upphandlande myndigheters och enheters krav på underentreprenad

11.3.1 Krav på viss andel av kontraktet

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska därvid ange den procentuella minimiandel som måste läggas ut på underentreprenad i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximiandel. Anbudsgivaren ska ha möjlighet att föreslå att andelen ökas. Maximiandelen ska inte få överstiga 30 procent av kontraktets värde.

Vid en begäran ska den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att anbudsgivarna i anbudet anger vilken eller vilka delar av anbudet de avser att lägga ut på underentreprenad.

Regeringens bedömning: Bestämmelser om att intervallet ska vara proportionerligt till kontraktets föremål och värde samt den aktuella industrisektorns karaktär, inbegripet i fråga om konkurrens på den aktuella sektorns marknad och den industriella basens tekniska kapacitet, bör inte tas in i lagen.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens förslag och bedömning. Utredningen har dock utformat bestämmelsen om tillämpning av principerna och annonsering m.m. som en förpliktelse för den vinnande leverantören.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt artikel 21.4 i direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad. Den upphandlande myndighet eller enhet som kräver sådan underentreprenad ska enligt artikel 21.4 första stycket ange den procentuella minimiandel som måste läggas ut på underentreprenad, i

form av intervallvärden med en minimiandel och en maximiandel. Maximiandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde. Intervallerna ska vara proportionerligt till kontraktets föremål och värde samt den aktuella industrisektorns karaktär, inbegripet i fråga om konkurrens på den aktuella sektorns marknad och den industriella basens tekniska kapacitet.

Anbudsgivaren ska enligt artikel 21.4 tredje stycket ha rätt att föreslå att en större andel av kontraktet än som anges av den upphandlande myndigheten eller enheten ska läggas ut på underentreprenad. Den totala andel som läggs ut på underentreprenad kan därmed komma att överstiga 30 procent. Genom bestämmelsen får anbudsgivaren en möjlighet att föreslå att en större andel av det totala värdet läggs ut på underentreprenad än vad den upphandlande myndigheten eller enheten kräver. Bestämmelsen motsvarar 13 kap. 4 § första stycket, första punkten LOU. Regeringen anser att bestämmelsen ska genomföras i överensstämmelse med nämnda bestämmelse i LOU.

Vidare ska den upphandlande myndigheten eller enheten, för att kravet ska anses vara uppfyllt, enligt artikel 21.4 fjärde stycket kräva att anbudsgivarna i sina anbud anger de delar i anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad. Bestämmelsen innebär till skillnad från artikel 21.2 en skyldighet för anbudsgivarna att lägga ut en viss del av anbudet på underentreprenad. Har den upphandlande myndigheten eller enheten uppställt ett sådant krav har den också rätt att veta vilka delar av kontraktet som kommer att utföras av någon annan än leverantören. Regeringen anser att bestämmelsen bör tas in i lagen på ett sätt som nära överensstämmer med direktivet.

Sista meningen i första stycket av artikeln anger att intervallerna ska vara proportionerligt till kontraktets föremål och värde samt den aktuella industrisektorns karaktär, inbegripet graden av konkurrens på den aktuella marknaden och den industriella basens tekniska kapacitet. En sådan proportionalitetsbedömning följer redan av proportionalitetsprincipen, som innefattas av 1 kap. 11 § i den föreslagna lagen. Därför finns det enligt regeringens mening inte något behov av att ytterligare ange det i författningstexten.

11.3.2 Uppfyllelse av kravet på underentreprenad

Regeringens bedömning: En bestämmelse om att anbudsgivaren ska anses uppfylla det krav på underentreprenad som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer, om en procentuell andel av kontraktets värde faller inom det intervall som myndigheten eller enheten uppställt, bör inte tas in i lagen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens bedömning.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens bedömning: Artikel 21.4 andra stycket i direktivet innebär att anbudsgivaren uppfyller det krav på underentreprenad som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer om en procentuell andel av kontraktets värde faller inom det intervall som

11.3.3 Krav att ange föremålet för underentreprenad utöver minimiandelen

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få begära att anbudsgivarna ska ange dels vilken eller vilka delar av anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad utöver den minimiandel som måste läggas ut enligt den upphandlande myndighetens eller enhetens begäran, dels vilka underleverantörer de avser att anlita.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelsen motsvarar artikel 21.4 femte stycket i direktivet. Denna bestämmelse reglerar att den upphandlande myndigheten och enheten har rätt att begära att den utvalda anbudsgivaren lämnar uppgift om de delar av anbudet som denne avser att lägga ut på underentreprenad utöver den minimiandel som på begäran av den upphandlande myndigheten eller enheten måste läggas ut enligt bestämmelsen i artikel 21.4 första stycket.

Enligt artikel 21.4 tredje stycket i direktivet gäller att anbudsgivarna får föreslå att en större del av det totala värdet ska läggas ut på entreprenad, än vad den upphandlande myndigheten eller enheten kräver. Om anbudsgivaren vill lägga ut en större del på underentreprenad än vad myndigheten eller enheten kräver kan anbudsgivaren i enlighet med bestämmelsen i artikel 21.4 fjärde stycket åläggas att ange vilken eller vilka delar av anbudet som ska utföras av andra samt eventuella underleverantörer. Underleverantörerna ska endast vara identifierade av anbudsgivaren. Det behöver inte föreligga ett avtal mellan dem.

I artikel 21.4 femte stycket i direktivet anges att underleverantörer ska vara identifierade av anbudsgivarna. I den engelska översättningen av direktivet står "identified" och i den franska står "identifiés". Enligt regeringens mening är trots det uttrycket *avser att anlita* mer lämpligt i sammanhanget. Regeringen anser att en bestämmelse bör tas in i lagen och att detta uttryck bör väljas.

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska få kräva att en utvald anbudsgivare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet och som själv valt att anlita underleverantörer vid tilldelning av kontraktet, ska tillämpa principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering, bestämmelserna om annonsering av anbudstävlingen och bestämmelserna om kriterier för urval av underleverantörer.

Kräver den upphandlande myndigheten eller enheten att en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska tilldela tredje man ett underleverantörskontrakt, ska kontraktet med den upphandlande myndigheten eller enheten innehålla villkor om att anbudsgivaren ska tillämpa bestämmelserna om annonsering, principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering samt bestämmelserna om kriterier för urval av underleverantörer.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: Direktivet innehåller bestämmelser som reglerar krav som kan ställas på en utvald anbudsgivare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet när anbudsgivaren vill tilldela ett underleverantörskontrakt. Det avser såväl de fall när den upphandlande myndigheten eller enheten ställer krav på anbudsgivaren när denne med stöd av artikel 21.1 i direktivet själv valt att anlita underleverantörer som de fall när den upphandlande myndigheten eller enheten med stöd av artikel 21.4 i direktivet kräver att anbudsgivaren ska anlita underleverantörer.

Enligt artikel 21.3 i direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten kräva eller kan av en medlemsstat åläggas att kräva att den utvalda anbudsgivaren som inte är en upphandlande myndighet eller enhet ska tillämpa bestämmelserna i avdelning III i direktivet, dvs. artiklarna 50–53, för samtliga eller vissa underleverantörskontrakt som den utvalda anbudsgivaren avser att tilldela tredje man. Det innebär att den vinnande leverantören ska tillämpa principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering samt bestämmelserna om annonsering av de underleverantörskontrakt som exklusive mervärdes-skatt inte beräknas understiga tröskelvärdet. Vidare ska den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att anbudsgivaren enligt artikel 21.4 sjätte stycket ska tillämpa bestämmelserna i avdelning III vid tilldelning av underleverantörskontrakt som omfattas av kravet i artikel 21.4 första stycket.

Även om en anbudsgivare själv kan välja att en del av kontraktet ska läggas ut på underentreprenad, så är det således inte säkert att anbudsgivaren helt fritt kan välja underleverantörer. Bestämmelsen ger nämligen den upphandlande myndigheten eller enheten en rätt att kräva av anbudsgivaren att denne tillämpar förfarandebestämmelserna i avdelning III (artiklarna 50–53) vid tilldelning av underleverantörskontrakt.

Enligt artikel 50.1 i direktivet gäller att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de utvalda anbudsgivarna, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, tillämpar bestämmelserna

i artiklarna 51–53 i direktivet om annonsering, principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering samt bestämmelserna om kriterier för urval när de tilldelar tredje man ett underleverantörskontrakt i de fall då den upphandlande myndigheten eller enheten kräver det enligt artikel 21.3 eller 21.4 i direktivet.

Artikeln liknar artikel 63.1 i det klassiska direktivet rörande byggkoncession vilken motsvaras av 13 kap. 5 § LOU. Vid genomförandet av denna artikel uppfylldes ”nödvändiga åtgärder” genom att i LOU slå fast en skyldighet för den upphandlande myndigheten att i koncessionskontraktet förplikta koncessionshavaren att bl.a. annonsera upphandlingar.

Regeringen anser att artiklarna ska genomföras i lagen på ett sätt som nära överensstämmer med direktivet.

11.3.5 Företag som går samman och anknutna företag

Regeringens förslag: Om flera företag går samman för att få ett kontrakt, ska inte något av dem anses som tredje man. Detsamma ska gälla ett anknutet företag.

Anbudsgivarens anbud ska innehålla en uttömmande förteckning över företag med vilka denne gått samman och över anknutna företag. Förteckningen ska uppdateras när ändringar inträffar i förhållandena mellan företagen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 50.2 i direktivet anges att företag som gått samman för att erhålla kontraktet eller anknutna företag inte anses utgöra tredje man.

Direktivet anger i artikel 5 att grupper av leverantörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande och under vilka omständigheter den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att en sådan grupp ska anta en viss juridisk form. För de företag som utnyttjar möjligheten att gå samman för att lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande innebär bestämmelsen i artikel 50.2 i direktivet att inte något av dem anses som tredje man vid tillämpningen av artikel 50.1 i direktivet, dvs. rörande huvudleverantörens krav på annonsering, principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering samt bestämmelserna om kriterier för urval när de tilldelar tredje man ett underleverantörskontrakt i de fall då den upphandlande myndigheten eller enheten kräver det enligt artikel 21.3 eller 21.4. Detta gäller även ett anknutet företag. Enligt regeringens mening ska artikeln genomföras i lagen i nära överensstämmelse med direktivet.

Anknutna företag definieras i artikel 1.23 i direktivet som varje företag över vilket den utvalda anbudsgivaren, direkt eller indirekt, kan utöva ett bestämmande inflytande, varje företag som kan utöva ett sådant inflytande över den utvalda anbudsgivaren eller varje företag som tillsammans med den utvalda anbudsgivaren står under sådant inflytande av något annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under; ett bestämmande inflytande

från ett företag ska anses föreligga om företaget, direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag Prop. 2010/11:150

- innehar merparten av företagets tillskjutna kapital, eller
- kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande, eller
- kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets administrativa, styrande eller övervakande organ.

Anbudsgivarens anbud ska innehålla en uttömmande förteckning över de företag som gått samman och anknutna företag. Denna förteckning ska ändras när förändringar inträffar i förhållandena mellan företagen.

I andra stycket andra meningen i artikel 50.2 i direktivet anges att förteckningen över företag som gått samman för att erhålla kontraktet ska uppdateras när ändringar inträffar i förhållandena mellan företagen. En liknande bestämmelse finns i det klassiska direktivet beträffande byggkoncessioner (artikel 63.2 sista stycket). Det ansågs inte finnas något behov av att ange det i LOU (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 416). Enligt regeringens mening finns det dock övervägande skäl för att ta med bestämmelsen i detta lagförslag. Skälet till det är att upphandlingar som kommer att göras med stöd av detta lagförslag många gånger kan antas löpa över en lång tid i betydligt större utsträckning än upphandlingar som görs med stöd av LOU. Inte minst med hänsyn till att försörjningstryggheten utgör en viktig komponent i dessa upphandlingar, bör enligt regeringens mening kravet på uppdatering tas in i lagförslaget.

11.3.6 Avvisning av underleverantör

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få avvisa en underleverantör som anbudsgivaren valt. Ett sådant avvisande ska endast få grunda sig på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna en skriftlig motivering till anbudsgivaren om skälen för avvisningen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 21.5 i direktivet har den upphandlande myndigheten eller enheten möjlighet att avvisa underleverantörer som valts ut av anbudsgivaren i samband med tilldelningsförfarandet av huvudkontraktet eller som den utvalda anbudsgivaren valt ut under genomförandet av kontraktet. En förutsättning är dock att beslutet grundas på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet. En skriftlig motivering om varför myndigheten eller enheten anser att underleverantören inte uppfyller kriterierna måste också lämnas. Regeringen anser att artikeln bör genomföras i lagen på ett sätt som nära överensstämmer med direktivet.

Regeringens förslag: De krav som ställs på anbudsgivare avseende underentreprenad ska anges i annonsen om upphandling.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelsen, som motsvarar artikel 21.6 i direktivet, anger att de krav som en upphandlande myndighet eller enhet kan ställa enligt artikel 21.2–21.5 i direktivet ska anges i annonsen om upphandling. Kraven kan således inte anges enbart i förfrågningsunderlaget. Regeringen anser att artikeln bör genomföras i lagen på ett sätt som nära överensstämmer med direktivet.

11.4 Skyldigheter för anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet

11.4.1 Inledning

Bestämmelserna i artiklarna 21.3 och 21.4 i direktivet ger, som ovan redogjorts för, den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att kräva att en anbudsgivare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet ska tillämpa bestämmelserna i avdelning III, dvs. artiklarna 50–54 i direktivet vid tilldelning av underentreprenörskontrakt. Bestämmelserna i avdelning III behandlas i detta avsnitt.

11.4.2 Allmänna principer

Regeringens förslag: Lagen ska innehålla en bestämmelse som anger att den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt om detta krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Regeringens bedömning: En bestämmelse som anger att den utvalda anbudsgivaren ska iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet bör inte tas in i lagen.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningens förslag anger att även principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas av anbudsgivaren.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör förslaget.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt artikel 51 i direktivet ska den utvalda anbudsgivaren, om den inte är en upphandlande myndighet eller enhet, agera på ett öppet sätt och behandla samtliga eventuella underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt under förutsättning att den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt krav på detta i upphandlingen enligt artikel 21.2 eller 21.4 sjätte stycket i direktivet.

Enligt utredningens förslag är den vinnande leverantören skyldig att vid tilldelning av underleverantörskontrakt tillämpa inte bara principerna

om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering som anges i direktivet, utan också proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande. Utredningen anser att bestämmelsen ska omfatta samtliga principer eftersom regelverket om offentlig upphandling är uppbyggt med utgångspunkt i EUF-fördraget och följer dessa principer.

Regeringen konstaterar att de grundläggande principerna i artikel 4 i direktivet som genomförs i 1 kap. 11 § i förslaget riktar sig till upphandlande myndigheter och enheter. En vinnande anbudsgivare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet omfattas alltså inte av den paragrafen. Mot bakgrund av detta finns det, enligt regeringens mening, behov av en särskild reglering när det gäller underentreprenad.

Regeringen delar inte utredningens bedömning fullt ut, utan anser att lagen inte ska reglera huvudleverantörens avtal med sina underentreprenörer i större omfattning än som framgår av artikel 51 i direktivet. Huvudleverantören kan i avtalet med sina underleverantörer ställa längre gående krav, men regeringen finner inte skäl att i lag slå fast andra förpliktelser än som anges i direktivet. Enligt regeringens mening bör därför bestämmelsen genomföras i nära anslutning till direktivet.

11.4.3 Annonsering av underentreprenadskontrakt

Regeringens förslag: Lagen ska innehålla regler om annonsering av underentreprenadskontrakt som ska gälla i de fall annonsering krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten. När en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, avser att tilldela en tredje man ett underleverantörskontrakt som har ett värde som är detsamma som eller överstiger tillämpligt tröskelvärde, ska anbudsgivaren annonsera om det. Vid beräkning av underentreprenadskontraktets värde ska bestämmelserna om beräkning av huvudkontraktets värde tillämpas.

Annonseringen av underentreprenaden ska ske enligt bestämmelserna om annonsering av upphandling. Vid behov ska annonsen innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande av annonseringen. Annonsering krävs dock inte om underleverantörskontraktet uppfyller de villkor som gäller för förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Den utvalda anbudsgivaren ska få annonsera om underleverantörer även om någon sådan skyldighet inte finns.

Utredningens förslag överensstämmer i sak med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 52.1–52.5 i direktivet gäller att när en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska tilldela ett underleverantörskontrakt som har ett värde som är detsamma som eller överstiger tröskelvärdet i artikel 8 ska annonsering ske. Kravet på annonsering gäller under förutsättning att den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt krav på detta i upphandlingen enligt artikel 21.2 eller 21.4 sjätte stycket i direktivet. Vid beräkningen av underentreprenadskontraktets värde ska direktivets

bestämmelser i artikel 9 om metoder för beräkning av det uppskattade värdet på kontrakt och ramavtal.

Annonseringen ska följa bestämmelserna om annonsering i artikel 32.2–32.5 i direktivet, dvs. de regler som gäller för annonsering av upphandling.

Annonseringen ska sändas till Europeiska unionens publikationsbyrå för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (TED) och annonseringen ska som regel ske genom Europeiska kommissionens försorg. Innehållet i annonsen får inte offentliggöras på annat sätt eller på en upphandlarprofil innan den skickas till kommissionen.

I annonsen om underleverantörskontrakt ska den vinnande leverantören ange kriterierna för kvalitativt urval som föreskrivs av den upphandlande myndigheten eller enheten och de andra kriterier som ska gälla för urvalet av underleverantörer. Samtliga kriterier ska vara objektiva, icke-diskriminerande och förenliga med den upphandlande myndighetens eller enhetens urvalskriterier i huvudkontraktet. De kvalifikationer som krävs måste ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet och den minimikapacitet som krävs måste överensstämma med föremålet. Annonseringen ska även i övrigt följa direktivets bestämmelser om annonsering av upphandling. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid annonseringen använda de av kommissionen för ändamålet framtagna blanketterna för annonsering.

Annonsering krävs dock inte när underleverantörskontraktet uppfyller villkoren för förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vid behov ska annonsen innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande. Det innebär att det ska framgå av annonsen att den är godkänd av den upphandlande myndigheten eller enheten. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som avgör om ett sådant behov finns. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste ange i förfrågningsunderlaget att annonsen ska godkännas av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Bestämmelsen ger vidare den utvalda anbudsgivaren en möjlighet att annonsera enligt artikel 32 i direktivet även om någon sådan skyldighet inte föreligger enligt artikel 52.1 i direktivet. I likhet med vad som gäller för frivillig annonsering av upphandlingskontrakt under tröskelvärdena medför bestämmelsen skyldigheter enligt bestämmelserna om annonsering i de fall möjligheten till frivillig annonsering utnyttjas. Sammanfattningsvis anser regeringen att bestämmelserna i direktivet om annonsering ska genomföras i lagen i nära överensstämmelse med direktivet.

Understiger underleverantörskontraktets värde tröskelvärdet måste inte reglerna om annonsering tillämpas. Dock gäller enligt artikel 52.7 i direktivet i dessa fall att anbudsgivarna ska tillämpa EUF-fördragets principer gällande öppenhet och konkurrens. Tillämpningen av dessa principer följer dock redan av artikel 51, som införlivas genom en särskild bestämmelse (se avsnitt 11.4.2). Det finns därför enligt regeringens mening inte något behov av ytterligare reglering i lagen för att genomföra artikel 52.7.

Som i 3 kap. 1 § LOU och LUF anser regeringen att det i den nya lagen bör anges att regeringen i Svensk författningssamling tillkännager tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Regeringens förslag: I annonsen om underentreprenad ska den utvalda anbudsgivaren ange kriterierna för det urval som föreskrivs av den upphandlande myndigheten eller enheten och andra kriterier som gäller för valet av underleverantör. Dessa kriterier ska vara förenliga med de kriterier som tillämpats av den upphandlande myndigheten eller enheten vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

De kvalifikationer som krävs måste ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet och den minimikapacitet som krävs måste stå i proportion till detta föremål.

Regeringens bedömning: Direktivets bestämmelse om att samtliga kriterier ska vara objektiva och icke-diskriminerande bör inte tas in i lagen.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i stort med regeringens. Utredningen föreslår emellertid att det ska anges att den minimikapacitet som krävs måste överensstämma med föremålet för underleverantörskontraktet.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: I artikel 53 i direktivet anges att annonsen ska innehålla dels de kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten angivit, dels de krav som anbudsgivaren ställer upp. De krav som ställs på kriterierna är enligt artikeln att de ska vara objektiva, icke-diskriminerande och vara förenliga med de kriterier som tillämpats av den upphandlande myndigheten eller enheten vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet. Kravet att kriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande är onödiga att ange i bestämmelsen, eftersom de följer av artikel 4 i direktivet för den upphandlande myndigheten eller enheten och av artikel 51 i direktivet för den utvalda anbudsgivaren och föreslås tas in i 1 kap. 11 § respektive 14 kap. 9 § i lagen. Enligt regeringens mening bör bestämmelsen därför genomföras i lagen i enlighet med artikeln utom såvitt avser kravet på att kriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande.

Jämfört med utredningens förslag och förslaget i lagrådsremissen har *Lagrådet* föreslagit att 14 kap. 11 § andra stycket om kriterier för urval ska ges en annan lydelse när det gäller den minimikapacitet som krävs. Enligt Lagrådets mening beskriver lokutionen ”stå i proportion till detta föremål” på ett klarare sätt vad bestämmelsen avses innehålla än den i lagrådsremissen föreslagna formuleringen ”överensstämma med föremålet”. Regeringen ansluter sig till Lagrådets bedömning och anser att paragrafen ska ändras på det sätt Lagrådet har föreslagit.

Regeringens förslag: Den utvalda anbudsgivaren ska kunna uppfylla kraven om underentreprenad genom att tilldela underleverantörskontrakt på grundval av ett ramavtal som sluts mellan dem. Ett ramavtal ska annonseras enligt bestämmelserna om annonsering av underentreprenadskontrakt.

Underleverantörskontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i det berörda ramavtalet. Övriga villkor i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med ramavtalets villkor.

Underleverantörskontrakt ska endast få slutas med leverantörer som är parter i ramavtalet.

Ett ramavtal ska få löpa under längre tid än sju år endast om det är motiverat av den levererade produktens, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Utredningens förslag överensstämmer i allt väsentligt med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 52.6 första–tredje styckena i direktivet ger möjlighet för anbudsgivaren att ingå ramavtal med underleverantörer för att därefter, eventuellt efter en förnyad konkurrensutsättning, tilldela underleverantörskontrakt. Regeringen anser att leverantörerna bör ges möjlighet att ingå ramavtal och artikeln bör därför genomföras i lagen.

Ett ramavtal ska annonseras enligt bestämmelserna om annonsering i artikel 32 i direktivet (se ovan avsnitt 11.4.3). Underleverantörskontrakt ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i ramavtalet. Även villkoren i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med ramavtalets villkor. Vidare ska underleverantörskontrakt endast få slutas mellan leverantörer som är parter i ramavtalet. Slutligen får ett ramavtal som längst löpa under sju år. För att ramavtalet ska kunna löpa under en längre tid krävs att vissa förutsättningar är uppfyllda såsom att ett byte av leverantör orsakar stora tekniska svårigheter.

Utredningen anser att begreppet ramavtal bör undvikas för sådana avtal som avses i artikel 52.6 i direktivet eftersom ett ramavtal enligt definitionen i artikel 1.11 är ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer. För de ramavtal som avses i artikel 52.6, dvs. ramavtal mellan en leverantör och en eller flera underleverantörer föreslås benämningen underramavtal. Utredningen föreslår att en definition av underramavtal införs i lagen.

Regeringen gör i detta hänseende en annan bedömning. Regeringen anser att det är en fördel att avtalstypen har samma benämning i lagen som i det bakomliggande direktivet för dem som har att tillämpa bestämmelserna och söker vägledning i direktivet för tolkning av lagbestämmelserna, eftersom bestämmelserna i lagen och i direktivet är desamma. Detta oavsett att reglerna för ramavtal för upphandlande myndigheter och enheter har ett annat tillämpningsområde än de ramavtal som gäller för de vinnande anbudsgivarna. Någon risk för

sammanblandning av de två typerna av ramavtal föreligger knappast. Regeringen anser därför att begreppet ramavtal även bör omfatta sådana ramavtal som sluts mellan anbudsgivare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet och underleverantör.

Artikel 52.6 fjärde stycket i direktivet anger att reglerna om ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Detta följer redan av artikel 51 i direktivet varför det inte behöver anges särskilt. En bestämmelse i det klassiska direktivet med samma innehåll ansågs onödig att ta in i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 333). Enligt regeringens mening finns det inte något skäl att beträffande denna lag göra någon annan bedömning.

11.5 Undantag från kravet att anlita underleverantör

Regeringens förslag: Den utvalda anbudsgivaren ska inte vara skyldig att anlita underleverantörer om anbudsgivaren kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen och det innebär att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelsen, som motsvarar artikel 53 andra stycket i direktivet, innebär att en utvald anbudsgivare inte är tvungen att anlita en underleverantör, trots att ett sådant krav finns från den upphandlande myndigheten eller enheten, om en underleverantör som uppfyller de kriterier som angivits i annonsen inte står att finna. Det åligger den utvalda anbudsgivaren att på ett tillfredsställande sätt visa att några underleverantörer som uppfyller dessa kriterier inte finns. Den utvalda anbudsgivaren har i så fall rätt att fullfölja kontraktet utan att anlita några underleverantörer. Regeringen anser att artikeln ska genomföras i nära anslutning till direktivet.

11.6 Leverantörens ansvar

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om att bestämmelserna om underentreprenad inte påverkar huvudleverantörens ansvar gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten bör inte tas in i lagen.

Utredningens förslag: Utredningens förslag överensstämmer inte med regeringens bedömning. Utredningen föreslår en bestämmelse som anger att den leverantör som sluter avtal med den upphandlande myndigheten eller enheten ska ansvara för sina åtaganden gentemot den upphandlande myndighet eller enheten även om denne anlitar underentreprenörer.

Remissinstanserna framför inga synpunkter om förslaget.

Skälen för regeringens bedömning: Enligt artikel 21.7 i direktivet gäller att en leverantör som sluter kontrakt med en upphandlande myndighet eller enhet ansvarar i enlighet med kontraktet för sina åtaganden gentemot myndigheten eller enheten, även om denne anlitar underentreprenörer för fullgörandet av kontraktet eller delar av det. Det innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten eller enheten ska rikta sina krav på hur kontraktet fullgörs mot leverantören och inte mot de av leverantören anlitate underentreprenörerna.

I det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet finns i artikel 25 andra stycket respektive artikel 37 en liknande bestämmelse som inte genomfördes i svensk rätt. Orsaken var enligt förarbetena (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 350) att innebörden av bestämmelsen följer av svensk rätt och då ansågs det inte finnas något behov av att ta in vad som sägs i artikeln i LOU eller LUF. Utredningens förslag är trots det att bestämmelsen bör ingå i föreliggande lagförslag. Eftersom det troligen i större utsträckning kommer att genomföras upphandlingar med utländska leverantörer än vad som är fallet med LOU och LUF, underlättar det för en utländsk leverantör enligt utredningens mening om bestämmelsen framgår av tillämplig lag. Bestämmelsen pekar ut vem som är ansvarig gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten och kan undanröja risken för en del konflikter. Bestämmelsen understryker även vad som gäller enligt direktivet.

Regeringen delar inte utredningens bedömning. I likhet med vad som gäller upphandlingar på den civila sidan kommer enbart svenska upphandlande myndigheters och enheters upphandlingar att prövas mot de svenska reglerna. Som utredningen påpekat kommer direktivbestämmelsen, vilken överensstämmer med svensk rätt, att gälla för utländska leverantörer och underleverantörer. Regeringen anser därför att det inte finns skäl att i den föreslagna lagen avvika från motsvarande bestämmelse i LOU och LUF. Någon särskild bestämmelse som anger att ansvaret gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten åvilar huvudleverantören krävs inte enligt regeringens mening och föreslås därför inte.

11.7 Tillämpningsbestämmelser för leverantörer som är upphandlande myndigheter eller enheter

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse som anger att lagen i dess helhet är tillämplig för sådana leverantörer som är upphandlande myndigheter eller enheter behövs inte och bör inte föranleda något författningsförslag.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna berör frågan.

Skälen för regeringens bedömning: Reglerna för underentreprenad i artiklarna 50–53 i direktivet avser de fall när den utvalda anbudsgivaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet. När den utvalda anbudsgivaren däremot är en upphandlande myndighet eller enhet följer av artikel 54 i direktivet att bestämmelserna om huvudkontrakt i

artiklarna 1–49 ska tillämpas i stället. Något behov av att införa en bestämmelse som anger detta finns inte enligt regeringens mening, eftersom det får anses följa redan av att anbudsgivaren är en upphandlande myndighet eller enhet och i den egenskapen ska tillämpa bestämmelserna i lagen. Ett liknande resonemang fördes i förarbetena till LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 411) angående artikel 62 rörande byggkoncession i det klassiska direktivet som till sitt innehåll liknar artikel 54.

11.8 Sammanfattning

Den upphandlande myndighetens eller enhetens valmöjligheter

De relativt omfattande bestämmelserna i direktivet om underentreprenad ger den upphandlande myndigheten eller enheten olika möjligheter att ställa krav på huvudleverantören när det gäller konkurrensutsättning av underleverantörskontrakt. Reglerna kan kombineras på ett sätt som ger varierande inflytande för den upphandlande myndigheten eller enheten över leverantörens val av underentreprenörer. Följande fyra huvudsakliga kravnivåer kan enligt ansvarigt generaldirektorat inom kommissionen urskiljas för de upphandlande myndigheterna och enheterna i de fall reglerna genomförs på så sätt att myndigheterna och enheterna ges möjlighet att utnyttja reglerna fullt ut⁴⁴.

1) Den upphandlande myndigheten eller enheten ställer inga krav på konkurrensutsättning utan begränsar sig till att eventuellt kontrollera anbudsgivarens urvalskriterier. I detta alternativ överläts således till anbudsgivaren att bestämma hur stor del som ska läggas ut på tredje man och i så fall till vilka underleverantörer.

2) Den upphandlande myndigheten eller enheten överläter till anbudsgivaren att bestämma hur stor andel av huvudkontraktet och vilka delar av huvudkontraktet som ska läggas ut på tredje man, men kräver när anbudsgivaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet av denne när vissa delar eller alla delar läggs ut att dessa ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna om annonsering, samt i enlighet med principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering samt med bestämmelser om urvalskriterier.

3) Den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer hur stor del av huvudkontraktet som ska läggas ut på tredje man. Anbudsgivaren bestämmer vilka delar som ska läggas ut enligt myndighetens eller enhetens krav. Den upphandlande myndigheten eller enheten anger ett intervall med en minimiprocentsats av huvudkontraktets värde som ska gälla för underkontraheringen och begär in uppgift från anbudsgivarna om vilka delar de avser att lägga ut för att uppfylla kravet. Tilldelningen av underentreprenaderna ska ske enligt reglerna om annonsering m.m. som anges i punkt 2.

4) Den upphandlande myndigheten eller enheten ställer upp ett intervall med en minimiprocentsats av huvudkontraktets värde för underkontrahering som i punkt 3 och kräver dessutom att anbudsgivaren ska

⁴⁴ Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance note – Subcontracting, p. 3.

konkurrensetsätta övriga delar av huvudkontraktet som denne avser att lägga ut på tredje man utöver dem som ligger inom intervallet. Den upphandlande myndigheten eller enheten anger således hur stor andel som måste läggas ut på tredje man och kräver att anbudsgivaren i sitt anbud anger dels vilka anbud som motsvarar minimikravet, dels vilka delar av hans anbud som han avser att lägga ut på tredje man utöver minimikravet. På grundval av uppgifterna i anbudet avgör den upphandlande myndigheten eller enheten om samtliga eller vissa delar i anbudet utöver minimiandelen ska tilldelas enligt reglerna om annonsering m.m. som anges i punkt 2.

12 Rättsmedel och tillsyn

12.1 Bestämmelser om rättsmedel tas in i lagen

Regeringens förslag: Bestämmelser om rättsmedel ska tas in i lagen.

Rättsmedlen ska gälla såväl för upphandlingar inom det direktivstyrda området som för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* tillstyrker betänkandets förslag om rättsmedel.

Skälen för regeringens förslag: Precis som för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna finns för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet bestämmelser om rättsmedel, som syftar till att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsreglerna. För den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna finns rättsmedelsbestämmelserna i två separata direktiv: 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 anläggningsarbeten⁴⁵ (första rättsmedelsdirektivet) 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 telekommunikationssektorerna⁴⁶ (andra rättsmedelsdirektivet). Första och andra 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 upphandling⁴⁷ (ändringsdirektivet). Rättsmedelsdirektivens bestämmelser har genomförts i LOU och LUF. För försvars- och säkerhetsupphandlingar finns bestämmelser om rättsmedel i direk-

⁴⁵ EGT L 395, 30.12.1989, s. 33, Svensk specialutgåva: Område 6 Volym 3. s. 48 (Celex 31989L0665).

⁴⁶ EGT L 76, 23.3.1992, s. 14, Svensk specialutgåva: område 6 Volym 3 s. 127 (Celex 31992L0013).

⁴⁷ EUT L 335, 20.12.2007, s. 31 (Celex 32007L0066).

tivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Av direktivets skäl 72 framgår att iakttagandet av skyldigheterna avseende öppenhet och konkurrens bör säkerställas genom ett effektivt system för prövning som bygger på första och andra rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Vidare anges följande.

”I synnerhet bör det vara möjligt att angripa upphandlingsförfarandet innan kontraktet undertecknats och därtill bör nödvändiga garantier ges för denna prövnings effektivitet, såsom den period under vilken kontrakt inte får ingås. Det bör också beskrivas en möjlighet att angripa olagligt och direkt tilldelade kontrakt och kontrakt som ingåtts i strid med detta direktiv.”

För att säkerställa att lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet efterlevs gör regeringen bedömningen, liksom *SOFF*, att rättsmedel bör tas in i lagen. I det följande behandlas hur regeringen anser att direktivets bestämmelser, som finns i artiklarna 55–64, ska genomföras i svensk rätt och vilka övriga bestämmelser om rättsmedel som, enligt regeringens mening, bör tas in i lagen.

Av artikel 55.1 i direktivet framgår att de prövningsförfaranden som föreskrivs i artiklarna 55–64 ska tillämpas för de kontrakt som avses i artikel 2, utom i de undantagsfall som anges i artiklarna 12 och 13. I artikel 2 anges vilket tillämpningsområde direktivet har – kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet – och i artiklarna 12 och 13 anges i vilka fall direktivet inte ska tillämpas. Det faller sig, enligt regeringens mening, naturligt att prövningsförfarandena i direktivet endast omfattar direktivets tillämpningsområde. Vidare föreslår regeringen ovan att lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet även ska omfatta vissa upphandlingar inom detta område som inte omfattas av direktivet (se avsnitt 5.1). Sådana upphandlingar föreslås regleras i 15 kap. i lagen. Även vad gäller sådana upphandlingar finns enligt regeringens mening behov av effektiva rättsmedel och regeringen anser därför att upphandlingar enligt 15 kap. i lagen också ska omfattas av bestämmelserna om rättsmedel. Detta överensstämmer systematiskt med vad som gäller enligt LOU och LUF. Regeringen anser därför att artikel 55.1 i direktivet inte ska föranleda någon bestämmelse i lagen.

I sammanhanget kan det poängteras att underleverantörer inte omfattas av bestämmelserna om rättsmedel. Som ovan nämns ska direktivet tillämpas på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet. Kontrakt definieras i artikel 1.2 i direktivet, genom hänvisning till det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. I artikel 1.2 a i det klassiska direktivet definieras offentliga kontrakt som skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i det klassiska direktivet. I artikel 1.2 a i försörjningsdirektivet definieras varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt som skriftliga avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera av de upphandlande enheter som avses i artikel 2.2. och en eller flera entreprenörer, varuleverantörer, eller tjänsteleverantörer. Det är således endast de åtgärder som vidtas av en upphandlande

myndighet eller enhet och det kontrakt som sluts mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören som omfattas av artikel 2 i direktivet. Därmed är det endast ett sådant kontrakt som kan bli föremål för prövning enligt bestämmelserna om rättsmedel och alltså inte upphandling eller avtal som sluts mellan leverantören och en underleverantör.

Enligt artikel 55.2 i direktivet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets eller enhets beslut kan prövas effektivt, och särskilt enligt villkoren i artikel 56–62, när det görs gällande att beslutet har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning. Genomförandet av artiklarna 56–62 behandlas i det följande. Regeringen anser att artikel 55.2 i direktivet är av sådan karaktär att den inte bör medföra någon särskild bestämmelse i lagen.

I artikel 55.3 i direktivet anges att medlemsstaterna ska se till att det inte sker någon diskriminering mellan företag som åberopar skada i samband med ett tilldelningsförfarande till följd av den skillnad som görs enligt denna avdelning mellan nationella bestämmelser om genomförande av gemenskapslagstiftningen och andra nationella bestämmelser. Som ovan behandlas föreslås att samma rättsmedel ska gälla för icke-direktivstyrd upphandling som för direktivstyrd upphandling. Det innebär att reglerna inte leder till någon diskriminering av företag som åberopar skada. Artikel 55.3 är, enligt regeringens mening, av den karaktären att den inte bör tas in i en särskild bestämmelse i den föreslagna lagen.

12.2 Avtalsspärr och tiodagarsfrist

Regeringens förslag: Bestämmelser om avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut, undantag från avtalsspärr, förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätt och tiodagarsfrist ska tas in i lagen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte särskilt i frågan. *Konkurrensverket* tillstyrker reglerna om avtalsspärr och att dessa även ska gälla för icke-direktivstyrda upphandlingar.

Skälen för regeringens förslag

Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut

Artikel 57 i direktivet innehåller bestämmelser om en period under vilken avtal inte får ingås efter det att beslutet om tilldelning av ett kontrakt översändes till berörda anbudssökande och anbudsgivare. Syftet med bestämmelsen är att garantera att anbudssökande och anbudsgivare har möjlighet att få ett beslut om tilldelning av ett kontrakt överprövat innan avtal ingås. Enligt artikeln ska, om beslutet skickas med telefax eller elektroniska medel, den period under vilken avtal inte får ingås vara minst tio kalenderdagar från och med dagen efter det att beslutet

översändes. Om andra kommunikationsmedel används ska tidsfristen vara minst 15 kalenderdagar från och med dagen efter det att beslutet översändes. Direktivet innehåller också en möjlighet att förkorta tidsfristen till tio dagar efter mottagande av en underrättelse som har skickats på annat sätt än med elektroniska medel.

Artikel 57 i direktivet motsvarar artikel 2a i ändringsdirektivet, vilken genomförts genom bestämmelserna om avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut i nuvarande 16 kap. 6 § LOU och LUF. I LOU och LUF har direktivets minimifrister om tio respektive 15 dagar genomförts. Telefax omfattas av definitionen elektroniskt medel i 2 kap. 6 § LOU och LUF (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 309). Om en kombination av elektroniska medel och andra kommunikationsmedel används för att skicka underrättelsen om tilldelningsbeslutet, måste den upphandlande myndigheten eller enheten iakttäta den längre avtalsspärren om 15 dagar. En upphandlande myndighet kan välja att tillämpa en längre avtalsspärr än föreskriven minimifrist.

Skyldigheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut regleras i 9 kap. 9 § LOU och LUF. Där framgår att det är skyldigheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet som utlöser avtalsspärren. Om det inte finns någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet kommer alltså någon avtalsspärr inte att gälla. Det framgår vidare att underrättelsen ska innehålla information om avtalsspärrens längd. Regeringen gjorde i förarbetena bedömningen att begreppet berörda anbudssökande och anbudsgivare i ändringsdirektivet omfattas av regleringen av underrättelseskyldigheten avseende tilldelningsbeslut i 9 kap. 9 § LOU och LUF (a.prop. s. 111 och 112). Regeringen gjorde vidare bedömningen att LOU och LUF inte behövde kompletteras med anledning av ändringsdirektivets krav på att skäl för beslutet ska anges eftersom den information som åsyftas redan lämnas enligt gällande rätt (a.prop. s. 113–115).

Regeringen anser, i likhet med *Konkurrensverket*, att direktivets bestämmelser om den period under vilken avtal inte får ingås efter underrättelse om tilldelningsbeslut bör genomföras i svensk rätt på samma sätt som ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr har genomförts i LOU och LUF. Lagens bestämmelser om avtalsspärr är minimifrister, vilket innebär att upphandlande myndigheter och enheter som så önskar får iakttäta en längre avtalsspärr. En upphandlande myndighet eller enhet som har angett en längre avtalsspärr är skyldig att följa den.

Möjligheten att förkorta tidsfristen till tio dagar efter mottagande av en underrättelse som skickats på annat sätt än med elektroniska medel har inte genomförts i LOU och LUF (se a.prop. s. 109). Regeringen ser inte skäl att göra en annan bedömning avseende nu aktuell lagstiftning. En sådan bestämmelse bör alltså inte tas in i lagen.

Undantag från avtalsspärr

I artikel 58 i direktivet anges situationer när medlemsstaterna får föreskriva att någon avtalsspärr inte ska gälla. Undantag från avtalsspärr får göras om direktivet inte kräver att ett förhandsmeddelande om upphandling ska offentliggöras i EUT (a), om den enda berörda anbudsgivaren är

den som tilldelas kontraktet och ingen anbudssökande berörs (b) och när det är fråga om ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal (c). Artikel 2b i ändringsdirektivet, som har genomförts i nuvarande 16 kap. 7 § LOU och LUF. Undantag från avtalsspärren innebär att förutsättningarna för överprövning av en upphandling minskar eftersom den upphandlande myndigheten eller enheten då omedelbart får ingå avtal och om avtal har slutits ska upphandlingen inte överprövas (se nuvarande 16 kap. 13 § LOU och LUF samt avsnitt 12.4).

Annonsering av upphandlingen i EUT krävs inte när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas. Då är antalet potentiella leverantörer och behovet av en möjlighet till överprövning mycket begränsade (jfr prop. 2009/10:180 del. 1 s. 116 och 117).

När det endast finns en anbudsgivare och inga berörda anbudssökande gjorde regeringen, vad gäller LOU och LUF, bedömningen att det naturligtvis är rimligt att inte ställa krav på en avtalsspärr, men att denna situation innebär att det inte föreligger någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet och att någon avtalsspärr därför inte kommer att gälla. Regeringen ansåg därför att det inte fanns något behov av att i LOU och LUF reglera detta genom att göra undantag från avtalsspärren (a.prop. s. 117 och 118).

Med hänsyn till vikten av ett effektivt förfarande vid förnyad konkurrensutsättning görs i LOU undantag från avtalsspärren. LUF saknar bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och innehåller därför inte heller något sådant undantag. Vid avrop från ramavtal där samtliga villkor är fastställda har regeringen tidigare uttalat att en rimlig tolkning kan vara att det inte föreligger någon skyldighet att skicka någon underrättelse om tilldelningsbeslut eftersom den leverantör eller de leverantörer som är part i ramavtalet inte längre har ställning som anbudssökande eller anbudsgivare (prop. 2006/07:128 del 1 s. 165). Därmed gäller inte heller någon avtalsspärr i denna situation och regeringen gjorde därför vid genomförandet av ändringsdirektivet bedömningen att det inte finns något behov av att särskilt reglera detta (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 119).

Förutom de direktivstyrda undantagen från avtalsspärren finns i LOU och LUF undantag vid direktupphandling enligt 15 kap. i respektive lag och vid tilldelning av kontrakt avseende väsentliga säkerhetsintressen enligt artikel 346 i EUF-fördraget när undantag har beslutats med stöd av nuvarande 15 kap. 22 § i respektive lag. Ingen av dessa situationer omfattades av den tiodagarsregel som tidigare fanns i LOU och LUF. Vidare får direktupphandling ske bl.a. i situationer när förhandlat förfarande utan föregående annonsering skulle få användas över tröskelvärdena.

Ovan föreslås avseende den nya lagen att regeringen ska kunna besluta om undantag vid upphandling av vapen, ammunition och krigsmateriel om det rör rikets väsentliga säkerhetsintressen (se avsnitt 6.3.4). Detta överensstämmer delvis med den nuvarande regleringen i LOU. I dessa fall bör, enligt regeringens mening, inte en avtalsspärr gälla.

I artikel 56.3 finns bestämmelser om att medlemsstaterna – när ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten, prövar ett beslut om tilldelning av kontrakt – ska se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå kontraktet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Ändringsdirektivets artikel 2.3 innehåller motsvarande bestämmelser, som har genomförts genom bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i nuvarande 16 kap. 9 § LOU och LUF. Enligt LOU och LUF gäller den förlängda avtalsspärren under förvaltningsrättens handläggning. Regeringen gjorde bedömningen att den förlängda avtalsspärren inte skulle gälla i överinstanserna, dvs. kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen (a.prop. s. 122–124).

Regeringen finner inte anledning att avseende nu aktuell lagstiftning göra någon annan bedömning avseende genomförandet av artikel 56.3 i direktivet än vad som gjordes avseende genomförande av motsvarande artikel i ändringsdirektivet. Regeringen anser därför att den förlängda avtalsspärren ska gälla under förvaltningsrättens handläggning. Vidare bör det, liksom enligt LOU och LUF, finnas en möjlighet för rätten att upphäva den förlängda avtalsspärren. Ett upphävande innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal och om avtal har slutits ska rätten inte pröva upphandlingen (se avsnitt 12.4). Denna möjlighet bör därför användas endast i undantagsfall och med stor försiktighet.

Enligt artikel 56.4 i direktivet ska prövningsförfarandena, utom i de fall som avses i artikel 56.3, inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp. Detta överensstämmer med följden av den föreslagna regleringen med förlängd avtalsspärr.

Tiodagarsfrist

För att ge möjlighet till överklagande av ett avgörande från förvaltningsrätten eller av ett beslut om att upphäva ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås (om interimistiska beslut se vidare avsnitt 12.3) finns i LOU och LUF bestämmelser om en tiodagarsfrist. Tiodagarsfristen innebär att en upphandlande myndighet eller enhet inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från nämnda beslut. Enligt LOU och LUF gäller också en tiodagarsfrist efter det att Högsta förvaltningsdomstolen till lägre instans har återförvisat ett mål där ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås gäller. Detta för att säkerställa att underinstansen ska kunna pröva målet (a.prop. s. 126). Regeringen anser att det även vad gäller lagen om försvars- och säkerhetsupphandling finns behov av bestämmelser om tiodagarsfrister för att möjliggöra överklaganden och att sådana därför ska tas in i lagen.

För att undvika att tiodagarsfristen leder till orimliga konsekvenser bör det, som enligt LOU och LUF, enligt regeringens mening tas in en möjlighet för rätten att upphäva tiodagarsfristen. Denna bör emellertid, precis som möjligheten att upphäva den förlängda avtalsspärren och av samma skäl, användas endast i undantagsfall och med stor försiktighet.

12.3 Överprövning av en upphandling

Regeringens förslag: På talan av en leverantör ska allmän förvaltningsdomstol kunna besluta att en upphandling ska göras om eller att den inte får avslutas förrän rättelse har gjorts. Rätten ska också kunna fatta beslut om att avtal inte får ingås till dess något annat har bestämts.

Tidsfrister för att ansöka om överprövning av en upphandling och av ett beslut att avbryta en upphandling ska tas in i lagen.

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

Ett beslut som lagen är tillämplig på ska inte få överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Regeringens bedömning: Någon möjlighet för rätten att vid vite förbjuda en upphandlande myndighet eller enhet att fortsätta en upphandling utan att avhjälpa bristerna bör inte tas in i lagen.

Krav bör inte ställas på att en leverantör ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att ansöka om överprövning.

Krav bör inte ställas på att en ansökan om överprövning först ska lämnas till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens förslag och bedömning.

Remissinstanserna: Remissinstanserna framför inga invändningar mot förslaget och bedömningen. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* tillstyrker förslaget att en ansökan om överprövning av beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tio eller 15 dagar.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Bestämmelser om överprövning av en upphandling

Enligt artikel 55.4 i direktivet ska medlemsstaterna se till att prövningsförfaranden är tillgängliga på detaljerade villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Bestämmelsen motsvarar artikel 1.3 i ändringsdirektivet, som har genomförts genom nuvarande 16 kap. 1 § LOU och LUF. Enligt paragrafen får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning bl.a. av en upphandling. På inrådan av Lagrådet (prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15) föreslår regeringen emellertid att dessa bestämmelser i LOU och LUF omformuleras något (se avsnitt 13.1.4). Innebörden ska emellertid även fortsättningsvis vara densamma. Regeringen anser att artikel 55.4 i direktivet bör genomföras i lagen på samma sätt som regleringen i LOU och LUF med den

utformning som följer av Lagrådets förslag. En upphandling ska alltså överprövas av allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Artikel 56.1 i direktivet reglerar vilka befogenheter prövningsorganet ska ha. Enligt artikel 56.1 första stycket a ska det finnas bestämmelser om befogenheter att vid första möjliga tillfälle och genom interimistiska förfaranden vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare och åsidosätta eller säkerställa åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt. I artikel 56.1 första stycket b anges att prövningsförfarandena ska innehålla bestämmelser om befogenheter att vid första möjliga tillfälle, om möjligt genom interimistiskt förfarande och om nödvändigt genom ett slutgiltigt förfarande i sak, vidta andra åtgärder än de som föreskrivs i led a. Syftet ska vara att korrigera en konstaterad överträdelse och förhindra att de berörda intressena skadas samt att särskilt fatta beslut om utbetalning av en bestämd penningssumma, om överträdelsen inte har korrigerats eller förhindrats. Artikel 2.1 i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet och artikel 2.1 i andra rättsmedelsdirektivet, vilken inte ändrats genom ändringsdirektivet. Dessa bestämmelser har genomförts i LOU och LUF genom nuvarande 16 kap. 4 och 5 §§ i respektive lag.

Enligt nuvarande 16 kap. 5 § LOU och LUF ska rätten besluta att, om en upphandlande myndighet eller enhet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i respektive lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, en upphandling ska göras om eller inte får avslutas förrän rättelse har gjorts. Rättens möjlighet att fatta interimistiska beslut regleras i nuvarande 16 kap. 4 § LOU och LUF, enligt vilka rätten, såvitt nu är aktuellt, får besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Regeringen anser att det sätt på vilket ändringsdirektivets bestämmelser genomförts i LOU och LUF är lämpligt för att genomföra också artikel 56.1 första stycket a i direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling. Bestämmelser om att rätten ska kunna besluta att en upphandling ska göras om eller att den inte får avslutas innan rättelse har gjorts samt att avtal inte ska få ingås till dess något annat har bestämts ska därför tas in i lagen.

Enligt artikel 56.5 i direktivet får medlemsstaterna föreskriva att det behöriga prövningsorganet får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna. Ett beslut att inte bevilja provisoriska åtgärder ska inte påverka andra yrkanden från den person som begärt åtgärderna. En motsvarighet till bestämmelserna finns i artikel 2.5 i ändringsdirektivet, som har genomförts i LOU och LUF genom möjligheten för rätten att avstå från att fatta ett interimistiskt beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören. Regeringen ser inte skäl att göra en annan bedömning avseende genomförandet av artikel 56.5 i direktivet än det sätt som ändringsdirektivets artikel 2.5 har genomförts i LOU och LUF.

Som enligt LOU och LUF anser regeringen att det är lämpligt att mål om överprövning av en upphandling omfattas av krav på prövnings-tillstånd vid överklagande till kammarrätten.

Enligt artikel 56.2 i direktivet får de befogenheter som avses i punkt 1 och i artiklarna 60 och 61 tilldelas separata organ som ansvarar för olika aspekter av prövningsförfarandet. Beviljande av skadestånd, som regleras i artikel 56.1 andra stycket i direktivet, behandlas i avsnitt 12.6. Genomförandet av artikel 60 och 61 i direktivet behandlas i avsnitt 12.4 respektive 12.7.

Enligt artikel 56.8 i direktivet ska medlemsstaterna se till att de beslut som fattas av de behöriga prövningsorganen kan verkställas effektivt. Regeringen anser att detta följer av den rättsmedelsreglering som föreslås och att direktivbestämmelsen inte är av den karaktären att den bör föranleda någon särskild bestämmelse i lagen.

Artikel 56.9 i direktivet behandlar situationen att det behöriga prövningsorganet inte är en domstol. Eftersom domstolar är prövningsorgan enligt den föreslagna lagen ska artikel 56.9 i direktivet inte genomföras i lagen.

Förbud vid vite

I den engelska översättningen av direktivet står, till skillnad från i den svenska översättningen, ordet "or" mellan punkten a och b i artikel 56.1 första stycket och i den franska översättningen inleds punkten a respektive punkten b med ordet "soit", dvs. eller. Det innebär att – när artikel 56.1 första stycket a genomförs i svensk rätt – det finns en valfrihet när det gäller huruvida också artikel 56.1 första stycket b ska genomföras i svensk rätt. Artikel 56.1 första stycket b i direktivet har en motsvarighet i artikel 2.1 c i andra rättsmedelsdirektivet, vilken genomförts i svensk rätt genom 16 kap. 2 § första stycket sista meningen LUF i dess lydelse före den 15 juli 2010. I LUF angavs att rätten vid vite fick förbjuda en upphandlande myndighet att fortsätta en upphandling utan att avhjälpa brister. Denna bestämmelse har emellertid upphävts (SFS 2010:572). Som i det nu aktuella direktivet finns i andra rättsmedelsdirektivet en möjlighet för medlemsstaterna att välja om bestämmelsen skulle genomföras. I förarbetena (prop. 2009/10:180 del 1 s. 154) till den lagändring genom vilken bestämmelsen upphävts uttalade regeringen att Sverige genom införandet av vitesbestämmelsen har gått längre än vad andra rättsmedelsdirektivet kräver och att vitesbestämmelsen sällan har använts. Med hänsyn härtill, och då regeringen inte heller anser att det finns behov av en vitesbestämmelse i den nu aktuella lagen, bör artikel 56.1 första stycket b i direktivet inte genomföras i lagen.

Underrättelse om ansökan om överprövning

Enligt artikel 55.5 i direktivet får medlemsstaterna föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om den påstådda överträdelsen och sin avsikt att ansöka om överprövning. Vid genomförandet av ändringsdirektivet i LOU och LUF gjorde regeringen bedömningen att något sådant krav inte

bör ställas. Regeringen ansåg att domstolarna effektivt hanterar administrationen att meddela den upphandlande myndigheten eller enheten att en ansökan om överprövning har kommit in och att ordningen inte behövde kompletteras (a.prop. s. 161 och 162). Regeringen har anledning att tro att detsamma kommer att gälla enligt den nu aktuella lagen. Något krav på att leverantören ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att ansöka om överprövning bör därför inte tas in i lagen.

Ska en ansökan om överprövning först lämnas till den upphandlande myndigheten eller enheten?

Artikel 55.6 i direktivet innehåller en möjlighet för medlemsstaterna att kräva att leverantören först ska lämna in en ansökan om överprövning till den upphandlande myndigheten eller enheten. När ändringsdirektivet genomfördes ansåg regeringen att ett sådant krav inte borde införas i LOU och LUF. Mot bakgrund av kraven på snabb handläggning gjorde regeringen, i likhet med det stora flertalet av remissinstanserna som yttrade sig i frågan, bedömningen att övervägande skäl talade för att behålla ordningen att en ansökan om överprövning ges in till domstolen (a.prop. s. 162–163). Regeringen ser inte skäl att göra någon annan bedömning avseende den nu aktuella lagen och anser därför att krav inte bör ställas på att en ansökan om överprövning ska lämnas till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Tidsfrister för att ansöka om överprövning av en upphandling

Artikel 59 i direktivet innehåller en möjlighet för medlemsstaterna att införa tidsfrister för att ansöka om överprövning. Tidsfristerna ska uppgå till minst tio eller 15 dagar beroende på med vilket kommunikationssätt beslutet har översänts till anbudssökandena och anbudsgivarna. Artikeln motsvarar tidsfristerna i artikel 2c i ändringsdirektivet. Ändringsdirektivets bestämmelser har genomförts i nuvarande 16 kap. 11 § LOU och LUF och har lagtekniskt kopplats till den avtalsspärr som gäller efter underrättelse om tilldelningsbeslut eller vid förhandsinsyn. Förhandsinsyn är en frivillig form av föregående annonsering och behandlas i avsnitt 12.4.

Regeringen anser att det i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet bör tas in tidsfrister för att ansöka om överprövning av en upphandling. De tidsfrister som finns i LOU och LUF motsvarar direktivets minimifrister. Dessa är enligt regeringens mening väl avvägda och bör därför tas in även i den nu aktuella lagen.

I LOU och LUF har också införts tidsfrister av motsvarande längd för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling (nuvarande 16 kap. 12 §). Regeringen ansåg nämligen att det var otillfredsställande att tiden för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling var obegränsad (a.prop. s 166).

I likhet med *SKL* anser regeringen att det i lagen också bör tas in tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling. De tidsfrister som finns i LOU och LUF är enligt rege-

Laglighetsprövning enligt kommunallagen

Enligt LOU och LUF får ett beslut som respektive lag är tillämplig på inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900). Det är enligt regeringens mening lämpligt att detsamma gäller enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

12.4 Överprövning av ett avtals giltighet

Regeringens förslag: På talan av en leverantör ska allmän förvaltningsdomstol i vissa situationer kunna ogiltigförklara ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en annan leverantör.

Rätten ska interimistiskt kunna förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Situationer när ogiltigförklaring inte får ske ska regleras i lagen.

Tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet ska tas in i lagen.

En ansökan om överprövning av en upphandling ska inte kunna prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits. Rätten ska i vissa fall i stället kunna pröva avtalets giltighet.

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens. Utredningen föreslår emellertid en delvis annan formulering av den författningstext som gäller tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna yttrar sig inte särskilt i frågorna. *Trafikverket* påpekar svårigheterna med att införa ogiltigförklaring av avtal. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, avstyrker ogiltighet av avtal för upphandlingar som inte omfattas av direktivet. SKL tillstyrker tidsfristen om 30 dagar inom vilken en ansökan om överprövning ska ha kommit in till förvaltningsrätten efter en efterannonsering av en direktupphandling eller en skriftlig under rättelse om att avtal har slutits. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* tillstyrker införande av regeln om undantag från ogiltighet vid allmänintresse.

Skälen för regeringens förslag

Bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal tas in i lagen

Artikel 60.1 i direktivet innehåller situationer när medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan. Bestämmelserna om ogiltighet syftar främst till att komma till rätta med problemet med

otillåtna direktupphandlingar, dvs. upphandling utan vederbörlig annonsering. Artikel 60.1 a föreskriver därför ogiltighet av avtal om den upphandlande myndigheten eller enheten har tilldelat ett kontrakt utan att annonsera upphandlingen i EUT. Bestämmelserna om ogiltighet säkerställer också att de tidsperioder under vilka en upphandlande myndighet eller enhet inte får ingå avtal efterlevs. Enligt artikel 60.1 b ska ogiltigförklaring av ett avtal nämligen kunna ske när det föreligger en överträdelse av de bestämmelser i direktivet som regeringen ovan föreslår ska genomföras i lagen som bestämmelser om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr (se avsnitt 12.2). Ogiltighet i en sådan situation förutsätter enligt artikeln att anbudsgivaren på grund av överträdelsen inte haft möjlighet att rikta anspråk före avtalets ingående och att även någon annan bestämmelse har överträtts samt att den överträdelsen har inverkat på anbudsgivarens möjlighet att erhålla kontraktet. Artikel 60.1 c kräver att ogiltigförklaring av ett avtal ska kunna ske vid överträdelser vid förnyad konkurrensutsättning om medlemsstaten inför undantag från avtalsspärren, vilket regeringen föreslår ovan (se avsnitt 12.2).

Direktivets bestämmelser om när ett avtal ska kunna ogiltigförklaras har motsvarigheter i ändringsdirektivet. Ändringsdirektivets bestämmelser har genomförts i nuvarande 16 kap. 15 § LOU och LUF. Enligt dessa paragrafer kan ett avtal förklaras ogiltigt vid överträdelse av annonseringsbestämmelser i respektive lag. Enligt LOU kan ett avtal också förklaras ogiltigt vid överträdelser vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Ett avtal kan, enligt LOU och LUF, också förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med en avtalsspärr, under förutsättning att också någon annan bestämmelse i respektive lag har överträtts och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Regeringen ansåg att förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal vid överträdelse av en avtalsspärr borde överensstämma med förutsättningarna för att överpröva en upphandling. Detta för att en upphandlande myndighet eller enhet inte ska kunna komma i en bättre position genom att ingå avtal och bryta mot avtalsspärren (prop. 2009/10:180 del 1 s. 133).

Utöver bestämmelser om avtalsspärr innehåller LOU och LUF bestämmelser om interimistiskt beslut och tiodagarsfrist som också innebär ett förbud mot att ingå avtal. När dessa infördes ansåg regeringen att ett avtal som ingås i strid mot en sådan bestämmelse, under samma förutsättningar som gäller vid överträdelse av en avtalsspärr, bör kunna förklaras ogiltigt. På inrådan av Lagrådet har i LOU och LUF förtydligats att ett avtal också kan förklaras ogiltigt om avtalet har slutits före det att en underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats, vilket innebär att en avtalsspärr aldrig har börjat löpa (se a.prop. s. 134).

Direktivets bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal är obligatoriska för medlemsstaterna att genomföra och sådana ska därför, även med beaktande av vad *Trafikverket* anför, tas in i lagen. Regeringen anser att det sätt på vilket ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltigförklaring av ett avtal har införts i LOU genom bestämmelserna om överprövning av ett avtals giltighet också är lämpligt för att genomföra bestämmelserna i direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling i svensk rätt. Emellertid bör, enligt regeringens mening, paragrafen formuleras som *Lagrådet* har förordat genom att ordet ”eller” skjuts in i andra stycket första

meningen före ordet ”tiodagarsfristen” i stället för ett kommatecken. Detta överensstämmer med den nu gällande lydelsen av motsvarande paragraf i LUF och regeringens förslag beträffande motsvarande paragraf i LOU, se avsnitt 13.1.4.

Enligt artikel 60.2 i direktivet ska följderna av att ett avtal förklaras ogiltigt bestämmas i nationell lagstiftning. Följden av ogiltigförklaring av ett avtal enligt LOU och LUF behandlas i prop. 2009/10:180 del 1 s. 136 och 137 och resonemanget gör sig gällande även när det gäller den nu föreslagna lagen.

Regeringen föreslår att lagens 15 kap., liksom LOU och LUF, ska innehålla bestämmelser om annonsering av upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Som tidigare behandlats (avsnitt 12.1) anser regeringen att det finns ett behov av effektiva rättsmedel även för icke direktivstyrda upphandlingar. Regeringen anser därför, i till skillnad från *SKL*, att ett avtal ska kunna förklaras ogiltigt även vid överträdelse av dessa annonseringsbestämmelser och att även övriga förutsättningar för ogiltigförklaring av ett avtal bör tas in i lagen vad gäller sådana upphandlingar.

Mot bakgrund av att bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal föreslås tas in i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet bör enligt regeringens mening, precis som enligt LOU och LUF, tas in en möjlighet för rätten att besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Ett sådant beslut hindrar avtalet från att fullgöras under den tid målet är föremål för rättsens handläggning och säkerställer att en eventuell ogiltigförklaring får verkan. Den skadeavvägning som finns enligt LOU och LUF är enligt regeringens mening lämplig att ta in även i den nu aktuella lagen. Rätten ska alltså få avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören (jfr avsnitt 12.3 och artikel 56.5 i direktivet).

Regeringen anser att det är lämpligt att mål om överprövning av ett avtals giltighet enligt lagen omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten. Detta överensstämmer med vad som gäller enligt LOU och LUF.

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

I artikel 60.3 i direktivet finns undantag från bestämmelserna om att ett avtal ska ogiltigförklaras. Enligt artikeln får medlemsstaterna föreskriva att prövningsorganet inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt, om tvingande hänsyn till ett allmänintresse, i synnerhet rörande försvars- eller säkerhetsintressen, kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. Ekonomiska intressen av att kontraktets giltighet upprätthålls får endast betraktas som tvingande hänsyn till ett allmänintresse om ogiltighet skulle leda till oproportionerliga följder. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska emellertid inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ett kontrakt får emellertid inte ogiltigförklaras om detta i hög grad skulle äventyra existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för en medlemsstats säkerhetsintressen. I direktivets

skäl 73 belyses detta som ett exempel på en situation när tvingande hänsyn till ett allmänintresse gör att ett avtal inte ska anses ogiltigt: Prop. 2010/11:150

”Mot bakgrund av arten av och särdragen hos de bygg-entreprenader, varor och tjänster som omfattas av detta direktiv, bör sådana tvingande skäl i första hand hänföra sig till allmänintresset rörande medlemsstaternas försvar och säkerhet. Detta kan exempelvis vara fallet då ett kontrakt som är utan verkan på ett allvarligt sätt skulle äventyra inte bara genomförandet av det särskilda projekt som kontraktet åsyftar, utan också själva existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram där projektet ingår som en del.”

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse är ett EU-rättsligt begrepp som finns på olika områden inom EU-rätten. Direktivets bestämmelser motsvaras i stora delar av artikel 2d.3 i ändringsdirektivet, som har genomförts i nuvarande 16 kap. 16 § LOU och LUF. Av naturliga skäl skiljer sig direktiven åt i den del som avser just försvars- och säkerhetsintressen.

Bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal utan möjlighet till undantag beroende på omständigheterna i ett enskilt fall bedöms kunna få oproportionerliga följder. Regeringen anser därför, i likhet med *SOFF*, att direktivets möjlighet till undantag från ogiltighet på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse bör genomföras i lagen. Som regeringen uttalade avseende motsvarande möjlighet enligt LOU och LUF ska bestämmelserna tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå (a.prop. s. 139). Skälen ska i första hand hänföra sig till allmänintresset rörande medlemsstaternas försvar och säkerhet.

Utredningen anser att exemplet på tvingande hänsyn till allmänintresset avseende existensen av ett bredare försvars- och säkerhetsprogram bör ingå i författningstexten. Detta för att poängtera särdragen hos upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet. En stats yttre säkerhet i form av den nationella försvarsförmågan tillhör statens absoluta kärnverksamhet och landets försvar är en nationell angelägenhet.

Till skillnad från utredningen anser regeringen att en sådan exemplifiering inte är lämplig att ta in i författningstexten. Det är, enligt regeringens mening, lämpligt och tillräckligt att detta i stället framgår i förarbetena. Regeringen instämmer därför inte i utredningens bedömning. Att ett avtal inte kan ogiltigförklaras om det i hög grad äventyrar existensen för ett försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för rikets säkerhetsintressen bör därför inte uttryckligen framgå av författningstexten.

Enligt artikel 60.3 i direktivet krävs att medlemsstaterna ska föreskriva alternativa sanktioner om ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, se avsnitt 12.7.

Enligt artikel 61.1 i direktivet ska medlemsstaterna föreskriva ogiltighet eller alternativa sanktioner vid överträdelse av de bestämmelser som regeringen föreslår ska genomföras i svensk rätt genom bestämmelserna om avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut och förlängd avtalsspärr, i andra fall än som ska sanktioneras genom ogiltighet enligt artikel 60.1–3 i direktivet.

Bestämmelsen avser situationen när enbart en bestämmelse om avtalsspärr har överträtts, eller när en avtalsspärr och någon annan bestämmelse har överträtts utan att det har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada. Rätt leverantör har alltså tilldelats kontraktet.

Artikeln motsvaras av artikel 2e.1 i ändringsdirektivet. I LOU och LUF har inte införts en möjlighet att ogiltigförklara ett avtal i en sådan situation. Regeringen ansåg att det varken ur leverantörsperspektiv eller från effektivitetssynpunkt är rimligt att en överträdelse som inte har påverkat leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet ska kunna leda till ogiltigförklaring av det avtal som har slutits (a.prop. s. 140). Regeringen gör samma bedömning avseende genomförandet av artikel 61.1 i direktivet och ett avtal ska därmed inte kunna förklaras ogiltigt i en sådan situation. Direktivet kräver då att en alternativ sanktion ska påföras (se avsnitt 12.7).

Underrättelse vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal

Artikel 60.5 i direktivet anger att medlemsstaterna ska föreskriva att ett avtal som sluts vid förnyad konkurrensutsättning inte ska förklaras ogiltigt om den upphandlande myndigheten anser att kontraktstilldelningen sker i överensstämmelse med förutsättningarna för att tilldela ett sådant kontrakt och den upphandlande myndigheten eller enheten till berörda anbudsgivare har överlämnat ett beslut om tilldelning av kontraktet tillsammans med en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet samt inte ingår avtal förrän efter utgången av en tidsperiod om minst tio eller 15 dagar, beroende på kommunikationsmedel. Artikeln motsvaras av artikel 2d.5 i ändringsdirektivet, som har genomförts i nuvarande 16 kap. 17 § 1 LOU.

Vid förnyad konkurrensutsättning föreslår regeringen undantag från bestämmelserna om avtalsspärr, se avsnitt 12.2, och direktivet kräver då att det avtal som ingås kan förklaras ogiltigt, se ovan. Direktivet innehåller för denna situation alltså en möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att försäkra sig om att ett avtal som ingås efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal inte ska kunna förklaras ogiltigt. Detta gör den upphandlande myndigheten eller enheten genom att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet och därefter frivilligt iakttä avtalsspärren. Regeringen anser att möjligheten, såsom har gjorts i LOU, bör tas in även i den nu aktuella lagen.

Enligt artikel 60.4 i direktivet ska ett avtal inte ogiltigförklaras om en upphandlande myndighet eller enhet anser att tilldelningen av ett kontrakt utan offentliggörande av ett förhandsmeddelande om upphandling i EUT är tillåten och den upphandlande myndigheten eller enheten har offentliggjort ett meddelande om frivillig förhandsinsyn. Av meddelandet ska avsikten att ingå avtalet framgå. Vidare får kontraktet inte ha ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på tio kalenderdagar räknat från dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes. I avsnitt 8.5 föreslår regeringen att direktivets möjlighet att publicera en annons om förhandsinsyn ska genomföras i lagen.

Förhandsinsyn kan tillämpas av upphandlande myndigheter och enheter som känner sig osäkra på om rätt bedömning har gjorts av omständigheterna i den enskilda upphandlingen. Leverantörer måste alltså bevaka publiceringen av upphandlingar och ansöka om överprövning inom den föreskrivna perioden. När förfarandet har iakttagits kan nämligen det avtal som har ingåtts inte förklaras ogiltigt.

Ändringsdirektivets artikel 2d.4 innehåller motsvarande bestämmelser, som har genomförts i 7 kap. 4 § LOU och 7 kap. 7 § LUF samt nuvarande 16 kap. 8 § och 17 § 2 LOU och LUF (föreslagna 16 kap. 3 § och 15 § 2).

Regeringen anser att det i lagen ska tas in regler om att ett avtal inte ska få förklaras ogiltigt efter det att den upphandlande myndigheten eller enheten har publicerat en annons om förhandsinsyn. Den i direktivet angivna kortaste perioden om tio dagar, som avtal inte får ingås under, motsvarar avtalsspärren efter det att en underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats till anbudssökandena och anbudsgivarna med ett elektroniskt medel (se avsnitt 12.2). Denna period har också införts i LOU och LUF. Tio dagars avtalsspärr vid förhandsinsyn är, enligt regeringens mening, väl avvägd och bör därför tas in i lagen om försvars- och säkerhetsupphandling. Innehållet i en annons om frivillig förhandsinsyn beskrivs i artikel 64 i direktivet och dess format ska antas av kommissionen (se vidare avsnitt 8.5).

För upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde finns i LOU och LUF motsvarande möjlighet för en upphandlande myndighet respektive enhet som avser att direkttilldela ett kontrakt att publicera en annons om förhandsinsyn (15 kap. 5 a § jfrd med 15 kap. 3 § andra stycket). Annonserna ska publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Innehållet i annonserna regleras i 9 a § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Regeringen föreslår i avsnitt 8.5 att det i lagen ska tas in en möjlighet att vid upphandling enligt 15 kap. i lagen publicera en annons om förhandsinsyn.

Regeringen anser att det även vid direktupphandling enligt den nu aktuella lagen ska tas in regler om att ett avtal inte ska få förklaras ogiltigt om den upphandlande myndigheten eller enheten har publicerat en annons om förhandsinsyn. Vidare bedömer regeringen att en avtalsspärr om tio dagar är lämplig också vid sådan förhandsinsyn. Som vid

Tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet

Direktivets artikel 62 innehåller tidsfrister som medlemsstaterna får genomföra för en talan om ogiltighet. Enligt artikel 62.1 a får medlemsstaterna föreskriva att en ansökan om ogiltighet ska göras före utgången av minst 30 kalenderdagar i vissa situationer. Den första situationen avser om den upphandlande myndigheten eller enheten genom kommissionens försorg har publicerat en efterannons. Den andra är när den upphandlande myndigheten eller enheten har underrättat de berörda anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har ingåtts, under förutsättning att underrättelsen innehåller en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet. Av artikel 62.1 b framgår att medlemsstaterna får föreskriva en yttersta tidsfrist om sex månader räknat från och med dagen efter det att avtalet ingicks.

Ändringsdirektivets artikel 2f innehåller motsvarande bestämmelser. Dessa har genomförts i LOU och LUF genom nuvarande 16 kap. 18 §.

I likhet med den bedömning som gjordes avseende LOU och LUF anser regeringen att direktivets tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet ska tas in i lagen. Regeringen anser att dessa frister är väl avvägda. Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet ska därmed vara sex månader från det att avtalet slöts, om inte den upphandlande myndigheten eller enheten agerar så att tidsfristen förkortas till 30 dagar från åtgärden, vilket också SKL tillstyrker.

Domstolens prövning när avtal har slutits

Enligt artikel 56.7 i direktivet ska, utom i de fall som avses i artiklarna 60–62, verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i denna artikel på ett kontrakt som ingås till följd av tilldelningen av det regleras i nationell lagstiftning. Vidare framgår att medlemsstaterna får föreskriva att efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 55.6, punkt 3 i artikel 56.7 eller artiklarna 57–62 ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen. Artikeln har en motsvarighet i artikel 2.7 i ändringsdirektivet.

I LOU och LUF har tagits in bestämmelser om att en upphandling inte ska prövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör (nuvarande 16 kap. 13 §). Regeringen ansåg att möjligheten att ogiltigförklara avtal innebar att det var mer lämpligt att leverantören i stället ansöker om överprövning av avtalets giltighet (a.prop. s. 174). En överprövning av upphandlingen skulle nämligen inte påverka det civilrättsligt bindande avtalet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid mot någon bestämmelse om avtalsspärr, ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås eller en todagarsfrist har, enligt LOU och LUF, leverantören möjlighet att justera sitt yrkande till att i stället avse överprövning av

avtalets giltighet (nuvarande 16 kap. 14 §). Denna möjlighet infördes eftersom det enligt regeringens mening torde framstå som svårförståeligt och onödigt komplicerat, samt i flera fall leda till ökade processkostnader, att en upphandlande myndighets eller enhets handlande i strid med bestämmelserna skulle medföra att målet ska skrivas av och att leverantören måste väcka en ny talan om avtalets giltighet (a.prop. s. 174).

Regeringen anser att det är lämpligt att även i lagen om försvars- och säkerhetsupphandling ha en ordning enligt vilken en upphandling inte ska få överprövas efter det att ett avtal har slutits och att denna kompletteras med en möjlighet för leverantören att i vissa fall justera sin talan om ett avtal ingås under pågående överprövning av en upphandling. En sådan reglering ska därför tas in i lagen. Möjligheten för en leverantör att beviljas skadestånd behandlas i avsnitt 12.6.

12.5 Beräkningen av vissa tider

Regeringens förslag: Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr, av tiodagarsfrister och tidsfrister för att ansöka om överprövning ska den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen om lagstadgad tid tillämpas.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår inte att söndagsregeln ska tillämpas på tiodagarsfristerna.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Den s.k. söndagsregeln i lagen (1930:173) om lagstadgad tid innebär att om den dag en åtgärd senast ska vidtas infaller på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, får åtgärden vidtas nästa vardag. I LOU och LUF har införts bestämmelser om att söndagsregeln ska tillämpas vid beräkningen av dels avtalsspärrens och tiodagarsfristernas längd, dels tidsfrister för att ansöka om överprövning. Hänvisningen till tiodagarsfristerna tillkom efter påpekande från Lagrådet (se prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 515). Regeringen uttalade i förarbetena att söndagsregeln, utan en reglering i lagarna, inte skulle komma att vara tillämplig vid beräkningen av avtalsspärren och tiodagarsfrister, men att den däremot torde vara tillämplig på tidsfristen för att ansöka om överprövning (prop. 2009/10:180 del 1 s. 170 och 171). Detta skulle exempelvis kunna innebära att avtalsspärren löper ut vid en tidigare tidpunkt än då en ansökan om överprövning senast ska ha kommit in till förvaltningsrätten, vilket kan medföra att målet inte ska prövas. Regeringen ansåg det därför vara viktigt att dessa tider överensstämmer med varandra.

Samma resonemang gör sig, enligt regeringens mening, gällande vad gäller lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Även i denna lag bör därför tas in en bestämmelse om att söndagsregeln ska tillämpas vid beräkningen av avtalsspärrens och tiodagarsfristernas längd samt av tidsfrister för att ansöka om överprövning.

I förarbetena till motsvarande bestämmelse i LOU och LUF finns ett utförligt resonemang om förhållandet mellan söndagsregeln och rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder datum och frister⁴⁸ (a.prop. s. 171 och 172).

12.6 Skadestånd

Regeringens förslag: Bestämmelser om skadestånd ska tas in i lagen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 56.1 andra stycket i direktivet ska det finnas en möjlighet för den som skadats av en överträdelse att beviljas ersättning. Det innebär att det ska finnas en möjlighet för leverantörer att erhålla skadestånd.

Bestämmelser om skadestånd finns också i artikel 2.1 c i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet och i artikel 2.1 d och 2.7 i andra rättsmedelsdirektivet. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd har genomförts genom 16 kap. 20 § LOU och LUF. Enligt LOU och LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i LOU respektive LUF ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en offentlig upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Regleringen av rätten till skadestånd för det negativa kontraktsintresset infördes i LOU från och med den 15 juli 2010. Bestämmelsen motsvarar den sedan tidigare gällande regleringen i LUF – vilken genomför artikel 2.7 i andra rättsmedelsdirektivet – och kodifierar praxis avseende LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 222–224).

Även om direktivet inte särskilt reglerar rätten till skadestånd för det negativa kontraktsintresset anser regeringen att det är lämpligt att rätten till skadestånd enligt den nu aktuella lagen regleras på samma sätt som enligt LOU och LUF.

Enligt artikel 56.6 i direktivet får medlemsstaterna föreskriva i de fall någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, att det ifrågasatta beslutet först ska åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna. Motsvarande reglering finns i artikel 2.6 i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet och i artikel 2.1 andra stycket i andra rättsmedelsdirektivet, men har inte genomförts i LOU och LUF. Regeringen ser inte skäl att avseende nu aktuell reglering göra någon annan bedömning. Något krav på föregående överprövningsförfarande bör därför inte ställas.

⁴⁸ EUT L 124,8.6.1971 s. 1, svensk specialutgåva: Område 1 Volym 1, s. 71 (Celex 31971R1182).

Mål om skadestånd enligt LOU och LUF hanteras av allmän domstol. Detsamma bör enligt regeringens mening gälla för mål om skadestånd enligt den nu aktuella lagen. Regeringen återkommer till frågan om vilken eller vilka domstolar som bör handlägga mål om skadestånd (se avsnitt 12.9). I likhet med vad som gäller enligt 16 kap. 21 § LOU och LUF bör det föreskrivas en tid inom vilken en talan om skadestånd ska väckas. Den tid om ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har vunnit laga kraft som finns i LOU och LUF, är enligt regeringens mening väl avvägd och bör tas in även i den nu aktuella lagen.

12.7 Upphandlingsskadeavgift

Regeringens förslag: Allmän förvaltningsdomstol ska, på talan av tillsynsmyndigheten i vissa fall kunna besluta om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift.

Avgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor, men får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Avgift ska inte få påföras i ringa fall och om det finns synnerliga skäl ska avgiften få efterges.

Regler om tidsfrister för att ansöka om avgift, betalningsfrister och preskriptionsfrister ska tas in i lagen.

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens, förutom att utredningen benämner avgiften marknadsskadeavgift.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte särskilt avseende upphandlingsskadeavgiften. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget att införa en avgift, men anser att den bör benämnas upphandlingsskadeavgift för att överensstämma med LOU och LUF. *Konkurrensverket* anser också att ett beloppsmässigt avgiftstak inte bör införas, utan förordar i stället att upphandlingsskadeavgiften maximalt ska kunna uppgå till tio procent av kontraktsvärdet. Ett takbelopp om 10 000 000 kronor kan, enligt verket, inte anses tillräckligt högt för att avhålla upphandlande myndigheter och enheter från att genomföra otillåtna direktupphandlingar, i synnerhet med tanke på de betydande kontraktsvärden det ofta är fråga om vid försvarsupphandling. Vidare anser *Konkurrensverket* att upphandlingsskadeavgift inte endast bör begränsas till att gälla för otillåtna direktupphandlingar utan även omfatta andra allvarliga överträdelser, såsom domstolstrots. *Konkurrensverket* efterfrågar vidare en preskriptionsfrist om två år från det att avtalet slöts för att ansöka om utdömmande av upphandlingsskadeavgift i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtals giltighet.

Bestämmelser om upphandlingsskadeavgift för vissa överträdelser tas in i lagen

Enligt artikel 61.1 i direktivet är medlemsstaterna skyldiga att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall. De fall som avses är överträdelser av de bestämmelser som föreslås genomföras i lagen som avtalsspärr efter tilldelningsbeslut eller förlängd avtalsspärr när överträdelsen inte föranleder att ett avtal ogiltigförklaras. En alternativ sanktion ska, enligt artikel 60.3 i direktivet, också påföras om ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. En alternativ sanktion ska, enligt artikel 61.2 i direktivet, vara effektiv, proportionell och avskräckande samt utgöras av att den upphandlande myndigheten eller enheten åläggs avgifter eller att avtalstidens längd förkortas. Motsvarande regler finns i ändringsdirektivets artikel 2e.

Som en alternativ sanktion till ogiltighet har i LOU och LUF införts möjligheten att påföra upphandlande myndigheter och enheter upphandlingsskadeavgift. Beteckningen upphandlingsskadeavgift tillkom på inrådan av Lagrådet. I valet av alternativ sanktion såg regeringen att flera skäl talade mot att införa förkortning av avtalstidens längd som en alternativ sanktion. En sådan sanktion bedömdes bl.a. kunna leda till tillämpningssvårigheter och risk för svårigheter att förutse vilken sanktionen blir. Vidare skulle en sådan sanktion även påverka den leverantör som har slutit avtalet med den upphandlande myndigheten eller enheten (prop. 2009/10:180 del 1 s. 182).

Regeringen anser att det är lämpligt att direktivets regler om en alternativ sanktion genomförs i svensk rätt som en avgift och att den, som *Konkurrensverket* anser, betecknas upphandlingsskadeavgift.

Förutom att vara en alternativ sanktion enligt ändringsdirektivet kan, enligt LOU och LUF, upphandlingsskadeavgift påföras vid otillåten direktupphandling, dvs. när en upphandlande myndighet eller enhet inte har annonserat upphandlingen på det sätt som föreskrivs. Bestämmelserna om i vilka fall upphandlingsskadeavgift kan påföras finns i 17 kap. 1 §. Det är allmän förvaltningsdomstol som beslutar att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift och talan förs av tillsynsmyndigheten, dvs. *Konkurrensverket*. När avgiften är en alternativ sanktion ska tillsynsmyndigheten föra talan och vid otillåten direktupphandling får tillsynsmyndigheten föra talan (17 kap. 2 § LOU och LUF).

Otillåten direktupphandling är en av de mer allvarliga överträdelserna av upphandlingsreglerna och det kan antas att leverantörer i viss utsträckning har mindre incitament att föra talan om ogiltighet i dessa fall än i de fall när en upphandling faktiskt har genomförts. Regeringen gör därför, på samma sätt som avseende LOU och LUF, bedömningen att möjligheten att föra talan om ogiltighet i dessa fall inte är tillräckligt utan behöver kompletteras med en möjlighet att påföra upphandlande myndigheter och enheter en sanktion i form av upphandlingsskadeavgift.

Enligt regeringens mening bör beslut om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift fattas av allmän förvaltningsdomstol på talan av tillsynsmyndigheten. Som behandlas i följande avsnitt anser regeringen att det i en förordning bör anges vilken

myndighet som är tillsynsmyndighet. Ansvaret bör vara strikt och avgiften bör tillfalla staten. Vidare är det enligt regeringens mening lämpligt att mål om upphandlingsskadeavgift omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten, vilket överensstämmer med LOU och LUF.

Till skillnad från Konkurrensverket och i likhet med den bedömning regeringen gjorde vid införandet av bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i LOU och LUF, anser regeringen att upphandlingsskadeavgift inte ska kunna påföras i ytterligare situationer. Regeringen uttalade avseende LOU och LUF att de nya rättsmedel som införs i form av möjligheten att ogiltigförklara avtal och att påföra upphandlingsskadeavgift är så stora förändringar att effekterna av dessa bör utvärderas innan det övervägs om ytterligare överträdelse borde kunna bli föremål för sanktioner (a.prop. s. 190). Enligt regeringens mening är det lämpligt att även den nu aktuella lagen omfattas av en sådan framtida översyn.

Avgiftens storlek och sanktionsvärde

Som ovan nämnts ska en alternativ sanktion enligt direktivet vara effektiv, proportionell och avskräckande (artikel 61.2).

I förarbetena till de lagändringar genom vilka bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift infördes i LOU och LUF ansåg regeringen när det är fråga om att införa en ny sanktion på ett rättsområde att det kan finnas goda skäl för att ha ett beloppsbestämt intervall. Det ger ett tydligare formulerat och förutsägbart sanktionssystem (prop. 2009/10:180 del 1 s. 195). Dessa regler har ännu inte varit i kraft särskilt länge och regeringen anser därför, trots det Konkurrensverket anför, att det även i den nu aktuella lagen bör finnas ett bestämt beloppsintervall.

Vad gäller det högsta belopp avgift ska kunna utgå med måste, precis som avseende LOU och LUF, hänsyn tas till att det ytterst är skattemedel som i många fall kommer att användas för att betala en påfordrad sanktion. Det är dock viktigt att avgiften kan bestämmas till ett så högt belopp att det blir avskräckande. I LOU och LUF är det högsta belopp som kan dömas ut 10 000 000 kronor. Regeringen anser att det beloppet är lämpligt även för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet. Som ovan nämnts har emellertid regeringen aviserat att en utvärdering bör göras av reglerna om upphandlingsskadeavgift i LOU och LUF när dessa har tillämpas någon tid och erfarenhet kan dras av utfallet samt att en sådan utvärdering naturligen även bör omfatta avgiftens storlek och beräkningen av den (a.prop. s. 196). Utvärderingen bör, enligt regeringens mening, även omfatta upphandlingsskadeavgift enligt den nu föreslagna lagen. Regeringen ser inte heller skäl att avseende nu aktuell lagstiftning frångå det i LOU och LUF fastställda lägsta belopp som upphandlingsskadeavgift kan utgå med. Det lägsta beloppet enligt lagen om försvars- och säkerhetsupphandling bör därför vara 10 000 kronor.

Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Direktivets bestämmelser om att en alternativ sanktion ska vara effektiv, proportionell och avskräckande bör dock hållas i åtanke. Ju allvarigare överträdelse, desto högre bör, enligt regeringens mening, avgiften vara. Vid bedömningen av sanktions-

värdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör någon avgift inte påföras och om det i ett enskilt fall föreligger synnerliga skäl anser regeringen att avgiften bör kunna efterges. Synnerliga skäl avser främst situationer när det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Beloppens storlek och förutsättningarna för att inte påföra eller efterge upphandlingsskadeavgift får utvecklas i praxis (se a.prop. s. 196–199).

Tidsfrister för ansökan om avgift

17 kap. 6 och 7 §§ LOU och LUF innehåller tidsfrister inom vilka tillsynsmyndigheten ska ansöka om upphandlingsskadeavgift. Regeringen gjorde bedömningen att administrativa sanktionsavgifter, som upphandlingsskadeavgift, uppvisar stora likheter med bötesstraff och att det därför bör finnas bestämmelser om under hur lång tid ansvar kan utkrävas (a.prop. s. 206). I de fall avgiften är en alternativ sanktion till ogiltighet, dvs. när allmän förvaltningsdomstol har beslutat att ett avtal ska få bestå trots överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr (efter underrättelse om tilldelningsbeslut, vid förhandsinsyn eller förlängd avtalsspärr) eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska ansökan göras inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft. Vid otillåten direktupphandling beror tidsfristen på om någon leverantör har ansökt om överprövning av avtalet eller inte. När en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ansökan inte göras förrän tidsfristen för att ansöka om överprövning har löpt ut och samtliga beslut i anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska då ha kommit in inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom föreskrivna tidsfrister ska ansökan om avgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Vid fastställandet av tidsfristernas längd i LOU och LUF uttalade regeringen att en avvägning måste göras mellan dels tillsynsmyndighetens behov av att ha tillräckligt med tid för att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas, dels upphandlande myndigheters och enheters intresse av att under endast en begränsad tid inte veta om en talan om en sanktion kommer att väckas (a.prop. s. 207). Vad gäller upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling föreslogs i departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30) att tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling skulle vara två år. Vissa remissinstanser framförde emellertid att den perioden var för lång och i likhet med dessa ansåg regeringen att en tidsfrist om ett år var tillräcklig för att tillsynsmyndigheten ska kunna införskaffa tillräcklig utredning för att ge in en ansökan till domstolen (a.prop. s. 208 och 209). Mot bakgrund av detta gör regeringen avseende nu aktuell lag, trots Konkurrensverkets invändning, ingen annan bedömning avseende längden av tidsfristerna för att ansöka om upphandlingsskadeavgift än som gjorts avseende LOU

Tidsfrister för betalning av avgift och preskriptionsfrist

I likhet med vad som gäller enligt 17 kap. 9 § LOU och LUF anser regeringen att det är lämpligt att tillsynsmyndigheten får ansvaret för att hantera inbetalning av upphandlingsskadeavgift och möjlighet att lämna ärendet för indrivning samt att betalning ska ske inom 30 dagar från det att avgörandet har vunnit laga kraft. Vidare bör det, enligt regeringens mening, i lagen tas in en möjlighet för domstolen att besluta att betalning av avgiften får ske senare än inom 30 dagar från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

En preskriptionsfrist bör också tas in i lagen så att ett krav på upphandlingsskadeavgift faller bort om verkställighet inte har skett inom en viss tid från det att avgörandet har vunnit laga kraft. I LOU och LUF är preskriptionsfristen bestämd till fem år (17 kap. 10 §), vilket grundades på bl.a. 35 kap. 7 § brottsbalken och flera andra författningar (a.prop. s. 212). Regeringen ser inte skäl att i denna del göra någon annan bedömning avseende preskriptionsfristens längd. En femårsfrist bör därför gälla.

12.8 Tillsyn

Regeringens förslag: Den nya lagen ska innehålla en reglering om tillsyn.

Tillsynsmyndigheten ska få inhämta nödvändiga upplysningar från en upphandlande myndighet eller enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet och denne är skyldig att tillhandahålla upplysningarna.

Tillsynsmyndigheten ska få utfärda ett föreläggande att lämna bl.a. uppgifter. Den som föreläggandet riktar sig emot ska kunna överklaga det till allmän förvaltningsdomstol och tillsynsmyndigheten ska då vara motpart. Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

Regeringens bedömning: I förordning bör föreskrivas vilken myndighet som ska vara tillsynsmyndighet och att denna myndighet ska erhålla domstolarnas avgöranden i mål om överprövning enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Utredningens förslag: Överensstämmer med regeringens förslag. Utredningen gör emellertid ingen bedömning att det i förordning ska regleras vilken myndighet som ska vara tillsynsmyndighet och att denna myndighet ska erhålla avgöranden i mål enligt lagen.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte särskilt i frågorna. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget om föreläggande att lämna uppgift, att visa upp handling eller att lämna över en kopia av handlingen. Verketets uppfattning är att ett föreläggande bör kunna förenas med möjlighet till vite för att det ska vara effektivt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: I 18 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om tillsyn. Konkurrensverket är tillsynsmyndighet enligt LOU och LUF, se 18 kap. 1 § LOU och LUF och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. Tillsynsmyndigheten får inhämta alla nödvändiga upplysningar från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet och denne är skyldig att tillhandahålla upplysningarna (18 kap. 2 och 3 §§ LOU och LUF). För att åtgärda problemet med att tillsynsmyndigheten ibland har svårighet att få upplysningar skärptes från och med den 15 juli 2010 tillsynsmyndighetens befogenheter enligt LOU och LUF, se prop. 2009/10:180 del 1 s. 214 och 215). Numera omfattas även den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet av tillsynen. Vidare infördes en möjlighet för tillsynsmyndigheten att förelägga en upphandlande myndighet respektive enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet respektive enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen. Den som föreläggandet riktar sig emot kan överklaga det till allmän förvaltningsdomstol och tillsynsmyndigheten är då motpart (18 kap. 4 § LOU och LUF). Bestämmelser om tillsyn bör enligt regeringens mening tas in i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. I likhet med utredningen anser regeringen att dessa bör överensstämma med bestämmelserna om tillsyn i LOU och LUF samt därmed inkludera bl.a. att ett föreläggande ska kunna överklagas och att prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Regeringen har i förarbetena till de senaste ändringarna av LOU och LUF behandlat frågan om möjligheten för tillsynsmyndigheten att förena ett föreläggande med vite (a.prop. s. 215–217). Regeringen såg tillämpningsproblem vad gäller de privata aktörer som omfattas av LUF och regeringens förhållande till artikel 6 i Europakonventionen samt ansåg att effektivitetsskäl för vite inte uppvägs de tillämpningsproblem som kan förutses. Vidare ansåg regeringen att regleringen i LOU och LUF bör vara enhetlig i detta avseende. Regeringen föreslog därför att tillsynsmyndigheten inte i något fall ska kunna meddela vitessanktionerade förelägganden. Samma resonemang gör sig gällande avseende lagen om försvars- och säkerhetsupphandling, vilken kommer att omfatta vissa privata aktörer. Regeringen anser därför, till skillnad från *Konkurrensverket*, att ett föreläggande enligt lagen inte bör kunna förenas med vite. Som avseende LOU och LUF (se a.prop. s. 217), avser regeringen emellertid att följa utvecklingen och, för det fall det skulle visa sig att det finns ett sådant behov, återkomma i frågan.

Enligt regeringens mening bör det – som enligt LOU och LUF – i en förordning regleras vilken myndighet som är tillsynsmyndighet enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Det är viktigt att ha i åtanke att tillsynsmyndigheten inte har samma insyn beträffande en upphandling som en leverantör normalt har. För att underlätta arbetet för tillsynsmyndigheten anges därför i 15 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster att allmänna förvaltningsdomstolar ska sända domar och slutliga beslut i mål om överprövning enligt LOU och LUF till tillsynsmyndigheten. Regeringen anser

12.9 Sekretess och säkerhetsprövning i domstol

Regeringens bedömning: Det finns inte något behov av särskilda bestämmelser om sekretess eller säkerhetsprövning i domstol.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågorna.

Skälen för regeringens bedömning

Allmänt om sekretess i domstol

Bestämmelser kring domstolarnas prövning och de särskilda krav på sekretess som ställs finns i artikel 56.10 i direktivet. I första stycket anges att medlemsstaterna ska se till att de organ som ansvarar för prövning garanterar en tillräcklig sekretess för sekretessbelagda uppgifter eller annan information som tas upp i de handlingar som överlämnas av parterna och ska under hela förfarandet tillvarata försvars- och säkerhetsintressen. I den engelska språkversionen anges i den aktuella artikeln ”classified information”, vilket i andra artiklar i direktivet översatts till ”sekretessbelagd information”. Detta begrepp anser regeringen i lagen ska ersättas med ”säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter”, se avsnitt 9.1.

För att garantera sekretess för uppgifter som omfattas av sekretess hos domstolar finns bestämmelser i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL.

Flera sekretessbestämmelser i OSL har ett så generellt innehåll att de är direkt tillämpliga hos alla myndigheter, därmed även hos domstolarna, t.ex. utrikes- och försvarssekretessen i 15 kap. 1 och 2 §§ OSL. Det finns också materiella sekretessregler för just domstolarna. Sekretess gäller t.ex. hos domstol enligt 36 kap. 2 § OSL för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftsförhållanden, om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs. Andra sekretessbestämmelser är utformade på ett sådant sätt att de inte är riktade till domstolen, utan till den upphandlande myndigheten. I 43 kap. 2 § OSL finns emellertid en bestämmelse som innebär att sådan sekretess överförs till domstolen när uppgifterna lämnas från den myndighet där sekretessen gäller till domstolen. Detta gäller dock, enligt 43 kap. 3 §, inte i vissa angivna fall, t.ex. för upphandlingssekretessen enligt 19 kap. 3 § OSL.

Av 1 kap. 1 § tredje stycket tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 2 § yttrandefrihetsgrundlagen följer att varje svensk medborgare har rätt att lämna uppgifter i vad ämne som helst för offentliggörande. Rätten att meddela och offentliggöra uppgifter på försvarsområdet är starkt begränsad. I 15 kap. OSL finns inte någon bestämmelse om att den tystnadsplikt som följer av den s.k. försvarssekretessen (15 kap. 2 § OSL) inskränker

rätten att meddela och offentliggöra uppgifter. Däremot har det tagits in en erinran i 15 kap. 6 § andra stycket OSL om att det följer av 7 kap. 3 § första stycket 1, 4 § 1–8 och 5 § 3 tryckfrihetsförordningen respektive 5 kap. 1 § första stycket och 3 § första stycket 1 yttrandefrihetsgrundlagen att den tystnadsplikt som följer av 15 kap. 2 § OSL inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter i vissa fall. Även vad gäller utrikessekretessen i 15 kap. 1 § finns inskränkningar i rätten att meddela och offentliggöra uppgifter. Av 15 kap. 6 § första stycket OSL framgår att den tystnadsplikt som följer av 1 § inskränker rätten enligt 1 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 1 och 2 §§ yttrandefrihetsgrundlagen att meddela och offentliggöra uppgifter, när det är fråga om uppgift vars röjande kan antas sätta rikets säkerhet i fara eller annars skada landet allvarligt.

Enligt regeringens mening är de möjligheter som finns i dag för att säkerställa sekretessen hos domstolarna för uppgifter eller annan information i handlingar som ges in tillräckliga även för upphandlingar enligt den föreslagna lagen om försvars- och säkerhetsupphandling. Regeringen anser därför att det inte finns något behov av att, på grund av direktivet, i lagen ta in särskilda bestämmelser om detta.

Sekretess i domstol i förhållande till part

Enligt artikel 56.10 fjärde stycket i direktivet ska medlemsstaterna fastställa hur prövningsorganen ska göra för att hemlighålla sekretessbelagda uppgifter (säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, se ovan) och samtidigt respektera rätten till ett försvar, och ska, när det gäller rättslig prövning eller prövning genom ett organ som är en domstol enligt artikel 234 i fördraget (numera artikel 267 i EUF-fördraget), se till att förfarandet i sin helhet överensstämmer med rätten till en rättvis rättegång.

EU-domstolen har i dom den 14 februari 2008⁴⁹ prövat denna fråga. EU-domstolen fann att det organ som är ansvarigt för prövningsförfarandet är skyldigt att säkerställa konfidentiell behandling och rätten till skydd för affärshemligheter beträffande information i handlingar som parterna ger in till organet, samtidigt som organet självt kan ta del av och beakta denna information. Det ankommer vidare enligt EU-domstolen på detta organ att besluta i vilken omfattning och på vilket sätt den konfidentiella behandlingen av och sekretessen omkring denna information ska säkerställas, med tanke på kraven på ett effektivt rättsligt skydd och rätten till försvar för parterna i förfarandet samt när det är fråga om ett domstolsförfarande eller ett förfarande vid en instans som är en domstol i den mening som avses i artikel 267 i EUF-fördraget, på ett sådant sätt att rätten till en rättvis rättegång iaktas under hela förfarandet.

Av 10 kap. 3 § OSL följer att sekretess inte hindrar att en enskild eller en myndighet som är part i ett mål eller ärende hos domstol och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling eller annat material i målet eller ärendet. Det innebär att en leverantör som part i ett upphandlingsmål normalt kan få tillgång till material som är sekretessbelagt för andra än parten.

⁴⁹ C-450/06, Varec SA mot Belgien, REG 2008 s. I-00581.

Bestämmelsen i 10 kap. 3 § OSL har emellertid en begränsning. Handling eller material får nämligen inte lämnas ut till parten i den utsträckning det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs. Begränsningen är avsedd att tillämpas restriktivt. En domstol som använder sig av den är dessutom skyldig att på annat sätt lämna parten upplysningar om vad materialet innehåller, i den utsträckning det behövs för att parten ska kunna ta tillvara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ska skydda.

Det är vidare möjligt för domstolen att när den lämnar ut sekretessbelagda uppgifter till en part, med stöd av 10 kap. 4 § OSL, ställa upp ett förbehåll om hur uppgiften får användas. Sekretessen hindrar aldrig att en part i ett mål eller ärende får ta del av en dom eller ett beslut. Finns det uppgifter i målet som parten inte ska få kännedom om måste dessa alltså utelämnas ur domen eller beslutet.

Enligt regeringens mening uppfyller de regler som finns i OSL de krav som ställs rörande frågan hur domstolen ska göra för att hemlighålla uppgifter som måste skyddas och samtidigt respektera rätten till ett försvar samt se till att förfarandet i sin helhet överensstämmer med rätten till en rättvis rättegång. Några särskilda bestämmelser om domstolens hantering av uppgifter som omfattas av sekretess i förhållande till part behöver därför inte tas in i lagen med anledning av det som anges i artikel 56.10 fjärde stycket i direktivet.

Säkerhetsåtgärder i domstol vid hantering av handlingar

Enligt artikel 56.10 tredje stycket i direktivet kan medlemsstaterna kräva att särskilda säkerhetsåtgärder ska vidtas i samband med registreringen av prövningsansökningar, mottagande av handlingar och lagring av dokument. I svensk rätt finns inte någon sådan särreglering av en speciell måltyp rörande registrering, mottagande eller lagring hos domstolarna.

Bestämmelser om registrering av allmänna handlingar finns i 5 kap. OSL. En särskild bestämmelse om sekretessmarkering för uppgift i en allmän handling som är av synnerlig betydelse för rikets säkerhet finns i 5 kap. 5 § OSL. Bestämmelser om arkivering av allmänna handlingar finns i arkivlagen (1990:782). Rikspolisstyrelsen har även gett ut föreskrifter och allmänna råd om säkerhetsskydd (RPSFS 2010:03, FAP 244-1). Där finns bestämmelser om förvaring, registrering m.m. när det gäller sekretessbelagda handlingar som rör rikets säkerhet, vilka domstolen är skyldig att följa. Det anges bl.a. att en hemlig handling ska förvaras i ett säkerhetsskåp och att kvalificerat hemliga handlingar ska förvaras av myndighetens chef.

Enligt regeringens mening är de bestämmelser som finns i dag tillräckliga och något behov av att i lagen ta in särskilda regler om säkerhetsåtgärder hos domstol i samband med registrering av mål, mottagande av handlingar och lagring av dokument finns därför inte.

Medlemsstaterna kan, enligt artikel 56.10 tredje stycket i direktivet, föreskriva att endast de av prövningsorganets medlemmar som personligen är behöriga att hantera sekretessbelagda uppgifter (säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, se ovan) får behandla prövningsansökningar som innehåller sådan information.

I svensk rätt finns en möjlighet att genom säkerhetsskyddslagen (1996:627) säkerställa att ett mål som rör rikets säkerhet endast hanteras av personer som godkänts ur ett säkerhetsperspektiv. Säkerhetsskyddslagen gäller för verksamhet hos bl.a. staten, och därmed alltså för domstolarna. Enligt 11 § säkerhetsskyddslagen ska en säkerhetsprövning göras innan en person genom anställning eller på något annat sätt deltar i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet. Syftet med säkerhetsprövningen är att klarlägga om personen kan antas vara lojal mot de intressen som skyddas i säkerhetsskyddslagen och i övrigt är pålitlig från säkerhetssynpunkt. Säkerhetsprövningen omfattar en registerkontroll och i vissa fall även en särskild personutredning.

Registerkontroll ska enligt 13 § säkerhetsskyddslagen göras om anställning eller deltagande i verksamhet har placerats i säkerhetsklass. Av 19 § säkerhetsskyddsförordningen (1996:633) och bilagan till förordningen följer att vissa myndigheter, t.ex. Domstolsverket, själva beslutar om placering i säkerhetsklass 2 och 3 i fråga om den egna verksamheten. Beslut avseende andra myndigheter som omfattas av förordningen än de som anges i bilagan eller avseende placering i den högsta säkerhetsklassen, 1, fattas av regeringen.

En särskild personutredning ska enligt 18 § säkerhetsskyddslagen göras vid registerkontroll som avser anställning eller annat deltagande i verksamhet, om anställningen eller deltagandet i verksamheten har placerats i säkerhetsklass 1 eller 2.

Enligt regeringens mening finns enligt svensk rätt tillräckliga möjligheter för att vid prövning i domstol av mål enligt lagen säkerställa att uppgifter som måste skyddas hanteras av personal som uppfyller säkerhetskrav. Det finns därför inget behov av att på grund av direktivet ta in en särskild bestämmelse om att endast vissa av domstolens personal får hantera mål enligt lagen.

Regeringens förslag: En ansökan om överprövning och 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.

Ett föreläggande att lämna uppgift m.m. ska få överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol.

Utredningens förslag: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen föreslår att mål enligt lagen ska specialdestineras till Förvaltningsrätten i Stockholm och Stockholms tingsrätt.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig särskilt i frågan är positiva till förslaget. *Svea hovrätt* har inget att erinra mot att Förvaltningsrätten i Stockholm och Stockholms tingsrätt ges exklusiv behörighet att pröva mål enligt den föreslagna lagen. *Kammarrätten i Stockholm* instämmer i att det är lämpligt att lägga prövningen av målen hos Förvaltningsrätten i Stockholm och Stockholms tingsrätt. *Stockholms tingsrätt* delar bedömningen att mål om skadestånd enligt lagen bör omfattas av en exklusiv forumregel och har ingen erinran mot valet av Stockholms tingsrätt. *Trafikverket* ser positivt på att överprövningar samlas hos en förvaltningsrätt. *Säkerhets- och Försvarsföretagen (SOFF)* tillstyrker att ärenden med avseende på försvarsupphandling handläggs i särskilt utpekade domstolar.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 56.10 andra stycket i direktivet anges att medlemsstaterna i syfte att garantera sekretessen och för att tillvarata försvars- och säkerhetsintressen kan besluta att ett specifikt organ ska ha exklusiv behörighet att pröva kontrakt på området för försvar och säkerhet.

Enligt LOU och LUF är den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist behörig att pröva ansökningar om överprövning (nuvarande 16 kap. 2 § och föreslagna 16 kap. 5 § i respektive lag) och om upphandlingsskadeavgift (17 kap. 3 § i respektive lag). Ett föreläggande enligt LOU eller LUF får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist (18 kap. 5 § i respektive lag). Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol (16 kap. 21 § i respektive lag).

Utredningen föreslår att särskilda forumregler ska gälla enligt den nya lagen. Förvaltningsrätten i Stockholm föreslås ges exklusiv behörighet att pröva ansökningar om överprövning och upphandlingsskadeavgift samt överklaganden av förelägganden. Stockholms tingsrätt föreslås ges exklusiv behörighet att pröva mål om skadestånd enligt lagen. Om handläggningen av mål enligt den nya lagen styrs till endast en domstol i respektive domstolsslag skapas, enligt utredningens mening, förutsättningar att koncentrera kompetensen samt rutiner för hantering och handläggning av målen. Vidare konstaterar utredningen att målen ställer krav på att de domare, sekreterare m.fl. som kommer i kontakt med dem

säkerhetsprövas enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627) i den mån målen innehåller information som är hemlig med hänsyn till rikets säkerhet.

Regeringen har i flera sammanhang uttalat att alla allmänna domstolar respektive allmänna förvaltningsdomstolar ska kunna pröva alla typer av mål och att olika specialfora som huvudregel bör undvikas (se t.ex. prop. 2008/09:165 s. 105). Enligt regeringens uppfattning är det endast när det för en viss måltyp finns behov av särskild kompetens eller snabbhet eller det annars finns mycket speciella behov som inte kan tillgodoses på annat sätt som det kan vara aktuellt att vidta särskilda åtgärder, t.ex. att koncentrera måltypen till en viss domstol. Ett behov av särskilda åtgärder för att uppnå särskild kompetens kan t.ex. föreligga när den juridiska komplexiteten är stor samtidigt som målunderlaget är klart begränsat (jfr SOU 2010:44 s. 342 och 343).

Mål om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet är inte koncentrerade till vissa domstolar och handläggs för närvarande enligt de befintliga upphandlingslagarna LOU och LUF. Bestämmelserna i den föreslagna lagen överensstämmer i många delar med regleringen i LOU och LUF. Förvaltningsrätterna måste därför anses ha kompetens att handlägga även dessa upphandlingsmål. Regeringen gör vidare bedömningen att lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet kommer att innebära en omfördelning av mål från LOU och LUF till den nya lagen men att det därutöver inte bör bli fråga om någon betydande förändring av den totala andelen upphandlingsmål i domstolarna (se avsnitt 15). Målunderlaget kan därför enligt regeringens bedömning inte antas bli så begränsat att det utgör skäl för specialdestinering.

Mot denna bakgrund anser regeringen, till skillnad från utredningen och de remissinstanser som yttrar sig, att det inte finns tillräckliga skäl för att koncentrera handläggningen av mål enligt den föreslagna lagen till vissa domstolar. Skulle det visa sig att det blir mer komplicerat att handlägga målen enligt den nya lagen än vad som nu kan förutses kan dock frågan komma att övervägas på nytt. Samma forumregler bör gälla för den nya lagen som för LOU och LUF.

13 Ändringar i andra lagar

13.1 LOU och LUF

13.1.1 Tillämplig lag

Regeringens förslag: I LOU och LUF ska införas bestämmelser om att dessa lagar inte gäller för upphandling som omfattas av lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller för upphandling som är undantagen enligt artiklarna 12 eller 13 i direktivet. Vidare ska vissa följdändringar göras i LOU och LUF.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den remissinstans som yttrar sig, *Försvarets materielverk (FMV)*, anför att det inte anges något om undantagen enligt artiklarna 70 och 71 i direktivet avseende upphandlingar under tröskel-

värdena. Enligt FMV:s uppfattning bör det i förarbetena särskilt kommenteras att lagförslaget reglerar dessa upphandlingar enligt 15 kap.

Skälen för regeringens förslag: Artiklarna 70 och 71 i direktivet innehåller ändringar i försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet. Av dessa artiklar följer att det försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet inte gäller för kontrakt som omfattas av direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och inte heller för kontrakt som inte omfattas av det direktivet enligt artiklarna 8, 12 eller 13 i direktivet.

Artikel 8 i direktivet anger vilka tröskelvärden som gäller för de kontrakt som direktivet ska tillämpas på. För upphandling som omfattas av den nya lagens tillämpningsområde, men där kontraktets värde beräknas vara under tröskelvärdena föreslår regeringen att reglerna i ett icke direktivstyrt kapitel ska tillämpas (se avsnitt 6.6). I dessa fall ska, enligt regeringens mening, LOU eller LUF inte gälla.

Artikel 12 i direktivet undantar från direktivets tillämpningsområde kontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler och artikel 13 i direktivet innehåller särskilda undantag. Dessa undantag i den föreslagna lagen behandlas ovan i avsnitt 6.3.3 och 6.3.5. Regeringen anser att sådana kontrakt, i enlighet med direktivet, inte heller ska omfattas av tillämpningsområdet för LOU och LUF.

Med anledning av detta bör, enligt regeringens mening, tillämpningsområdet för LOU och LUF ändras så att kontrakt som omfattas av den föreslagna lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet inte omfattas av LOU respektive LUF. Det ska naturligtvis gälla direktivstyrd upphandling men också, som *FMV* berör, upphandling som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

13.1.2 Lagarnas tillämpningsområde

Regeringens förslag: Tillämpningsområdet för LOU ska ändras på så sätt att kontrakt som gäller försvarsområdet utgår och att kontrakt som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet ersätts med en bestämmelse som medger undantag som omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen.

Tillämpningsområdet för LUF ska ändras så att kontrakt som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet ersätts med en bestämmelse som medger undantag för sekretess.

Regeringens bedömning: En bestämmelse som medger undantag för kontrakt som inte får genomföras utan särskilda säkerhetsåtgärder bör inte införas i LOU eller LUF.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag och bedömning. Utredningen föreslår dock att upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets väsentliga intressen ska utmönstras ur LOU och LUF.

Remissinstanserna: Den remissinstans som yttrar sig särskilt i frågan, *Försvarets materielverk (FMV)*, anser att det är lämpligt att alla upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet regleras av samma lag.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet har tillkommit i syfte att skapa ett för försvars- och säkerhetsupphandlingar särskilt regelsystem anpassat för upphandlingar av känslig karaktär. Någon bestämmelse i LOU som anger hur försvarsupphandlingar regleras fyller därmed inte någon funktion. Regeringen delar därför utredningens och *FMV:s* bedömning att bestämmelsen i 1 kap. 2 § andra stycket 3 LOU, som anger hur upphandlingar av varor och tjänster på försvarsområdet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget regleras, bör utgå.

Utredningen föreslår vidare att bestämmelsen i 1 kap. 2 § andra stycket 4 LOU och 1 kap. 2 § andra stycket 3 LUF, som reglerar upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, ska upphävas. Utredningen gör den bedömningen att regeln inte heller är motiverad i den nya lagen om försvars- och säkerhetsupphandling, eftersom de upphandlingar som omfattas av denna bestämmelse också omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget och därför täcks av förslaget till 1 kap. 8 § som medger undantag från lagen för rikets väsentliga säkerhetsintressen.

Regeringen delar inte utredningens bedömning fullt ut avseende bestämmelserna i 1 kap. 2 § andra stycket 4 LOU och 1 kap. 2 § andra stycket 3 LUF. Dessa bestämmelser har inte enbart sin grund i undantagsbestämmelsen i artikel 346 i EUF-fördraget, utan genomför också artikel 14 i det klassiska direktivet respektive artikel 21 i försörjningsdirektivet. Med hänsyn till att försvars- och säkerhetsupphandling regleras i den nya lagen har bestämmelsen i 15 kap. 22 § i LOU och LUF som ger regeringen rätt att medge undantag i vissa fall förlorat det mesta av sin betydelse och bör därför enligt regeringens mening upphävas. Bestämmelsen i återstående delar, som inte rör försvars- och säkerhetsområdet, bör enligt regeringens mening genomföras som ett rent undantag utan särskilt beslut av regeringen i 1 kap. LOU och LUF.

Artikel 14 i det klassiska direktivet reglerar följande undantag:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på offentliga kontrakt som omfattas av sekretess eller som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får genomföras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna medlemsstats vitala intressen.”

Artikel 21 i försörjningsdirektivet har en liknande men inte helt överensstämmande lydelse.

”Detta direktiv skall inte tillämpas på kontrakt som en medlemsstat belagt med sekretess eller som enligt gällande lagar och andra författningar i den berörda medlemsstaten inte får fullgöras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna medlemsstats grundläggande säkerhetsintressen.”

Enligt båda bestämmelserna medges undantag för kontrakt som omfattas av sekretess. En bestämmelse bör därför införas i LOU och LUF vilka genomför artikelbestämmelsen i denna del. I de två artiklarna regleras

också undantag för kontrakt som enligt lag eller annan författning inte får fullgöras utan särskilda säkerhetsåtgärder. Den föreslagna lagstiftningen om försvars- och säkerhetsupphandling innehåller bl.a. bestämmelser om upphandling av militär utrustning samt utrustning, tjänster och byggentreprenader av känslig karaktär som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Sådana upphandlingar ska inte genomföras enligt bestämmelserna i LOU eller LUF. En bestämmelse som medger undantag på grund av skydd av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter eller andra särskilda säkerhetsåtgärder i LOU eller LUF föreligger därför inte enligt regeringens bedömning.

Vidare innehåller de två artiklarna möjlighet till undantag då det krävs med hänsyn till skyddet av medlemsstatens vitala intressen i det klassiska direktivet och till skyddet av medlemsstatens grundläggande säkerhetsintressen i försörjningsdirektivet. En bestämmelse i LOU som genomför möjligheten till undantag i det klassiska direktivet bör enligt regeringens mening införas i LOU. I stället för uttrycket ”vitala intressen” bör i stället bestämmelsen bygga på ”väsentliga intressen”, som bättre svarar mot flera andra språkversioner (danska: væsentlige interesser, engelska: essential interests, franska: intérêt essentiels). Undantagsmöjligheten enligt bestämmelsen i försörjningsdirektivet för medlemsstatens grundläggande säkerhetsintressen är enligt regeringens mening inte av någon betydelse efter tillkomsten av det nya direktivet om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Upphandlingar som omfattas av sådana säkerhetsintressen ska upphandlas enligt det nya direktivet och inte enligt försörjningsdirektivet. Någon undantagsbestämmelse för sådana intressen bör därför inte tas in i LUF.

Lagradsremissen innehöll en bestämmelse i LOU som innebär att bestämmelserna inte gäller i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag av synnerliga skäl avseende sekretess eller rikets väsentliga intressen. Vidare innehöll remissen en bestämmelse i LUF som innebär att LUF inte gäller i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag av synnerliga skäl avseende sekretess. *Lagrådet* har konstaterat att de i lagradsremissen föreslagna bestämmelserna går utöver vad som krävs enligt artikel 14 i det klassiska direktivet respektive artikel 21 i försörjningsdirektivet. Lagrådet har därför föreslagit att bestämmelserna utformas så, att de gör undantag i LOU för upphandlingar som omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen samt gör undantag i LUF för upphandlingar som omfattas av sekretess. Bestämmelserna bör utformas i överensstämmelse med Lagrådets förslag.

Regeringen anser således att en bestämmelse ska införas i LOU som medger undantag för kontrakt som omfattas av sekretess och för sådana kontrakt som rör rikets väsentliga intressen. I LUF bör en bestämmelse införas som medger undantag för kontrakt som omfattas av sekretess. Bestämmelserna ska i enlighet med stadgad praxis från EU-domstolen rörande undantag från upphandlingsdirektiven tillämpas restriktivt och den upphandlande myndighet eller enhet som stöder sig på bestämmelsen ska kunna visa att sådana omständigheter är för handen som gör att undantaget är berättigat.

Regeln har betydelse i sådana fall en upphandling omfattas av sekretess utan att det gäller rikets väsentliga säkerhetsintressen. Det kan t.ex.

13.1.3 Omdisponering av 16 kap. LOU och LUF.

Regeringens förslag: 16 kap. LOU och LUF om avtalsspärr, överprövning och skadestånd ska omdisponeras.

Utredningens förslag: Utredningen lämnade inget sådant förslag.

Remissinstanserna: Något remissbehandlat förslag finns inte.

Skälen för regeringens förslag: I samband med genomförandet av ändringsdirektivet i LOU och LUF framförde Lagrådet synpunkter på lagrådsremissens förslag till disposition av 16 kap. i lagarna. För att bestämmelserna skulle bli mer överskådliga och lättillgängliga föreslog Lagrådet att kapitlet skulle redigeras om i väsentliga delar (prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 509). De viktiga reglerna om avtalsspärr borde, enligt Lagrådets mening, lyftas fram och sammanföras i ett särskilt avsnitt som lämpligen kan placeras först i kapitlet. I ett följande avsnitt ansåg Lagrådet att det borde tas in regler om dels överprövning av upphandling, dels överprövning av ingångna avtals giltighet. Lagrådet ansåg vidare att kapitlet borde avslutas med regleringen av rätten till skadestånd.

Regeringen såg fördelar med Lagrådets förslag till disposition, men uttalade att förslaget skulle innebära stora förändringar i ett sent skede av lagstiftningsprocessen och behövde övervägas ytterligare. Regeringen ansåg därför att frågan borde övervägas i ett annat sammanhang (prop. 2009/10:180 del 1 s. 87).

Regeringen anser att det i samband med genomförandet av direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet i en särskild lag, vilken kommer att innehålla ett motsvarande kapitel, är lämpligt att genomföra en omdisposition av 16 kap. LOU och LUF. Regeringen anser att dispositionen bör överensstämma med den Lagrådet har förordat, utom såvitt avser Lagrådets förslag om placeringen i 16 kap. 9 § av bestämmelser om interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Till följd av den ändrade dispositionen av 16 kap. LOU och LUF ska följändringar göras i 9 kap. 9 § och 17 kap. 1 och 7 §§ LOU och LUF.

13.1.4 Övriga ändringar i LOU och LUF

Regeringens förslag: I LOU och LUF ska vissa mindre justeringar och rättelser av författningstexten göras avseende förhandlat förfarande utan föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog, kontroll av leverantörs lämplighet och kompletterande upplysningar enligt 15 kap.

Utredningens förslag: Utredningen lämnade inga sådana förslag.

Remissinstanserna: Något remissbehandlat förslag finns inte.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

I 4 kap. 8 § LOU och 4 kap. 2 § LUF regleras möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I inledningen till första stycket 1 anges att förfarandet får användas när en kompletterande byggtreprenad eller tjänst inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet. Av de korresponderande bestämmelserna i direktiven (artikel 31.4 i klassiska direktivet och artikel 40.3 f i försörjningsdirektivet) framgår att lagparagrafernas lydelse fått en felaktig utformning. Enligt regeringens mening bör lydelsen ändras så att det framgår att förfarandet får användas när en kompletterande byggtreprenad eller tjänst inte ingår i det ursprungliga projektet eller inte ingår i det ursprungliga kontraktet. Vidare har de i punkterna a–d angivna förutsättningarna angivits som alternativa. Av direktivens bestämmelser framgår att förutsättningarna under punkt a och b ska vara uppfyllda samt även förutsättningen under punkt c eller d. Regeringen anser att bestämmelserna i LOU och LUF ska ändras så att de stämmer överens med de bakomliggande direktivbestämmelserna.

Konkurrenspräglad dialog

I 4 kap. 4 § LOU hänvisas till det beskrivande dokumentet. Paragrafen rör successiva steg vid förhandlat förfarande. Det förfarande vid vilket ett beskrivande dokument kan komma i fråga är emellertid konkurrenspräglad dialog. Regeringen anser därför att hänvisningen till det beskrivande dokumentet bör utgå ur paragrafen. Vidare bör, enligt regeringens mening, artikel 44.4 i det klassiska direktivet i delen som avser konkurrenspräglad dialog i stället genomföras i den paragraf som reglerar successiva steg vid konkurrenspräglad dialog, dvs. 4 kap. 14 § LOU. Därför anser regeringen att paragrafen bör ändras så att det framgår att begränsningen av antalet lösningar ska ske enligt tilldelningskriterierna i annonsen eller i det beskrivande dokumentet samt att det slutliga antalet lösningar alltid ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

I 15 kap. 2 § andra stycket LOU som rör konkurrenspräglad dialog hänvisas till 4 kap. 4 och 6 §§. Dessa paragrafer rör emellertid förhandlat förfarande. Regeringen anser därför att hänvisningarna bör utgå.

Kontroll av leverantörs lämplighet

I 11 kap. 2 § LOU som rör krav som en upphandlande myndighet får ställa på en anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska-, tekniska- och yrkesmässiga kapacitet finns två hänvisningar till ett antal bestämmelser i 11 kap. Bestämmelsen med hänvisningarna har utformats i nära överensstämmelse med artikel 44.2 i det klassiska direktivet. Hänvisningarna i paragrafen i LOU omfattar dock fler bestämmelser än vad som motsvaras av det som anges i artikeln. Dessa tillkommande bestämmelser är också av en annan karaktär än de som uttryckligen ska omfattas. Några skäl för denna utsträckning framgår inte av förarbetena till bestäm-

melsen. För att uppnå bättre överensstämmelse med det klassiska direktivet och den nya lagen anser regeringen att hänvisningarna därför bör justeras.

Kompletterande upplysningar

I 8 kap. 12 § LOU och 8 kap. 13 § LUF finns regler om utlämnande av kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller kompletterande handlingar. Sådana upplysningar ska lämnas senast sex dagar före angiven sista dag att för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid. Bestämmelsen gäller vid selektivt och förhandlat förfarande samt vid konkurrenspräglad dialog. Motsvarande bestämmelse avseende öppet förfarande återfinns i 8 kap. 9 § andra stycket LOU och 8 kap. 10 § andra stycket LUF. 15 kap. 2 § LOU och LUF innehåller en hänvisning till 8 kap. 12 § LOU och 8 kap. 13 § LUF som anger att de ska gälla vid upphandlingar som omfattas endast av 15 kap. i respektive lag. Eftersom hänvisningen görs till bestämmelser som endast återfinns i det direktivstyrda området bör enligt regeringens mening bestämmelsen brytas ut från hänvisningarna i 15 kap. 2 § första stycket LOU och LUF och återges i en separat bestämmelse som uttryckligen anger att den gäller vid förenklat förfarande och urvalsförfarande. Hänvisningen i 15 kap 2 § avseende konkurrenspräglad dialog bör, enligt regeringens mening, placeras i paragrafens andra stycke.

Överprövning av ett avtals giltighet

Den föreslagna 16 kap. 13 § LUF reglerar när ett avtal kan förklaras ogiltigt. I lagrådsremissens föreslagna lydelse har hänvisningen i paragrafens första stycke till 7 kap. 5 § fallit bort. Som *Lagrådet* har påpekat ska hänvisningen i första stycket omfatta även den paragrafen.

I lagrådsremissen föreslogs avseende paragrafens andra stycke, som reglerar när ett avtal kan förklaras ogiltigt, som en redaktionell ändring att ordet "eller" närmast före ordet "tiodagarsfristen" skulle utgå och ersättas av ett kommatecken. Ändringen skulle innebära överensstämmelse i denna del med motsvarande paragraf i LOU. Lagrådet har emellertid ansett att ordet "eller" inte bör utgå ur den föreslagna 16 kap. 13 § LUF, utan tvärtom att ordet "eller" bör föras in i den föreslagna 16 kap. 13 § LOU. Detta för att i lagtexten markera att det är fråga om olika situationer. Regeringen instämmer i Lagrådets bedömning och föreslår därför att 16 kap. 13 § andra stycket LOU och LUF ska utformas som Lagrådet har förordat.

Regeringens förslag: Bilaga 1 Förteckning över byggtreprenadkontrakt, Bilaga 2 Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) och Bilaga 3 Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) i LOU och LUF ska ersättas av nya i stort motsvarande bilagor.

Regeringens bedömning: Bilagorna med byggtreprenadkontrakt, A-tjänster och B-tjänster bör inte innehålla fullständiga uppgifter om CPC- och CPV-referensnummer. CPV-referensnummer för byggkontrakt och CPV- och CPC-referensnummer för samtliga tjänstekategorier för A-tjänster och B-tjänster såsom de för varje tid har beslutats av Europeiska kommissionen bör tillkännages i Svensk författningssamling.

Utredningens förslag: Utredningen lämnade inget sådant förslag.

Remissinstanserna: Något remissbehandlat förslag finns inte.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet har Europeiska kommissionen behörighet att i viss utsträckning göra ändringar beträffande referensnumren i nomenklaturen i bilagorna till direktiven som avser byggtreprenadkontrakt samt A- och B-tjänster (se artikel 79 f och g i klassiska direktivet och artikel 70 d och e i försörjningsdirektivet). Kommissionens ändringar görs i form av en förordning. Den senaste förordningen är kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV⁵⁰. Förordningen, som innehåller reviderade bilagor till direktiven, är i alla delar bindande och direkt tillämplig och bör därför inte tas in i lagen. Kommissionens behörighet omfattar inte grupperingen av de olika undergrupperna i bilagan avseende byggtreprenad eller de olika tjänstekategorierna. Regeringen anser därför att till LOU och LUF ska fogas en bilaga som anger undergrupperna till byggtreprenadkontrakt med dessas benämning och tillhörande anmärkningar utan fullständiga uppgifter om CPV-referensnummer samt bilagor som anger tjänstekategorier med beskrivningar avseende A-tjänster och B-tjänster utan CPC- eller CPV-referensnummer. De nuvarande bilagorna bör därför upphävas och ersättas av bilagor med sådant innehåll. CPV-referensnumren för samtliga grupper och undergrupper inom huvudgrupp 45 avseende byggtreprenad samt CPV- och CPC-referensnumren för samtliga tjänstekategorier för A-tjänster och B-tjänster bör såsom de för varje tid har beslutats av Europeiska kommissionen tillkännages i Svensk författningssamling. En upplysning om det förs in i lagen.

⁵⁰ EUT L 74, 15.3.2008, s. 1 (Celex 32008R0213).

Regeringens förslag: Till följd av den nya lagen ska ändringar göras i lagen om allmänna förvaltningsdomstolar, lagen om medbestämmande i arbetslivet och offentlighets- och sekretesslagen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag

Lagen om allmänna förvaltningsdomstolar

I 18 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar finns bestämmelser om när en förvaltningsrätt är domför. Av 18 § fjärde stycket 5 framgår att en förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare vid avgörande i sak av mål enligt LOU eller LUF. Detsamma bör, enligt regeringens mening, gälla för mål enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Lagen om allmänna förvaltningsdomstolar bör därför ändras.

Lagen om medbestämmande i arbetslivet

39 och 40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet rör facklig vetorätt. I paragraferna hänvisas till bestämmelser i LOU, LUF och lagen (2008:962) om valfrihetssystem om omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. Regeringen anser att även sådana omständigheter som enligt den nya lagen får medföra uteslutning av leverantörer bör tas in i lagen om medbestämmande i arbetslivet.

Offentlighets- och sekretesslagen

I offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) finns bestämmelser om sekretess vid upphandling. 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen rör anbudssekretess och innehåller sedan den 15 juli 2010 bestämmelser om uppgifter som får lämnas vid en elektronisk auktion enligt LOU och LUF. Även enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet föreslås att elektronisk auktion ska kunna användas (se avsnitt 7.4). För att säkerställa att sådan information som är nödvändig kan lämnas till anbudsgivarna under den elektroniska auktionen bör, enligt regeringens mening, även den nya lagen anges i 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen.

I 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen regleras sekretess för uppgifter 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. I ett ärende enligt LOU och LUF gäller sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs. Regeringen ser inte skäl

att göra någon annan bedömning avseende sekretessen för motsvarande uppgifter enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. En hänvisning till den nya lagen bör därför tas in i 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen.

13.3 Rättelser i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för sjukgymnastik

Regeringens förslag: I lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för sjukgymnastik ska hänvisas till bestämmelserna om överprövning och skadestånd i LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010.

Utredningens förslag: Utredningen lämnade inte något sådant förslag.

Remissinstanserna: Förslaget har inte remissbehandlats. Förslaget till lagtext har dock under hand beretts med *Sveriges Kommuner och Landsting*, *Svenska Privatläkarförbundet* och *Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbund*. Ingen av dessa framför några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik finns bestämmelser om samverkansavtal som ingås mellan privatpraktiserande läkare respektive privatpraktiserande sjukgymnaster och landstinget. Ett samverkansavtal innebär att läkaren eller sjukgymnasten har rätt till offentlig ersättning. Läkare och sjukgymnaster kan, i samband med att de överlåter sin verksamhet, säga upp sin rätt till ersättning i syfte att låta den övertagande läkaren eller sjukgymnasten ingå samverkansavtal med landstinget, s.k. ersättningsetablering. Regeringen har gjort bedömningen att samverkansavtal får anses utgöra tjänstekoncessioner (se prop. 2008/09:64 s. 43) och ersättningsetableringen omfattas därför inte av LOU:s tillämpningsområde. Regeringen har emellertid valt att göra bestämmelserna om överprövning och skadestånd i LOU tillämpliga i fråga om ersättningsetablering. Detta framgår av 5 g § lagen om läkarvårdsersättning och 5 g § lagen om ersättning för sjukgymnastik som hänvisar till 16 kap. 1–6 §§ LOU. De lagändringar genom vilka hänvisningarna infördes trädde i kraft den 1 april 2009.

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. LOU har ändrats från och med den 15 juli 2010. Till följd av detta borde hänvisningarna i de nu aktuella lagarna ha ändrats. Så har emellertid inte skett. Regeringen anser därför att rättelser nu bör göras och att det ska ske genom en hänvisning till LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010, dvs. SFS 2007:1091 när det gäller 16 kap. 1, 2 och 4–6 §§ samt SFS 2009:853 när det gäller 16 kap. 3 §. Regeringens avsikt är alltså att samma bestämmelser om överprövning och skadestånd som tidigare har gällt enligt lagarna ska gälla även fortsättningsvis.

De nya reglerna i 16 kap. LOU innebär bl.a. att det har införts en möjlighet för allmän förvaltningsdomstol att på talan av en leverantör ogiltigförklara ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Frågan om huruvida andra bestämmelser om över-

prövning och skadestånd i framtiden bör gälla för ersättningsetablering enligt lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för sjukgymnastik med anledning av de regler om detta som numera gäller enligt LOU får övervägas i ett annat sammanhang.

14 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

14.1 Lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, följdändringar i andra lagar och övriga ändringar i LOU och LUF

Regeringens förslag: Lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska träda i kraft den 1 november 2011. Lagen ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Ändringar till följd av den nya lagen och övriga ändringar i LOU och LUF ska träda i kraft den 1 november 2011. Äldre bestämmelser ska gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår att bestämmelserna ska träda i kraft den 1 juli 2011.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig i frågan, *Försvarsmakten*, anser det önskvärt med en precisering av tidpunkten då en upphandling anses påbörjad. En naturlig och tydlig sådan tidpunkt är den dag då den upphandlande myndigheten annonserar upphandlingen. Dock äger i vissa fall ett omfattande arbete med en upphandling rum en lång tid innan tidpunkten för annonsering.

Skälen för regeringens förslag: Medlemsstaterna ska senast den 21 augusti 2011 anta och offentliggöra de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet (se artikel 72 i direktivet). Den föreslagna lagen, ändringar i andra lagar till följd därav samt övriga ändringar i LOU och LUF bör enligt regeringens mening träda i kraft så snart som möjligt, vilket bedöms vara den 1 november 2011.

Den nya lagen och de föreslagna lagändringarna ska gälla enbart för upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet. De nya reglerna ska således inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Vissa upphandlingar som har påbörjats innan den nya lagens ikraftträdande kommer därmed att omfattas av LOU och LUF. En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 447 och 568). Det innebär, vilket *Försvarsmakten* är inne på, att en upphandling kan anses som påbörjad innan annonsering sker.

Regeringens förslag: Lagen om ändring i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ändring i lagen om ersättning för sjukgymnastik ska träda i kraft den 1 november 2011. Bestämmelserna ska dock tillämpas för tid från och med den 15 juli 2010.

Utredningens förslag: Utredningen innehåller inget sådant förslag.

Remissinstanserna: Förslaget om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik har inte remissbehandlats. Ikraftträdandebestämmelserna har dock under hand beretts med *Sveriges Kommuner och Landsting*, *Svenska Privatläkarförbundet* och *Legitimerade Sjukgymnasters Riksförbund*. Ingen av dessa framför några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Att 16 kap. LOU har ändrats från och med den 15 juli 2010 utan att de nuvarande hänvisningarna till den lagen i 5 g § lagen om läkarvårdsersättning och 5 g § lagen om ersättning för sjukgymnastik har ändrats, medför att de två nämnda paragraferna måste rättas. De ändrade hänvisningarna innebär inte någon ändring i sak i förhållande till vad som varit avsett. Det är, enligt regeringens mening, angeläget att de föreslagna ändringarna träder i kraft så snart som möjligt. Den tidigaste tidpunkten bedöms vara den 1 november 2011. Vidare anser regeringen att rättelseregleringen, för att undvika tillämpningsproblem, bör ges retroaktiv verkan och tillämpas för tid från och med den tidpunkt då felet uppstod, dvs. då ändringarna i LOU trädde i kraft (den 15 juli 2010).

15 Konsekvensanalys

Regeringens bedömning: Förslagen möjliggör att ett ökat antal upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet kan konkurrensutsättas. Om fler upphandlingar konkurrensutsätts leder det till minskade kostnader för inköp för det offentliga och för verksamheter inom försörjningssektorerna.

För företagen innebär förslagen att marknaden kan antas bli mer tillgänglig, vilket torde leda till nya affärsmöjligheter och ökad konkurrens.

För domstolarna förväntas förslagen i vart fall innebära en omfördelning av mål från den befintliga regleringen i LOU och LUF till den nya lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förslagen bör därutöver inte innebära någon betydande förändring av den totala andelen upphandlingsmål i domstolarna.

I övrigt har förslagen inte några betydande konsekvenser.

Utredningens bedömning: Överensstämmer i stort med regeringens. Utredningen lämnar dock ingen uttrycklig bedömning av konsekvenserna för domstolarna.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser, däribland *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)*, *Stockholms kommun* och *Kalmar läns landsting*, hyser förhoppningar om att den nya lagen kommer att medföra att antalet upphandlingar ökar, vilket är till gagn för både företagen och de upphandlande myndigheterna och enheterna. Samtidigt menar SOFF att utredningens konsekvensanalys kan ge en missvisande föreställning om marknadens förutsättningar. Analysen saknar grund i näringslivets kunskap och erfarenhet om branschens politiska, ekonomiska och teknologiska sammanhang. De krafter som företrädesvis styr och avgör försvars- och samhällssäkerhetsmarknadens funktion är inte desamma som på en allmän marknad, anser SOFF, utan de bygger fastmer på politisk agenda, internationella säkerhetspolitiska mål och ofta inhemska hänsyn. SOFF menar att effekterna på marknaden är oskrivna och att det är berättigat med en betydande skepsis och vaksamhet inför direktivets följder. *Svenskt Näringsliv* anför att eftersom det måste betraktas som ett axiom att stater med egen förmåga att producera försvarsmateriel normalt betraktar den som ett väsentligt nationellt säkerhetsintresse, är det i hög grad osannolikt att deras hittillsvarande beteende vid framför allt upphandlingar av försvarsmateriel skulle förändras i beaktansvärt avseende. Utredningens konsekvensanalys framstår mot denna bakgrund som direkt felaktig, anser *Svenskt Näringsliv*. I Sverige konkurrensutsätts redan försvarsupphandlingar i ganska betydande grad. Att detta förhållande skulle komma att utsträckas också till betydelsefulla EU-medlemsstater framstår, enligt *Svenskt Näringsliv*, för närvarande som osannolikt. Liknande synpunkter framför *Föreningen SME-D (SME-D)* som anser att de föreslagna reglerna är omotiverat optimistiska och att det finns stor risk att de stora länderna och de stora försvarsföretagen kommer att ta över större delar av de marknader som svenska företag verkar inom, både inom landet och på export. *SME-D* menar att små- och medelstora företag som verkar på lokala och regionala plan kommer att ha svårt att stå emot när större företag vill ta sig in på de marknaderna. *Teknikföretagen (Swedish Offset Association, SOA)* anser att utredningen inte besvarar frågan om vilka företag som genom förslagen ges ökade möjligheter för avsättning av sina produkter och hur detta påverkar de svenska företagen. *SOA* menar att det saknas underlag som på något sätt styrker påståendet om att en större upphandlingsmarknad kommer att leda till ökat intresse för nya företag att etablera sig på marknaden vilket ska medföra en positiv effekt på arbetsmarknaden. *Regelrådet* saknar i utredningens konsekvensanalys bl.a. närmare beskrivning av vilka företag som berörs av regleringen, förslagets påverkan på företagens administrativa kostnader och konkurrensförhållanden och avstyrker därför förslaget.

Svea hovrätt, Kamrarrätten i Stockholm, Stockholms tingsrätt och *Förvaltningsrätten i Stockholm* menar att arbetsbelastningen och antalet mål kommer att öka till följd av den föreslagna lagstiftningen. Detta bl.a. på grund av den ökning av antalet upphandlingar som kan förutses, målens omfattning och komplexitet samt de särskilda krav som ställs i dessa mål när det gäller sekretess och säkerhetsprövning. Domstolarna förutsätter därför att de tillförs de resurser som de behöver för att behandla målen.

Konsekvenser för företagen

Direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet syftar till att inom unionen öka antalet konkurrensutsättningar av sådana upphandlingar, eftersom det innehåller ett antal bestämmelser som är särskilt anpassade för att möjliggöra upphandlingar i konkurrens på detta område, t.ex. regler om informationssäkerhet och försörjningstrygghet. I vilken utsträckning det på nationell nivå kommer att innebära en förändring i förhållande till dagens situation är osäkert. För svenskt vidkommande torde dock konkurrensutsättning av upphandlingarna på området redan i dag ske i stor utsträckning med stöd av nuvarande bestämmelser. Det är därför, som flera av remissinstanserna ger uttryck för, osäkert om fler upphandlingar kommer att konkurrensutsettas.

På leverantörssidan finns det en stor försvars- och säkerhetsindustri verksam i Sverige som på vissa områden tillhör de mest framträdande inom EU. Direktivet innebär att ett objektivare och öppnare förfarande införs inom EU för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet. Med utgångspunkten att ett sådant sakligare förfarande bör gynna svenska förhållanden, bör det inte finnas någon anledning att för företagens del se så pessimistiskt på förslagen som flera remissinstanser uttrycker. Till skillnad från LOU och LUF innehåller den föreslagna lagen dessutom regler om underentreprenad som ger små- och medelstora företag en starkare ställning. Eftersom förslagen innebär att den offentliga marknaden kan antas bli mer tillgänglig för företagen, ger det företagen ökade möjligheter att få avsättning för produkter till stat och verksamheter inom försörjningssektorerna. Förslagen kan på sikt antas förbättra företagets konkurrenskraft och den i Sverige verkamma försvars- och säkerhetsindustrin bör inom många områden gynnas av detta.

Regelrådet ifrågasätter utredningens bristande konsekvensanalys när det gäller bl.a. företagets administrativa kostnader för att delta i upphandlingar. För att illustrera svårigheterna med att analysera sådana frågor vill regeringen nämna att den huvudsakliga offentliga statistik som finns på upphandlingsområdet tas fram av Konkurrensverket i syfte främst att uppfylla Sveriges internationella åtaganden och bygger på uppgifter från upphandlande myndigheter och enheter om antalet gjorda upphandlingar och deras värde⁵¹. Statistiken omfattar dessutom inte upphandlingar som inte omfattas av direktivens tillämpningsområden och som görs av kommuner och landsting. Hur stora de administrativa kostnaderna är för upphandlingarna redovisas inte i statistiken vare sig för de upphandlande myndigheterna, enheterna eller företagen. För den sistnämnda kategorin torde uppgifterna dessutom uppgifterna inte vara offentliga, vilket särskilt lär gälla på försvars- och säkerhetsområdet. Tillgänglig statistik är således inte tillräcklig för att kunna dra sådana slutsatser som Regelrådet efterfrågar. Regeringen instämmer därför i utredningens analys att det är så gott som omöjligt att uppskatta företagets administrativa kostnader. Detsamma gäller de närmare conse-

⁵¹ Se t.ex. Konkurrensverkets rapport Siffror och fakta om offentlig upphandling (2011:1).

kvenserna för företagen. Allmänt kan dock sägas att en öppnare upphandlingsmarknad leder till fler upphandlingar. Det är därför naturligt att dessa nya affärsmöjligheter måste administreras. Företagen får här göra en avvägning mellan möjligheten att vinna en upphandling och de administrativa kostnader det innebär att delta i upphandlingen. I det sammanhanget kan nämnas att den föreslagna lagen ger en möjlighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att bestämma att ersättning i form av priser eller betalning ska ges till de företag som deltagit i en upphandling som skett genom konkurrenspräglad dialog (4 kap. 22 § i förslaget till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet).

Statsfinansiella konsekvenser

Genom ökad konkurrensutsättning kan det antas att varor och tjänster kommer att kunna upphandlas till lägre kostnader och att samhällets inköpskostnader därmed kommer att minska. De administrativa kostnaderna för att upphandla bedöms relativt sett inte vara alltför betungande. Därav följer att eventuella ökade administrativa kostnader för statliga myndigheter till följd av förslaget under alla omständigheter bör rymmas inom befintliga anslagsramar. Rapporten till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO), Regelverk och praxis i offentlig upphandling (2009:2), visar bl.a. att konkurrensutsättning och annonsering av upphandlingar lönar sig redan vid låga värden. Sammantaget leder förslaget därmed till att statens utgifter totalt kommer att minska. Något underlag för att mäta besparingarna finns dock inte. Det är därför inte möjligt att mer konkret uppskatta hur stor minskning av utgifterna som förslaget kommer att föranleda.

Konsekvenser för domstolarna

Eftersom det är oklart om antalet upphandlingar kommer att öka till följd av förslagen, är det också oklart om antalet ansökningar om överprövning eller om upphandlingsskadeavgift hos allmän förvaltningsdomstol eller om antalet stämningsansökningar gällande skadestånd hos allmän domstol kommer att påverkas.

Enligt Sveriges domstolars målhanteringssystem visar statistik från domstolarna en ökad inströmning av mål enligt de nuvarande reglerna till de allmänna förvaltningsdomstolarna. Detta kan i vart fall till viss del antas bero på de lagändringar i LOU och LUF som trädde i kraft den 15 juli 2010. För det har dessa kompenstrats med 1 750 000 kr för år 2010 samt med 3 500 000 kr årligen för åren 2011 och 2012 (se prop. 2009/10:1, utg.omr. 4 s. 56). För de allmänna domstolarna förväntades förslagen inte medföra någon större effekt varför dessa domstolar inte kompenstrades (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 315). Den nu iakttagna ökningen av antalet mål synes framför allt beröra Förvaltningsrätten i Stockholm. I jämförelse med de förslag som nu lämnas är det regeringens uppfattning att de senaste lagändringarna i LOU och LUF har en klart större påverkan på antalet mål. Med hänsyn till det och då det verkliga utfallet av den reformen ännu inte kan bedömas, anser regeringen att domstolarna inte ska tillföras ytterligare medel till följd av de

förslag som nu lämnas. En utvärdering av de faktiska kostnaderna för de allmänna förvaltningsdomstolarna kommer att göras (prop. 2009/10:180 del 1 s. 315). Prop. 2010/11:150

Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

För kommunernas och landstingens del kan det bl.a. bli aktuellt att tillämpa den föreslagna regleringen vid upphandlingar som t.ex. rör beredningsplaneringen. Förslagen ger de upphandlande myndigheterna och enheterna möjlighet att använda flexibla verktyg vid upphandling som kräver skydd. Förslagen kan därför inte anses inverka negativt på den kommunala självstyrelsen.

Konsekvenser för miljön

Förslagen bedöms inte medföra några negativa konsekvenser för miljön. Om förslagen skulle medföra att antalet upphandlingar i konkurrens på försvars- och säkerhetsområdet skulle öka, kan det medföra positiva konsekvenser för miljön eftersom det vid sådana upphandlingar finns uttryckliga regler som möjliggör att miljökrav kan ställas.

Övriga konsekvenser

Förslagen bedöms inte ha några direkta konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet.

Förslagen bedöms inte heller ha någon påvisbar påverkan på jämställdheten mellan män och kvinnor eller möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

16 Författningskommentar

16.1 Förslaget till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

1 kap. Lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser

Lagens innehåll

1 § I denna lag finns föreskrifter om

- lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),
- definitioner (2 kap.),
- tröskelvärden (3 kap.),
- upphandlingsförfaranden (4 kap.),
- ramavtal (5 kap.),
- elektronisk auktion (6 kap.),
- tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m. (7 kap.),

- annonsering av upphandling (8 kap.),
- tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m. (9 kap.),
- kommunikation, information och dokumentation (10 kap.),
- uteslutning av leverantörer (11 kap.),
- kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (12 kap.),
- tilldelning av kontrakt (13 kap.),
- underentreprenad (14 kap.),
- upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.),
- avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.),
- upphandlingsskadeavgift (17 kap.), och
- tillsyn (18 kap.).

Till lagen hör följande bilagor:

- Förteckning över byggentreprenadkontrakt (bilaga 1)
- Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) (bilaga 2)
- Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) (bilaga 3)
- Definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 4)

Paragrafen beskriver lagens innehåll. En liknande paragraf finns i 1 kap. 1 § LOU och 1 kap. 1 § LUF.

Lagens tillämpningsområde

2 § Denna lag gäller, med de undantag som anges i 7–10 §§, för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

1. militär utrustning, inklusive alla tillhörande delar, komponenter och delar av komponenter,
2. utrustning av känslig karaktär, inklusive alla tillhörande delar, komponenter och delar av komponenter,
3. byggentreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den utrustning som avses i 1 och 2, under hela dess livslängd, eller
4. byggentreprenader och tjänster särskilt avsedda för militära syften eller byggentreprenader och tjänster av känslig karaktär.

Vad som avses med upphandling, militär utrustning och utrustning av känslig karaktär anges i 2 kap. 28, 18 respektive 29 §.

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), eller
2. avser andra kontrakt, vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster ska anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt samt A-tjänster och B-tjänster.

För upphandling som avses i 9 § får undantag göras från denna lag endast med stöd av bestämmelserna i den paragrafen.

Paragrafen genomför artiklarna 2 och 15–17 i direktivet. Förslaget behandlas huvudsakligen i avsnitt 6.1.

Paragrafens *första stycke* anger vilka slags upphandlingar som omfattas av lagen, dvs. upphandling av militär utrustning, utrustning av känslig karaktär, byggentreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den nämnda utrustningen, eller byggentreprenader och tjänster specifikt för militära ändamål eller byggentreprenader och tjänster av känslig

karaktär. I enlighet med *Lagrådets* förslag har begreppet ”underenhet” i 1 och 2 ersatts av ”delar av komponenter” och begreppet ”specifikt för militära ändamål” i 4 ersatts av ”för militära syften”. På förslag av Lagrådet anges vidare de paragrafer som innehåller undantag från lagens tillämpningsområde.

Andra stycket innehåller, i linje med Lagrådets förslag, en hänvisning till definitionerna av upphandling, militär utrustning och utrustning av känslig karaktär i 2 kap. 28, 18 respektive 29 §.

Tredje stycket anger vilka upphandlingar som ska regleras av endast 15 kap., dvs. de regler som inte eller endast delvis omfattas av direktivet. Bestämmelsen motsvarar 1 kap. 2 § LOU och LUF.

Fjärde stycket genomför artikel 17 i direktivet och motsvaras av 1 kap. 2 § LOU och LUF.

Femte stycket anger att regeringen i Svensk författningssamling tillkännager byggentreprenadkontrakt samt A-tjänster och B-tjänster med CPV-referensnummer. Förslaget i denna del behandlas i avsnitt 5.2.

Sjätte stycket hänvisar till 9 § om undantag från bestämmelser i lagen som regeringen får besluta vid upphandling som avser krigsmateriel m.m. Stycket har tillkommit på förslag av Lagrådet. Se också kommentaren till 9 §.

Andra lagar om upphandling

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.

Paragrafen motsvaras inte av någon artikel i direktivet. Bestämmelsen utgör endast en upplysning i lagen om att det finns ytterligare två lagar som reglerar upphandling. Den har viss motsvarighet i 1 kap. 3 § LUF.

Upphandling som faller inom flera tillämpningsområden

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.

Paragrafen genomför del av artikel 3.1 i direktivet. Den har viss motsvarighet i 1 kap. 26 § LUF som reglerar förhållandet mellan LOU och LUF. Bestämmelsen har utformats enligt *Lagrådets* förslag. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.

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.

Paragrafen genomför del av artikel 3.2 i direktivet. Den har viss motsvarighet i 1 kap. 27 § LUF som reglerar de fall då en verksamhet omfattar LUF och annan verksamhet som omfattas varken av LOU eller

LUF. Bestämmelsen har utformats enligt *Lagrådets* förslag med viss smärre justering. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2. Prop. 2010/11:150

6 § Det som sägs 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) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Paragrafens *första stycke* genomför delar av artikel 3.1 och 3.2 i direktivet. Paragrafens *andra stycke* genomför artikel 3.3 i direktivet och har viss motsvarighet i 1 kap. 28 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.

Undantag från lagens tillämpningsområde

7 § Denna lag gäller inte när artikel 36, 51, 52 eller 62 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) tillämpas.

Paragrafen, som genomför inledningen av artikel 2 i direktivet, har ingen motsvarighet i det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet och inte heller i LOU eller LUF. Här anges de bestämmelser i EUF-fördraget utöver artikel 346, vilka medger undantag från tillämpningen av fördragets principer. I bestämmelsen upplyses om att den upphandlande myndigheten eller enheten kan underlåta att tillämpa upphandlingsreglerna om det är motiverat av de intressen som skyddas av de i bestämmelsen angivna artiklarna i EUF-fördraget. Bestämmelsen har på *Lagrådets* förslag placerats som en inledande bestämmelse till övriga undantagsbestämmelser. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.1.

Upphandling enligt andra internationella regler

8 § Denna lag gäller inte upphandling som omfattas 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 som gör inköp för sitt eget bruk och inte heller kontrakt som tilldelas av en stat inom EES i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

Paragrafen genomför artikel 12 i direktivet och motsvaras delvis av 1 kap. 5 § LOU och 1 kap. 14 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.3.

Bestämmelsen innebär att lagen inte gäller sådana kontrakt som uppfyller de förutsättningar som redovisas i paragrafen. Inte heller LOU eller LUF ska tillämpas på dessa upphandlingar, se avsnitt 13.1.1.

Undantag för upphandling som avser krigsmateriel m.m.

9 § I fråga om upphandling som avser sådan tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel som omfattas av artikel 346.1 b i EUF-

fördraget och där 7 eller 8 § eller 10 § första stycket 2–4 eller 10 inte är tillämpliga får regeringen i enskilda fall besluta om de undantag från bestämmelserna i denna lag som är nödvändiga med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen.

Försvarets materielverk får besluta om sådana undantag som avses i första stycket om upphandlingen

1. avser tillägg till en upphandling där regeringen tidigare beslutat om undantag med stöd av första stycket,

2. avser varor, tjänster eller byggentreprenader inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan i fråga om försörjning av varor, tjänster eller byggentreprenader, eller

3. har ett värde som understiger 25 000 000 kronor.

Försvarsmakten och Försvarets radioanstalt får besluta om sådana undantag som avses i första stycket om upphandlingens värde understiger 5 000 000 kronor.

Paragrafen genomför delvis artikel 2 i direktivet enligt vilken direktivet inte gäller för upphandling som omfattas av artikel 296 i fördraget (artikel 346 i EUF-fördraget). Artikel 346.1 b i EUF-fördraget rör rätten till undantag som är nödvändiga för att skydda landets väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Paragrafen genomför också delvis artikel 13 a) i direktivet. För upphandling som avser sådan krigsmateriel m.m. som anges ovan och som innebär att en upphandlande enhet måste tillhandahålla information vars avslöjande strider mot rikets väsentliga säkerhetsintressen är det regeringen som ska fatta beslut om undantag. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.4.

Av *första stycket* framgår att undantag för upphandling som avses i artikel 346.1 b kräver beslut av regeringen. Bestämmelsen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag, med det tillägget att upphandlingar som kan undantas på grund av bestämmelserna i 7 eller 8 § eller 10 § första stycket 2–4 och 10 inte ska omfattas av regeringens kontroll. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.4.

Av *andra stycket* framgår att Försvarets materielverk har rätt att för egen del besluta om vissa undantag som omfattas av 346.1 b.

Av *tredje stycket* framgår att Försvarsmakten och Försvarets radioanstalt har rätt att för egen del besluta om undantag som omfattas av artikel 346.1 b.

Särskilda undantag

10 § Denna lag gäller inte för kontrakt

1. för vilka tillämpningen av denna lag skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot rikets väsentliga säkerhetsintressen,

2. som avser underrättelseverksamhet,

3. som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram som gäller forskning och utveckling mellan minst två stater inom EES avseende utvecklandet av en ny produkt och, i förekommande fall, de senare skedena av hela eller delar av produktens livslängd,

4. som, av operativa skäl, måste tilldelas en leverantör i ett område utanför EES territorium där operationen genomförs,

5. som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet,

6. som en regering tilldelas av en annan regering och som avser

a) tillhandahållande av militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär,

b) byggtreprenader och tjänster med direkt anknytning till sådan utrustning som avses i a, eller

c) byggtreprenader och tjänster särskilt avsedda för militära syften eller av känslig karaktär,

7. som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag,

8. som avser finansiella tjänster, utom försäkringstjänster,

9. som avser anställningar, eller

10. 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 eller enheten.

Första stycket 4 avser även civila inköp.

Med fastighet enligt första stycket 5 avses det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden ska också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Paragrafen genomför artikel 13 i direktivet. Den motsvarar delvis 1 kap. 6 § LOU och 1 kap. 19 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.5.

Paragrafen innebär att lagen inte gäller sådana upphandlingar som uppfyller de förutsättningar som redovisas i paragrafen. Inte heller LOU eller LUF ska tillämpas på dessa upphandlingar, se avsnitt 13.1.1.

Första stycket 1 gäller inte om det är fråga om upphandling av sådan krigsmateriel m.m. som omnämns i 1958 års lista. I dessa fall är det regeringen som ska fatta beslut om undantag enligt 1 kap. 9 §.

Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

11 § Upphandlande myndigheter eller enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Paragrafen genomför artikel 4 i direktivet och motsvarar 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.7.

Artikel 4 anger i likhet med motsvarande artiklar i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet (artikel 2 respektive 10) principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet anges dock i ingressen till direktivet (skäl 15). Bestämmelsen är därför utformad så, att den i överensstämmelse med LOU och LUF omfattar samtliga fem principer.

Rätten att få delta i en upphandling

12 § En anbudssökande eller anbudsgivare, som enligt bestämmelser i det land i vilket verksamheten är etablerad har rätt att leverera den tjänst som kontraktet är avsett för, 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 tjänste- och byggtreprenadkontrakt eller varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten får juridiska personer uppmanas att i anbudet eller anbudsansökan uppges namn och yrkeskvalifikationer på de personer som ska utföra tjänsterna.

Paragrafen genomför artikel 5.1 i direktivet och motsvarar 1 kap. 10 § LOU och 1 kap. 29 § LUF.

13 § Grupper av leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna ett anbud och att lämna ett anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten får inte ställa upp villkor om att sådana grupper ska ha en bestämd juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Paragrafen genomför artikel 5.2 i direktivet och motsvarar 1 kap. 11 § LOU och 1 kap. 30 § LUF.

2 kap. Definitioner

Allmänna definitioner

1 § Med *anbudssökande* avses den som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande, i en konkurrenspräglad dialog eller i ett urvalsförfarande enligt 15 kap.

Paragrafen genomför artikel 1.15 i direktivet och motsvarar 2 kap. 1 § LOU och LUF.

2 § Med *anknutet företag* avses

1. företag över vilket en leverantör har ett bestämmande inflytande,
2. företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en leverantör, och
3. företag som tillsammans med en leverantör står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Ett *bestämmande inflytande* ska anses finnas om ett företag direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat 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.

Paragrafen genomför artikel 1.23 i direktivet och motsvarar 2 kap. 2 § LOU och 2 kap. 2 § första och tredje styckena LUF med den skillnaden att förevarande definition avser företag över vilket en leverantör har ett bestämmande inflytande m.m. och således inte företag över vilket en upphandlande myndighet eller enhet har ett sådant inflytande. Vidare avser begreppet bestämmande inflytande det inflytande som ett företag har över ett annat företag till skillnad från LOU och LUF där bestämmande inflytande avser en upphandlande myndighets respektive enhets inflytande över ett företag.

3 § 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, eller

2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten eller enheten.

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

Paragrafen genomför artikel 1.3 i direktivet och motsvarar 2 kap. 3 § LOU och LUF.

4 § Med *civila inköp* avses ett kontrakt som inte omfattas av 1 kap. 2 § första stycket och som avser förvärv av icke-militära varor, byggentreprenader eller tjänster för logistiska ändamål.

Paragrafen genomför artikel 1.28 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Bestämmelsen har enbart betydelse för tillämpningen av 1 kap. 10 § första stycket 4 och andra stycket, som undantar vissa civila köp.

5 § Med *CPV-nomenklaturen* avses den gemensamma terminologi vid offentlig upphandling som antagits genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), senast ändrad genom kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Paragrafen genomför artikel 1.1 i direktivet och motsvarar 2 kap. 5 § LOU och LUF.

6 § Med *elektroniska medel* avses medel som överför signaler via tråd eller radiovåg, på optisk väg eller via andra elektromagnetiska överföringsmedier.

Paragrafen genomför artikel 1.25 i direktivet och motsvarar 2 kap. 6 § LOU och LUF.

7 § Med *elektronisk auktion* avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 kap. 2 §, artikel 1.12 i direktivet och motsvarar 2 kap. 6 a § LOU och LUF.

8 § Med *erkända organ* avses sådana provnings- och kalibreringslaboratorier samt organ för inspektion och certifiering som uppfyller tillämpliga europeiska standarder.

Paragrafen genomför artikel 18.7 första stycket i direktivet och motsvarar 2 kap. 7 § LOU och LUF.

9 § Med *forskning och utveckling* avses verksamhet som omfattar grundforskning, tillämpad forskning och experimentell utveckling.

Paragrafen genomför artikel 1.27 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.5.

I paragrafen definieras begreppet forskning och utveckling. I direktivet anges att experimentell utveckling kan omfatta utformning av tekniska demonstratorer, dvs. verktyg för att demonstrera ett nytt koncept eller en ny tekniks funktion i en relevant eller typisk miljö. Denna exemplifiering har dock inte tagits med i lagens definition av begreppet.

I skäl 13 i direktivet utvecklas vad som avses med forskning och utveckling.

10 § Med *förfrågningsunderlag* avses sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller en leverantör.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 8 § LOU och LUF. Direktivet innehåller inte någon definition av förfrågningsunderlag.

11 § Med *förhandlat förfarande* avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten eller enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Paragrafen genomför artikel 1.20 i direktivet och motsvarar 2 kap. 9 § LOU och LUF.

12 § Med *inköpscentral* avses en upphandlande myndighet, en upphandlande enhet eller ett offentligt europeiskt organ som

1. ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter, eller
2. medverkar vid en upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter.

Paragrafen genomför artikel 1.18 i direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 9 a § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.6.

Av paragrafen framgår att en upphandlande myndighet eller enhet eller ett offentligt europeiskt organ kan utgöra en inköpscentral.

Av skäl 23 i direktivet framgår att medlemsstaterna bör ha rätt att utse offentliga europeiska organ som inte omfattas av direktivet till inköpscentral. Som exempel på ett offentligt europeiskt organ nämns Europeiska försvarsbyrån (European Defence Agency, EDA).

Närmare bestämmelser om inköpscentraler finns i 4 kap. 23 §, se kommentaren till den paragrafen.

13 § Med *konkurrenspräglad dialog* avses ett förfarande som varje leverantör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten eller enheten för en dialog med de anbudssökande som har bjudits in att delta i detta förfarande.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 kap. 14 §, artikel 1.21 första stycket i direktivet och motsvarar 2 kap. 9 b § LOU.

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

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer,

2. avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Paragrafen genomför artikel 1.2 i direktivet och motsvarar 2 kap. 10 § LOU och LUF.

15 § Med *kris* avses varje situation när en händelse med skadliga konsekvenser har inträffat som tydligt går utöver omfattningen av en allvarlig händelse under vanliga omständigheter och som

1. i hög grad hotar eller inskränker människors liv och hälsa,
2. i hög grad påverkar egendomsvärden, eller
3. kräver åtgärder för att tillhandahålla befolkningen livsförnödenheter.

En kris ska även anses ha uppstått om det finns en överhängande risk för att en sådan allvarlig situation kommer att inträffa.

Paragrafen genomför artikel 1.10 i direktivet. Första stycket har utformats som *Lagrådet* har föreslagit. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Enligt direktivet ska väpnade konflikter och krig betraktas som kriser.

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

Med *leverantör* avses också en grupp av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 1.13 i direktivet och motsvarar 2 kap. 11 § LOU och LUF.

17 § Med *livslängd* avses samtliga skeden som en vara genomgår från forskning och utveckling till bortscaffande.

Paragrafen genomför artikel 1.26 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Under en livslängd kan en vara genomgå alltifrån forskning och utveckling, industriell utveckling, tillverkning, reparation, modernisering, ändring, underhåll, logistik, utbildning, testning, återkallande till bortscaffande. Dessa skeden inbegriper enligt skäl 12 i direktivet exempelvis studier, utvärdering, lagring, transport, integrering, underhåll, demontering eller förstörelse.

18 § Med *militär utrustning* avses utrustning som är särskilt utformad eller anpassad för militära syften och som är avsedd att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel.

Paragrafen genomför artikel 1.6 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF.

Vid tolkningen av definitionen bör man ta sin utgångspunkt i den förteckning över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958 (se artikel 346 i EUF-fördraget och bilaga 2). Förteckningen är generisk och bör ges en vid tolkning mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklats, vilket innebär att nya typer av utrustning tas fram, t.ex. på grundval av unionens gemensamma militära förteckning.

Definitionen av militär utrustning och därmed tillämpningsområdet för lagen bör emellertid inte definieras uteslutande genom listan från 1958; tillämpningsområdet torde därför omfatta mer än denna lista. Se vidare i avsnitt 6.1.

19 § Med *offentligt styrda organ* avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser 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 finansierade 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.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 12 § LOU och LUF. Paragrafen motsvaras inte av någon artikel i direktivet, eftersom direktivet inte innehåller någon definition av offentligt styrda organ. I artikel 1.17 i direktivet hänvisas dock till definitionen av upphandlande myndigheter i artikel 1.9 i det klassiska direktivet och till upphandlande myndighet och upphandlande enhet i artikel 2.1 i försörjningsdirektivet, vilka båda innefattar en definition av *offentligrättsligt organ*, som motsvarar offentligt styrda organ (se även 26 §).

20 § Med *ramavtal* avses, om inte annat följer av andra stycket, ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Med ramavtal i 14 kap. avses ett avtal som ingås mellan en eller flera utvalda anbudsgivare och en eller flera underleverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av underleverantörskontrakt under en given tidsperiod.

Paragrafens *första stycke* genomför artikel 1.11 och motsvarar 2 kap. 15 § LOU och 2 kap. 16 § LUF.

Andra stycket reglerar ramavtal som sluts mellan en eller flera utvalda anbudsgivare och en eller flera underleverantörer. Bestämmelser om underentreprenad finns i 14 kap. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.5.

21 § Med *selektivt förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer kan ansöka om att få delta men endast anbudssökande som inbjuds av den upphandlande myndigheten eller enheten att delta får lämna anbud.

Paragrafen genomför artikel 1.19 i direktivet och motsvarar 2 kap. 16 § LOU och 2 kap. 17 § LUF.

22 § Med *säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter* avses information och material oavsett form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå och som med hänsyn till rikets säkerhet enligt lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person, eller någon annan typ av risk.

Paragrafen genomför artikel 1.8 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.1. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Artikelns begrepp sekretessbelagd information har i paragrafen ersatts med säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

23 § Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör ett byggentreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt enligt 30 §.

Ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

Ett kontrakt som avser tjänster och omfattar verksamhet som anges i bilaga 1, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, ska behandlas som ett tjänstekontrakt.

Paragrafen genomför artikel 1.5 i direktivet och motsvarar i sak 2 kap. 18 § LOU och 2 kap. 19 § LUF.

24 § Med *underleverantörskontrakt* avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som sluts mellan en anbudsgivare som valts ut för ett kontrakt och en eller flera leverantörer och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster enligt kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 1.22 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF.

25 § Med *upphandlande enhet* avses dels upphandlande myndigheter enligt 26 § som bedriver sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, dels sådana 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 1 kap. 4–10 §§ lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt enligt tredje stycket.

Ett *bestämmande inflytande* ska anses finnas om en upphandlande myndighet, 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.

Med *särskild rättighet* eller *ensamrätt* avses en rättighet eller ensamrätt som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,

2. begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster till ett eller flera företag, och

3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

Paragrafen genomför delvis artikel 1.17 i direktivet som hänvisar till bl.a. definitionen av upphandlande enhet i artikel 2 i försörjningsdirektivet. Den motsvaras av 2 kap. 20 § LUF.

26 § Med *upphandlande myndighet* avses statliga och kommunala myndigheter.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämnställas

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och

2. offentligt styrda organ som avses i 19 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Paragrafen genomför delvis artikel 1.17 i direktivet som hänvisar till bl.a. definitionen av upphandlande myndighet i artikel 1.9 i det klassiska direktivet. Den motsvaras av 2 kap. 19 § LOU.

27 § Med *upphandlarprofil* avses en sammanställning av uppgifter som är tillgängliga på Internet och som innehåller information om den upphandlande myndigheten eller enheten och dess upphandlingar.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 20 § LOU och 2 kap. 22 § LUF. Den motsvaras inte av någon artikel i direktivet.

28 § Med *upphandling* avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 13 § LOU och 2 kap. 23 § LUF. Den motsvaras inte av någon artikel i direktivet.

29 § Med *utrustning av känslig karaktär, byggentreprenad av känslig karaktär och tjänster av känslig karaktär* avses utrustning, byggentreprenad och tjänster som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhets-skyddsklassificerade uppgifter.

Paragrafen genomför artikel 1.7 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Begreppet säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter definieras i 22 §.

30 § Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggentreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett tjänstekontrakt enligt 23 § andra stycket.

Ett kontrakt ska behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna.

Paragrafen genomför artikel 1.4 i direktivet och motsvarar 2 kap. 21 § LOU och 2 kap. 24 § LUF.

Definitioner som gäller endast 15 kap.

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

Paragrafen motsvarar 2 kap. 23 § LOU och 2 kap. 26 § LUF.

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

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

Paragrafen motsvarar 2 kap. 25 § LOU och 2 kap. 28 § LUF.

3 kap. Tröskelvärden

Tröskelvärdenas storlek

1 § Denna lag ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om, om kontraktet avser

1. varu- eller tjänstekontrakt, eller
2. byggtreprenadkontrakt.

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

Värdet av kontraktet ska beräknas exklusive mervärdesskatt.

Paragrafen genomför artikel 8 i direktivet och motsvarar 3 kap. 1 § LOU och LUF. Tröskelvärdena överensstämmer med dem i LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.6.

Beräkning av värdet av ett kontrakt

2 § Värdet av kontrakt som avses i 1 § ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten eller enheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Paragrafen genomför artikel 9.1 i direktivet och motsvarar 3 kap. 3 § LOU och 3 kap. 2 § LUF.

3 § Beräkningen av värdet av ett kontrakt ska avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen enligt 8 kap. 1 § skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning.

Paragrafen genomför artikel 9.2 i direktivet och motsvarar 3 kap. 4 § LOU och 3 kap. 3 § LUF.

Förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling

4 § En byggtreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag.

Paragrafen genomför artikel 9.3 i direktivet och motsvarar 3 kap. 5 § LOU och 3 kap. 4 § LUF.

I direktivet anges det att inget kontrakt får delas upp så ”att en indelning sker i väsentligen lika stora separata delkontrakt eller på annat sätt” i avsikt att kringgå tillämpningen av detta direktiv. Uttrycket att kringgå direktivet genom att dela upp det i lika stora separata delkontrakt återfinns inte i det klassiska direktivet. Eftersom det endast är en exemplifiering av förbudet att kringgå direktivet får bestämmelsen anses ha samma innebörd som motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet. Det finns därför inte någon anledning att ha en annan författningstext än den i LOU. Paragrafen är utformad i enlighet med den i LOU.

5 § Värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska omfatta det totala värdet av kontraktet. I det totala värdet ska även värdet av monterings- och installationsarbeten räknas in.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 6 § LOU och 3 kap. 5 § LUF. Paragrafen har ingen motsvarighet i direktivet eller i det klassiska direktivet. Däremot finns en motsvarande artikel i försörjningsdirektivet (artikel 17.8). En paragraf med samma innehåll infördes emellertid i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 316). För att i så stor utsträckning som möjligt ha en överensstämmelse med LOU och LUF har en paragraf med detta innehåll införts även i denna lag.

Upphandling av delkontrakt

6 § Om en planerad byggtreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas samtidigt i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas vid tillämpningen av 1 §. Om tröskelvärdet då överskrids, ska varje enskild upphandling av delkontrakt göras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag.

Första stycket andra meningen behöver inte tillämpas för ett delkontrakt vars värde understiger 80 000 euro när det gäller tjänster eller varor och 1 000 000 euro när det gäller byggtreprenader.

Andra stycket gäller bara om det sammanlagda värdet av sådana delkontrakt inte överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

Vid upphandling av sådana delkontrakt som undantas med stöd av denna paragraf ska 15 kap. tillämpas.

Paragrafens *första-tredje stycken* genomför artikel 9.5 i direktivet och hela paragrafen motsvarar 3 kap. 7 § LOU och 3 kap. 6 § LUF.

Fjärde stycket i paragrafen har ingen motsvarighet i direktivet. I enlighet med motsvarande bestämmelse i LOU och LUF innehåller förevarande paragraf en bestämmelse som upplyser om att sådana delkontrakt som undantas med stöd av paragrafen inte är helt undantagna från lagens tillämpningsområde.

Byggtreprenadkontrakt

7 § Vid beräkningen av värdet av ett byggtreprenadkontrakt ska kostnaden för treprenaden och värdet av varor och tjänster som den upphandlande myndigheten eller enheten tillhandahåller treprenören för att treprenaden ska kunna fullgöras räknas in.

Värdet av varor och tjänster som inte krävs för att entreprenaden ska kunna fullgöras får inte ingå i beräkningen av värdet, om det skulle medföra att lagens regler om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga på upphandlingen av dessa varor och tjänster.

Paragrafens *första stycke* genomför artikel 9.4 i direktivet och hela paragrafen motsvarar 3 kap. 8 § LOU och 3 kap. 7 § LUF.

I direktivet anges att det totala värdet av *de varor* som den upphandlande myndigheten eller enheten tillhandahåller entreprenören ska beaktas vid beräkningen av värdet av byggentreprenadkontraktet. Det anges således inte att *tjänster* ska beaktas på samma sätt. Motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet (artikel 17.4) anger dock både varor och tjänster. Bestämmelsen i försörjningsdirektivet (artikel 9.4) innehåller inte någon hänvisning till tjänster. Båda bestämmelserna i LOU och LUF gavs emellertid samma lydelse, som innefattade både varor och tjänster.

Regleringen har utformats för att stämma överens med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF och inkluderar alltså både varor och tjänster.

Paragrafens *andra stycke* har ingen motsvarighet i direktivet. Inte heller finns någon motsvarighet i det klassiska direktivet. Bestämmelsen finns i försörjningsdirektivet (artikel 17.5). För att åstadkomma överensstämmelse mellan de två lagarna fördes bestämmelsen in i båda lagarna. För att stämma överens med LOU och LUF har andra stycket i den nu aktuella paragrafen getts en likalydande utformning.

Varukontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid

8 § Värdet av ett kontrakt som är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor och som löper på en bestämd tid om högst tolv månader ska beräknas till den totala kostnaden för kontraktet under löptiden.

För varukontrakt som avser längre löptid ska värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde.

För varukontrakt som löper på obestämd tid eller vilkas löptid inte kan bestämmas ska värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48.

Paragrafen genomför artikel 9.6 i direktivet och motsvarar 3 kap. 9 § LOU och 3 kap. 8 § LUF.

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

9 § Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid, ska beräknas 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.

Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå bestämmelserna Prop. 2010/11:150 om upphandling över tröskelvärdena i denna lag.

Paragrafen genomför artikel 9.7 i direktivet och motsvarar 3 kap. 10 § LOU och 3 kap. 9 § LUF.

Vissa tjänstekontrakt

10 § Värdet av ett tjänstekontrakt ska beräknas med utgångspunkt i

1. när det gäller försäkringstjänster: den premie som ska betalas och andra former av ersättning,
2. när det gäller kontrakt som avser projektering: arvoden eller den provision som ska betalas och andra former av ersättning.

Paragrafen genomför artikel 9.8 a i direktivet och motsvarar 3 kap. 11 § 1 och 3 LOU och 3 kap. 10 § 1 och 3 LUF.

11 § Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, ska värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader, och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

Paragrafen genomför artikel 9.8 b i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 3 kap. 12 § LOU och 3 kap. 11 § LUF.

Ramavtal

12 § Värdet av ett ramavtal ska beräknas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras under ramavtalets löptid.

Paragrafen genomför artikel 9.9 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 3 kap. 13 § LOU och 3 kap. 12 § LUF.

4 kap. Upphandlingsförfaranden

Selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog

1 § Vid upphandling får selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 2 och 3 §§ användas.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 4–10 §§.

Konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 11–22 §§.

Paragrafen genomför artikel 25 i direktivet och motsvarar delvis 4 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1 och 7.3.

I paragrafen anges vilka upphandlingsförfaranden som enligt lagen får användas vid upphandling inom det direktivstyrda området.

Av *första stycket* framgår att huvudförfarandena är selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Till skillnad från LOU, och i likhet med LUF, får det förhandlade förfarandet med föregående annonsering användas utan några begränsande villkor.

Av *andra* och *tredje styckena* framgår att förhandlat förfarande utan föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog får användas under vissa förutsättningar.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

2 § Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet eller enhet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten eller enheten har angett i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget och i de kompletterande handlingarna samt för att få fram det bästa anbudet enligt 13 kap. 1 §.

Paragrafen genomför artikel 26.1 i direktivet och motsvarar 4 kap. 3 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen beskriver det förhandlade förfarandet med föregående annonsering.

I jämförelse med motsvarande paragraf i LOU framgår att hänsyn även ska tas till de krav som myndigheten eller enheten har angett i de kompletterande handlingarna. Detta framgår också av det klassiska direktivet (artikel 30.2), men har inte genomförts i LOU.

Av 13 kap. 1 § framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset, se kommentaren till den paragrafen.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet får i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ange att förhandlat förfarande med föregående annonsering ska äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta. Därvid ska de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Det slutliga antalet anbud ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudssökande eller anbudsgivare.

Paragrafen genomför artikel 26.3 och delvis artikel 38.5 i direktivet samt motsvarar förslaget till 4 kap. 4 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen anger att förhandlat förfarande får äga rum i successiva steg. Successiva steg innebär att leverantörer kan utestängas från den pågående förhandlingen utan att ha haft möjlighet att lämna ett slutligt anbud. De kriterier som ska användas i förfarandet för att minska antalet anbud ska annonseras.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser bygg-entreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en konkurrenspräglad dialog inte lämnats några ansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. det som ska upphandlas av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller

4. det till följd av en kris är omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Om Europeiska kommissionen begär det, ska den upphandlande myndigheten eller enheten i en rapport till kommissionen redovisa sådana ärenden där första stycket 1 har tillämpats av myndigheten eller enheten.

Paragrafen genomför artikel 28.1 a, c, d och e i direktivet och motsvarar i huvudsak 4 kap. 5 § LOU samt 4 kap. 2 § 1, 3 och 4 LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen reglerar i vilka situationer förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster. Paragrafen har utformats som *Lagrådet* har föreslagit.

Första stycket 1 och *andra stycket* genomför artikel 28.1 a i direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 1 och andra stycket LOU samt delvis 4 kap. 2 § 1 LUF. Bestämmelserna reglerar situationen när det inte har lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller när det inte har lämnats några lämpliga anbud. Utöver selektivt förfarande är, till skillnad från motsvarande bestämmelser i LOU och det klassiska direktivet (artikel 31.1 a), förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog angivna. Uppräkningen består av samtliga upphandlingsförfaranden som enligt lagen och direktivet får användas vid direktivstyrd upphandling. Motsvarande bestämmelser i LUF och försörjningsdirektivet (artikel 40.3 a) hänvisar till ett förfarande med föregående annonsering. Förutsättningen är att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt. I likhet med LOU, och till skillnad från LUF, finns i andra stycket en möjlighet för kommissionen att av den upphandlande myndigheten eller enheten begära en redovisning av sådana ärenden där bestämmelsen har tillämpats.

Första stycket 2 genomför artikel 28.1 e i direktivet och motsvarar delvis 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU samt 4 kap. 2 § 3 LUF. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas när det som upphandlas av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör. Jämfört med LOU och LUF saknas en hänvisning till konstnärliga skäl.

Första stycket 3 genomför artikel 28.1 d i direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU samt 4 kap. 2 § 4 LUF. Endast sådana omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten inte har kunnat förutse kan utgöra godtagbara skäl för synnerlig brådska. Omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten torde inte vara omöjliga att förutse för myndigheten (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 327). De tidsfrister som avses finns i 9 kap. och inkluderar de förkortade tidsfristerna i 9 kap. 7 § (jfr artikel 28.1 d i direktivet).

Första stycket 4 genomför artikel 28.1 c i direktivet och saknar motsvarighet i LOU och LUF. Vad som avses med begreppet kris i detta sammanhang framgår av 2 kap. 15 §, se kommentaren till den paragrafen.

De tidsfrister som avses finns i 9 kap. och inkluderar de förkortade tidsfristerna i 9 kap. 7 § (jfr artikel 28.1 c i direktivet).

5 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser bygg-entreprenader, varor och tjänster om de anbud som har lämnats vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till

1. 1 kap. 11 § andra stycket om att juridiska personer i vissa fall ska uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som ska utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen,

2. 7 kap. 9 § andra och fjärde styckena om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas,

3. 7 kap. 11 § andra stycket om att anbudsgivare ska bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet,

4. 7 kap. 15 § om informationssäkerhet,

5. 7 kap. 17 § om försörjningstrygghet,

6. 10 kap. 8 § andra stycket om att en leverantör ska förtydliga och komplettera handlingar som har getts in,

7. 11 kap. om uteslutning av leverantörer,

8. 12 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m.,

9. 13 kap. om tilldelning av kontrakt, eller

10. 14 kap. om underentreprenad.

Första stycket gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 §, artikel 28.1 b i direktivet och motsvarar 4 kap. 6 § LOU, vilken hänvisar till 4 kap. 2 § 1 LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen, som har utformats som *Lagrådet* har föreslagit, reglerar situationen när de anbud som har kommit in vid en upphandling är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till de uppräknade bestämmelserna. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får då användas. Det krävs att samtliga anbud som har kommit in är ogiltiga eller inte kan godtas. I det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering ska samtliga leverantörer som uppfyller kraven, men inga andra, få delta, se 6 §.

6 § I de fall som avses i 5 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 11 och 12 kap. och som vid ett föregående selektivt förfarande, ett föregående förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en föregående konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

Paragrafen genomför, tillsammans med 5 §, artikel 28.1 b i direktivet och motsvarar 4 kap. 6 § LOU, vilken hänvisar till 4 kap. 2 § 1 LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Av paragrafen framgår att i det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering enligt 5 § ska samtliga leverantörer som uppfyller kraven, men inga andra, få delta (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 328). Paragrafen har delvis utformats som *Lagrådet* har föreslagit.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varu- och tjänstekontrakt om det gäller

1. andra forsknings- och utvecklingstjänster än dem som avses i 1 kap. 8 §,
2. varor som framställs endast för forsknings- och utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte.

Paragrafen genomför artikel 28.2 i direktivet och motsvaras delvis av 4 kap. 7 § första stycket 1 LOU och 4 kap. 2 § 2 LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

I paragrafen regleras när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas för tilldelning av varu- och tjänstekontrakt. I förhållande till motsvarande bestämmelse i LOU är det nytt att även tjänstekontrakt omfattas.

Första stycket 1 genomför artikel 28.2 a i direktivet och saknar motsvarighet i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet och därmed även LOU och LUF. 1 kap. 8 § innehåller undantag från lagens tillämpningsområde. Första stycket 3 och 10 i den paragrafen rör forskning och utveckling, se kommentaren till den paragrafen. Den situation som avses i den förevarande paragrafen omfattas av lagens tillämpningsområde.

Första stycket 2 genomför artikel 28.2 b i direktivet och motsvarar 4 kap. 7 § första stycket 1 LOU. En motsvarande bestämmelse finns också i 4 kap. 2 § 2 LUF. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas vid upphandling av varor som framställs endast för forsknings- och utvecklingsändamål. I den svenska språkversionen av direktivet anges ”produkter”. En upphandling kan endast avse varor, tjänster eller byggtreprenader. Därför används ordet varor i stället för produkter i författningstexten. Detta överensstämmer också med benämningen i artikel 31.2 a i det klassiska direktivet, som motsvarar den nu aktuella artikeln.

Direktivets uttryck ”tillverkning i en omfattning som syftar till att göra produkten lönsam” genomförs i svensk rätt så att kontraktet inte får syfta till vinst. Detta överensstämmer med hur det klassiska direktivet har genomförts i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 329).

Direktivet innehåller inte förutsättningen att undantaget från annonsering inte får tillämpas om möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning försämras, som har tagits med i författningstexten. Denna finns inte heller i det klassiska direktivet, men däremot i försörjningsdirektivet (artikel 40.3 b). När det klassiska direktivet genomfördes i LOU ansågs det inte sakligt motiverat att inte ta med bestämmelsen i lagen (se a.prop. s. 329). Detta skäl gäller även här och paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt om

1. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om
 - a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

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

2. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller

3. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Ett varukontrakt enligt första stycket 1 får gälla under längre tid än fem år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 28.3 i direktivet och motsvarar 4 kap. 7 § första stycket 2–4 och andra stycket LOU samt delvis 4 kap. 2 § 5, 8 och 11 LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen reglerar förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av varukontrakt.

Första stycket 1 genomför artikel 28.3 a första stycket i direktivet och rör kompletterande leveranser av varor. Motsvarande bestämmelser finns i 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU och 4 kap. 7 § 5 LUF. Enligt *andra stycket*, som genomför artikel 28.3 a andra stycket i direktivet, är huvudregeln att ett sådant varukontrakt får gälla under fem år. Enligt motsvarande bestämmelse i 4 kap. 7 § andra stycket LOU är den som huvudregel längsta löptiden tre år medan det i LUF inte anges någon längsta löptid. Dessutom är det nytt i förhållande till det klassiska direktivet och LOU att det i författningstexten anges de undantagsfall som motiverar en längre löptid.

Första stycket 2 genomför artikel 28.3 b i direktivet och rör varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad. Punkten har utformats i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i 4 kap. 7 § första stycket 3 LOU och 4 kap. 2 § 8 LUF.

Första stycket 3 genomför artikel 28.3 c i direktivet och reglerar när det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor och överensstämmer med 4 kap. 7 § första stycket 4 LOU och 4 kap. 2 § 11 LUF.

9 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om

1. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten eller enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas, eller

2. det gäller en ny byggtreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggtreprenader eller tjänster under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och

e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det sammanlagda värdet av kontrakt som avses i första stycket 1 får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Det förfarande som avses i första stycket 2 får tillämpas under högst fem år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts, utom när det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 28.4 i direktivet och motsvarar med redaktionella ändringar förslaget till 4 kap. 8 § LOU samt delvis 4 kap. 2 § 6 och 7 LUF.

Paragrafen reglerar förhandlat förfarande utan föregående annonsering för byggtreprenad- och tjänstekontrakt.

Första stycket 1 rör kompletterande byggtreprenader eller tjänster. Av paragrafens *andra stycke* framgår att det sammanlagda värdet av ett sådant kontrakt inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Första stycket 2 avser upphandling av en ny byggtreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggtreprenader eller tjänster. I punkten a nämns, till skillnad från motsvarande bestämmelse i 4 kap. 8 § 2 a LOU, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog. Skillnaden följer av direktiven. *Av tredje stycket* framgår att förfarandet som huvudregel får tillämpas vid en ny byggtreprenad eller tjänst under högst fem år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts. Vidare anges de undantagsfall som medför att det är möjligt att gå utöver den tidsrymden.

10 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering när det gäller kontrakt som tillhandahåller luft- och sjötransporter för EES-staternas väpnade styrkor eller polis som skickats eller kommer att skickas utomlands när det är omöjligt att hålla tidsfrister vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering med anledning av giltighetstiden för anbuden.

Paragrafen genomför artikel 28.5 i direktivet. Någon motsvarighet finns inte i LOU eller LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen anger att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas när det gäller kontrakt som tillhandahåller vissa luft- och sjötransporter.

Begreppet väpnad styrka används i folkrätten samt förekommer bl.a. i 15 kap. 16 § regeringsformen. I paragrafen används begreppet polis för att i svensk rätt genomföra direktivets begrepp säkerhetsstyrkor.

De tidsfrister som avses finns i 9 kap. och inkluderar de förkortade tidsfristerna i 9 kap. 7 § (jfr artikel 28.5 i direktivet).

Förutsättningar

11 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av ett särskilt komplicerat kontrakt och då selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering inte medger tilldelning av kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 27.1 första stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 10 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen anger när upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog får användas. Till skillnad från det klassiska direktivet, och därmed LOU, anges i direktivet och i lagtexten att konkurrenspräglad dialog får tillämpas även när förhandlat förfarande med föregående annonsering inte medger tilldelning av kontraktet. I 12 § anges när ett kontrakt ska anses som särskilt komplicerat. En definition av förfarandet finns i 2 kap. 13 §. Om en konkurrenspräglad dialog misslyckas kan, enligt 4 och 5 §§, den upphandlande myndigheten eller enheten under vissa förutsättningar använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

12 § Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet eller enhet att den ska kunna

1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 7 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens eller enhetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller
2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

Paragrafen genomför artikel 1.21 andra stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 11 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

I paragrafen anges när ett kontrakt ska anses som särskilt komplicerat. Det är inte enbart den upphandlande myndighetens eller enhetens egen uppfattning som är avgörande för om ett kontrakt är att anse som särskilt komplicerat, utan det ska för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet eller enhet framstå som särskilt komplicerat. Detta uttrycks i paragrafen så att det inte rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten eller enheten att den ska kunna definiera aktuella krav eller ange den närmare utformningen av ett projekt. I förarbetena till 4 kap. 11 § LOU ges exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade (prop. 2009/10:180 del 1 s. 322 och 323). Bedömningen av om det är fråga om särskilt komplicerade kontrakt ska göras utifrån förutsättningarna i varje enskilt fall.

Annonsering

13 § Om en upphandlande myndighet eller enhet avser att använda sig av en konkurrenspräglad dialog, ska den i en annons ange detta. I annonsen eller i ett beskrivande dokument ska myndigheten eller enheten ange sina behov och krav.

Paragrafen genomför artikel 27.2 i direktivet och motsvarar 4 kap. 12 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen innehåller ett krav på annonsering vid upphandling genom konkurrenspräglad dialog. Bestämmelser om annonsering finns även i 8 och 15 kap.

Ett beskrivande dokument är en kompletterande handling till annonseringen där uppdraget som upphandlingen avser beskrivs närmare. Det finns inget krav på att upprätta ett beskrivande dokument. Om nödvändig information kan lämnas redan i annonsen, är detta tillräckligt.

Inledande av dialog

14 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut med tillämpning av 11 och 12 kap.

Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens eller enhetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten eller enheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens eller enhetens behov och utgöra grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 kap. 13 §, direktivets artikel 1.21 första stycket och direktivets artikel 27.3 första stycket samt motsvarar 4 kap. 13 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3, där även *Lagrådets* synpunkt på första stycket behandlas.

Första stycket hänvisar till 11 och 12 kap. I dessa kapitel finns bestämmelser om uteslutning av leverantörer respektive bestämmelser om kontroll av leverantörers lämplighet och förmåga att genomföra ett kontrakt.

Enligt *andra stycket* får den upphandlande myndigheten eller enheten diskutera alla aspekter av kontraktet. Dialogen kan alltså omfatta tekniska, ekonomiska och juridiska aspekter.

Genomförande av dialogen

15 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Begränsningen ska ske enligt de tilldelningskriterier som anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Det slutliga antalet lösningar ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

Paragrafen genomför artikel 27.4 och delvis artikel 38.5 i direktivet samt motsvarar förslaget till 4 kap. 14 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen behandlar genomförande av en konkurrenspräglad dialog i successiva steg för att begränsa antalet lösningar. Det är alltså inte leverantörer som väljs bort i dialogfasen, utan lösningar. En leverantör som har föreslagit flera lösningar är alltså med i dialogen så länge inte alla lösningarna har uteslutits.

16 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten eller enheten har funnit den eller de lösningar som

tillgodoser myndighetens eller enhetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

Paragrafen genomför artikel 27.5 och, tillsammans med 17 §, artikel 27.6 första stycket i direktivet samt motsvarar 4 kap. 15 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Det finns ingen tidsgräns för när dialogen ska vara avslutad. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan fortsätta dialogen till dess att en eller flera nöjaktiga lösningar har presenterats. Detta framgår av paragrafens *första mening*, som genomför artikel 27.6 i direktivet. Om en sådan lösning inte presenteras kan den upphandlande myndigheten eller enheten, under samma förutsättningar som gäller vid andra upphandlingsförfaranden, avbryta upphandlingen.

Andra meningen innehåller en skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att underrätta anbudssökandena om att dialogen är avslutad. Bestämmelsen genomför en del av artikel 27.6 i direktivet, men har utformats med beaktande av bestämmelsen om underrättelse om beslut i 10 kap. 9 §. Frågan om ett beslut under upphandlingen ska meddelas särskilt eller först senare, t.ex. i anslutning till dialogfasens avslutande eller i samband med tilldelningsbeslut, får avgöras från fall till fall (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 236 och 237).

Uppmaning att lämna slutgiltiga anbud

17 § När en underrättelse har lämnats enligt 14 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudet ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

Paragrafen genomför, tillsammans med 16 §, artikel 27.6 första stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 16 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Under pågående dialog får enligt 14 § alla aspekter av kontraktet diskuteras. När dialogen förklarats avslutad enligt 16 § inleds det slutgiltiga anbuds-förfarandet. Det finns inget som hindrar att en uppmaning att lämna slutgiltiga anbud lämnas samtidigt med underrättelsen om att dialogen är avslutad.

Vid den slutgiltiga anbudsgivningen är det normalt fråga om att leverantörerna lämnar anbud på sina individuella lösningar. Myndigheten eller enheten får nämligen inte utan den enskilde leverantörens tillstånd lämna ut information om dennes anbud till övriga leverantörer. Det kan emellertid också förekomma att alla leverantörer får lämna anbud på en och samma lösning. Det kan exempelvis vara en enskild leverantörs lösning eller en lösning som består av delar från en eller flera leverantörers respektive lösningar. Detta förutsätter emellertid att den upphandlande myndigheten eller enheten generellt har förbehållit sig den rätten eller träffat avtal med leverantörerna om det.

18 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud.

Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det snedvrider konkurrensen eller leder till diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 27.6 andra stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 17 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafens *första stycke* möjliggör för den upphandlande myndigheten eller enheten att anmoda en leverantör att klarlägga och precisera sitt anbud. Utrymmet för ändringar är begränsat. Paragrafen ger t.ex. inte utrymme för att förhandla med anbudsgivarna om de anbud som har lämnats för att anpassa anbudet till de krav som myndigheten eller enheten har angett. Det bör dock vara möjligt att göra såväl ekonomiska som materiella ändringar så länge dessa, vilket framgår av *andra stycket*, inte leder till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras (se också skäl 48 i direktivet).

Värdering av anbud

19 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska värdera anbudet på grundval av tilldelningskriterierna. Tilldelningskriterierna ska anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 20 §, artikel 27.7 första stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 18 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Enligt paragrafen ska tilldelningskriterierna anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, se 20 § och kommentaren till den paragrafen.

20 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Paragrafen genomför artikel 27.1 andra stycket och, tillsammans med 19 §, artikel 27.7 första stycket i direktivet samt motsvarar 4 kap. 19 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen reglerar att vid konkurrenspräglad dialog får tilldelning av ett kontrakt endast ske på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är alltså inte tillåtet att tilldela ett kontrakt på grundval av tilldelningskriteriet lägsta pris. Eftersom det vid användning av konkurrenspräglad dialog ska vara fråga om särskilt komplicerade kontrakt, är det naturligt att det inte är möjligt att låta endast priset avgöra valet av leverantör.

I 13 kap. 1 § andra stycket finns exempel på kriterier som får beaktas vid värdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

21 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där.

En sådan precisering eller ett sådant bekräftande får dock inte leda till

1. att väsentliga delar av anbudet eller inbjudan ändras,
2. att konkurrensen snedvrids, eller
3. diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 27.7 andra stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 20 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafens *första stycke* möjliggör för den upphandlande myndigheten eller enheten att anmoda den vinnande anbudsgivaren att precisera vissa aspekter i anbudet. Utrymmet för ändringar är emellertid begränsat. Syftet med bestämmelsen är främst att klarlägga, precisera och finjustera detaljer i anbudet. Det är också möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att anmoda den vinnande anbudsgivaren att bekräfta åtaganden som har gjorts i anbudet.

Andra stycket klargör att en precisering eller bekräftelse bl.a. inte får innebära en ändring av någon väsentlig del av anbudet eller av inbjudan. En sådan ändring riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt. Paragrafen ger inte något utrymme för den upphandlande myndigheten eller enheten att förhandla med anbudsgivaren om det utvalda anbudet.

Priser eller betalning till deltagare

22 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får bestämma att priser eller betalning ska ges till deltagarna i dialogen.

Paragrafen genomför artikel 27.8 i direktivet och motsvarar 4 kap. 21 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får besluta om att ersättning ska utgå till de anbudssökande i dialogen. Det ankommer på myndigheten eller enheten att besluta om, när och under vilka förutsättningar betalning ska utgå. Villkoren för att erhålla priser eller betalning ska vara utformade på ett sådant sätt att de inte innebär någon diskriminering av övriga deltagare i dialogen.

Inköpscentraler

23 § En upphandlande myndighet eller enhet får anskaffa byggentreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral.

Om en inköpscentral enligt 2 kap. 12 § 1 inte är en upphandlande myndighet eller enhet ska den upphandlande myndighet eller enhet som anlitat inköpscentralen för en upphandling anses ha följt denna lag om

1. de bestämmelser som har tillämpats av inköpscentralen vid kontraktstilldelningen överensstämmer med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av

upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG⁵², och Prop. 2010/11:150

2. de kontrakt som tilldelats kan omfattas av effektiva åtgärder motsvarande dem som finns i avdelning IV i direktivet.

Paragrafen genomför artikel 10 i direktivet och dess första stycke motsvaras av 4 kap. 22 § LOU och 4 kap. 4 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.6. Paragrafen har delvis utformats som *Lagrådet* har föreslagit.

Av *första stycket* framgår att upphandlande myndigheter och enheter får förvärva byggentreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral. Det kan ske dels genom att inköpscentralen ingår ramavtal som myndigheten får beställa från, dels genom att inköpscentralen i egenskap av ombud genomför en upphandling för upphandlande myndigheter eller enheter. En definition av inköpscentral finns i 2 kap. 12 §.

Att anlita en inköpscentral kräver inte en upphandling. Däremot måste en inköpscentral som är en upphandlande myndighet eller enhet vid genomförande av upphandlingar naturligtvis iaktta lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Inköpscentralen som tecknar ett ramavtal är ansvarig för att bestämmelserna iakttas och blir motpart vid en eventuell överprövnings- eller skadeståndprocess. Om inköpscentralen däremot agerar som ombud i upphandlingen är det i stället den myndighet eller enhet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas.

Andra stycket i paragrafen saknar motsvarighet i LOU och LUF samt reglerar ansvarsfrågan när en inköpscentral som sluter ramavtal inte är en upphandlande myndighet eller enhet. Av definitionen i 2 kap. 12 § framgår att ett offentligt europeiskt organ kan vara inköpscentral, se kommentaren till den paragrafen. Den upphandlande myndigheten eller enheten som har anlitat inköpscentralen ska under vissa förutsättningar anses ha följt lagen. Så är fallet om de bestämmelser som inköpscentralen har tillämpat överensstämmer med bestämmelserna i direktivet och om de kontrakt som tilldelas kan bli föremål för effektiva rättsmedel motsvarande de som finns i avdelning IV i direktivet, dvs. artiklarna 55–64. Om en inköpscentral som inte är en upphandlande myndighet eller enhet agerar som ombud i upphandlingen är det den myndighet eller enhet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas.

5 kap. Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

1 § En upphandlande myndighet eller enhet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i denna lag.

Paragrafen genomför artikel 29.1 och 29.2 första stycket i direktivet samt motsvarar 5 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

⁵² EUT L 216, 20.8.2009, s. 76 (Celex 32009L0081).

Paragrafen reglerar vilka förfaranderegler som ska tillämpas vid slutandet av själva ramavtalet. De bestämmelser som gäller för upphandlingskontrakt gäller för upphandling som syftar till att ett ramavtal ingås. En definition av ramavtal som regleras i detta kapitel finns i 2 kap. 20 § första stycket.

Tilldelning av kontrakt

2 § Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.2 andra och tredje styckena i direktivet samt motsvarar 5 kap. 2 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Av *första stycket* framgår att särskilda regler gäller vid tilldelning av kontrakt på grund av ett ramavtal. Vidare framgår att parterna i ett sådant kontrakt måste vara parter i det ursprungliga ramavtalet.

Av *andra stycket* framgår att parterna vid tilldelning av ett kontrakt som bygger på ett ramavtal inte väsentligen får avvika från villkoren i ramavtalet. Denna bestämmelse ska särskilt beaktas vid tillämpning av 4 § andra stycket om skriftligt samråd och komplettering av anbud.

Ramavtalets löptid

3 § Ett ramavtal får löpa under längre tid än sju år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 29.2 fjärde stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Av paragrafen framgår att ett ramavtal som huvudregel får löpa under längst sju år. Vidare anges vilka skäl som motiverar en längre löptid. En liknande bestämmelse finns i 5 kap. 3 § LOU. Enligt huvudregeln i LOU är den längsta löptiden emellertid fyra år.

Ramavtal med en enda leverantör

4 § Om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör, ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet.

Vid tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud.

Paragrafen genomför artikel 29.3 i direktivet och motsvarar 5 kap. 4 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Av *första stycket* framgår att när ramavtal har ingåtts med en enda leverantör ska villkoren för kontrakt som grundas på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet. I den utsträckning som följer av andra stycket är emellertid samråd och komplettering av anbud möjligt.

Andra stycket anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud. Samrådet ska vara skriftligt. Initiativet till en komplettering ska komma från den upphandlande myndigheten eller enheten. Med termen komplettera avses att komma in med uppgifter som tidigare inte har varit tillgängliga. En sådan komplettering får inte innebära att anbudet avviker från villkoren i ramavtalet, utan det ska vara fråga om en precisering av villkoren. Det kan exempelvis röra uppgift om aktuellt pris, om detta enligt ramavtalet är kopplat till någon form av prisjusteringsklausul. Av 2 § andra stycket framgår att parterna inte väsentligt får avvika från villkoren i ramavtalet.

Ramavtal med flera leverantörer

5 § Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 13 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.4 första stycket i direktivet och motsvarar 5 kap. 5 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

När ett ramavtal sluts med flera leverantörer ska dessa vara minst tre. Det lägsta antalet gäller under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. Det innebär att om det inte finns fler än två godtagbara anbud, kan man teckna ramavtal med dessa två leverantörer.

6 § Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 §, får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.4 andra stycket första strecksatsen i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 5 kap. 6 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

När samtliga villkor är fastställda i ramavtalet får, enligt *första stycket*, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet, s.k. avrop. Enligt *andra stycket* ska kontraktet då tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet.

7 § Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna bjudas in 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 angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket ska

1. den upphandlande myndigheten eller enheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,

2. den upphandlande myndigheten eller enheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,

3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten eller enheten inte ta del av innehållet i dem innan den angivna svarstiden har löpt ut, och

4. den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.4 andra stycket andra strecksatsen i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 5 kap. 7 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Om alla villkor inte är fastställda i ramavtalet ska en förnyad konkurrensutsättning göras bland de leverantörer som ingår i ramavtalet och som har möjlighet att leverera det som efterfrågas. Det är alltså inte nödvändigt att bjuda in en leverantör till den förnyade konkurrensutsättningen om det framstår som klart att denne inte klarar att fullgöra beställningen.

Av *första stycket* framgår att villkoren i ramavtalet får preciseras och kompletteras. Materiella ändringar i villkoren i ramavtalet är inte tillåtna. Det är i stället fråga om att komplettera eller förfina villkoren i ramavtalet för att fånga upp särskilda omständigheter för att kunna fullgöra ett enskilt kontrakt. Den förnyade konkurrensutsättningen kan också omfatta priset om detta inte är bestämt redan i ramavtalet.

I *andra stycket 1* anges att samråd ska ske med de leverantörer som kan genomföra kontraktet. Det innebär att skriftligt samråd inte behöver ske med de leverantörer som inte kan leverera det som ska köpas in. Av *andra stycket 2* framgår att en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud ska anges. Enligt *andra stycket 3* ska anbud lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten får inte ta del av innehållet innan svarstiden har löpt ut. Kontraktet ska, enligt *andra stycket 4*, tilldelas den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av tilldelningskriterierna i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. 13 kap. 1 § innehåller de tilldelningskriterier som kan anges i förfrågningsunderlaget.

6 kap. Elektronisk auktion

Tillämpningsområde

1 § En upphandlande myndighet eller enhet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, som en avslutande del av ett upphandlingsförfarande genomföra en elektronisk auktion vid

1. selektivt förfarande,
2. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap. 7 §,
4. förenklat förfarande, och
5. urvalsförfarande.

Paragrafen genomför artikel 48.1 och 48.2 första och andra styckena i direktivet samt motsvarar 5 a kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget be-

handlas i avsnitt 7.4. Paragrafen har utformats som *Lagrådet* har förordat. Prop. 2010/11:150

Av paragrafen framgår vid vilka upphandlingsförfaranden en elektronisk auktion får genomföras. Elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande, utan kan ingå som en avslutande del i ett upphandlingsförfarande. Att förfrågningsunderlaget ska kunna fastställas med tillräcklig exakthet innebär att elektronisk auktion inte är avsedd att användas vid mer komplicerade upphandlingar. Vid användning av selektivt förfarande, förenklat förfarande och urvalsförfarande ska förfrågningsunderlaget vara tillräckligt preciserat innan de ursprungliga anbuderna lämnas eftersom dessa förfaranden ger mycket begränsat utrymme för ändringar. Vid förhandlat förfarande torde förfrågningsunderlaget inte behöva fastställas med tillräcklig exakthet förrän den elektroniska auktionen ska inledas.

Till skillnad från LOU, och i likhet med LUF, får en elektronisk auktion, enligt *punkten 2*, användas utan begränsande villkor vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

2 § Den elektroniska auktionen ska möjliggöra en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjuder det lägsta priset, eller

2. priser eller nya värden på de delar av anbuderna som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 kap. 7 §, artikel 1.12 i direktivet och artikel 48.2 tredje stycket i direktivet samt motsvarar 5 a kap.

2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Att endast sådana kriterier som kan bli föremål för automatisk utvärdering kan ingå i en elektronisk auktion innebär att det inte finns något utrymme för subjektiva bedömningar.

Av paragrafen framgår vidare att den elektroniska auktionen antingen ska grundas på priser eller på priser eller nya värden, beroende på om kontraktet ska tilldelas på grund av lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Angående tilldelningskriterier se 13 kap. 1 §.

3 § Om elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange det i annonsen om upphandling.

Paragrafen genomför artikel 48.3 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen anger att en upphandlande myndighet eller enhet som avser att använda en elektronisk auktion ska ange det i annonsen. Av det följer alltså att en elektronisk auktion inte får genomföras om det inte framgår av annonsen.

4 § Av förfrågningsunderlaget ska bl.a. framgå

1. de delar av anbudet, vars värden kan kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal, som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,
2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,
3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,
4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbudet som kan ha bestämts, och
6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.

Paragrafen genomför artikel 48.3 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar vad som ska framgå av förfrågningsunderlaget när en upphandlande myndighet eller enhet avser att genomföra en elektronisk auktion.

Första utvärdering av anbud

5 § Innan en upphandlande myndighet eller enhet inleder en elektronisk auktion ska myndigheten eller enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

Paragrafen genomför artikel 48.4 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska, innan en elektronisk auktion inleds, genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet.

Det första anbud som lämnas måste vara fullständigt i den meningen att det anger alla de egenskaper som ska bli föremål för utvärdering vid kontraktstilldelningen. Även de egenskaper som kan omfattas av den elektroniska auktionen ska vara angivna. Vid användning av förhandlat förfarande måste anbudet vara fullständiga i vart fall innan auktionen inleds.

Inbjudan att lämna nya priser eller värden m.m.

6 § Alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud ska bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.

En inbjudan ska innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används och uppgift om vid vilken tidpunkt den elektroniska auktionen kommer att inledas, genomföras och avslutas.

Paragrafen genomför, tillsammans med 9 och 10 §§, artikel 48.4 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar vilka anbudsgivare som ska bjudas in att lämna nya priser eller värden, hur detta ska gå till och vilken information inbjudan

ska innehålla. I 12 §, som reglerar hur en elektronisk auktion ska avslutas, finns också information om vilka uppgifter en inbjudan ska innehålla.

7 § Vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen av tilldelningskriterierna.

Paragrafen genomför artikel 48.5 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Av paragrafen framgår att, när tilldelning av kontrakt ska ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska inbjudan att lämna nya priser eller värden åtföljas av resultatet av den bedömning som har gjorts av anbudsgivarens anbud.

För att resultatet av utvärderingen ska kunna tjäna som underlag för den elektroniska auktionen synes det inte vara tillräckligt att anbudsgivaren får kännedom om den sammanlagda bedömning som har gjorts av hans anbud. I stället måste information lämnas om det separata resultatet beträffande varje del av anbuderna som ska ingå i auktionen.

8 § I inbjudan ska anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.

Den matematiska formeln ska innefatta den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angivna viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om kriterieviktningen angetts som intervall ska dessa i förväg fastställas till ett bestämt värde.

Om alternativa anbud är tillåtna ska separata formler ges för varje anbud.

Paragrafen genomför artikel 48.5 andra och tredje styckena i direktivet samt motsvarar 5 a kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar den matematiska formel som ska användas för att möjliggöra den automatiska utvärderingen av nya priser eller värden under den elektroniska auktionen.

Andra stycket andra meningen syftar på möjligheten i 13 kap. 2 § att ange betydelsen av olika kriterier som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

9 § Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 och 10 §§, artikel 48.4 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

I paragrafen anges att den elektroniska auktionen inte får påbörjas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut. Enligt artikel 2.2 i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/72 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister avses med arbetsdagar alla dagar utom helgdagar, söndagar och lördagar.

10 § Den elektroniska auktionen får genomföras i flera på varandra följande etapper.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 och 9 §§, artikel 48.4 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

En elektronisk auktion får genomföras i flera etapper. I 6 kap. 11 § regleras vilka upplysningar som ska eller får lämnas ut under en etapp i en elektronisk auktion.

Upplysningar till anbudsgivarna

11 § Under varje etapp i en elektronisk auktion ska den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart meddela varje anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i förfrågningsunderlaget.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Paragrafen genomför artikel 48.6 i direktivet och motsvarar 5 a kap. 11 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar vilka upplysningar en upphandlande myndighet eller enhet ska eller får lämna till anbudsgivarna under varje etapp i en elektronisk auktion.

För att möjliggöra utlämnande till anbudsgivare av uppgifter under en elektronisk auktion enligt den nu föreslagna lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ändras också 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), se kommentaren till den paragrafen och avsnitt 13.2.

Avslutande av en elektronisk auktion

12 § En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten eller enheten

1. vid den tidpunkt då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen ska avslutas,
2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller
3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska den upphandlande myndigheten eller enheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att avsluta auktionen.

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

Paragrafen genomför artikel 48.7 i direktivet och motsvarar 5 a kap. 12 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

I paragrafen anges hur en elektronisk auktion ska avslutas.

13 § När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela kontraktet på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen.

Paragrafen genomför artikel 48.8 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 13 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska tilldela kontraktet på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen. Inga andra omständigheter än resultatet av auktionen får inverka på tilldelningen av kontraktet. Resultatet ska komma fram automatiskt och utan något inslag av subjektiv bedömning från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida, jfr 2 §.

7 kap. Tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m.

Tekniska specifikationer

1 § Tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna. Specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§.

Paragrafen genomför artikel 18.1 i direktivet och motsvarar 6 kap. 1 § första stycket LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Av paragrafen framgår att de tekniska specifikationerna ska utformas enligt något av de alternativ som föreskrivs i 2 och 3 §§. Det är således obligatoriskt att tillämpa något av alternativen i nämnda paragrafer. I förhållande till LOU uttrycks att tekniska specifikationer ska ingå även i det beskrivande dokumentet.

Tekniska specifikationer som hänvisar till en standard

2 § De tekniska specifikationerna ska, om inte 3 § tillämpas, vara utformade med hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i bilaga 4, och i turordning hänvisa till

1. svensk civil standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. europeiskt tekniskt godkännande,
3. gemensam civil teknisk specifikation,
4. svensk civil standard som överensstämmer med internationell standard,
5. annan internationell civil standard,
6. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan,
7. annan svensk civil standard, svenskt tekniskt godkännande eller svensk teknisk specifikation om projektering, beräkning och utförande av byggentreprenader samt materialanvändning,
8. civil teknisk specifikation som har sitt ursprung i industrin och som i stor utsträckning accepteras av industrin, eller
9. svensk standard på försvarsområdet såsom den definieras i punkt 3 i bilaga 4 och liknande specifikation för försvarsmateriel.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Första stycket gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser eller om det finns avvikande tekniska krav i internationella standardiseringsavtal.

Paragrafen genomför artikel 18.3 a i direktivet och motsvarar 6 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I paragrafen preciseras vilka tekniska specifikationer som ska användas, nämligen de i lagens bilaga 4. Bilagan är hämtad från direktivet (bilaga III). Motsvarande bilaga i det klassiska direktivet togs in som en bilaga till LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 340).

I förhållande till LOU och LUF har genom *första stycket* 4, 8 och 9 införts ytterligare specifikationer. Eftersom denna lag främst avser militär utrustning har i punkterna 1, 3, 4, 5, 7 och 8 lyfts fram att det i dessa punkter är fråga om civila standarder eller specifikationer. I punkten 3 talas om ”gemensam civil teknisk specifikation”. Ordet ”civil” är nytt i förhållande till LOU och LUF. Med ”gemensam teknisk specifikation” avses enligt bilaga 4 en teknisk specifikation som utarbetats i enlighet med ett förfarande som har erkänts av medlemsstaterna och som har publicerats i EUT (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 342). Begreppet industri i punkten 8 bör vid en jämförelse med andra språkversioner av direktivet förstås i vid mening.

Betydelsen av att det i *andra stycket* uttryckligen anges att varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden ”eller likvärdigt” har behandlats i a.prop. s. 342 och 345.

Av *tredje stycket* framgår att bestämmelser om tekniska specifikationer i andra författningar gäller framför reglerna i första stycket. Det kan exempelvis vara sådana bestämmelser om tekniska egenskapskrav som återfinns i lagen (1994:847) om tekniska egenskapskrav på byggnadsverk m.m., vilka från och med den 2 maj 2011 regleras i 8 kap. plan- och bygglagen (2010:900). I tredje stycket anges också att tekniska krav i internationella standardiseringsavtal har företräde framför första styckets bestämmelser. En sådan reglering återfinns inte i det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet och därmed inte i LOU respektive LUF. Den senare bestämmelsen tar enligt direktivets artikel sikte på att garantera den interoperabilitet som krävs enligt dessa avtal.

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

3 § En upphandlande myndighet eller enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår.

En upphandlande myndighet eller enhet får hänvisa till de tekniska specifikationerna enligt 2 § som ett sätt för leverantören att visa att de uppställda prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket är uppfyllda.

En upphandlande myndighet eller enhet får ange de tekniska specifikationerna genom hänvisning till specifikationerna enligt 2 § i fråga om vissa egenskaper och till prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket i fråga om andra egenskaper.

Paragrafen genomför artikel 18.3 b–d i direktivet och motsvarar 6 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Enligt *första stycket* kan miljökrav ställas. Kraven ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. den vara, tjänst eller byggentreprenad som ska upphandlas. Stycket har utformats som *Lagrådet* har förordat.

För tydlighets skull framgår av *andra* och *tredje styckena* att tekniska specifikationer kan ställas upp som en kombination mellan funktions- och prestandakrav och hänvisning till en standard.

Uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.

4 § De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Paragrafen genomför artikel 18.8 i direktivet och motsvarar 6 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Av paragrafens *första stycke* framgår att som huvudregel får tekniska specifikationer inte innehålla sådana hänvisningar som pekar ut visst varumärke eller kräver att varan har ett visst ursprung eller har framställts på ett särskilt sätt etc., om det skulle gynna eller missgynna vissa företag.

Paragrafens *andra stycke* innehåller visserligen ett undantag från huvudregeln om hur de tekniska specifikationerna ska utformas. Utrymmet för att tillämpa undantaget är dock starkt begränsat eftersom det krävs att "det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt". Emellertid finns exempelvis ett visst utrymme att med stöd av 3 § av miljöskäl ställa krav på en viss produktionsmetod.

Om sådana uppgifter eller hänvisningar som berörs i paragrafen anges ska, enligt *andra stycket*, de följas av orden "eller likvärdigt" (se kommentaren till 2 §).

Likvärdiga lösningar

5 § Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte stämmer överens med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

Paragrafen genomför artikel 18.4 första stycket i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Paragrafen behandlar anbudsgivarens möjligheter att i sitt anbud ange likvärdiga lösningar till den upphandlande myndighetens eller enhetens tekniska specifikationer. Om anbudsgivaren lyckas visa att lösningen är

likvärdig får anbudet inte förkastas enbart av det skälet att varorna eller tjänsterna inte stämmer överens med specifikationer som myndigheten eller enheten har hänvisat till. Hur anbudsgivaren kan visa det har i direktivet exemplifierats i artikelns andra stycke. Det kan ske genom tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

6 § Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att i enlighet med 3 § ange prestanda- eller funktionskrav, får den inte på grund av dessa krav förkasta ett anbud, om anbudsgivaren kan visa att anbudet överensstämmer med

1. en nationell standard som överensstämmer med en europeisk standard,
2. ett europeiskt tekniskt godkännande,
3. en gemensam teknisk specifikation,
4. en internationell standard, eller
5. ett tekniskt referenssystem som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan.

Första stycket gäller under förutsättning att standardenliga byggtreprenader, varor eller tjänster uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp.

Paragrafen genomför artikel 18.5 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I *första stycket* finns dels en möjlighet för anbudsgivaren att visa att de uppställda kraven är uppfyllda genom att de stämmer överens med vissa standarder, dels ett förbud mot att förkasta ett anbud som uppfyller det. En förutsättning för att detta ska gälla är enligt *andra stycket* att varorna eller tjänsterna uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp.

Hur anbudsgivaren kan visa det som föreskrivs i paragrafen har i direktivet exemplifierats i artikelns tredje stycke på samma sätt som i artikel 18.4 med tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

Miljömärken

7 § Om en upphandlande myndighet eller enhet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 3 §, får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken, om

1. specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som ska upphandlas,
2. kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön, och
3. märkena är tillgängliga för alla berörda parter.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med ett sådant miljömärke ska antas motsvara de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget, men ska godta även annat lämpligt bevis för att så är fallet.

Paragrafen genomför artikel 18.6 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I författningskommentaren till 6 kap. 7 § LOU anges följande om miljömärken (prop. 2006/07:128 del 1 s. 347 och 348).

”Miljömärken visar att produkter klassas som mer miljövänliga än jämförbara produkter inom samma produktgrupp. Märkena tilldelas på frivillig basis produkter som uppfyller särskilda kriterier, i syfte att informera konsumenterna om miljövänliga produkter.

Ett miljömärke som används för att ange miljöegenskaperna hos föremålet för upphandlingen bör uppfylla de krav som hänför sig till fastställandet av märket. Märket bör vidare ha utvecklats på grundval av vetenskapliga rön. [...] Därutöver förutsätts att märket är tillgängligt för alla berörda parter. Med anledning av dessa förutsättningar kan endast sådana miljömärken användas som har utarbetats inom ramen för ett system som har harmoniserats nationellt, multinationellt eller på gemenskapsnivå. Till följd av kravet på öppenhet är det möjligt att hänvisa bara till märken som är tillgängliga för leverantörerna. Miljömärken som kan komma i fråga är bl.a. det nordiska miljömärket och Europeiska unionens miljömärke.”

Motsvarande gäller vid tillämpningen av denna lag.

Som för 5 och 6 §§ har de exempel på bevis som nämns i artikeln inte tagits in i lagen.

Erkända organ

8 § Upphandlande myndigheter eller enheter ska godta intyg från organ som är erkända i ett EES-land.

Paragrafen genomför artikel 18.7 andra stycket i direktivet och motsvarar 6 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I enlighet med principen om ömsesidigt erkännande ska upphandlande myndigheter eller enheter enligt direktivet godta intyg från erkända organ i andra medlemsstater; i lagen uttryckt som ”ett EES-land”.

Anbud med alternativa utföranden

9 § Ska en upphandlande myndighet eller enhet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandlingen ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden. Om detta inte anges, är anbud med alternativa utföranden inte tillåtna.

En upphandlande myndighet eller enhet som tillåter anbud med alternativa utföranden ska i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 19.1–3 i direktivet och motsvarar 6 kap. 9 § LOU och 6 kap. 10 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.2.

Paragrafen medger, som framgår av *första stycket*, att en upphandlande myndighet eller enhet får tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden.

Enligt paragrafens *andra stycke* ska den upphandlande myndigheten eller enheten, i likhet med vad som gäller enligt LOU men till skillnad från LUF, redan i annonsen om upphandling ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden och om detta inte har angetts ska anbud med sådana alternativa utföranden förkastas. Bestämmelsen innebär att om en anbudsgivare har gett in ett anbud som helt följer förfrågningsunderlaget och dessutom ett anbud med ett alternativt förslag till lösning ska således myndigheten eller enheten, om den i annonsen om upphandling inte angett att den godtar alternativa anbud, förkasta det anbud som innehåller ett alternativt förslag till lösning (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 349).

I *tredje stycket* används, med avvikelse från direktivets ord ”kravspecifikationer”, i likhet med LOU och LUF ordet ”förfrågningsunderlaget”.

10 § Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande myndighet eller enhet som har tillåtit anbud med alternativa utföranden enligt 9 § 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.

Paragrafen genomför artikel 19.4 i direktivet och motsvarar 6 kap. 10 § LOU och 6 kap. 11 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.2.

Enligt paragrafen saknar det betydelse för tilldelningsbeslutet vilka slags kontrakt som avses i de alternativa anbuden.

Information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor

11 § En upphandlande myndighet eller enhet får i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka organ som kan lämna en anbudssökande eller anbudsgivare information om de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid de tjänster eller byggentreprenader som ska omfattas av kontraktet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten lämnar sådana upplysningar om arbetarskydd och arbetsvillkor, ska den begära att anbudsgivare bekräftar att hänsyn har tagits till bestämmelserna om sådana villkor vid utformningen av anbudet.

Första och andra styckena ska inte påverka tillämpningen av bestämmelserna i 13 kap. 3 § om granskning av onormalt låga anbud.

Paragrafen genomför artikel 24 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 12 § LOU och 6 kap. 13 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.3.

Paragrafen ger enligt *första stycket* en möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka organ som kan lämna information om ett antal regleringar av betydelse vid fullgörandet av kontraktet då det gäller tjänster eller byggentreprenader.

Enligt paragrafens *andra stycke* följer att om sådana upplysningar lämnas av myndigheten eller enheten i fråga om arbetarskydd och arbetsvillkor, medför det att anbudsgivaren måste bekräfta att den tagit hänsyn till de regleringarna vid utformningen av anbudet. Medan det i förevarande paragraf endast anges "anbudsgivare" anges i motsvarande bestämmelser i LOU och LUF "anbudssökande eller anbudsgivare". Skillnaden följer av direktiven.

Tredje stycket innebär att en bekräftelse enligt andra stycket inte utesluter en upphandlande myndighet eller enhet från möjligheten att granska om anbudet verkar onormalt lågt enligt 13 kap. 3 §.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

12 § En upphandlande myndighet eller enhet får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor kan särskilt avse underentreprenad, informationssäkerhet eller försörjningstrygghet. Även sociala, miljömässiga och andra villkor får ställas. Villkoren ska anges i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna.

Paragrafen genomför artikel 20 i direktivet och motsvarar delvis 6 kap. 13 § LOU och 6 kap. 14 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.4.

Med stöd av denna paragraf får en upphandlande myndighet eller enhet fastställa särskilda kontraktsvillkor. Vilka villkor som kan ställas får avgöras i varje enskilt fall. I artikel 20 i direktivet anges "krav på hur kontraktet ska fullgöras". Av uttrycket får anses framgå att särskilda krav som ställs ska ha någon koppling till föremålet för kontraktet. Kontraktsvillkoren får inte vara tekniska specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier.

I paragrafen anges att villkoren särskilt kan avse underentreprenad, informationssäkerhet och försörjningstrygghet. Vikten av de två sistnämnda betonas också i direktivets skäl 42 "med tanke på den känsliga karaktären på den utrustning som omfattas av detta direktiv".

Som enligt LOU och LUF får även sociala, miljömässiga och andra villkor ställas.

De villkor som ställs ska anges i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna. Detta skiljer sig från LOU och LUF, där det endast anges annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Skillnaden följer av direktiven.

Informationssäkerhet

13 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att en leverantör uppfyller vissa krav för att skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, som myndigheten eller enheten överlämnar under upphandlingsförfarandet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får också kräva att en leverantör ska säkerställa att dess underleverantörer uppfyller sådana krav som avses i första stycket.

Paragrafen genomför artikel 7 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.2.

Bestämmelsen uttrycker den generella principen att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att ställa krav på informationssäkerhet i upphandlingens alla steg fram till dess att tilldelningsbeslutet har fattats.

Enligt *första stycket* riktas kraven mot en leverantör. Med leverantör avses den eller de som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (2 kap. 16 §). Det som avses att skyddas är säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Innebörden av det begreppet framgår av 2 kap. 22 § och behandlas närmare i avsnitt 9.1.

Enligt *andra stycket* får samma krav även ställas på leverantörens underleverantörer.

14 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådana uppgifter.

Paragrafen genomför artikel 22 första stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.3.

Bestämmelsen återger de sammanhang då den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa krav för att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

15 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudet innehåller

1. en utfästelse från anbudsgivaren och de underleverantörer som redan valts ut om att de på lämpligt sätt kommer att skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som de har tillgång till eller som de kommer att få kännedom om under genomförandet av kontraktet och efter det att kontraktet har genomförts eller upphört att gälla,

2. en utfästelse från anbudsgivaren om att få den utfästelse som föreskrivs i 1 från andra underleverantörer som denne kommer att anlita under genomförandet av kontraktet,

3. tillräcklig information om de underleverantörer som redan valts ut för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna fastställa att var och en av dem har den kapacitet som krävs för att kunna skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som de har tillgång till eller som ska tas fram när de genomför underleverantörskontraktet, eller

4. en utfästelse från anbudsgivaren om att denne ska tillhandahålla den information som avses i 3 om nya underleverantörer innan dessa tilldelas kontrakt.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudet även innehåller annat för att trygga säkerheten för information.

Paragrafen genomför artikel 22 andra stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.4.

Genom *första stycket* uttrycks att den upphandlande myndigheten eller enheten bl.a. får ställa krav på att anbudet ska innehålla vissa uppgifter eller utfästelser. Dessa krav ställs i syfte att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter när det gäller de kontrakt som avses i 14 §. Uppräkningen av de krav som kan ställas är exemplifierande och inte uttömmande. De krav som får ställas måste dock vara avsedda att trygga säkerheten för information.

Punkten 1 avser både anbudsgivaren och utvalda underleverantörer. Punkten tar sikte på tiden för lämnandet av anbudet medan *punkten 2* avser att säkerställa utfästelser även från de underleverantörer som vid anbudslämnandet ännu inte valts ut. I sådana fall är det anbudsgivaren som ska kunna garantera att den bara kommer att anlita underleverantörer som kan skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

Punkten 3 innehåller ett möjligt krav på att utvalda underleverantörer ska kunna skydda de ytterligare säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som sammanställs, framställs eller i övrigt tillkommer under genomförandet av underleverantörskontraktet.

Punkten 4 möjliggör krav på att anbudsgivaren ska se till att motsvarande information lämnas om ytterligare underleverantörer innan de kontrakteras.

Att paragrafen är fakultativ och att listan över de krav som kan ställas inte är uttömmande tydliggörs genom paragrafens *andra stycke*.

Försörjningstrygghet

16 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet.

Paragrafen genomför artikel 23 första stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 10.1.

Paragrafen uttrycker de fall då den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet. Någon definition av begreppet försörjningstrygghet finns inte i direktivet. Innebörden är dock att trygga försörjningen av det som ska upphandlas.

17 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudet innehåller

1. certifiering eller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet,

2. uppgifter om eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra för den upphandlande myndigheten eller enheten i fråga om att sprida, överföra eller använda varorna och tjänsterna eller resultat av dessa varor och tjänster,

3. certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla kraven om försörjningstrygghet som den upphandlande myndigheten eller enheten anger i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna,

4. en utfästelse från anbudsgivaren om att se till att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att skadligt inverka på uppfyllandet av kraven om försörjningstrygghet i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna,

5. en utfästelse från anbudsgivaren att, i enlighet med villkor som parterna ska komma överens om, upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris,

6. dokumentation i fråga om att tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens ökade behov till följd av en kris,

7. en utfästelse från anbudsgivaren att utföra underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

8. en utfästelse från anbudsgivaren att i tid informera den upphandlande myndigheten eller enheten om varje förändring i anbudsgivarens organisation, försörjningskedja eller industriella strategi som kan påverka anbudsgivarens skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten, eller

9. en utfästelse från anbudsgivaren att, i enlighet med villkor som parterna ska komma överens om, förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för den händelse anbudsgivaren inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbuderna även innehåller annat för att visa att anbudsgivaren uppfyller kraven i fråga om försörjningstrygghet.

Paragrafen genomför artikel 23 andra stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 10.2.

Uppräkningen av de krav som enligt *första stycket* kan ställas är exemplifierande och inte uttömmande. Kravet som formuleras i *punkten 1* genomför artikel 23 andra stycket a i direktivet. Kravet är avsett att särskilt skydda gränsöverskridande överföringar av försvarsmateriel. De risker som kravet avser att förebygga är eventuella avslag, återkallelser eller förseningar av export- eller överföringstillstånd, men även förhållanden som påverkar leverantörens förmåga att fullgöra den upphandlande myndighetens eller enhetens krav.

Under punkten a i artikeln anges i den sista bisatsen ”inbegripet styrkande dokumentation som erhållits från den eller de berörda medlemsstaterna”. Detta innebär att kravet kan avse dokumentation från EES-stater. Bestämmelsen ger också utrymme för att ställa krav på anbudsgivare vars hemland är beläget utanför EES (se SOU 2010:13 s. 182 och 183) och på att dokumentation finns från de länder som krävs för att materielen ska kunna överföras.

När anbudet utarbetas har som regel nödvändiga tillstånd ännu inte beviljats. I sådana fall kan leverantören i stället lämna en lista över tidigare överföringar av motsvarande materiel till samma stat eller någon annan EES-stat eller annan dokumentation som officiella handlingar från licensgivarens land. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan också begära att leverantörerna visar hur de avser att få de tillstånd som behövs och vilka resurser de har för det.

Kravet i *punkten 2* genomför artikel 23 andra stycket b i direktivet. Kravet kompletterar punkten 1 och de två kraven kan kombineras. Kravet avser särskilt komponenter eller delsystem som ingår i materielen men som användaren inte kan komma åt eller modifiera. Kravet avser även sådant som lyder under begränsningar för vidareexport. För att leverantören ska uppfylla kravet bör denne kunna lämna fullständiga och tillräckliga uppgifter om dessa begränsningar.

Kraven i artikel 23 andra stycket c i direktivet har i lagförslaget delats upp i *punkterna 3* och *4*. Båda avser krav på anbudsgivarens försörjningskedja för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska veta att kedjan är pålitlig och stabil. Samtidigt möjliggör kraven att eventuella svaga länkar i kedjan kan identifieras så att förebyggande åtgärder kan

vidtas. Punkten 3 avser situationen då anbudet lämnas medan punkten 4 avser möjliga framtida förändringar i försörjningskedjan.

För bedömningen av kravet i punkten 3 kan geografiska förhållanden ha betydelse i fråga om avstånd och leveranstider. För att anbudsgivaren ska uppfylla kravet i punkten bör den kunna beskriva sin försörjningskedja samt hur den i tid och enligt övriga villkor i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna kommer att utföra nödvändiga leveranser. Det kan ske genom exempelvis en exakt beskrivning av försörjningskedjan med uppgifter om utförandet och kapaciteten i varje länk, bl.a. i fråga om transporter.

Till kravet på certifiering och dokumentation kan med stöd av punkten 4 kopplas ett krav på att anbudsgivaren ska göra en utfästelse om att se till att eventuella ändringar inte skadligt inverkar på uppfyllandet av kraven om försörjningstrygghet. I förhållande till direktivet har här ordet ”skadligt” ersatt ordet ”negativt”. Någon saklig ändring är inte avsedd.

Kraven i *punkterna 5 och 6* genomför artikel 23 andra stycket d och e i direktivet och behandlar risker förknippade med tillkommande behov i kris. De flesta villkor enligt punkten 5 är sådana att de torde avtalas först i samband med en kris. Den dokumentation som det kan bli fråga om enligt punkten 6 kan t.ex. härröra från den Europeiska försvarsbyrån (EDA) och kan handla om prioriteringssystem för att avgöra i vilken turordning leveranser ska tas i händelse av en kris. Krisen kan avse situationer såväl i som utanför Sverige. I förhållande till direktivet har här ordet ”tillgodose” ersatt ordet ”uppfylla”. Någon saklig ändring är inte avsedd.

Kravet i *punkten 7* genomför artikel 23 andra stycket f i direktivet och behandlar underhåll, modernisering och anpassning av de levererade varorna eller tjänsterna. Kraven kan avse bl.a. specificering av innehåll och priser för de tillkommande tjänsterna.

Kravet i *punkten 8* genomför artikel 23 andra stycket g i direktivet och behandlar leverantörens skyldighet att i tid informera om vissa förändringar hos denne som kan påverka fullgörandet av kontraktet. Avsikten med bestämmelsen är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte ska överraskas av förändringarna utan ha möjlighet att hitta eller förhandla om alternativa lösningar om det skulle bedömas nödvändigt. Kravet i denna punkt hänger nära samman med punkten 4.

Kravet i *punkten 9* genomför artikel 23 andra stycket h i direktivet och behandlar situationen att produktionen av försvars- och säkerhetsutrustningen oplanerat upphör till följd av t.ex. konkurs eller verksamhetsnedläggning. Bestämmelsen ska då trygga att den upphandlande myndigheten eller enheten får tillgång till det som behövs för att själv ordna produktionen.

Paragrafens *andra stycke* tydliggör att uppräkningskraven av de krav som enligt första stycket kan ställas inte uttömmande anger vad som kan krävas för att trygga försörjningen av varor och tjänster.

18 § En upphandlande myndighet eller enhet får inte kräva ett åtagande av en anbudsgivare som begränsar möjligheten för organ i licensgivarens stat att i enlighet med internationell rätt eller unionslagstiftning tillämpa de nationella

kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering under de förhållanden som råder vid tidpunkten för ett sådant beslut.

Paragrafen genomför artikel 23 tredje stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 10.3.⁵³

Förslaget innebär att en upphandlande myndighet eller enhet inte får kräva ett åtagande av en anbudsgivare som begränsar möjligheten för organ i en licensgivares stat att tillämpa de nationella kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering. I praktiken torde regeln sakna betydelse vid tilldelningen av ursprungs-kontraktet eftersom leverantörerna sannolikt avstår från att lämna anbud om de inte är säkra på att få nödvändiga tillstånd.

Att utesluta en leverantör på grund av att nödvändiga tillstånd inte kan ges bör ske endast då det står klart att leverantören inte kommer att få tillstånden eller att villkoren för tillstånden skulle hindra tryggheten i försörjningen. Paragrafen torde ha störst betydelse när det gäller tillkommande krav på service och andra behov, särskilt i kris. Om i sådana fall godtagna krav på trygghet i försörjningen inte fullgörs på grund av att nödvändiga tillstånd inte ges, kan den upphandlande myndigheten eller enheten ha rätt att bryta kontraktet.

8 kap. Annonsering av upphandling

Obligatorisk och icke-obligatorisk annonsering av upphandlingar

1 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 4–10 §§.

Paragrafen genomför artikel 30.2 i direktivet och motsvarar 7 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Av paragrafen framgår att som huvudregel ska en upphandling annonseras. Vad som ska finnas i en annons framgår av bilaga IV i direktivet. Undantaget som anges gäller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. För LOU och LUF finns närmare bestämmelser om annonsering i förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. På motsvarande sätt avses bestämmelserna om annonsering enligt den nu föreslagna lagen att kompletteras med förordningsbestämmelser.

Information om planerade upphandlingar (förhandsannonsering)

2 § En upphandlande myndighet eller enhet som vill tillämpa bestämmelserna om förkortning av tidsfrister i 9 kap. 3 § ska i en annons lämna information om de kontrakt eller ramavtal som myndigheten eller enheten avser att tilldela respektive ingå under de närmast följande tolv månaderna (förhandsannonsering).

⁵³ Se även Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Supply p. 33 och 34.

Paragrafen genomför delar av artikel 30.1 första och fjärde styckena i direktivet och motsvarar 7 kap. 2 § LOU och 7 kap. 3 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5. Paragrafen har utformats som *Lagrådet* har förordat.

Förhandsannonsering innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten får förkorta tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande, se 9 kap. 3 §. Vad som ska finnas i en förhandsannons framgår av bilaga IV i direktivet. Annonseringen ska utformas i enlighet med standardformulär som antas av kommissionen, se artikel 32.1 i direktivet.

Annonsering om resultatet av en upphandling (efterannonsering)

3 § En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska till Europeiska kommissionen skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts (efterannonsering).

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

Paragrafen genomför artikel 30.3 första och andra stycket i direktivet samt motsvarar med en redaktionell ändring 7 kap. 3 § LOU och 7 kap. 6 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Med skyldighet att annonsera i efterhand avses att en annons om genomförd upphandling publiceras efter det att upphandlingskontraktet ingåtts. Skyldigheten att annonsera i efterhand har införts mot bakgrund av vissa övervakningssyften och för statistiska ändamål. Vad som ska finnas i en efterannons framgår av bilaga IV i direktivet. Annonsens format ska antas av kommissionen i form av standardformulär, se artikel 32.1 i direktivet. Efterannonsering är enligt paragrafens *första stycke* huvudregel vid all upphandling som omfattas av direktivet. Den upphandlande myndigheten eller enheten som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska då skicka en annons om det till kommissionen inom 48 dagar. Tidsfristen är densamma som gäller enligt det klassiska direktivet och enligt LOU. Detta till skillnad från LUF där tidsfristen är två månader.

Att ett ramavtal har slutits ska efterannonseras. Däremot gäller efterannonseringsskyldigheten inte avseende tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet. Detta framgår av *andra stycket*.

Annonsering vid förhandsinsyn

4 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–10 §§ får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Paragrafen genomför artikel 60.4 i direktivet och motsvarar 7 kap. 4 § LOU och 7 kap. 7 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Paragrafen gäller i de fall då upphandling genomförs med förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

För att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna försäkra sig om att ett avtal inte kan komma att ogiltigförklaras kan myndigheten eller enheten genom förfarandet ge förhandsinsyn i upphandlingen. Förhandsinsynen innebär att myndigheten eller enheten ska annonsera avsikten att tilldela ett kontrakt efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering och därefter iakttä en avtalsspärr innan avtalet sluts (se 16 kap. 3 § och 15 § 2). Genom förfarandet ges leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av en upphandling innan avtal har slutits. En ansökan om överprövning ska ske inom den tid som gäller för den förhandsinsyn särskilt föreskrivna avtalsspärren (se kommentaren till 16 kap. 11 §).

9 kap. Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m.

Förhållanden som ska beaktas när tidsfristernas längd bestäms

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 upphandlingen är och hur lång tid som leverantörer kan antas behöva för att utarbeta anbuden. Dock ska tidsfristerna i detta kapitel iakttas.

Paragrafen genomför artikel 33.1 i direktivet och motsvarar 8 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Paragrafen innehåller huvudregeln om vad en upphandlande myndighet eller enhet ska iakttä när den bestämmer tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud. Av paragrafen framgår att tidsfristerna ska vara proportionerliga till leverantörernas förväntade arbete med dessa. Tidsfristerna får dock aldrig understiga det antal dagar som anges i de följande paragraferna.

Tidsfrister vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering

2 § Vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Vid selektivt förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 40 dagar från den dag då en inbjudan enligt 8 § skickades till utvalda anbuds sökande.

Första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 3–7 §§.

Paragrafen genomför artikel 33.2 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 8 kap. 3 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Första stycket behandlar tidsfristen för att komma in med *anbudsansökningar* vid såväl selektivt och förhandlat förfarande som konkurrenspräglad dialog. Tidsfristen 37 dagar överensstämmer med den som gäller enligt LOU. *Andra stycket* behandlar tidsfristen för att komma in med *anbud*, men endast vid selektivt förfarande. Även den tidsfristen om 40 dagar överensstämmer med LOU. Skillnaderna motsvarar regleringen

i direktivet. Någon tidsfrist för att komma in med anbud för förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog har inte reglerats i direktivet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan i de fallen lämpligen använda den tidsfrist som anges för selektivt förfarande.

Av artikel 3.1 andra stycket i rådets förordning (EG) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister⁵⁴ följer att beräkningen av tidsfristen inte ska innefatta den dag annonsen skickades. Genom att ange att tidsfristen räknas *från* en viss dag uppnås överensstämmelse med bestämmelsen i förordningen. Bestämmelser om beräkning av tidsfrister finns också i lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid.

Tidsfrist efter förhandsannonsering

3 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat enligt 8 kap. 2 §, bör tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande vara minst 36 dagar och får inte i något fall vara kortare än 22 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering.

Den tidsfrist som anges i första stycket får användas endast om

1. förhandsannonsen innehöll de uppgifter som anges i bilaga IV till direktiv 2009/81/EG, i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och

2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonsen skickades för publicering.

Paragrafen genomför artikel 33.3 första och tredje styckena i direktivet och motsvarar delvis 8 kap. 4 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Paragrafen reglerar tidsfrister då förhandsannonsering enligt lagförslagets 8 kap. 2 § har tillämpats.

Förkortad tidsfrist vid användning av elektroniska medel

4 § Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristen enligt 2 § första stycket för att komma in med anbudsansökningar vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, förkortas med sju dagar.

Paragrafen genomför artikel 33.4 i direktivet och motsvarar 8 kap. 5 § LOU och 8 kap. 6 § första stycket LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Bestämmelsen förutsätter att meddelandena utarbetas och skickas med elektroniska medel i det format och enligt de förfaranden som anges i punkt 3 i bilaga VI i direktivet. Av punkten framgår att format och förfaranden för överföring av meddelanden på elektronisk väg är tillgängliga på Simaps webbplats www.simap.europa.eu.

5 § Tidsfristerna för att komma in med anbud vid selektivt förfarande får, utöver vad som följer av 4 §, förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång

⁵⁴ EUT L 124, 8.6.1971, s. 1, svensk specialutgåva: Område I Volym 1, s. 71 (Celex 31971R1182).

till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska kommissionen för publicering. Den Internetadress där förfrågningsunderlaget finns tillgängligt ska anges i annonsen.

Paragrafen genomför artikel 33.5 i direktivet och motsvarar 8 kap. 6 § LOU och delvis 8 kap. 7 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Förfrågningsunderlaget ska vara tillgängligt för alla och med direktåtkomst. Vidare får materialet inte begränsas på något sätt, utan hela förfrågningsunderlaget ska finnas tillgängligt. Det uttrycks i bestämmelsen med ”fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget”.

I artikeln anges att offentliggörandet ska ske i enlighet med bilaga VI. I bilagan anges dels de format som ska användas vid översändande till kommissionen av annonser, dels hur dessa annonser ska offentliggöras.

Bestämmelserna i 4 och 5 §§ om förkortning av tidsfristen får kumuleras, vilket medför att den upphandlande myndigheten eller enheten har möjlighet att förkorta tidsfristen med sammanlagt tolv dagar (7+5). Det innebär att om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat en sådan upphandling kan tidsfristen förkortas till mellan 24 dagar (36–12) och tio dagar (22–12). Vid selektivt eller förhandlat förfarande kan tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan kortas till 30 dagar (37–7) om myndigheten eller enheten använder elektroniska medel enligt 4 §. Vid selektivt förfarande kan tiden för att komma in med anbud i de fall upphandlingen förhandsannonserats enligt 3 § förkortas till mellan 31 dagar (36–5) och 17 dagar (22–5).

Förlängning av tidsfrister

6 § Tillhandahålls inte hela förfrågningsunderlaget och kompletterande upplysningar inom de tidsfrister som anges i 10 §, trots att detta begärts i god tid, ska fristerna för att komma in med anbud förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Första stycket gäller även om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats.

Paragrafen genomför artikel 33.6 i direktivet och motsvarar med redaktionella ändringar 8 kap. 7 § LOU och 8 kap. 9 § första och andra stycket LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Frågan huruvida en begäran gjorts i god tid eller inte ska bedömas från fall till fall med hänsyn till omfattningen av förfrågningsunderlaget och upplysningarna samt svårigheten att ta fram handlingar. Denna fråga kan bli föremål för överprövning (prop. 2006/07:128 del 1 s. 365).

Förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist i vissa fall

7 § Om det vid selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel, får en upphandlande myndighet eller enhet ange att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar, räknat från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, ska vara minst 15 dagar eller, om annonsen skickades med elektroniska medel, minst 10 dagar.

Under förutsättning av tidsbrist får en upphandlande myndighet eller enhet ange att tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades.

Paragrafen genomför artikel 33.7 i direktivet och motsvarar med redaktionella ändringar 8 kap. 8 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

För att paragrafen ska kunna åberopas av en upphandlande myndighet eller enhet får förutsättas att denna inte genom försummelse har försatt sig själv i en sådan situation att det uppstått tidsbrist. Bristande inköpsplanering ger inte rätt att använda de förkortade tidsfristerna (prop. 1992/93:88 s. 79).

Inbjudan att komma in med anbud, att förhandla eller att föra dialog

Skriftlig inbjudan att komma in med anbud, att förhandla eller föra dialog vid selektivt respektive förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog

8 § Vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet eller enhet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudsökande att komma in med anbud, att delta i dialogen eller att förhandla.

En inbjudan ska innehålla förfrågningsunderlaget eller, i förekommande fall, det beskrivande dokumentet. Om förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet är direkt tillgängligt med elektroniska medel, är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget hålls tillgängligt.

En inbjudan ska dessutom innehålla minst uppgift om

1. tidsfristen för att begära kompletterande handlingar, om det är aktuellt, samt belopp och betalningsätt, om det ska betalas en avgift för handlingarna,
2. 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 upphandlingen,
4. vilka handlingar som ska bifogas,
5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling, det beskrivande dokumentet eller av förfrågningsunderlaget, och
6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 34.1, 34.2 och 34.5 i direktivet samt motsvarar 8 kap. 10 § LOU och 8 kap. 11 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.

Av *andra stycket* framgår vilken dokumentation som ska fogas till en inbjudan. I *tredje stycket* räknas upp vilka uppgifter inbjudan minst ska innehålla.

9 § Om någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran ska lämna ut hela eller delar av förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna, ska adressen anges i inbjudan. 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.

Paragrafen genomför artikel 34.3 i direktivet och motsvarar 8 kap. 11 § LOU och 8 kap. 12 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.

Avsikten med paragrafen är att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna uppdra till någon annan att lämna ut förfrågningsunderlaget. Det är dock den upphandlande myndigheten eller enheten som gentemot leverantörerna ansvarar för att förfrågningsunderlag och andra handlingar lämnas ut på ett korrekt sätt. Detta gäller alltså oavsett om den upphandlande myndigheten eller enheten har för avsikt att ombesörja detta själv eller genom någon annan (prop. 2006/07:128 del 1 s. 369).

Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog

10 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid selektivt och förhandlat förfarande samt vid konkurrenspräglad dialog lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller kompletterande handlingar senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Vid påskyndat förfarande enligt 7 § andra stycket ska denna tidsfrist vara fyra dagar.

Paragrafen genomför artikel 34.4 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 8 kap 12 § LOU medan första stycket motsvarar 8 kap. 13 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.

I likhet med LOU men till skillnad från LUF omfattar paragrafen även konkurrenspräglad dialog och det beskrivande dokumentet.

Innebörden av begreppet påskyndat förfarande i *andra stycket* är detsamma som i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 369 och 370).

10 kap. Kommunikation, information och dokumentation

Regler för kommunikation

1 § Anbudsansökningar och anbud ska lämnas skriftligen om inte något annat följer av tredje stycket.

En upphandlande myndighet eller enhet får bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med ett elektroniskt medel eller på något annat sätt.

Myndigheten eller enheten får tillåta att en anbudsansökan görs per telefon.

Myndigheten eller enheten ska i en annons ange hur anbudsansökningar får lämnas och i en annons eller ett förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

Paragrafen genomför artikel 36.1, 36.2 och 36.6 a i direktivet samt motsvarar 9 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

En upphandlande myndighet eller enhet får bestämma i vilken typ av skriftlig form anbudsansökningar och anbud ska lämnas. Kravet på skriftlighet kan uppfyllas elektroniskt (se RÅ 2009 ref. 70). Vad som avses med elektroniska medel regleras i 2 kap. 6 §. Uttrycket ”på annat sätt” i *andra stycket* avser överbringande i annan skriftlig form än elektronisk, t.ex. postgång, personligt överlämnande eller överlämnande med bud (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 338).

2 § Vid kommunikation med elektroniska medel ska dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används.

Paragrafen genomför artikel 36.4 i direktivet och motsvarar 9 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

I stället för att som i direktivet ange att verktygen ska vara kompatibla med produkter som i allmänhet används formuleras kravet, på samma sätt som i LOU och LUF, så att verktygen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används (prop. 2006/07:128 del 1 s. 371).

3 § Information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att elektroniska anbud ska vara försedda med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer.

En upphandlande myndighet eller enhet ska ha sådan utrustning att den elektroniskt kan ta emot anbudsansökningar, anbud, ritningar och planer på ett säkert sätt. Utrustningen ska 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 har tagit del av uppgifterna.

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Paragrafen genomför artikel 36.5 a–c i direktivet och motsvarar 9 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Innebörden av paragrafens *andra stycke* behandlas närmare i prop. 2006/07:128 del 1 s. 215–218.

Skyldighet att lämna in intyg m.m.

4 § Vid användning av elektroniska medel enligt 1 § ska anbudssökande och anbudsgivare före utgången av tidsfristen för att lämna anbudsansökan eller anbud i annan form lämna in sådana handlingar som avses i 11 kap. 3 §, 12 kap. 7, 8, 10, 11, 15 och 17–19 §§, om de inte finns tillgängliga i elektronisk form.

Paragrafen genomför artikel 36.5 d i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 9 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Enligt bestämmelsen ges anbudssökande och anbudsgivare möjlighet att, vid elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, ge in bevis, intyg och andra sådana handlingar som åberopas i upphandlingsärendet i form av skriftliga handlingar, om de inte finns tillgängliga i elektronisk form. Handlingarna ska ges in inom tidsfristen för att anbudsansökan respektive anbud ska anses ha kommit in i rätt tid (prop. 2006/07:128 del 1 s. 373).

Bekräftelse av ansökan om att få lämna anbud

5 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att en anbudsansökan som görs per telefax ska bekräftas genom ett annat elektroniskt medel enligt 3 § andra stycket eller genom en egenhändigt undertecknad handling som är myndigheten eller enheten tillhanda före utgången av den tidsfrist som myndigheten eller enheten anger.

Har en anbudsansökan gjorts per telefon, ska en bekräftelse skickas före utgången av ansökningstiden.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange sådana villkor som avses i första och andra styckena.

Paragrafen genomför artikel 36.6 b och c i direktivet och motsvarar 9 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert

6 § Kommunikation, informationsutbyte och lagrade uppgifter som rör ett upphandlingsärende ska bevaras säkert.

Paragrafen genomför delar av artikel 36.3 i direktivet och motsvarar 9 kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Lagen innehåller i 7 kap. 13–15 §§ bestämmelser om de krav som den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa på leverantören i fråga om skydd för lämnad information. I denna bestämmelse ställs krav på att den upphandlande myndigheten eller enheten behandlar uppgifter den fått från leverantören på ett säkert sätt. Det är en självklarhet och följer bl.a. av bestämmelserna om sekretess och med hänsyn till karaktären på upphandlingarna enligt denna lag, att kraven i praktiken kommer att ställas högt även på de upphandlande myndigheterna eller enheterna i detta avseende. Några särskilda krav ställer dock inte bestämmelsen. I LOU och LUF betraktas bestämmelsen närmast som en ordningsregel (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 375 och 520).

Öppnande av anbud

7 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut.

Försändelser med anbud ska, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, 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. Prop. 2010/11:150
Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafens första stycke genomför delar av artikel 36.3 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 9 kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Förfarandet i *andra stycket* gäller alla anbud oavsett vilket kommunikationsmedel som använts av leverantören. Andra stycket gäller inte uttryckligen anbudsansökningar eftersom det har bedömts att det kan finnas anledning att inte behandla dem på samma strikta sätt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 376). Något hinder för myndigheten eller enheten att i de fallen ändå tillämpa åtminstone delar av förfarandet finns inte och kan i det enskilda fallet vara lämpligt.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten eller enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten eller enheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 11 och 12 kap.

Paragrafens andra stycke genomför artikel 45 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 9 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Första stycket innebär att uppenbara fel i en anbudsansökan eller ett anbud kan rättas till.

I paragrafens *andra stycke* föreskrivs att anbudsansökningar och anbud kan förtydligas och kompletteras. Det får bara göras på initiativ av den upphandlande myndigheten eller enheten. En upphandlande myndighet eller enhet får med stöd av bestämmelsen kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar. Detta ska tillämpas restriktivt och kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten respektive enheten och leverantören bör dokumenteras (prop. 2006/07:128 del 1 s. 377).

Information till leverantörer

Underrättelse om beslut

9 § En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten eller enheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § 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 för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt

vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Paragrafen genomför artikel 35.1 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 9 kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

Av paragrafen framgår att alla anbudssökande och anbudsgivare ska få en underrättelse om tilldelningsbeslut, beslut i visst fall om att avbryta upphandlingen eller beslut om att upphandlingen ska göras om. I *första stycket* finns en bestämmelse om att i underrättelsen ska upplysas om den avtalsspärr som gäller. Regleringen om den är ny i LOU och LUF sedan den 15 juli 2010 (se prop. 2009/10:180).

Frågan om ett beslut under upphandlingen ska meddelas särskilt eller först i anslutning till tilldelningsbeslutet behandlas i prop. 2006/07:128 del 1 s. 378.

Uppllysningar på begäran av en leverantör

10 § En upphandlande myndighet eller enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som skriftligen begär det lämna uppllysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande myndighet eller enhet ska på skriftlig begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud som har förkastats, lämna uppllysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet.

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

Paragrafen genomför artikel 35.2 i direktivet och motsvarar i sak 9 kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

Såväl en ansökan om att lämna anbud som ett anbud kan förkastas innan tilldelningsbeslutet fattas. Det innebär att skyldigheten att lämna uppllysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats kan inträda innan skyldigheten att lämna uppllysningar om tilldelningsbeslutet enligt 9 § inträder (prop. 2001/02:142 s. 68).

I artikel 35.2 b i direktivet exemplifieras omständigheter som lett till att ett anbud förkastats och som ska motiveras. Det är fråga om anbud som innehåller avvikelser från angivna specifikationer eller som hänvisar till vissa standarder, när den upphandlande myndigheten ställt upp krav på prestanda eller funktion (artikel 18.4 och 18.5, 7 kap. 5 och 6 §§) eller krav på informationssäkerhet eller försörjningstrygghet (artikel 22 och 23, 7 kap. 13–18 §§).

I enlighet med direktivet preciseras i paragrafen i förhållande till LOU och LUF dels att begäran ska vara skriftlig, dels att *andra stycket* gäller anbud som har förkastats.

Anbudsgivare är bunden av sitt anbud

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i förfrågningsunderlaget ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått underrättelse enligt 9 § första stycket eller uppllysningar enligt 10 §.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 11 § LOU och LUF. Dess innehåll ansågs framgå indirekt av såväl regleringen i det klassiska direktivet som av bestämmelserna i den upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och togs därför in i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 381). En sådan reglering togs också in i LUF. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU och LUF tas bestämmelserna med även i denna lag. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

Protokoll

12 § En upphandlande myndighet eller enhet ska för varje upphandling upprätta ett protokoll, där det bl.a. ska framgå

1. det valda upphandlingsförfarandet,
2. skälen till att ett anbud förkastats,
3. skälen till att ett kontrakt eller ramavtal inte tilldelats en leverantör,
4. skälen till att förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–10 §§ tillämpats,
5. skälen till att tidsfristen i 4 kap. 8 § andra stycket eller 4 kap. 9 § tredje stycket eller att det värde som följer av 4 kap. 9 § andra stycket överskridits,
6. skälen till att konkurrenspräglad dialog tillämpats, och
7. skälen till att ett ramavtal har en löptid på mer än sju år.

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att på Europeiska kommissionens begäran sända protokollet eller huvuddragen i det till kommissionen.

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

Paragrafen genomför delar av artikel 37 i direktivet. En liknande bestämmelse finns i 9 kap. 12 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.3. Paragrafen har utformats med beaktande av det som *Lagrådet* har förordat.

Första stycket reglerar att ett protokoll ska upprättas och vad som ska framgå av ett sådant. I stycket är punkterna 1 och 5–7 nya i förhållande till LOU. *Andra stycket* innehåller en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att på begäran sända protokollet eller huvuddragen i det till kommissionen. I *tredje stycket* finns en upplysning om att regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

Bevarande av handlingar

13 § När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragrafen, som reglerar bevarande av handlingar hos upphandlande myndigheter och enheter som inte tillämpar arkivlagen (1990:782), motsvaras av 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § andra och tredje styckena LUF. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med dessa regler finns en paragraf med motsvarande innehåll även i

11 kap. Uteslutning av leverantörer

Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagkraftvunnen dom 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 brottslighet⁵⁵,

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 i⁵⁶, respektive artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn⁵⁷,

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 intressen⁵⁸,

4. penningtvätt och finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 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 terrorism⁵⁹, eller

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 nämnda rambeslut⁶⁰.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten eller enheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet eller enhet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Paragrafen genomför artikel 39.1 i direktivet och utgör en uttömmande uppräkningslista av de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Bestämmelserna är i stort sett desamma som i de föreslagna bestämmelserna i 10 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

I förhållande till nu gällande LOU och LUF finns det i *första stycket 1* en hänvisning till rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet. Beslutet ersätter rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen om att göra

⁵⁵ EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

⁵⁶ EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

⁵⁷ EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

⁵⁸ EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

⁵⁹ EUT L 309, 25.11.2005, s. 15 (Celex 32005L0060).

⁶⁰ EGT L 164, 22.6.2002, s. 3 (Celex 32002F0475).

deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott.

Första stycket 2 innehåller en hänvisning till rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn. Detta rambeslut ersätter rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn som LOU hänvisar till. Bestämmelserna är i stort sett desamma.

Första stycket 3 hänvisas till konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen. Bestämmelsen överensstämmer med LOU och LUF.

Första stycket 4 hänvisas till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG⁶¹ i stället för som i motsvarande bestämmelse i LOU rådets direktiv 91/308/EEG, som upphört att gälla.

I förhållande till LOU och LUF är *första stycket 5* ny och avser terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet.

Vilka svenska straffbestämmelser som kan anses motsvara uppräknningen i paragrafen samt hur den upphandlande myndigheten eller enheten bör hantera frågan om uteslutning på grund av brott behandlas i avsnitt 8.9 och i prop. 2006/07:128 del 1 s. 224–241 och 386–388.

Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

2 § En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,

2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,

3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen, såsom till följd av en överträdelse av befintlig lagstiftning om export av försvars- och säkerhetsutrustning,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, såsom genom att inte ha iakttagit sina skyldigheter i fråga om informationssäkerhet eller försörjningstrygghet vid ett tidigare kontrakt, och den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa detta,

5. har, på grundval av någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor, kunnat konstaterats inte vara så tillförlitlig som krävs för att inte riskera rikets säkerhet,

6. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller

7. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 11 eller 12 kap.

⁶¹ 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 (EUT L 309, 25.11.2005, s. 15, Celex 32005L0060).

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Myndigheten eller enheten får, utom i de fall som avses i 4 §, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 6.

Paragrafen genomför artikel 39.2 i direktivet. I 10 kap. 2 § LOU och 10 kap. 3 § LUF finns liknande bestämmelser. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Det exempel som anges i *första stycket 3* finns inte i LOU och tar särskilt sikte på försvars- och säkerhetsområdet. De två följande punkterna behandlar också två för området viktiga delar, dvs. informationssäkerhet och försörjningstrygghet.

Kravet i *första stycket 4* avser brott mot krav i tidigare kontraktsförhållanden, även i förhållande till andra stater. Att, som anges i punkten, leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen innebär inte att denne måste slutligen ha dömts för sådant fel men de omständigheter som kan ligga till grund för en uteslutning måste vara objektiva och kunna visas.

Kravet i *första stycket 5* behandlar pålitligheten hos anbudsgivare och leverantörer. Även om bestämmelsen ger stort utrymme för den upphandlande myndigheten eller enheten i fråga om vilka uppgifter som kan ligga till grund för en uteslutning, måste uteslutningen vara nödvändig för rikets säkerhet.

Tredje stycket saknar motsvarighet i direktivet, men återfinns i LOU och LUF eftersom det fanns en sådan bestämmelse i den nu upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 389). För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU och LUF tas bestämmelsen in även i denna lag.

Intyg och bevis angående leverantör

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1, 2 eller 3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 2 § första stycket 6.

Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1–3 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran.

Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES, får det antas att leverantören uppfyller de förutsättningar som anges i 1 § eller i 2 § första stycket 1–4 och 7.

Paragrafens första och andra stycken genomför artikel 39.3 i direktivet. Paragrafens tredje stycke genomför artikel 46.3. Hela paragrafen motsvaras av 10 kap. 3 § LOU och 10 kap. 4 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Som exempel på utdrag ur officiellt register enligt *första stycket* anges i artikel 39.3 första stycket a ett utdrag från kriminalregistret.

Med begreppet utsaga som avgetts på heder och samvete eller en annan liknande försäkran enligt *andra stycket* avses enligt artikel 39.3 andra stycket exempelvis en försäkran under ed, en högtidlig försäkran som avläggs inför en behörig rättslig eller administrativ myndighet, notarius publicus eller en godkänd yrkesorganisation i personens hemland eller ursprungsland. Stycket har utformats som *Lagrådet* har förordat.

4 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 2 § första stycket 6 ska den upphandlande myndigheten eller enheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Paragrafen motsvarar 10 kap. 4 § LOU och 10 kap. 5 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Enligt bestämmelsen ska den upphandlande myndigheten eller enheten ansvara för att hämta in uppgifter om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige. Med behörig myndighet som uppgifterna hämtas in från avses Skatteverket och Kronofogdemyndigheten. Skyldigheten inträder när den upphandlande myndigheten eller enheten har för avsikt att beakta dessa uppgifter i en upphandling (prop. 2009/10:180 del 1 s. 340).

12 kap. Kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m.

Inledande bestämmelser

1 § Innan kontrakt tilldelas enligt 13 kap. ska den upphandlande myndigheten eller enheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 11 kap. 1 och 2 §§.

Paragrafen genomför delvis artikel 38.1 i direktivet och motsvarar 11 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Bestämmelsen innebär att sedan leverantörerna klarat prövningen enligt 11 kap., ska leverantörernas lämplighet enligt 12 kap. prövas innan de inlämnade anbudna prövas enligt 13 kap.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 8–16 §§. Omfattningen av den information som avses i 8–16 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

Paragrafen genomför artikel 38.2 i direktivet och motsvarar den föreslagna lydelsen av 11 kap. 2 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Paragrafen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten i förväg kan bestämma den miniminivå för ekonomisk och finansiell ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska ligga till grund för urvalsprövningen (prop. 2006/07:128 del 1 s. 244).

De hänvisningar som finns i *första stycket* avser i enlighet med artikeln i direktivet bestämmelserna om leverantörernas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (artiklarna 41 och 42).

Begränsning av antalet anbudssökande i upphandlingsförfaranden

3 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog får den upphandlande myndigheten eller enheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud, förhandla med eller inleda en dialog med.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen ange

1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och
2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att bjudas in och, om ett högsta antal kommer att bjudas in, detta antal.

Paragrafen genomför delar av artikel 38.3 första stycket i direktivet och motsvarar 11 kap. 3 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Det är enligt *första stycket* bara vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog som antalet anbudssökande kan begränsas.

De kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten enligt *andra stycket* ska ange i annonsen, om den väljer att begränsa antalet anbudssökande, ska vara hänförliga till leverantören och kan gälla dennes ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet men de kan däremot inte utgöras av utvärderingskriterierna enligt 13 kap. 1 § eftersom de är hänförliga till anbudet (prop. 2006/07:128 del 1 s. 393). Att kriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande framgår av 1 kap. 11 §.

4 § Antalet anbudssökande som bjuds in att delta får inte vara mindre än tre.

Paragrafen genomför artikel 38.3 första stycket första strecksatsen andra meningen i direktivet och motsvarar delar av 11 kap. 4 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Antalet anbudssökande som bjuds in får inte vara mindre än tre oavsett vilket förfarande som används. I LOU är minsta antalet anbudssökande vid selektivt förfarande fem.

5 § En upphandlande myndighet eller enhet ska bjuda in minst det antal anbudssökande som angetts enligt 3 § andra stycket 2.

Om antalet anbudssökande, som uppfyller de i annonsen angivna kraven och urvalskriterierna (de kvalificerade anbudssökande), är lägre än det i annonsen angivna lägsta antal som kommer att bjudas in, får den upphandlande myndigheten eller enheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in de kvalificerade anbudssökande som har begärt att få delta.

Paragrafen motsvarar delar av artikel 38.3 första stycket, hela 38.3 andra stycket och 38.4 i direktivet samt 11 kap. 5 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Av *andra stycket* framgår att en upphandlande myndighet eller enhet har möjlighet att fortsätta förfarandet trots att antalet lämpliga anbudssökande egentligen är för få.

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas, får den låta förfarandet anstå och på nytt offentliggöra den ursprungliga annonsen och fastställa en ny tidsfrist för att komma in med anbudsansökningar.

Både de anbudssökande som valdes ut i samband med det första offentliggörandet och de som väljs ut i samband med det andra offentliggörandet ska bjudas in att delta i upphandlingsförfarandet enligt 9 kap. 8–10 §§.

Paragrafen genomför artikel 38.3 tredje stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Första stycket anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får låta ett upphandlingsförfarande anstå om den anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas och på nytt offentliggöra den ursprungliga annonsen. Åtgärden är ny och saknar motsvarighet i LOU och LUF. Den innebär att förfarandet i sig inte avbryts utan endast blir vilande i avvaktan på förnyad annonsering.

I paragrafen anges ”effektiv” konkurrens i stället för direktivartikelns ”verklig” konkurrens. Begreppet ”effektiv” konkurrens förekommer i LOU i stället för ”verklig” konkurrens. Detta för att överensstämja med konkurrenslagens (1993:20) terminologi (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 327). Konkurrenslagen (1993:20) är upphävd och ersatt av konkurrenslagen (2008:579). Någon ändring i detta avseende i den senare lagen har inte skett.

Samtliga utvalda anbudssökande från de två offentliggörandena ska sedan enligt *andra stycket* bjudas in att delta i upphandlingsförfarandet. Detta ska, som framgår av direktivet, inte påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens möjlighet att avbryta det pågående upphandlingsförfarandet och inleda ett nytt förfarande.

Krav på registrering

7 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att en anbudssökande visar att sökanden är registrerad i ett aktiebolags- eller handelsregister eller ett motsvarande register, som förs i det land där den anbudssökande har sitt ursprung eller är etablerad, om det i detta land är en förutsättning för att få bedriva yrkesverksamhet.

I stället för det som anges i första stycket kan en anbudssökande avge en utsaga på heder och samvete eller vidta någon annan liknande åtgärd eller visa upp ett intyg.

I samband med förfaranden för tilldelning av tjänstekontrakt får den upphandlande myndigheten eller enheten begära att en anbudssökande ska visa att han eller hon har ett särskilt tillstånd eller liknande i sitt hemland, om detta krävs för att tillhandahålla den aktuella tjänsten.

Paragrafen genomför artikel 40 första och andra stycket i direktivet och motsvarar i huvudsak 11 kap. 6 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

I förhållande till LOU och det klassiska direktivet tar bestämmelserna i paragrafen och direktivet enbart sikte på de anbudssökande eftersom öppet förfarande inte förekommer i den nu föreslagna lagen. Därutöver är främst tillagt att det aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register som avses i *första stycket* även kan vara fört i den anbudssökandes ursprungsland och att registreringen ska vara en förutsättning för att den sökande ska kunna bedriva yrkesverksamhet där. Dessa skillnader följer också av direktiven. De register som avses är de som anges i bilaga VII A–C till direktivet. Förteckningarna som anges i bilaga VII är endast vägledande.

En utsaga på heder och samvete eller annan liknande åtgärd i *andra stycket* avser det som i direktivet uttryckts med ed under försäkran (se kommentaren till 11 kap. 3 §).

Bestämmelsen i *tredje stycket* innebär att en upphandlande myndighet eller enhet kan ange att anbudssökande ska visa om de på visst sätt är auktoriserade, tillhör ett skråväsende eller liknande (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 395).

Bevis på ekonomisk ställning

8 § Bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits,

2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller

3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Paragrafen genomför huvudsakligen artikel 41.1 i direktivet och motsvarar 11 kap. 7 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

En leverantörs lämplighet i fråga om ekonomisk ställning är av så central betydelse vid upphandling att bestämmelser om vilka intyg som krävs anges i lagen. Att listan med de uppräknade exemplen på bevis inte är uttömmande framgår av ordet ”kan”.

Om begärda intyg inte ges in utgör det skäl för att inte pröva leverantörens anbudsansökan (prop. 2006/07:128 del 1 s. 396).

9 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilken eller vilka av de i 8 § nämnda handlingarna och uppgifterna som ska visas upp samt vilka andra handlingar som ska visas upp. En balansräkning eller utdrag ur den behöver endast visas upp om den ska offentliggöras enligt lagstiftningen i det land där leverantören är hemmahörande.

Paragrafen genomför huvudsakligen artikel 41.4 i direktivet och motsvarar 11 kap. 8 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Villkoret att en balansräkning eller utdrag ur den endast behöver visas upp om den ska offentliggöras enligt lagstiftningen i det land där leverantören är hemmahörande framgår av artikel 41.1 b i direktivet.

10 § Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Paragrafen genomför artikel 41.5 i direktivet och motsvarar 11 kap. 9 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet

11 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange vilka av de uppgifter som anges i andra stycket som den har valt och vilka andra uppgifter som måste tillhandahållas.

Den tekniska kapaciteten får styrkas på ett eller flera av följande sätt:

1. genom en förteckning över slutförda byggentreprenader under de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggentreprenaderna samt huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt,

2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under, som regel, de fem senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare,

3. genom uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen eller som berörs på annat sätt, vare sig de direkt tillhör leverantörens företag eller inte, och, i fråga om byggentreprenader, uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. genom en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten, av företagets undersöknings- och forskningsresurser samt de företagsinterna bestämmelserna i fråga om immaterialrätt,

5. genom en kontroll som ska utföras av den upphandlande myndigheten eller enheten själv eller på dennas vägnar av ett behörigt organ i leverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke,

6. när det är fråga om byggentreprenadkontrakt, tjänstekontrakt eller varukontrakt inbegripet monterings- och installationsarbeten eller monterings- och installationstjänster, genom uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, särskilt om den eller dem som ska ansvara för tillhandahållande av tjänsterna eller leda byggentreprenaden,

7. när det är fråga om byggentreprenader eller tjänster, genom uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, om det med hänsyn till vad kontraktet avser behövs sådana uppgifter,

8. genom en uppgift om antalet anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller entreprenören och antalet anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,

9. genom en uppgift om

a) vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning, antalet anställda och deras yrkeskunnande eller de försörjningskällor som leverantören förfogar över för att fullgöra kontraktet, samt uppgift om var dessa finns i de fall de finns utanför EES, och

b) förmågan att tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris eller att garantera underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

10. när det gäller varor som ska levereras, genom prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet ska styrkas om den upphandlande myndigheten eller enheten begär det, eller genom intyg som upprättas 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 överensstämmer med vissa specifikationer eller standarder, eller

11. när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhets-skyddsklassificerade uppgifter, genom bevis om förmågan att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om det är nödvändigt ska den behöriga myndigheten sända intyg enligt andra stycket 1 direkt till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om en mottagare enligt andra stycket 2 är en upphandlande myndighet eller enhet, ska intyg som utfärdats eller attesterats av denna myndighet eller enhet lämnas. Om mottagaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska intyg från köparen lämnas eller, om detta inte är möjligt, en försäkran från leverantören lämnas.

En kontroll enligt andra stycket 5 ska avse en leverantörs tillverkningskapacitet eller en tjänsteleverantörs tekniska kapacitet och, om det behövs, leverantörens undersöknings- och forskningsresurser samt åtgärder för kvalitetskontroll.

Paragrafen genomför delvis artikel 42 i direktivet. En liknande bestämmelse finns i 11 kap. 11 § LOU. Förslaget behandlas huvudsakligen i avsnitt 8.10.

Paragrafens *första stycke* genomför artikel 42.5 i direktivet. Till skillnad från bestämmelsen i LOU är den upphandlande myndigheten endast skyldig att i annonsen om upphandling ange vilka uppgifter om teknisk kapacitet som leverantören ska tillhandahålla.

Paragrafens *andra stycke* genomför artikel 42.1 i direktivet. I stycket återfinns en uppräknig av sätt som leverantören kan använda sig av för att styrka sin tekniska kapacitet. Den största skillnaden jämfört med LOU är att leverantören inte är skyldig att styrka sin tekniska kapacitet på något av de sätt som anges. Det framgår genom att i förhållande till LOU har ordet ”endast” tagits bort (se även 14 §). I förhållande till LOU är tidsrymden i *punkten 2* förlängd från tre till fem år. Dessutom gäller denna tidsrymd endast som huvudregel.

Punkten 4 innehåller i förhållande till LOU den skillnaden att de företagsinterna bestämmelserna rörande immaterialrätt ska beskrivas.

Punkten 5 (artikel 42.1 d i direktivet) är förkortad i jämförelse med motsvarande regel i det klassiska direktivet (artikel 48.2 d) och har därmed ett mer generellt tillämpningsområde. Den bestämmelse i LOU som genomför artikeln, 11 kap. 11 § andra stycket 5, är begränsad till varor eller tjänster som är komplexa eller i undantagsfall avsedda för ett särskilt ändamål. Denna begränsning finns alltså inte med i denna lag.

I förhållande till LOU är det i *punkten 6* specificerat i vilka fall uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer m.m. ska anges.

I *punkten 9* har i förhållande till 11 kap. 11 § andra stycket 9 LOU tillkommit uppgifter om vad som ska anges. I förhållande till direktivet har här ordet ”tillgodose” ersatt ordet ”tillmötesgå”. Någon saklig förändring är inte avsedd.

En bestämmelse motsvarande punkten 10 i 11 kap. 11 § LOU saknas på denna plats i direktivet. Upplysningar om hur stor del av kontraktet

som kommer att läggas ut på underentreprenad följer i stället av artikel 21.2, vilken genomförs i 14 kap. 2 §.

Punkten 11 genomför artikel 42.1 j första stycket i direktivet och behandlas i avsnitt 9.5.

Tredje–femte styckena innehåller ett antal bestämmelser om hanteringen av bevisen om teknisk kapacitet.

12 § Bevis enligt 11 § andra stycket 11 får ges genom ett system för granskning av säkerhetsskyddet. En upphandlande myndighet eller enhet får ge leverantörer som ännu inte har granskats genom ett sådant system en förlängd tidsfrist för att säkerhetsskyddet ska kunna granskas. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i så fall i annonsen om upphandling ange att den möjligheten finns och tidsfristen för att ordna det.

Paragrafen genomför artikel 42.1 j tredje stycket i direktivet. Första meningen saknar direkt motsvarighet i direktivet men följer av artikel 42.1. Förslaget behandlas i avsnitt 9.6.

Med ett system för granskning av säkerhetsskyddet (säkerhetskontrollsystem) kan avses t.ex. det arbete som utförs av en s.k. National Security Authority (NSA) eller ett säkerhetsskyddsavtal som upprättas med anledning av upphandlingen.

Av artikeln framgår att en anbudssökande som ännu inte har ett system för granskning av säkerhetsskyddet kan få en förlängd tidsfrist att ”anskaffa” ett sådant. I den engelska översättningen står ”obtain” och i den franska står ”obtenir”. I paragrafen används därför ”ordna” i stället för ”anskaffa”.

I den svenska språkversionen av artikeln står vidare ”meddelandet om underentreprenaden”, medan det i den engelska översättningen står ”contract notice” och i den franska översättningen står ”l’avis de marché”, dvs. ”annonsen om upphandling”. Förslaget till författningstext har därför utformats i enlighet med detta.

13 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att ett behörigt organ i anbudssökandes stat kontrollerar att de krav i fråga om informationssäkerhet som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer är uppfyllda när det gäller

1. de lokaler och installationer som planeras att användas,
2. de industriella och administrativa förfaranden som kommer att tillämpas,
3. formerna för informationsstyrning, och
4. den personal som kommer att arbeta med att genomföra kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 42.1 j fjärde stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.7.

14 § Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får leverantören styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Paragrafen genomför artikel 42.6 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Av paragrafen följer att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten eller

enheten begär får han eller hon visa sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med varje annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig. De i 11 § angivna sätten för att styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet är endast exempel. Kan leverantören inte styrka sin kapacitet på något av de sätten får denne uppvisa annan lämplig handling.

Tillgång till andra företags kapacitet

15 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen genomför artikel 41.2 och 41.3 samt artikel 42.2 och 42.3 i direktivet samt motsvarar med en redaktionell ändring 11 kap. 12 § LOU och 11 kap. 5 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Leverantörers yrkeskunnande

16 § Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggentreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

Paragrafen genomför artikel 42.4 i direktivet och motsvarar 11 kap. 13 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Kvalitetsstyrningsstandarder

17 § Om en upphandlande myndighet eller enhet kräver att leverantören visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende ackrediterat organ om att leverantören iakttar vissa kvalitetsstyrningsstandarder, ska myndigheten eller enheten hänvisa till sådana kvalitetsstyrningssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och som är certifierade av oberoende ackrediterade organ vilka uppfyller europeiska standarder för ackreditering och certifiering.

Myndigheten eller enheten ska godkänna likvärdiga intyg från oberoende ackrediterade organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetsstyrningssystem som lämnas av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 43 i direktivet och motsvarar i sak 11 kap. 14 § LOU och 11 kap. 11 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.3.

I jämförelse med LOU och LUF liksom det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet är ordet ”kvalitetssäkringsstandarder” här ersatt av ”kvalitetsstyrningsstandarder” och ”kvalitetssäkringsåtgärder” ersatt av ”kvalitetsstyrningssystem”. Några väsentliga skillnader i sak torde detta inte innebära. Dessutom är tillagt att dessa standarder eller likvärdiga intyg ska vara certifierade av oberoende ackrediterade organ. Dessa skillnader i förhållande till LOU och LUF följer av direktiven. I förhållande till direktivet uttrycks i lagtexten, som *Lagrådet* har förordat,

dock begreppet ”certifikat” på samma sätt som i LOU och LUF, med begreppet ”intyg”. Därutöver förekommer vissa andra språkliga skillnader i förhållande till de två andra lagarna. Prop. 2010/11:150

Standarder för miljöledning

18 § Om en upphandlande myndighet eller enhet i de fall som avses i 11 § andra stycket 7 kräver att få tillgång till ett av ett oberoende organ upprättat certifikat som intygar att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, ska myndigheten eller enheten hänvisa till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas) och om upphävande av förordning (EG) nr 761/2001 och kommissionens beslut 2001/681/EG och 2006/193/EG⁶² eller till miljöledningsstandarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder. Miljöledningsstandarderna ska vara certifierade av organ som uppfyller unionslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering.

Myndigheten eller enheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder som lämnas av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 44 i direktivet och motsvarar 11 kap. 15 § LOU och 11 kap. 12 § andra och tredje styckena LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.3.

I förarbetena till motsvarande paragraf i LOU anfördes bl.a. följande (prop. 2006/07:128 del 1 s. 402).

”Miljöledningssystem är ett system för att organisera miljöarbetet i ett företag, en myndighet eller en organisation. Systemet har som syfte att kontinuerligt förbättra organisationens miljöprestanda genom ett förebyggande och strukturerat arbetssätt. Arbetet bedrivs i olika faser (planering, genomförande, kontroll och åtgärd). Kraven på miljöledningssystem har preciserats i olika standarder och regelverk.”

Det sagda har tillämpning även för nu aktuell paragraf.

Officiella förteckningar

19 § Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES upprättad av behöriga myndigheter eller innehar ett certifikat utfärdat av ett certifieringsorgan som uppfyller europeiska standarder för certifiering, får det antas att leverantören uppfyller de förutsättningar och krav som anges i

1. 11 kap. 1 §, 2 § första stycket 1–4 och 7, samt i detta kapitel 7 §, 8 § första stycket 1 och 2 samt 11 § andra stycket 1, 3, 6, 8 och 9 när det gäller byggtreprenörer,
2. 11 § andra stycket 2–5 och 10 när det gäller varuleverantörer, eller
3. 11 § andra stycket 2 och 4–9 när det gäller tjänsteleverantörer.

⁶² EUT L 342, 22.12.2009, s. 1 (Celex 32009R1221).

Paragrafen genomför artikel 46.3 i direktivet och motsvarar i huvudsak 11 kap. 16 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.3.

I förhållande till LOU och det klassiska direktivet är tillagt att en officiell förteckning ska vara ”upprättad av behöriga myndigheter”. Skillnaden följer av direktiven.

Bestämmelsen innebär endast en presumtion för att leverantören uppfyller vissa i paragrafen specificerade krav om denne är registrerad i en officiell förteckning. Om en upphandlande myndighet har tillgång till tillförlitliga uppgifter om en leverantör som strider mot vad som framgår av en officiell förteckning får därför dessa uppgifter läggas till grund för bedömningen av leverantörens lämplighet (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 403 och 404).

Begränsad kontroll

20 § I ett selektivt eller förhandlat förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog får en upphandlande myndighet eller enhet begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 11 kap. samt 12 kap. 2 och 7–18 §§ som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Paragrafen motsvarar i allt väsentligt 11 kap. 17 § LOU och 11 kap. 13 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.11. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

I 11 och 12 kap. finns bestämmelser för de upphandlande myndigheternas och enheternas möjligheter att ställa krav på att leverantörerna intygar sin kapacitet, lämplighet etc. Genom denna paragraf får de upphandlande myndigheterna och enheterna samma möjlighet som sedan den 15 juli 2010 finns i LOU och LUF att begränsa antalet intyg, certifikat, bevis eller liknande handlingar som måste hanteras vid en upphandling i syfte att visa leverantörens lämplighet att utföra ett visst kontrakt (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 341).

13 kap. Tilldelning av kontrakt

Alternativa grunder för tilldelning av kontrakt

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten eller enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga, operativa egenskaper, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 47.1 i direktivet och motsvarar i stort 12 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12. Prop. 2010/11:150

I *första stycket* anges de två alternativa grunderna för tilldelning av kontrakt som den upphandlande myndigheten eller enheten kan tillämpa.

I *andra stycket* anges exempel på tilldelningskriterier som kan ställas upp (prop. 2006/07:128 del 1 s. 405). I förhållande till LOU och LUF är kriterierna ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper tillagda. Däremot saknas kriteriet estetik.

Enligt *tredje stycket* ska den valda grunden anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Det går därefter inte att byta grund (a.prop. s. 405).

Viktning av kriterier

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten eller enheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget,
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar,
4. det beskrivande dokumentet, eller
5. de kompletterande handlingarna.

Paragrafen genomför artikel 34.5 e och 47.2 i direktivet samt motsvarar i stort sett 12 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Tredje stycket 3 saknar motsvarighet i direktivet och i det klassiska direktivet. Däremot finns en sådan bestämmelse i försörjningsdirektivet och togs därför med även i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 406). För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU och LUF tas bestämmelsen in även här. *Tredje stycket 4* är en följd av att förfarandet konkurrenspräglad dialog införts och återfinns även i 12 kap. 2 § LOU. I förhållande till LOU och LUF är *tredje stycket 5* ny.

Onormalt låga anbud

3 § En upphandlande myndighet eller enhet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten eller enheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

En begäran om förklaring kan gälla

1. om anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,
2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren,

4. om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras, och

5. om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens eller enhetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

Paragrafen genomför artikel 49.1 och 49.2 i direktivet och motsvarar 12 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Bestämmelserna kommenteras utförligt i prop. 2006/07:128 del 1 s. 406–409.

4 § Om en upphandlande myndighet eller enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får myndigheten eller enheten begära en förklaring av anbudsgivaren. Kan anbudsgivaren inte efter en sådan begäran och inom en skälig tidsfrist som angetts av den upphandlande myndigheten eller enheten visa att det är fråga om ett med EUF-fördraget förenligt stöd, får anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet eller enhet som förkastar ett anbud enligt första stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Paragrafen genomför artikel 49.3 i direktivet och motsvarar 12 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Bestämmelserna kommenteras i prop. 2006/07:128 del 1 s. 409 och 410.

14 kap. Underentreprenad

Anbudsgivarens val av underleverantör

Huvudregel

1 § Den utvalda anbudsgivaren ska ha möjlighet att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt som inte omfattas av 3 eller 5 §.

Paragrafen genomför artikel 21.1 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.2.1.

Bestämmelsen anger att den vinnande leverantören som huvudregel har rätt att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt. Bestämmelsen är rubricerad som huvudregel eftersom den gäller i den utsträckning den upphandlande myndigheten eller enheten inte ställer krav på konkurrensutsättning av underleverantörer.

Uppgifter om underentreprenad

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underentreprenad, förslag på underleverantör och föremålet för underleverantörskontraktet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren ska ange alla ändringar som uppstår på underleverantörsnivå under genomförandet av kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 21.2 i direktivet. Förslaget behandlas i Prop. 2010/11:150 avsnitt 11.2.2.

Paragrafens *första stycke*, som i stort överensstämmer med 6 kap. 11 § LOU och 6 kap. 12 § LUF, anger att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att begära in uppgifter av anbudsgivarna om hur stor del av kontraktet som de avser att lägga ut på tredje man, vilka underleverantörer de avser att anlita och vilka delar av kontraktet som underentreprenaderna avser.

Andra stycket har ingen motsvarighet i LOU eller LUF. Bestämmelsen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att som ett särskilt villkor för fullgörande av kontraktet kräva in uppgifter om de ändringar som uppstår i underleverantörsledet under genomförandet av kontraktet.

Den upphandlande myndighetens eller enhetens krav på underentreprenad

Förutsättningar

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid en begäran enligt första stycket ange den procentuella andel som måste läggas ut på underentreprenad i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel, med möjlighet för anbudsgivaren att öka denna andel. Maximiandelen får dock inte överstiga 30 procent av kontraktets värde.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid en sådan begäran som avses i första stycket kräva att anbudsgivaren i anbudet anger vilken eller vilka delar av anbudet som anbudsgivaren avser att lägga ut på underentreprenad.

Paragrafen genomför artikel 21.4 första, tredje och fjärde stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.1.

Paragrafens *första stycke* anger att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att kräva av den utvalda anbudsgivaren att han ska lägga ut en del av kontraktet på underentreprenad.

I *andra stycket* anges en begränsning för denna rätt. Den upphandlande myndigheten eller enheten har inte rätt att kräva att en större andel av kontraktet ska läggas ut än 30 procent av det totala kontraktets värde. Den upphandlande myndighet eller enhet som utnyttjar möjligheten i första stycket ska i annonsen om upphandling ange den andel som ska läggas ut. Det ska anges i form av ett intervall med en minimiandel och en maximandel, med ett tak om 30 procent. Anbudsgivaren ska dock ha rätt att föreslå en högre andel än den som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Av *tredje stycket* framgår att, om den upphandlande myndigheten eller enheten utnyttjar möjligheten att kräva att viss andel av kontraktet ska läggas ut på underentreprenad, så ska den kräva att anbudsgivaren preciserar i sitt anbud vilken del eller vilka delar denne avser att lägga ut på tredje man. Detta är således obligatoriskt för det fall möjligheten i första och andra stycket utnyttjas.

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren ska ange vilken eller vilka delar av anbudet som kan komma att läggas ut på underentreprenad utöver den minimiandel som måste läggas ut enligt 3 § och att ange vilka underleverantörer de avser att anlita.

Paragrafen genomför artikel 21.4 femte stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.3.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivarna ska ange vilken eller vilka delar av anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad utöver den minimiandel som måste läggas ut enligt 3 § och att ange vilka underleverantörer de avser att anlita. Till skillnad från vad som anges i 3 § är det inte obligatoriskt för den upphandlande myndigheten eller enheten att infordra uppgift om vilka underleverantörer som kommer att utnyttjas av anbudsgivaren, utan förevarande bestämmelse ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att kräva in uppgiften.

Villkor om tilldelning av underentreprenad

5 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att den utvalda anbudsgivaren, om denne inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska tillämpa 9–11 §§ för samtliga eller vissa underleverantörskontrakt. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i sådant fall i kontraktet med anbudsgivaren uppställa villkor om att anbudsgivaren, vid tilldelning av ett underleverantörskontrakt till tredje man, ska tillämpa 9–11 §§.

Ställer den upphandlande myndigheten eller enheten krav på underentreprenad enligt 3 §, ska den kräva att den utvalda anbudsgivaren för dessa underleverantörskontrakt ska tillämpa 9–11 §§ enligt första stycket.

Paragrafen genomför artiklarna 21.3, 21.4 sjätte stycket och 50.1 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.4.

I paragrafen anges ramarna för den upphandlande myndighetens eller enhetens rätt att kräva av den utvalda anbudsgivaren, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, att de grundläggande principerna, annonsering och utvärdering av anbud ska tillämpas beträffande underleverantörskontrakt som denne avser att tilldela. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan enligt *första stycket* kräva att vissa eller samtliga underleverantörskontrakt ska konkurrensutsättas med tillämpning av bestämmelserna i 9–11 §§. Den vinnande leverantören ska i kontraktet med den upphandlande myndigheten eller enheten förpliktas att ställa upp villkor som binder anbudsgivaren att tillämpa bestämmelserna i 9–11 §§ vid tilldelningen av underleverantörskontrakt. Tilldelningen av kontrakten ska då ske med beaktande av principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering. Vidare har den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att kräva av den vinnande anbudsgivaren att han ska tillämpa bestämmelser om annonsering av de underleverantörskontrakt som uppgår till eller överstiger tröskelvärdet samt rätt att föreskriva att urvalet av underleverantörer ska göras med hjälp av kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer.

Enligt paragrafens *andra stycke* ska den upphandlande myndigheten eller enheten, i de fall den enligt 3 § krävt konkurrensutsättning av en del

av kontraktet, säkerställa genom villkor i kontraktet med den vinnande anbudsgivaren, om denne inte är en upphandlande myndighet eller enhet, att underleverantörskontrakt ska tilldelas med tillämpning av bestämmelserna i 9–11 §§. Sådana villkor är således obligatoriska i de fall som omfattas av paragrafens andra stycke.

Understiger underleverantörskontraktets värde tröskelvärdet måste inte reglerna om annonsering tillämpas. Dock gäller enligt artikel 52.7 i direktivet i dessa fall att anbudsgivarna ska tillämpa EUF-fördragets principer gällande öppenhet och konkurrens. Den bestämmelsen har inte bedömts kräva någon särskild införlivning eftersom den täcks av 9 § om de allmänna principerna.

Företag som går samman och anknutna företag

6 § Vid tillämpningen av 5 § ska, om flera företag går samman för att erhålla ett kontrakt, inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller ett anknutet företag.

Anbudsgivarens anbud ska innehålla en uttömmande förteckning över företag som avses i första stycket. Förteckningen ska uppdateras när ändringar inträffar i förhållandena mellan företagen.

Paragrafen genomför artikel 50.2 i direktivet och motsvarar i huvudsak 13 kap. 6 § LOU avseende byggkoncessioner. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.5.

Paragrafen anger i *första stycket* att om flera företag går samman och ansöker om att delta i en upphandling eller lämnar anbud gemensamt så ska inte något av de deltagande företagen anses som tredje man. Att ett sådant företag kontraheras för en underentreprenad befriar således inte från krav om konkurrensutsättning från den upphandlande myndigheten eller enheten. Detsamma gäller anknutna företag. En definition av anknutna företag finns i 2 kap. 2 §.

Av *andra stycket* framgår att anbudsgivaren i sitt anbud ska tillhandahålla en uttömmande förteckning över sådana företag som avses i första stycket och att förteckningen ska uppdateras när ändringar sker i listan.

Avvisning av underleverantör

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får avvisa en underleverantör som anbudsgivaren valt i samband med tilldelningsförfarandet för huvudkontraktet eller som den utvalda anbudsgivaren valt ut under genomförandet av kontraktet. Ett sådant avvisande får endast grunda sig på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna en skriftlig motivering till anbudsgivaren eller den utvalda anbudsgivaren om skälen för avvisningen.

Paragrafen genomför artikel 21.5 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.6.

Paragrafen anger i *första stycket* de grunder på vilka den upphandlande myndigheten eller enheten får avvisa en av anbudsgivaren utvald underleverantör. Det kan gälla underleverantörer som valts ut av anbuds-

givaren i dennes anbud eller som anvisats på uppmaning av den upphandlande myndigheten eller enheten. Det kan också gälla underleverantörer som den vinnande anbudsgivaren anlitat i ett senare skede för kontraktets fullgörande. Avvisningen ska grunda sig på sådana kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten använt vid upphandlingen av huvudkontraktet, dvs. som gällt för den vinnande leverantören.

Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ge en skriftlig motivering till avvisningsbeslutet. Motiveringen ska tillställas de anbudsgivare vilkas underentreprenörer avvisats eller den vinnande anbudsgivaren om en dess underentreprenör anlitats under fullgörandet av kontraktet.

Innehåll i annonsen

8 § De krav som avses i 2–5 och 7 §§ ska anges i annonsen om upphandling.

Paragrafen genomför artikel 21.6 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.7.

Paragrafen anger vilka krav gällande underentreprenad som ska anges i annonsen om upphandling av den upphandlande myndigheten eller enheten. Kraven ska således anges redan i annonsen, inte enbart i förfrågningsunderlaget.

Skyldigheter för anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet

Allmänna principer

9 § Den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt.

Paragrafen genomför artikel 51 och 52.7 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.2.

Bestämmelsen gäller endast sådana anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet. För anbudsgivare som är upphandlande myndighet eller enhet gäller bestämmelsen om de allmänna principerna i 1 kap. 11 §.

Paragrafen anger att den utvalda anbudsgivaren ska tillämpa principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering gentemot sina underleverantörer i de fall den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt krav på underentreprenad enligt 3 eller 5 §. Bestämmelsen gäller oavsett om underentreprenadkontraktet uppgår till tröskelvärdet eller inte.

Annonsering av underentreprenadkontrakt

10 § När en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, avser att tilldela en tredje man ett underleverantörskontrakt som har ett värde som beräknas uppgå till minst tillämpligt tröskelvärdet i 3 kap. 1 § första stycket ska anbudsgivaren annonsera om det.

Värdet av underentreprenadkontraktet ska beräknas enligt 3 kap.

Annonseringen ska ske enligt 8 kap. 1 §. Vid behov ska annonsen även innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande. Annonsering krävs dock inte om underleverantörskontraktet uppfyller de villkor som anges i 4 kap. 4–10 §§.

Den utvalda anbudsgivaren får annonsera underentreprenaden enligt 8 kap. 1 § även om någon sådan skyldighet inte föreligger.

Paragrafen genomför artikel 52.1–52.5 och 52.8 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.3.

Paragrafen behandlar den vinnande leverantörens skyldighet att annonsera sina underentreprenadkontrakt.

Av *första stycket*, som genomför artikel 52.1 i direktivet, framgår att den utvalda leverantören ska annonsera underentreprenader som överstiger tröskelvärdet i 3 kap. 1 §. Denna annonseringsskyldighet gäller sådana leverantörer som inte är upphandlande myndigheter eller enheter. För de leverantörer som är upphandlande myndigheter eller enheter ska annonsering ske på sedvanligt sätt för annonsering av upphandling.

Av *andra stycket*, som genomför artikel 52.8 i direktivet, framgår att beräkningsreglerna i 3 kap. gäller för bestämmelserna om beräkning av underentreprenadens värde. Värdet av underentreprenaden ska således enligt 3 kap. 2 § uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska eventuella premier och ersättningar som den vinnande leverantören planerar att betala till anbudsgivare räknas in i värdet.

Beräkningen av värdet av ett underentreprenadkontrakt ska enligt 3 kap. 3 § avse värdet vid den tidpunkt då en annons om entreprenaden skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den vinnande leverantören bjuder in underleverantörer till anbudsgivning.

Enligt 3 kap. 4 § får en byggentreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om annonsering i första stycket.

Värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska enligt 3 kap. 5 § omfatta det totala värdet av kontraktet. I det totala värdet ska även värdet av monterings- och installationsarbeten räknas in.

Vissa undantag kan den vinnande leverantören göra med stöd av bestämmelserna om delkontrakt enligt 3 kap. 6 §. Beträffande underentreprenadkontrakt som är byggentreprenadkontrakt gäller vid beräkningen av värdet av kontraktet enligt 3 kap. 7 §, att kostnaden för underentreprenaden och värdet av varor och tjänster som den vinnande leverantören tillhandahåller underentreprenören för att underentreprenaden ska kunna fullgöras, ska räknas in.

Enligt 3 kap. 8 § gäller att värdet av ett underentreprenadkontrakt som är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor och som löper på en bestämd tid om högst tolv månader ska beräknas till den totala kostnaden för kontraktet under löptiden. För varukontrakt som avser längre löptid ska värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde. För varukontrakt som löper på obestämd tid eller vilkas löptid inte kan bestämmas ska värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48.

Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid, ska beräknas enligt reglerna i 3 kap. 9 §.

Värdet av ett tjänstekontrakt ska enligt 3 kap. 10 § beräknas på särskilt sätt när det gäller försäkringstjänster och när det gäller kontrakt som avser projektering.

Om ett tjänstekontrakt tilldelas utan att något totalpris anges, ska värdet av kontraktet enligt 3 kap. 11 § vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

Av *tredje stycket*, som genomför artikel 52.2 och 52.4 i direktivet, framgår att annonsering av underentreprenaden ska ske enligt reglerna för annonsering av upphandling i 8 kap. 1 §. Den vinnande anbudsgivaren ska därvid använda en särskild annonseringsblankett som ska innehålla den information som anges i bilaga V i direktivet. Vid behov ska annonsen även innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande av annonseringen. Vidare framgår av bestämmelsen att annonsering inte krävs om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda.

Av *fjärde stycket*, som genomför artikel 52.5 i direktivet framgår att anbudsgivaren har rätt att annonsera underentreprenaden enligt reglerna om annonsering även om det inte föreligger annonseringsskyldighet enligt första stycket.

Kriterier för urval

11 § I annonsen ska den utvalda anbudsgivaren ange kriterierna för det urval som föreskrivs av den upphandlande myndigheten eller enheten och andra kriterier som gäller för valet av underleverantör. Dessa kriterier ska vara förenliga med de kriterier som tillämpats av den upphandlande myndigheten eller enheten vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

De kvalifikationer som krävs måste ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet och den minimikapacitet som krävs måste stå i proportion till detta föremål.

Paragrafen genomför artikel 53 första stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.4.

Första stycket behandlar de kriterier som den utvalda anbudsgivaren ska använda sig av vid urvalet av underleverantörer. Samtliga kriterier ska anges i annonsen, dels de kriterier som föreskrivits av den upphandlande myndigheten eller enheten, dels de kriterier som den utvalda leverantören själv ställer upp vid valet av underleverantör. Det är således inte förenligt med lagen att den vinnande leverantören anger något eller några kriterier först i förfrågningsunderlaget. Vidare ska kriterierna vara förenliga med kriterierna som den upphandlande myndigheten eller enheten använt sig av vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

I *andra stycket* anges att de kvalifikationer som den utvalda leverantören kräver vid konkurrensutsättningen av underleverantörskontrakten ska ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet. Kvalifikationskraven ska således vara relevanta och proportionerliga i

förhållande till den vinnande leverantörens upphandling. Vidare framgår av bestämmelsen att om den utvalda leverantören ställer upp krav på en minimikapacitet för underleverantörskontraktet ska denna minimikapacitet stå i proportion till detta föremål. Stycket har utformats som *Lagrådet* har föreslagit.

Ramavtal

12 § Den utvalda anbudsgivaren kan uppfylla kraven i 3 eller 5 § genom att tilldela underleverantörskontrakt på grundval av ett ramavtal. Ramavtalet ska tilldelas med tillämpning av 9–11 §§.

Underleverantörskontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i ramavtalet. Övriga villkor i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med ramavtalets villkor.

Underleverantörskontrakt som avses i första och andra styckena får endast slutas med leverantörer som är parter i ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 52.6 första och andra styckena i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.5.

Av paragrafens *första stycke* framgår att den vinnande leverantören kan uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens krav enligt 3 eller 5 § genom att sluta ramavtal med sina underentreprenörer. Eftersom det är fråga om ramavtal mellan leverantören och en eller flera underleverantörer är det inte här fråga om ramavtal enligt definitionen i 2 kap. 20 § första stycket som avser ramavtal mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en eller flera leverantörer. Reglerna i 5 kap. är således inte tillämpliga på de ramavtal vilka nu är i fråga. Nu ifrågasvarande ramavtal definieras i 2 kap. 20 § andra stycket.

Vidare framgår av första stycket att ramavtalet ska tilldelas enligt bestämmelserna i 9–11 §§. Den vinnande leverantören ska således beakta principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Vidare ska leverantören annonsera ramavtalet om dess värde uppgår till minst tröskelvärdet i 3 kap. 1 § och därvid ange de kriterier som ska tillämpas vid urvalet av underleverantörer.

Av *andra stycket* framgår att underleverantörskontrakten som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i det berörda ramavtalet. Villkoren i övrigt i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med ramavtalets villkor.

Av *tredje stycket* framgår att om den vinnande leverantören använt sig av möjligheten att sluta ramavtal med underleverantörer får underleverantörskontrakt inte tilldelas någon annan underleverantör än dem som är parter i ramavtalet.

13 § Ett ramavtal som avses i 12 § får löpa under längre tid än sju år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 52.6 tredje stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.5.

Paragrafen reglerar längden på ramavtal. Som huvudregel får ett sådant ramavtal som avses i 12 § löpa under högst sju år. Det får löpa under

längre tid endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Undantag från kravet att anlita underleverantör

14 § Den utvalda anbudsgivaren är inte skyldig att anlita underleverantörer om anbudsgivaren kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen om underentreprenad och det innebär att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

Paragrafen genomför artikel 53 andra stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.5.

Paragrafen reglerar under vilka förutsättningar den utvalda anbudsgivaren kan medges undantag från kravet på att använda underleverantörer. Han måste då visa, på ett sätt som är tillfredsställande för den upphandlande myndigheten eller enheten, att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen uppfyller de urvalskriterier, kvalifikationskrav eller minimikapacitet som den utvalda anbudsgivaren ställt upp avseende underleverantörerna eller att deras anbud inte uppfyller ställda krav. Kan den utvalda leverantören till följd av bristerna i underleverantörernas anbud inte uppfylla kraven gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten i huvudkontraktet ska han vara befriad från kravet på att använda underleverantörer.

15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 1 § i LOU och LUF. Den reglerar kapitlets tillämpningsområde genom att hänvisa till 1 kap. 2 § andra stycket som anger att kapitlet ska tillämpas på tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) och andra kontrakt, vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen. Förslaget behandlas i avsnitt 5.1 och 6.6.

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),
- 2 kap. (definitioner),
- 4 kap. 23 § (inköpscentraler),
- 5 kap. (ramavtal), utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §,
- 7 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),
- 7 kap. 7 § (miljömärken),
- 7 kap. 12 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),

- 7 kap. 13–15 §§ (informationssäkerhet),
- 7 kap. 16–18 §§ (försörjningstrygghet),
- 9 kap. 9 § (om någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet),
- 12 kap. 7 § (krav på registrering),
- 14 kap. (underentreprenad),
- 16 kap. (avtalspär, överprövning och skadestånd),
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 18 kap. (tillsyn).

Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket och 11–22 §§, 9 kap. 2 § första stycket, 4, 8 och 10 §§ samt 12 kap. 3 och 4 §§.

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 7 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

En upphandlande myndighet eller enhet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 8 kap.

Paragrafen genomför delar av artikel 16 och 17 i direktivet samt artikel 31 i direktivet. Den motsvarar med vissa tillägg 15 kap. 2 § LOU och LUF och preciserar vilka bestämmelser som gäller för upphandlingar i 15 kap. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

Av paragrafens *tredje stycke* framgår vilka bestämmelser som gäller för upphandling av B-tjänster när kontraktet uppgår till minst tröskelvärdet i 3 kap.

I tredje stycket i motsvarande paragraf i LUF anges att ett särskilt kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § LUF får användas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt 15 kap. LUF. Den föreslagna lagen innehåller inga regler om särskilt kvalificeringssystem för upphandlande enheter, varför förevarande bestämmelse inte innehåller någon bestämmelse som motsvarar 15 kap. 2 § tredje stycket LUF.

Av *fjärde stycket*, som genomför artikel 31 i direktivet, framgår att upphandlande myndigheter och enheter får använda sig av reglerna om annonsering i 8 kap. även om sådan annonseringsskyldighet inte föreligger.

Upphandlingsförfaranden

3 § En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 1. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 4–10 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 2 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.

I *första stycket* anges att förenklat förfarande eller urvalsförfarande ska användas som huvudregel. Förfarandena definieras i 2 kap. 32 och 33 §§.

I *andra stycket* anges förutsättningarna för att få använda direktupphandling. Direktupphandling definieras i 2 kap. 31 §.

Beräkning av värdet av ett kontrakt

4 § Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.

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

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

Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 a § LOU och LUF.

Enligt *första stycket* ska uppskattningen av kontraktets värde omfatta det totala beloppet som ska betalas. Vidare får en upphandling inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i lagen.

Enligt *andra stycket* ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Av *tredje stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska inkludera samtliga direktupphandlingar av samma slag som genomförts under räkenskapsåret.

Annonsering

5 § Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Myndigheten eller 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.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5. Paragrafen rör annonsering vid förenklat förfarande och urvalsförfarande.

Innehåll i annons

6 § En annons om upphandling enligt 5 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

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

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas, och

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Paragrafen anger vad en annons minst ska innehålla. Annonserna ska enligt *första stycket* alltid innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen, dvs. vad som ska upphandlas och kontaktuppgifter för den upphandlande myndigheten eller enheten.

I *andra stycket* anges de ytterligare uppgifter om anbud som alltid måste finnas med i annons vid förenklat förfarande.

I *tredje stycket* anges de ytterligare uppgifter om ansökningar vid urvalsförfarande som alltid måste finnas med i annonsen.

Annonsering vid förhandsinsyn

7 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (förhandsinsyn).

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 a § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

I *första stycket* regleras möjligheten att vid direktupphandling annonsera avsikten att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling i syfte att säkerställa att avtalet inte kommer att ogiltigförklaras. Bestämmelsen gäller direktupphandling enligt 3 § andra stycket första och andra meningen. Till skillnad från vad som gäller vid annonsering vid förhandsinsyn inom det direktivstyrda området enligt 8 kap. 4 § ska annonseringen enligt förevarande bestämmelse göras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Av *andra stycket* framgår att regeringen meddelar närmare föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

Kommunikationsmedel vid upphandling

8 § Bestämmelserna i 10 kap. 1–6 §§ och 7 § första stycket gäller för anbudsansökningar och anbud vid upphandling som avses i detta kapitel.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1. Enligt paragrafen gäller reglerna i 10 kap. 1–6 §§ och 7 § första stycket vid upphandlingar enligt 15 kap., dvs. regler om kommunikation, bekräftelse om att få lämna anbud, om förvaring av anbud och andra handlingar som tillhör en upphandling samt rätten för den upphandlande myndigheten eller enheten att ta del av anbudsansökningar och anbud först efter det att respektive tidsfrist löpt ut.

Tidsfrister för att lämna anbudsansökningar och anbud

9 § 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 tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 5 § andra stycket. Prop. 2010/11:150

Paragrafen motsvarar 15 kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6. Paragrafen reglerar tidsfrister för anbudsansökningar och anbud. Som huvudregel gäller att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar och anbud. Tiden får dock aldrig vara kortare än tio dagar för en ansökan räknat från det att ansökningsinbjudan publicerades.

Tillhandahållande av kompletterande upplysningar

10 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska 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 begärs i god tid.

Paragrafen motsvarar förslaget till 15 kap. 10 § LOU och LUF, se kommentaren till den paragrafen. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten i förenklat förfarande och urvalsförfarande ska skicka ut upplysningar om förfrågningsunderlag senast sex dagar innan anbudstiden går ut. Kravet gäller under förutsättning att begäran om utlämnande har framställts i god tid.

Öppnande av anbud

11 § Försändelser med anbud ska, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, 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 person som utsetts av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Anbudet ska öppnas samtidigt.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 11 § LOU och LUF. Den motsvarar också bestämmelsen i 10 kap. 7 § som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Paragrafen reglerar hur förrättningen vid anbudsöppningen ska gå till. Vidare framgår att en anbudsgivare har rätt att kräva att en person utsett av en handelskammare ska närvara vid anbudsöppningen.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

12 § En upphandlande myndighet eller enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten eller enheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 12 § LOU och LUF. Den motsvarar också 10 kap. 8 § som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får tillåta sökanden eller anbudsgivaren att rätta uppenbara fel i ansökan eller anbudet.

Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära in förtydliganden eller kompletteringar om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Kontroll och uteslutning av leverantörer

13 § En anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 11 kap. 1 §.

En anbudssökande eller anbudsgivare får uteslutas från deltagande i en upphandling enligt 11 kap. 2 och 3 §§.

En upphandlande myndighet eller enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 § i LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Av *första stycket* framgår att reglerna om obligatorisk uteslutning i 11 kap. 1 § är tillämpliga även vid upphandlingar enligt 15 kap.

Av *andra stycket* framgår att reglerna om fakultativ uteslutning gäller även vid upphandlingar enligt 15 kap.

I *tredje stycket* anges att de uppgifter som krävs in av den upphandlande myndigheten eller enheten beträffande prövningen av uteslutningsgrunderna ska anges i annons eller förfrågningsunderlag eller i skrivelsen.

14 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 11 kap. 2 § första stycket 6 ska den upphandlande myndigheten eller enheten inhämta uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 a § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Paragrafen anger att uppgifter huruvida leverantören fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige ska av den upphandlande myndigheten eller enheten begäras in från behörig myndighet.

Begränsad kontroll

15 § En upphandlande myndighet eller enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skäligen tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten eller

enheten avser att bjuda in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, den anbudsgivare som myndigheten eller enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 21 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 b § i LOU och LUF. Den motsvaras också av 12 kap. 20 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.11.

Paragrafens *första stycke* behandlar den upphandlande myndighetens eller enhetens rätt att begränsa kontrollen av de handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som är mest relevanta i upphandlingen. Vidare anges att leverantören ska ha skäligen tid att komma in med de begärda handlingarna.

I *andra stycket* preciseras vilka anbudsgivare som begränsningen gäller i förenklat förfarande.

I *tredje stycket* anges motsvarande precisering i urvalsförfarande och konkurrenspräglad dialog.

Prövning av anbudsansökningar och anbud

16 § En upphandlande myndighet eller enhet ska pröva alla de anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 13 §.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 § LOU och LUF.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten ska pröva samtliga anbudsansökningar och anbud som kommit in i rätt tid under förutsättning att inte något eller några av dem ska uteslutas på grund av bestämmelserna i 13 §.

Tillgång till andra företags kapacitet

17 § 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.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 a § LOU och LUF. Den motsvaras också av 12 kap. 15 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Paragrafen anger att en leverantör har rätt att stödja sig på andra företags kapacitet i en upphandling. Leverantören måste dock visa att han förfogar över de resurser han stöder sin ansökan eller sitt anbud på.

18 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 13 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 13 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 16 § LOU och LUF. Den motsvaras också av 13 kap. 1 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Av *första stycket* framgår de två alternativa utvärderingsgrunderna. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten eller det anbud som har lägst anbudspris.

I *andra stycket* hänvisas till motsvarande bestämmelse i 13 kap. 1 § andra stycket där de kriterier anges som kan läggas till grund för bedömningen av vilket anbud som är det mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten. Uppräkningen i 13 kap. 1 § är, i likhet med motsvarande bestämmelse i 12 kap. 1 § LOU och LUF, enbart exemplifierande. 13 kap. 1 § innehåller dessutom några kriterier som inte förekommer i motsvarigheterna i LOU och LUF, nämligen ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper. Estetiska egenskaper som förekommer som kriterium i LOU och LUF förekommer inte i 13 kap. 1 § denna lag.

Av *tredje stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska antingen vikta kriterierna vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange dem i fallande prioritetsordning. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja mellan de två metoderna. Väljs viktning som metod kan den anges som intervall med en lämplig största spridning.

Av *fjärde stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange kriterieviktningen eller prioritetsordningen i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Onormalt låga anbud

19 § En upphandlande myndighet eller enhet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten eller enheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 17 § LOU och LUF. Den motsvaras också delvis av 13 kap. 3 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Paragrafen anger att en upphandlande myndighet eller enhet har rätt att förkasta ett anbud om den finner att anbudspriset är onormalt lågt. Den måste vidare skriftligen begära en förklaring av anbudsgivaren om det låga priset. Får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ett tillfredsställande svar kan anbudet förkastas.

Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar m.m.

20 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt vilkas värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 18 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.3.

Paragrafen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att anteckna skälen för sina beslut och annat som har betydelse för upphandlingen. Kravet gäller dock inte upphandlingar som inte uppgår till direktupphandlingsbeloppet i 3 § andra stycket.

21 § Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 10 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 10 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

Paragrafen motsvarar förslaget i 15 kap. 19 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

Första stycket hänvisar till motsvarande bestämmelser i 10 kap. 9 och 10 §§.

I *andra stycket* regleras underrättelseskyldigheten i fråga om direktupphandling. I dessa fall ska den upphandlande myndigheten eller enheten underrätta anbudsgivarna om beslut om leverantör och anbud snarast efter att beslut fattats.

Av *tredje stycket* framgår att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

22 § När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 20 § LOU och LUF. Paragrafen reglerar skyldigheten att förvara handlingarna i en upphandling från det att den avslutats. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.3.

Enligt *första stycket* gäller paragrafen sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). De ska på betryggande sätt förvara samtliga handlingar i en upphandling såsom anbud, anbudsansökningar, tillhörande beskrivningar, modeller, ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande handlingar.

I *andra stycket* anges att skyldigheten sträcker sig fyra år från det att kontraktet tilldelades.

Meddelande till kommissionen om resultatet av en upphandling av B-tjänster

23 § Om ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap., ska den upphandlande myndigheten eller enheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela detta till Europeiska kommissionen.

Paragrafen, som genomför delar av artikel 16 i direktivet, motsvarar med redaktionell ändring 15 kap. 21 § LOU och LUF. Den reglerar efterannonsering av B-tjänster. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska underrätta Europeiska kommissionen om kontrakt som avser B-tjänster och som uppgår till tröskelvärdet när dessa tilldelats. I likhet med vad som gäller enligt motsvarande bestämmelse i LOU ska en sådan underrättelse ske senast inom 48 dagar efter tilldelningen av kontraktet. I LUF är motsvarande frist 60 dagar.

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. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera 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.

Paragrafen genomför artikel 57.2 första stycket i direktivet och motsvarar 16 kap. 1 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 6 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

Paragrafen anger när avtalsspärr gäller. Avtalsspärren innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal och ger därmed anbudssökande och anbudsgivare tid att ansöka om överprövning av upphandlingen innan avtal ingås. Avtalsspärren börjar löpa när en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 § skickas till anbudssökandena och anbudsgivarna.

Av *första* och *andra styckena* framgår att avtalsspärren gäller i tio eller 15 dagar beroende på med vilket sätt den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att kommunicera tilldelningsbeslutet. Av 10 kap. 9 § första stycket och, genom en hänvisning, 15 kap. 21 §, framgår att avtalsspärrens längd ska anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Av 18 § följer att 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska tillämpas vid beräkningen av avtalsspärrens längd.

En upphandlande myndighet eller enhet kan ange en längre avtalsspärr än de i första och andra styckena föreskrivna minimifristerna. Av *tredje stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten då är skyldig att iaktta en sådan längre avtalsspärr.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt för vilka undantag beslutats med stöd av 1 kap. 9 §,
2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 4–10 §§,
3. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller
4. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Paragrafen genomför artikel 58 i direktivet och motsvarar delvis förslaget till 16 kap. 2 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 7 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

Av paragrafen framgår i vilka situationer någon avtalsspärr enligt 1 § inte gäller.

Första punkten innehåller undantag från avtalsspärr vid upphandling av vapen, ammunition och krigsmateriel som rör väsentliga säkerhetsintressen när undantag har beslutats enligt 1 kap. 9 §.

Andra punkten avser undantag från avtalsspärr vid upphandling som får ske genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Av *tredje punkten* framgår att avtalsspärr inte heller gäller vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal.

I *fjärde punkten* görs undantag från avtalsspärren vid direktupphandling.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har gjort en felaktig bedömning av förutsättningarna för att inte annonsera upphandlingen eller har begått ett fel vid den förnyade konkurrensutsättningen finns en risk för att avtalet kan komma att förklaras ogiltigt. För att undvika denna risk kan den upphandlande myndigheten eller enheten följa de handlingsregler som finns i 15 § och därefter frivilligt iaktta en avtalsspärr.

3 § Vid förhandsinsyn enligt 8 kap. 4 § eller 15 kap. 7 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

Paragrafen genomför artikel 60.4 i direktivet och motsvarar 16 kap. 3 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 8 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Paragrafen innehåller den avtalsspärr som ska iakttas vid förhandsinsyn. Möjligheten att publicera en annons om förhandsinsyn regleras i 8 kap. 4 § och 15 kap. 7 §. Om förfarandet iakttagits korrekt tillämpas inte bestämmelserna om överprövning av ett avtals giltighet, se 15 § 2.

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.

Paragrafen genomför artikel 55.4 och delvis artikel 56.2 i direktivet samt motsvarar förslaget till 16 kap. 4 § LOU och LUF (delvis nuvarande 16 kap. 1 § LOU och LUF). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Paragrafen reglerar allmän förvaltningsdomstols möjligheter att överpröva en upphandling och ett avtals giltighet. Av paragrafen framgår att överprövning sker efter ansökan av en leverantör och att denne ska anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Bestämmelser om överprövning av en upphandling finns i 6–12 §§ och bestämmelser om överprövning av ett avtals giltighet finns i 13–17 §§.

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.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 5 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 2 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3, 12.4 och 12.10.

Paragrafens *första stycke* innehåller en forumbestämmelse.

Enligt *andra stycket* krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § 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.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

Paragrafens *första stycke* genomför, tillsammans med 16 kap. 9 §, artikel 56.1 a i direktivet och motsvarar förslaget till 16 kap. 6 § första stycket LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 5 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt *andra stycket*, som genomför artikel 56.7 i direktivet och motsvarar förslaget till 16 kap. 6 § andra stycket LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 13 §), får en upphandling inte överprövas efter det att ett avtal har slutits. I vissa fall kan, enligt 7 §, en leverantör justera sin talan till att i stället avse avtalets giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

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 §§.

Paragrafen motsvarar förslaget till 16 kap. 7 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 14 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Bestämmelsen i 6 § andra stycket, om att en upphandling inte ska överprövas efter det att avtal har slutits, kompletteras med denna möjlighet för en leverantör att, om avtal ingås under pågående överprövning av en upphandling, i vissa fall justera sin talan till att i stället avse avtalets giltighet. Paragrafen innebär alltså att om en upphandlande myndighet eller enhet ingår ett avtal i strid mot de uppräknade paragraferna behöver en leverantör som har ansökt om överprövning av en upphandling inte ge in en särskild ansökan om överprövning av avtalets giltighet.

Justering av talan kan ske på leverantörens eget initiativ eller efter det att domstolen berett leverantören möjlighet. Om avtalet har slutits efter det att förvaltningsrätten har avgjort målet måste överinstansen ta ställning till om instansordningsprincipen medger att överprövning av avtalets giltighet sker i överrätten eller om målet ska visas åter till underinstansen för prövning.

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.

Paragrafen genomför artikel 56.3 i direktivet och motsvarar förslaget till 16 kap. 8 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 9 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

Av *första stycket* framgår att när ett mål om överprövning av en upphandling anhängiggörs vid allmän förvaltningsdomstol fortsätter avtalsspärr efter tilldelningsbeslut eller efter förhandsinsyn att gälla. Denna s.k. förlängda avtalsspärr innebär att den upphandlande myndigheten

eller enheten inte får ingå avtal. Syftet är att tillförsäkra domstolen tid att överpröva upphandlingen innan avtal ingås. Den förlängda avtalsspärren inträder automatiskt så snart en ansökan om överprövning i rätt tid kommit in till förvaltningsrätten. Tidsfristerna för att ansöka om överprövning av en upphandling där en avtalsspärr gäller finns i 11 §. Att en förlängd avtalsspärr börjar gälla innebär inte att det ges en ytterligare tidsfrist för andra leverantörer att komma in med en ansökan om överprövning.

Förlängd avtalsspärr gäller under handläggningen i förvaltningsrätten, men inte under handläggningen i kammarrätt eller i Högsta förvaltningsdomstolen. Vid prövning i dessa instanser, och vid upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller, får rätten, i den mån det är behövligt, med stöd av 9 § förordna interimistiskt att avtal inte får ingås.

För att undvika orimliga konsekvenser finns i *andra stycket* en möjlighet för rätten att besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla. Domstolen kan alltså, i ett enskilt mål, avgöra om den förlängda avtalsspärren ska upphävas. Ett sådant beslut innebär att avtal omedelbart får ingås. Upphävande av den förlängda avtalsspärren riskerar därmed att leda till att en ansökan om överprövning av en upphandling inte kommer att tas upp till prövning i sak (jfr 6 § *andra stycket*). Denna omständighet bör vägas in vid bedömningen av om ett beslut att upphäva den förlängda avtalsspärren ska fattas. Upphävande bör endast komma i fråga i rena undantagsfall. Rätten torde, som huvudregel, inte fatta beslut om upphävande annat än på yrkande av part.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § I fall då 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 får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Paragrafen genomför, tillsammans med 16 kap. 6 §, artikel 56.1 a i direktivet och artikel 56.5 i direktivet samt motsvarar förslaget till 16 kap. 9 § LOU och LUF (delvis nuvarande 16 kap. 4 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt *första stycket* kan rätten fatta ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås. Behov av att fatta sådana beslut kan finnas i mål om överprövning av en upphandling där någon förlängd avtalsspärr enligt 8 § inte gäller. Detta gäller vissa mål i förvaltningsrätt och samtliga mål i kammarrätt och i Högsta förvaltningsdomstolen.

Av *andra stycket* framgår den skadeavvägning som ska göras vid prövningen av om ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås ska fattas. I de intressen som kan skadas inkluderas, enligt direktivet, allmänintresset och särskilt försvars- eller säkerhetsintressen.

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett interimistiskt beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett interimistiskt beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen motsvarar förslaget till 16 kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

För att möjliggöra att överprövning ska kunna ske innehåller paragrafen tiodagarsfrister under vilka den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal.

Enligt *första stycket* gäller en tiodagarsfrist efter en förvaltningsrätts avgörande. Tiodagarsfristen gäller vid avgörande av ett mål där en förlängd avtalsspärr enligt 8 § har gällt under förvaltningsrättens handläggning. Om förvaltningsrätten bifaller en leverantörs ansökan om överprövning ersätts den förlängda avtalsspärren av avgörandet i sak.

Vidare gäller, enligt *andra stycket*, en tiodagarsfrist i mål där en förlängd avtalsspärr inte har gällt under förvaltningsrättens handläggning, men där rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås. Detsamma gäller efter en kammarrätts avgörande. Med begreppet ”avgjort målet” avses även situationen att en kammarrätt har upphävt den överklagade domen och återförvisat målet till förvaltningsrätten. Vid en återförvisning till förvaltningsrätten återinträder inte den förlängda avtalsspärr som kan ha gällt under förvaltningsrättens första prövning, utan förvaltningsrätten är hänvisad till att fatta ett interimistiskt beslut för att avtal inte ska få ingås när tiodagarsfristen efter återförvisningsbeslutet har löpt ut.

Tredje stycket innehåller en tiodagarsfrist när Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås och har återförvisat målet till lägre instans. Tredje stycket gäller naturligtvis inte om Högsta förvaltningsdomstolen i och för sig har fattat ett interimistiskt beslut, men detta har upphävts vid tidpunkten för återförvisningen.

För att undvika orimliga konsekvenser finns i *fyjärde stycket* en möjlighet för rätten att upphäva tiodagarsfristen. Det innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal. Eftersom detta kan förta leverantören möjligheten till överprövning (jfr 6 § andra stycket) bör möjligheten användas i undantagsfall och med stor försiktighet.

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 §.

Paragrafen genomför artikel 59 i direktivet och motsvarar förslaget till 16 kap. 11 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Paragrafen innehåller tidsfrister för att ansöka om överprövning av en upphandling där en avtalsspärr gäller. Tidsfristerna överensstämmer med avtalsspärren i 1 eller 3 § och är alltså i regel tio eller 15 dagar. När tidsfristen har löpt ut kan ett mål om överprövning av en upphandling alltså inte anhängiggöras vid domstolen.

Tidsfristen gäller inte för de upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller. Dessa omfattas däremot av regleringen i 6 § andra stycket som innehåller en handlingsregel för domstolarna innebärande att en upphandling inte får överprövas efter det att ett avtal har slutits.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio 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 detta.

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 utskickandet.

Paragrafen innehåller tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling. Paragrafen motsvarar 16 kap. 12 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt 10 kap. 9 § andra stycket föreligger en skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att skicka en underrättelse om bl.a. ett beslut om att avbryta en upphandling. Skyldigheten inträder när en inbjudan att lämna anbud har gått ut. Motsvarande skyldighet finns för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde genom hänvisningen i 15 kap. 21 § till 10 kap. 9 §.

Paragrafen omfattar även situationen när en upphandlande myndighet eller enhet avbryter upphandlingen i ett tidigare skede och då väljer att frivilligt skicka en underrättelse om beslutet och ange skälen för detta.

Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling är tio eller 15 dagar beroende på om den upphandlande myndigheten eller enheten har skickat underrättelsen om beslutet till anbudssökandena eller anbudsgivarna med ett elektroniskt medel eller på något annat sätt.

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

1. utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet 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 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller

Paragrafen, som innehåller förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal, genomför artikel 60.1 och 60.2 i direktivet samt motsvarar förslaget till 16 kap. 13 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 15 §). Paragrafen har utformats som *Lagrådet* har förordat. Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Att ett avtal förklaras ogiltigt innebär att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas.

Av ogiltigförklaring av ett avtal får anses följa att exempelvis ett tilldelningsbeslut inte längre gäller.

Enligt 4 § krävs att en leverantör som ansöker om överprövning av ett avtals giltighet ska anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Enligt *första stycket första punkten* ska ett avtal förklaras ogiltigt om det inte föregåtts av en annonsering i enlighet med vad som föreskrivs i lagen. Bestämmelsen tar alltså endast sikte på utebliven annonsering. Om en upphandlande myndighet eller enhet har annonserat eller gjort motsvarande offentliggörande av upphandlingen kan ett felaktigt förfarande angripas genom en ansökan om överprövning av upphandlingen. Fel under upphandlingsförfarandet kan även leda till ogiltighet enligt första stycket andra punkten eller andra stycket i denna paragraf.

Första stycket andra punkten gäller endast för upphandling genom förnyad konkurrensutsättning av leverantörerna inom ett ramavtal. Då finns inget krav på att iaktta en avtalsspärr, se 2 § 3. Om villkoren i 5 kap. 7 § eller i ramavtalet inte har följts, och om leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska avtalet förklaras ogiltigt. En upphandlande myndighet eller enhet som vill försäkra sig om att ett avtal som ingås efter en förnyad konkurrensutsättning inte ska kunna förklaras ogiltigt, kan frivilligt skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet och iaktta en avtalsspärr innan avtalet ingås, se 15 § 1.

I *andra stycket* regleras fel under ett upphandlingsförfarande som motiverar ogiltigförklaring av ett avtal. Omfattas gör situationerna att en upphandlande myndighet eller enhet har slutit ett avtal i strid mot en avtalsspärr, tiodagarsfristen eller ett interimistiskt beslut. Vidare omfattas att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått ett avtal utan att, när så skulle ha gjorts, skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet som uppfyller kraven i 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 § och någon avtalsspärr därför inte har börjat löpa. Förutom omständigheten att den upphandlande myndigheten eller enheten har slutit ett avtal utan att ha rätt till det krävs att de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts. Felet ska vara av sådan art att det har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Om ett avtal har slutits i strid mot en avtalsspärr, men leverantören inte har lidit någon skada, ska avtalet alltså inte förklaras ogiltigt. Däremot

ska i en sådan situation upphandlingsskadeavgift påföras, se 17 kap. 1 § 1 och 17 kap. 2 § första stycket.

I 17 § finns tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.

När det föreligger skäl för att förklara ett avtal ogiltigt enligt denna paragraf, ska domstolen under de förutsättningar som gäller enligt 14 § förklara att avtalet får bestå. Ett avtal ska inte heller ogiltigförklaras under de förutsättningar som anges i 15 §.

14 § Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen genomför artikel 60.3 i direktivet och motsvarar förslaget till 16 kap. 14 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 16 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

I 13 § finns förutsättningar för att allmän förvaltningsdomstol ska förklara ett avtal ogiltigt. Trots att förutsättningarna i den paragrafen är uppfyllda ska rätten besluta att avtalet får bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom andra områden i unionsrätten. Eftersom hänsyn till allmänintresset utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten, är utgångspunkten att begreppet ska tolkas restriktivt. Begränsad vikt får läggas vid ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ett exempel på tvingande hänsyn till allmänintresset kan vara om ogiltigförklaring i hög grad skulle äventyra existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för en medlemsstats säkerhetsintressen. Av skäl 73 i direktivet framgår att skälen i första hand ska hänföra sig till allmänintresset rörande medlemsstaternas försvar och säkerhet.

Om ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska tillsynsmyndigheten väcka talan om upphandlingsskadeavgift, se 17 kap. 1 § 2 och 2 § första stycket.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet eller enhet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande myndighet eller enhet genom förhandsinsyn enligt 8 kap. 4 § eller 15 kap. 7 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 8 kap. 4 §, artikel 60.4 och artikel 60.5 i direktivet samt motsvarar förslaget till 16 kap. 15 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 17 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har följt handlingsreglerna i paragrafen kan det avtal som sluts inte förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol. Detta gäller även om själva upphandlingsförfarandet har varit behäftat med något fel. Paragrafen ger nämligen leverantörer en möjlighet att få till stånd en överprövning av upphandlingen innan avtal sluts.

Av 13 § första stycket 2 framgår förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal som har slutits efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Vid den förnyade konkurrensutsättningen gäller nämligen ingen avtalsspärr, se 2 § 3. För att inte riskera att drabbas av att avtalet förklaras ogiltigt kan den upphandlande myndigheten eller enheten enligt *första punkten* underrätta berörda leverantörer om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § och frivilligt iaktta en avtalsspärr innan avtalet ingås. Avtalsspärren är tio eller 15 dagar beroende på hur den upphandlande myndigheten eller enheten kommunicerat tilldelningsbeslutet, se 1 § och kommentaren till den paragrafen.

I 8 kap. 4 § och 15 kap. 7 § finns en möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att publicera en förhandsinsynsannons. Om en upphandlande myndighet eller enhet publicerar en sådan annons och iakttar avtalsspärren i 3 § om tio dagar kan det avtal som därefter ingås inte förklaras ogiltigt. Detta framgår av *andra punkten* i paragrafen.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Paragrafen motsvarar förslaget till 16 kap. 16 § LOU och LUF (delvis nuvarande 16 kap. 4 §). Paragrafen reglerar förutsättningarna för domstolen att fatta ett interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Enligt *första stycket* kan rätten fatta ett interimistiskt beslut om att ett avtal inte får fullgöras. Behov av att fatta sådana beslut kan finnas när ett avtal är på väg att fullgöras och den klagande leverantörens möjlighet att konkurrera om avtalet vid en korrekt utförd upphandling kan gå förlorad.

Av *andra stycket* framgår den skadeavvägning som ska göras vid prövningen av om ett interimistiskt beslut att ett avtal inte får fullgöras ska fattas. Rätten måste härvid väga in att ett sådant beslut kan medföra betydande praktiska och ekonomiska olägenheter för avtalsparterna.

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. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 23 §, 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. 10 §.

Paragrafen genomför artikel 62 i direktivet och motsvarar 16 kap. 17 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 18 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Paragrafen innehåller de tidsfrister som gäller för en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet.

Av *första stycket* följer att tidsfristen är sex månader från det att avtalet slöts. Detta gäller om den upphandlande myndigheten eller enheten inte vidtar någon av de åtgärder för att förkorta tidsfristen till 30 dagar som anges i paragrafens *andra stycke*.

Enligt första punkten i andra stycket förkortas fristen om den upphandlande myndigheten eller enheten publicerar en efterannons eller ett meddelande om resultatet av en upphandling. De krav som uppställs för en sådan annons eller ett sådant meddelande måste vara uppfyllda för att tidsfristen ska förkortas. I annat fall gäller sexmånadersfristen i första stycket.

Bestämmelserna om efterannonsering och meddelande om resultatet av en upphandling avser upphandlingar inom det direktivstyrda området respektive B-tjänster över tröskelvärdena. En upphandlande myndighet eller enhet som önskar förkorta tidsfristen för en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet när det gäller en upphandling under tröskelvärdena får genomföra en annonsering enligt de bestämmelser som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Enligt andra punkten i andra stycket förkortas tidsfristen för en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet om den upphandlande myndigheten eller enheten till anbudssökandena och anbudsgivarna har skickat en skriftlig underrättelse om att avtalet har slutits och lämnat vissa upplysningar. Dessa är en sammanfattning av de upplysningar i 10 kap. 10 § som annars ska lämnas på begäran av leverantör.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av todagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 18 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 19 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.5.

I paragrafen kopplas beräkningen av avtalsspärrens och todagarsfristernas längd samt tidsfristerna för att ansöka om överprövning till den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid.

Söndagsregeln innebär att om den tid då en åtgärd senast ska vidtas infaller på en söndag, allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, får åtgärden vidtas nästa vardag. Det innebär exempelvis att om sista dagen för avtalsspärren infaller på någon av de dagar som är uppräknade i söndagsregeln, ska sista dagen för spärren i stället anses falla nästa vardag. Avtal får då ingås tidigast dagen därefter, oavsett om det är en helgdag eller inte.

Även om söndagsregeln torde vara tillämplig på tidsfristerna för att ansöka om överprövning utan någon särskild hänvisning, tas en sådan hänvisning in för tydlighets skull.

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Paragrafen motsvarar 16 kap. 19 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 3 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt paragrafen får laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen (1991:900), s.k. kommunalbesvär, inte föras mot ett beslut som omfattas av denna lag.

Skadestånd

20 § En upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 56.1 andra stycket i direktivet och motsvarar 16 kap. 20 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.6.

Paragrafen reglerar förutsättningarna för skadestånd enligt lagen.

Första stycket innehåller en generell bestämmelse om skadestånd.

Andra stycket reglerar rätt till skadestånd för det negativa kontrakt-intresset till anbudssökande och anbudsgivare som har deltagit i en upphandling.

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 vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen genomför delvis artikel 56.2 i direktivet och motsvarar förslaget till 16 kap. 21 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.6 och 12.10.

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol. Paragrafen innehåller en tidsfrist om ett år inom vilken en talan om skadestånd ska väckas.

17 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft 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 har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå 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 §. Prop. 2010/11:150

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 och 4 §§, artikel 61.2 och delvis artikel 56.2 i direktivet och motsvarar 17 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen reglerar förutsättningarna för allmän förvaltningsdomstol att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Enligt *första punkten* får avgift beslutas om allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet beslutat att avtalet får bestå trots att det ingåtts i strid mot en avtalsspärr. Situationen kan vara den att det inte har förekommit något annat fel under förfarandet eller att felet inte har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, se 16 kap. 13 § andra stycket och kommentaren till den paragrafen. För påförande av avgift krävs att det finns ett lagakraftvunnet avgörande i målet om överprövning av ett avtals giltighet. Upphandlingsskadeavgift ska inte påföras om ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid mot ett interimistiskt beslut eller en tiodagarsfrist.

Av *andra punkten* framgår att upphandlingsskadeavgift ska påföras när en domstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet förklarat att tvingande hänsyn till ett allmänintresse föreligger och att avtalet därför får bestå. Avgörandet i överprövningsmålet ska ha vunnit laga kraft.

Enligt *tredje punkten* får upphandlingsskadeavgift beslutas om en upphandlande myndighet eller enhet har slutit ett avtal utan att annonsera upphandlingen på sätt som krävs enligt lagen. Till skillnad från punkterna 1 och 2 krävs inte för beslut om upphandlingsskadeavgift enligt denna punkt att frågan varit föremål för bedömning av allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet. Förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift vid utebliven annonsering överensstämmer med förutsättningarna för att i ett mål om överprövning ogiltigförklara ett avtal (jfr 16 kap. 13 § första stycket 1). Tredje punkten tar sikte på att annonsering inte har skett, men tar inte sikte på brister i utformningen av annonseringen. Fel eller brister i annonseringen ska alltså normalt inte föranleda någon upphandlingsskadeavgift. Om annonseringen är behäftad med sådana allvarliga fel och brister att leverantören inte kan förstå att en upphandling ska ske, torde det dock kunna anses att någon annonsering inte har skett.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift 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 upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 och 4 §§, artikel 61.2 i direktivet och motsvarar 17 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen reglerar när tillsynsmyndigheten ska respektive får ingripa genom att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift.

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.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7 och 12.10.

I paragrafens *första stycke* finns en forumbestämmelse.

Av *andra stycket* framgår att 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 kontraktsvärdet.

Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ eller 15 kap. 4 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 och 2 §§, artikel 61.2 i direktivet och motsvarar 17 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen anger det lägsta och högsta belopp som upphandlingsskadeavgift kan fastställas till.

Det ankommer på tillsynsmyndigheten att ange de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Det kan även vara lämpligt att tillsynsmyndigheten yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till ett visst belopp.

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.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Det innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten eller enheten samt även andra myndigheter och enheter avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Upprepade överträdelser bör ses som en försvårande omständighet. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Att ett avtal har förklarats ogiltigt på grund av att det har föregåtts av en otillåten direktupphandling kan påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek i sänkande riktning. I vissa fall kan andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten eller

enheten ses som en förmildrande omständighet. När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Det följer emellertid av direktivet att en sanktion ska påföras i dessa fall. Förmildrande omständigheter kan leda till att upphandlingsskadeavgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut.

Möjligheten att efterge avgiften om det finns synnerliga skäl ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall.

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 vunnit laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen anger inom vilken tid tillsynsmyndigheten ska ansöka om upphandlingsskadeavgift när allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet förklarar att avtalet får bestå trots att en avtalsspär överträtts eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

7 § När ansökan om att påföra 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 vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

När 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.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen anger inom vilken tid tillsynsmyndigheten ska ansöka om upphandlingsskadeavgift med anledning av otillåten direktupphandling.

Möjligheten att påföra upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling är inte avhängig av att det finns ett avgörande i ett mål om överprövning av avtalets giltighet. I vissa mål kommer det emellertid att finnas ett sådant avgörande och för att undvika parallella processer, dvs. att det i domstol samtidigt pågår mål om överprövning av avtalets giltighet och mål om upphandlingsskadeavgift, ska tillsynsmyndigheten avvakta viss tid med att ge in en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Detta framgår av paragrafens *första stycke*. Tillsynsmyndighetens ansökan får inte göras förrän efter det att samtliga avgöranden avseende avtalets giltighet har vunnit laga kraft, och ska göras inom sex månader från den tidpunkten. Om flera mål om överprövning av avtalets giltighet har avgjorts avses det senast lagkraftvunna beslutet.

Andra stycket reglerar situationen att ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom föreskrivna tidsfrister. Tillsynsmyndigheten måste alltid vänta tills den tidsfristen har löpt ut och ska därefter göra ansökan om upphandlingsskadeavgift inom ett år från det att avtalet i fråga slöts.

Betalning av avgift m.m.

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Av paragrafen framgår att avgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet beträffande avgiften har vunnit laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften för indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

I *första stycket* anges den tidsfrist inom vilken upphandlingsskadeavgift ska betalas.

Andra stycket innehåller bestämmelser om indrivning.

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Av paragrafen framgår att upphandlingsskadeavgiften faller bort om verkställighet inte har kunnat ske inom viss tid från det att förvaltningsdomstolens avgörande har vunnit laga kraft.

18 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § Regeringen meddelar föreskrifter om vilken myndighet som utövar tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Av förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket framgår att Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen och ska fullgöra de uppgifter som följer av 18 kap. 1 § LOU och LUF. På samma sätt avses att det av förordning ska framgå

vilken myndighet som ska vara tillsynsmyndighet enligt den nu aktuella lagen.

I sammanhanget kan nämnas att de allmänna förvaltningsdomstolarna enligt 15 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster är skyldiga att skicka domar och slutliga beslut i mål om överprövning enligt LOU och LUF till Konkurrensverket.

2 § Vid sin tillsyn får myndigheten inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från upphandlande myndigheter eller enheter eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfattning, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Av paragrafen framgår att tillsynsmyndigheten får hämta in upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter. För att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva effektiv tillsyn får tillsynsmyndigheten också hämta in upplysningar från den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet.

Upplysningarna ska i första hand hämtas in genom skriftligt förfarande. Tillsynsmyndigheten får emellertid i vissa fall hämta in upplysningar genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Det kan t.ex. vara fallet när det är fråga om handlingar med uppgifter av mycket känslig karaktär hos Säkerhetspolisen.

Den personal hos tillsynsmyndigheten som ska granska dessa handlingar behöver dessförinnan ha godkänts enligt säkerhetskylldslagen (1996:627). Vad gäller de uppgifter som tillsynsmyndigheten granskar kan de omfattas av sekretess enligt 15 kap. 1 och 2 §§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Dessa bestämmelser är direkt tillämpliga hos alla myndigheter, därmed även hos tillsynsmyndigheten. Gäller sekretess enligt någon annan bestämmelse i stället kan den enligt 11 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen, som gäller överföring av sekretess vid tillsyn och revision, överföras till tillsynsmyndigheten.

Skyldigheten för en upphandlande myndighet eller enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att tillhandahålla sådana upplysningar finns i 3 §.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Paragrafen reglerar skyldigheten för en upphandlande myndighet eller enhet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Tillsynsmyndighetens rätt att hämta in upplysningar regleras i 2 §.

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 kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Paragrafens *första stycke*, som kompletterar rätten att inhämta upplysningar och skyldigheten att tillhandahålla sådana i 2 respektive 3 §, ger tillsynsmyndigheten rätt att utfärda ett föreläggande. Föreläggandet kan riktas till en upphandlande myndighet eller enhet eller mot den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet. Föreläggandet kan avse lämnande av uppgifter, uppvisande av en handling eller överlämnande av en kopia av en handling. Tillsynsmyndigheten kan välja att tillgripa ett föreläggande, exempelvis om den har anledning att tro att uppgifterna annars inte skulle tillhandahållas. Möjligheten att utfärda ett föreläggande avgränsas av att uppgiften eller handlingen ska behövas för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn enligt lagen.

Att föreläggandet kan riktas till den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet innebär att den som av tillsynsmyndigheten bedöms vara en upphandlande myndighet eller enhet inte kan vägra att lämna uppgifter eller handlingar till tillsynsmyndigheten. Om den som föreläggandet riktar sig till har en avvikande åsikt i frågan om tillsynsmyndigheten har fog för föreläggandet får föreläggandet överklagas.

Av *andra stycket* framgår att ett föreläggande kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol.

Enligt *tredje stycket* är tillsynsmyndigheten motpart i allmän förvaltningsdomstol.

Behörig domstol

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 4 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8 och 12.10.

Första stycket innehåller en forumbestämmelse.

Av paragrafens *andra stycke* framgår att det krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

1. Denna lag träder i kraft den 1 november 2011.
2. Lagen tillämpas inte på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av *första punkten* framgår när den föreslagna lagen ska träda i kraft.

Av *andra punkten* framgår att den nya lagen inte ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. För upphandlingar som har påbörjats dessförinnan kan LOU eller LUF vara tillämpliga. En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 del 1 s. 447). Frågan om när en upphandling ska anses påbörjad behandlas också i prop. 2009/10:180 del 1 s. 374.

16.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

18 § 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 enligt lagen (1994:466) om särskilda tvångsåtgärder i beskattningsförfarandet, enligt lagen (1978:880) om betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter, om besiktning enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152), om handlings undantagande från taxeringsrevision, skatterevision eller annan granskning och om befrielse från skyldighet att lämna upplysningar, visa upp handling eller lämna kontrolluppgift enligt skatteförfattningarna,
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 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 (2011:00) 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.

Paragrafen, som innehåller bestämmelser om när en förvaltningsrätt är domför, är ändrad. I *fjärde stycket 5* görs en komplettering om att en förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare vid avgörande i sak av mål enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Det överensstämmer med vad som gäller för mål enligt LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

Ikraftträdandebestämmelse

Denna lag träder i kraft den 1 november 2011.

Av ikraftträdandebestämmelsen framgår att lagändringen träder i kraft den 1 november 2011. Detta överensstämmer med den tidpunkt vid vilken lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet föreslås träda i kraft.

16.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

39 § 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 (2011:00) 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*.

Paragrafen, som reglerar facklig vetorätt, är ändrad. I paragrafens *andra stycke* kompletteras hänvisningarna till omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer i LOU, LUF och lagen (2008:962) om valfrihetssystem med en hänvisning till motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

40 § 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 § lagen (2007:1091) om offentlig 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 (2011:00) 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.

Paragrafen är ändrad. Paragrafen reglerar facklig vetorätt och dess *första stycke* kompletteras med en hänvisning till de paragrafer i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet som innehåller omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

Ikraftträdandebestämmelse

Denna lag träder i kraft den 1 november 2011.

Av ikraftträdandebestämmelsen framgår att lagändringen träder i kraft den 1 november 2011. Detta överensstämmer med den tidpunkt vid vilken lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet föreslås träda i kraft.

16.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

5 g § 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 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.

Paragrafen är ändrad. Hela 16 kap. LOU har fått en ny lydelse från och med den 15 juli 2010. Till följd av detta har hänvisningen i paragrafen ändrats så att det framgår att det är bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. 1–6 §§ LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010 som avses. Någon ändring i sak i förhållande till vad som nu gäller enligt paragrafen är alltså inte avsedd.

Ikraftträdandebestämmelse

Denna lag träder i kraft den 1 november 2011 men tillämpas för tid från och med den 15 juli 2010.

Av bestämmelsen framgår att lagen ska träda i kraft den 1 november 2011. Den ska dock tillämpas retroaktivt för tid från och med den 15 juli 2010.

16.5 Förslaget till lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik

5 g § 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 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.

Paragrafen är ändrad och motsvarar förslaget till 5 g § lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning, se kommentaren till den paragrafen.

Ikraftträdandebestämmelse

Denna lag träder i kraft den 1 november 2011 men tillämpas för tid från och med den 15 juli 2010.

Ikraftträdandebestämmelsen överensstämmer med den som föreslås avseende lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning, se kommentaren till den.

1 kap.

2 § Denna lag gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar. Vad som avses med offentlig upphandling och upphandlande myndighet anges i 2 kap. 13 § respektive 19 §.

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), *eller*
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

I fråga om offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 och 14 kap.

En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster *ska* anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall *ska* upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt samt CPC- och CPV-referensnummer för A-tjänster och B-tjänster.

I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

Paragrafen är ändrad. Paragrafen reglerar lagens tillämpningsområde. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

Andra stycket ändras på så sätt att där anges att 15 kap. gäller för de i stycket angivna upphandlingarna dvs. kontrakt som gäller B-tjänster och kontrakt vilkas värde inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde. En hänvisning till 16 kap. behövs inte eftersom det i 15 kap. 2 § anges vilka bestämmelser i övrigt som gäller för upphandlingar enligt detta kapitel. I 15 kap. 2 § anges bl.a. att 16 kap. ska tillämpas vid upphandlingar enligt 15 kap.

Vidare utgår upphandlingar som görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Dessa upphandlingar omfattas av den nya lagen om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet.

Av paragrafens *femte stycke* framgår att regeringen tillkännager i Svensk författningssamling byggentreprenadkontrakt samt A-tjänster och B-tjänster med CPC- och CPV-referensnummer. Förslaget i denna del behandlas i avsnitt 13.1.5.

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

3 a § Denna lag gäller inte för upphandling som

1. omfattas av lagen (2011:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, *eller*
2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § den lagen.

Paragrafen är ny och genomför artikel 71 i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, som ändrar det klassiska direktivet. Av paragrafen framgår att LOU inte gäller för upphandling som omfattas av lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och inte heller

för upphandling som är undantagen från den lagens tillämpningsområde enligt de nämnda paragraferna. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.1. Prop. 2010/11:150

Undantag på grund av sekretess m.m.

5 a § Bestämmelserna i denna lag gäller inte för upphandling som omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen.

Paragrafen är ny. Den genomför artikel 14 i det klassiska direktivet, enligt vilken direktivet inte ska tillämpas på offentliga kontrakt som omfattas av sekretess eller som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får genomföras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna medlemsstats vitala intressen. Av paragrafen framgår att lagen inte gäller om upphandlingen omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen. Bestämmelsen riktar in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse. Det kan gälla t.ex. upphandlingar som avser sådana säkerhets- eller bevakningsåtgärder som omfattas av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL. Sådan sekretess som regelmässigt gäller för upphandling, dvs. sekretess för förfrågningsunderlag innan det skickas ut till anbudsgivare och anbudssekretess, utgör givetvis inte grund för undantag enligt förevarande bestämmelse.

Sådana väsentliga intressen som kan utgöra grund för undantag kan t.ex. vara upphandling av en ombyggnation av ett museum vars övervakningssystem måste hållas hemligt. Paragrafen har utformats som *Lagrådet* har föreslagit. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

4 kap.

4 § En upphandlande myndighet får i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ange att förhandlat förfarande med föregående annonsering ska äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta. Därvid ska de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Det slutliga antalet anbud ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudssökande eller anbudsgivare.

Paragrafen är ändrad och ansluter därigenom närmare till artikel 30.4 och artikel 44.4 i det klassiska direktivet. Den reglerar förhandlat förfarande med föregående annonsering och hänvisningen till det beskrivande dokumentet, som enbart förekommer vid konkurrenspräglad dialog, har därför tagits bort. Ett tillägg har i stället gjorts i 14 § som behandlar successiva steg vid konkurrenspräglad dialog. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

8 § En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om

1. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas, eller

2. det gäller en ny byggentreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggentreprenader eller tjänster under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och

e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det sammanlagda värdet av kontrakt som avses i första stycket 1 får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Det förfarande som avses i första stycket 2 får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

Paragrafen är ändrad. *Första stycket 1* har fått en mer direktivnära utformning. Punkten avser rätten att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering beträffande kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet. För att förfarandet ska kunna tillämpas krävs att kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och antingen att de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller att de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

14 § Den upphandlande myndigheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. *Begränsningen ska ske enligt de tilldelningskriterier som anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Det slutliga antalet lösningar ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.*

Paragrafen är ändrad så att den förutom artikel 29.4 i det klassiska direktivet också genomför en del av artikel 44.4 i det klassiska direktivet, se också kommentaren till 4 §. Paragrafen reglerar successiva steg vid konkurrenspräglad dialog. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

9 kap.

9 § En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Hänvisningen i paragrafens *första stycke* är ändrad till följd av om-disponeringen av 16 kap.

10 kap.

1 § En upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom 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*⁶³,

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 i⁶⁴, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn⁶⁵,

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 intressen⁶⁶, eller

4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar⁶⁷, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG⁶⁸.

Är leverantören en juridisk person, *ska* leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör *ska* uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Paragrafen är ändrad. *Första stycket* 1 hänvisade tidigare beträffande brottet deltagande i kriminell organisation till artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998. Den gemensamma åtgärden har upphävt och ersatts av rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet. Artikel 2 i rambeslutet reglerar brott som rör deltagande i kriminell organisation, till vilken paragrafen hänvisar. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

⁶³ EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

⁶⁴ EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

⁶⁵ EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

⁶⁶ EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

⁶⁷ EGT L 166, 28.6.1991, s. 77 (Celex 31991L0308).

⁶⁸ EGT L 344, 28.12.2001, s. 76 (Celex 32001L0097).

11 kap.

2 § En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbuds-sökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

Paragrafen är ändrad. Hänvisningarna till kapitlets paragrafer om leverantörens ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet har justerats för att uppnå överensstämmelse med artikel 44.2 i det klassiska direktivet och med den nya lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

15 kap.

2 § Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),
- 2 kap. (definitioner),
- 4 kap. 22 § (inköpscentraler),
- 5 kap. (ramavtal), utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §,
- 6 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),
- 6 kap. 7 § (miljömärken),
- 6 kap. 13 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 8 kap. 11 § (om någon annan än den upphandlande myndigheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet),
- 11 kap. 6 § (krav på registrering),
- 13 kap. (byggkoncessioner),
- 16 kap. (avtalsspär, överprövning och skadestånd),
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 18 kap. (tillsyn).

Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket och 10–21 §§, 8 kap. 3 § första stycket, 5, 10 och 12 §§ samt 11 kap. 3 och 4 §§.

Vid offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

En upphandlande myndighet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap.

Paragrafen är ändrad. Den nuvarande hänvisningen i första stycket till 8 kap. 12 § har tagits bort. 8 kap. 12 § gäller vid upphandling enligt 15 kap. i den del den avser konkurrenspräglad dialog. Hänvisningen har därför i stället placerats i paragrafens *andra stycke*. I övrigt motsvaras hänvisningen till 8 kap. 12 § av den föreslagna 15 kap. 10 §. I andra stycket har även hänvisningarna till 4 kap. 4 och 6 §§ tagits bort. Dessa paragrafer avser inte konkurrenspräglad dialog, utan förhandlat förande. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

10 § *Den upphandlande myndigheten ska vid förenklat förfarande och urvals-förfarande 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.*

Paragrafen är ny. Den anger att den upphandlande myndigheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska skicka ut upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar innan anbudstiden går ut. Kravet gäller endast under förutsättning att upplysningarna begärts i god tid. Regeln ersätter den tidigare hänvisningen i 15 kap. 2 § första stycket till motsvarande bestämmelse i 8 kap. 12 § för upphandlingar som omfattas av direktivet. Eftersom den regeln omfattar upphandlingar som genomförs som selektivt förfarande eller förhandlat förfarande har förevarande bestämmelse tillkommit som avser förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

19 § Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

Paragrafen är ändrad. LOU:s tillämpningsområde omfattar inte längre upphandling som avser väsentliga försvars- eller säkerhetsintressen och nuvarande 1 kap. 2 § föreslås därför upphävas, se kommentaren till 1 kap. 2 § och avsnitt 13.1.2. Hänvisningen till dessa bestämmelser i *andra stycket* i den nu aktuella paragrafen har därför tagits bort.

16 kap.

Kapitlet har omdisponerats med anledning av förslag från Lagrådet i samband med genomförandet av ändringsdirektivet i LOU (se prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 509). Dispositionen överensstämmer med den av Lagrådet föreslagna, utom såvitt avser Lagrådets förslag om placeringen i 16 kap. 9 § av bestämmelser om interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Även när det gäller utformningen av enskilda paragrafer som har samband med omdispositionen har Lagrådets synpunkter i allt väsentligt beaktats. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.3.

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5–9 §§,

2. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller

3. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 7 § och innehåller bestämmelser om undantag från avtalsspärr.

Att direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet genomförs i svensk rätt genom en särskild lag medför att 1 kap. 2 § ändras såtillvida att nuvarande andra stycket 3 och 4 utgår, se kommentaren till den paragrafen. Följaktligen utgår även hänvisningen till de punkterna i den nu aktuella paragrafen. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

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.

Rubrikerna som föregår paragrafen är nya. Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 1 §. Paragrafen och rubrikerna är huvudsakligen utformade som *Lagrådet* har föreslagit (prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 524).

Av paragrafen framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör, får överpröva en upphandling och ett avtals giltighet. Jämfört med nuvarande 1 § – som riktar sig till leverantören – beskriver paragrafen i stället vad domstolen får göra.

6 § *Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.*

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Paragrafen är ny men motsvarar nuvarande 5 och 13 §§ och har i allt väsentligt utformats som *Lagrådet* har föreslagit (prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 524).

Enligt paragrafens *första stycke*, vilket motsvarar nuvarande 5 §, kan rätten, under vissa angivna förutsättningar, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Andra stycket motsvarar nuvarande 13 § och innebär att en upphandling inte ska överprövas sedan ett avtal har slutits. En överprövning av en upphandling påverkar nämligen inte ett civilrättsligt avtals giltighet. Om avtal har slutits under en pågående överprövning av en upphandling ska i stället, under vissa förutsättningar, avtalets giltighet överprövas, se 7 §.

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 §§.

Paragrafen motsvarar nuvarande 14 §. Om en upphandlande myndighet, under pågående överprövning av en upphandling, ingår ett avtal i strid med en avtalsspärr (avtalsspärr efter tilldelningsbeslut, förlängd avtalsspärr eller avtalsspärr vid förhandsinsyn), ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås eller en todagarsfrist kan leverantören justera sin talan till att i stället avse avtalets giltighet. Möjligheten ska ses tillsammans med 6 § och innebär att en leverantör i en situation när den upphandlande myndigheten felaktigt ingår ett avtal inte tvingas att på nytt behöva ansöka om överprövning, men denna gång av avtalets giltighet.

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.

Paragrafen, som motsvarar nuvarande 9 §, innehåller bestämmelser om förlängd avtalsspärr under förvaltningsrättens handläggning av ett mål om överprövning av en upphandling. Till följd av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningarna i *första stycket* till de paragrafer som innehåller bestämmelser om avtalsspärr ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § I fall då 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 får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 4 §. Paragrafens *första stycke* har ändrats så att det endast omfattar interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling.

Bestämmelser om interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet finns i 16 §.

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio 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 tio 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 tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon todagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen reglerar när en tiodagarsfrist gäller efter det att en allmän förvaltningsdomstol har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling. När fristen löper får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal. Som en följd av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningen i *första stycket* till paragrafen om förlängd avtalsspärr och hänvisningarna i *andra och tredje styckena* till paragrafen om interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

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 §.

Paragrafen reglerar tidsfristen för att ansöka om överprövning av en upphandling och, med anledning av omstruktureringen av 16 kap., har hänvisningarna till bestämmelserna om avtalsspärr och avtalsspärr vid förhandsinsyn ändrats. Vidare har en mindre redaktionell ändring gjorts. Paragrafens sakliga innehåll har emellertid inte ändrats.

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 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller

2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds-förfarandet 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 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen motsvarar nuvarande 15 § och reglerar förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal.

I *första stycket 1* har hänvisningen till 15 kap. 6 § tagits bort, då denna paragraf har upphävts genom SFS 2010:571. De bestämmelser om annonsering vid urvalsförfarande som tidigare fanns i 15 kap. 6 § första och tredje styckena återfinns sedan den 15 juli 2010 i 15 kap. 4 § (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 346).

Till följd av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningarna i *andra stycket* till de paragrafer som reglerar avtalsspärr, interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling och tiodagarsfrist ändrats. Detta innebär inte någon förändring i sak. Vidare har, på inrådan av *Lagrådet*, en redaktionell ändring gjorts.

14 § Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen, som reglerar att ett avtal inte ska ogiltigförklaras om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, motsvarar nuvarande 16 §.

På grund av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningen till förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten skickat en under rättelse om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande myndighet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Paragrafen motsvarar nuvarande 17 § och innehåller undantag från bestämmelserna om ogiltigförklaring av avtal. I paragrafen har, till följd av omstruktureringen av 16 kap., hänvisningen till förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal och hänvisningen till avtalsspärren ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 4 §, och reglerar interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Någon saklig förändring i förhållande till vad som idag gäller för sådana interimistiska beslut är inte avsedd. Till skillnad från vad Lagrådet har föreslagit, har paragrafen placerats i anslutning till övriga paragrafer som reglerar överprövning av ett avtals giltighet.

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 vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen reglerar den tid inom vilken talan om skadestånd ska väckas. Som en följd av omstruktureringen av 16 kap. är hänvisningen till förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal ändrad. Det innebär inte någon saklig förändring av paragrafens innehåll.

17 kap.

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft 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 har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Hänvisningarna i paragrafens *första* och *andra punkter* är ändrade till följd av omdisponeringen av 16 kap.

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 vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

När 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.

Hänvisningarna i paragrafens *första* och *andra stycken* är ändrade till följd av omdisponeringen av 16 kap.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 november 2011.

2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av *första punkten* framgår när de föreslagna bestämmelserna ska träda i kraft.

Av *andra punkten* framgår avgränsningen mellan de nuvarande och de föreslagna bestämmelserna. En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 del 1 s. 447). När en upphandling ska anses ha påbörjats behandlas också i prop. 2009/10:180 del 1 s. 374.

16.7 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

1 kap.

2 § Denna lag gäller för upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4–10 §§. Lagen gäller också då en upphandlande enhet anordnar projekttävlingar. Vad som avses med upphandling och upphandlande enhet framgår av 2 kap. 23 § respektive 20 §.

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), *eller*

2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

I fråga om upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 kap.

En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster *ska* anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall *ska* upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggtreprenadkontrakt samt CPC- och CPV-referensnummer för A-tjänster och B-tjänster.

Paragrafen är ändrad. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2. Paragrafen reglerar lagens tillämpningsområde. *Andra stycket* ändras på så sätt att där anges att 15 kap. gäller för de i stycket angivna upphandlingarna, dvs. kontrakt som gäller B-tjänster och kontrakt vilkas värde inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde. En hänvisning till 16 kap. behövs inte eftersom det i 15 kap. 2 § anges vilka bestämmelser i övrigt som gäller för upphandlingar enligt detta kapitel. I 15 kap. 2 § anges bl.a. att 16 kap. *ska* tillämpas vid upphandlingar enligt 15 kap.

Av paragrafens *femte stycke* framgår att regeringen tillkännager i Svensk författningssamling byggtreprenadkontrakt samt A-tjänster och B-tjänster med CPC- och CPV-referensnummer. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.5.

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

3 a § Denna lag gäller inte för upphandling som

1. omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller

2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § den lagen.

Paragrafen är ny och genomför artikel 70 i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, som ändrar försörjningsdirektivet. Av paragrafen framgår att LUF inte gäller för upphandling som omfattas av lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och inte heller för upphandling som är undantagen från den lagens tillämpningsområde enligt de nämnda paragraferna. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.1.

Undantag på grund av sekretess

13 a § Bestämmelserna i denna lag gäller inte för upphandling som omfattas av sekretess.

Paragrafen är ny och genomför artikel 21 i försörjningsdirektivet, enligt vilken direktivet inte ska tillämpas på kontrakt som en medlemsstat belagt med sekretess eller som enligt gällande lagar och andra författningar i den berörda medlemsstaten inte får fullgöras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna medlemsstats grundläggande säkerhetsintressen. Av paragrafen framgår att lagen inte gäller för upphandling som omfattas av sekretess. Det kan gälla t.ex. upphandlingar som avser sådana säkerhets- eller bevaknings-

åtgärder som omfattas av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL. Sådan sekretess som regelmässigt gäller för upphandling, dvs. sekretess för förfrågningsunderlag innan det skickas ut till anbudsgivare och anbudssekretess utgör givetvis inte grund för undantag enligt förevarande bestämmelse. Paragrafen har utformats som *Lagrådet* har föreslagit. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

4 kap.

2 § En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om

1. det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några bud eller inte lämnats några lämpliga bud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har något sådant syfte,

3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör,

4. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering,

5. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om

a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, 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,

6. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras,

7. det gäller en ny byggtreprenad, som är en upprepning av tidigare byggtreprenader under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

d) att värdet av det nya kontraktet ingår i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och

e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas,

8. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad,

9. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag,

10. det 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, eller

11. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Paragrafen är ändrad. *Första stycket* 6 har fått en mer direktivnära utformning. Punkten avser rätten att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering beträffande kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet. För att förfarandet ska kunna tillämpas krävs att kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, *och* att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, *och antingen* att de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, *eller* att de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

9 kap.

9 § En upphandlande enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska enheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande enhet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Hänvisningen i paragrafens *första stycke* är ändrad till följd av omdisponeringen av 16 kap.

10 kap.

1 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom 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*⁶⁹,

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 i⁷⁰, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998

⁶⁹ EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

⁷⁰ EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn⁷¹,

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 intressen⁷², eller

4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar⁷³, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG⁷⁴.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Paragrafen är ändrad. Första stycket 1 hänvisade tidigare beträffande brottet deltagande i kriminell organisation till artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998. Den gemensamma åtgärden har upphävts och ersatts av rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet. Artikel 2 i rambeslutet reglerar brott som rör deltagande i kriminell organisation, till vilken paragrafen hänvisar. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.

15 kap.

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),
- 2 kap. (definitioner),
- 4 kap. 4 § (inköpscentraler),
- 5 kap. (ramavtal),
- 6 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),
- 6 kap. 7 § (miljömärken),
- 6 kap. 14 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 8 kap. 12 § (om någon annan än den upphandlande enheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 18 kap. (tillsyn).

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt detta kapitel.

En upphandlande enhet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap.

⁷¹ EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

⁷² EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

⁷³ EGT L 166, 28.6.1991, s. 77 (Celex 31991L0308).

⁷⁴ EGT L 344, 28.12.2001, s. 76 (Celex 32001L0097).

Paragrafen är ändrad. Hänvisningen i paragrafens *första stycke* till 8 kap. 13 § har tagits bort. Den har ersatts av den föreslagna 15 kap. 10 §. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

10 § Den upphandlande enheten ska 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.

Paragrafen är ny. Den anger att den upphandlande enheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska skicka ut upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar innan anbudstiden går ut. Kravet gäller endast under förutsättning att upplysningarna begärts i god tid. Regeln ersätter den tidigare hänvisningen i 15 kap. 2 § till motsvarande bestämmelse i 8 kap. 13 § för upphandlingar som omfattas av direktivet. Eftersom den regeln omfattar upphandlingar som genomförs som selektivt förfarande eller förhandlat förfarande har förevarande bestämmelse tillkommit som avser förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

19 § Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

Paragrafen är ändrad. LUF:s tillämpningsområde omfattar inte längre upphandling som avser väsentliga säkerhetsintressen och nuvarande 1 kap. 2 § andra stycket 3 föreslås därför upphävas, se kommentaren till 1 kap. 2 § och avsnitt 13.1.2. Hänvisningen till denna punkt i *andra stycket* i den nu aktuella paragrafen har därför tagits bort.

16 kap.

Kapitlet har omdisponerats med anledning av förslag från Lagrådet i samband med genomförandet av ändringsdirektivet i LUF (se prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 509), se författningskommentaren till LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.3.

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 eller 3 §, eller

2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 7 § och innehåller bestämmelser om undantag från avtalsspärr. 1 kap. 2 § är ändrad på så sätt att andra

stycket 3 utgår. Följaktligen utgår även hänvisningen till den punkten i den nu aktuella paragrafen. Paragrafen är oförändrad i övrigt. Prop. 2010/11:150

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.

Rubrikerna som föregår paragrafen är nya. Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 1 §. Paragrafen och rubrikerna överensstämmer med förslaget till 16 kap. 4 § LOU och rubrikerna närmast före den paragrafen, se kommentaren till den paragrafen.

6 § Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § 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.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

Paragrafen är ny, men motsvarar nuvarande 5 och 13 §§. Paragrafen överensstämmer med förslaget till 16 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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 §§.

Paragrafen motsvarar nuvarande 14 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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.

Paragrafen, som motsvarar nuvarande 9 §, överensstämmer med förslaget till 16 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § I fall då 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 får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 4 §. Paragrafen och rubriken överensstämmer med förslaget till 16 kap. 9 § LOU och rubriken närmast före den paragrafen, se kommentaren till den paragrafen.

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän tio 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 tio 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 tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen är ändrad och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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 §.

Paragrafen är ändrad och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

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 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen motsvarar nuvarande 15 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Paragrafen har utformats som *Lagrådet* har förordat.

14 § Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande enhet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 7 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärr vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Paragrafen motsvarar nuvarande 17 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 15 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 4 §. Paragrafen och rubriken överensstämmer med förslaget till 16 kap. 16 § LOU och rubriken närmast före den paragrafen, se kommentaren till den paragrafen.

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 7 kap. 6 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, 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 9 kap. 10 §.

I paragrafen har en rättelse av ordet *månader* gjorts. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

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 vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen överensstämmer med förslaget till 16 kap. 21 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap.

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft 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 har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 §, eller 15 kap. 4 eller 6 §.

Hänvisningarna i paragrafens *första* och *andra punkter* är ändrade till följd av omdisponeringen av 16 kap.

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 vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

När 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.

Hänvisningarna i paragrafens *första* och *andra stycken* är ändrade till följd av omdisponeringen av 16 kap.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 november 2011.
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna överensstämmer med de som föreslås avseende LOU, se kommentaren till dessa.

16.8 Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

19 kap.

3 § Sekretess gäller 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. 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 (2011:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Sekretessen enligt detta stycke gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

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 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 handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets

materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det avtalet slöts. Prop. 2010/11:150

Paragrafen är ändrad. *Andra stycket* om anbudssekretess kompletteras med en hänvisning till 6 kap. 11 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet när det gäller uppgifter som får lämnas vid en elektronisk auktion. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

31 kap.

3 § 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 (0000:00) 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.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Paragrafen, som reglerar sekretess för uppgifter i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över, är ändrad. Enligt *första stycket* gäller i ett ärende enligt LOU och LUF sekretess för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs. Stycket kompletteras med en hänvisning till lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

Ikraftträdandebestämmelse

Denna lag träder i kraft den 1 november 2011.

Av ikraftträdandebestämmelsen framgår att lagändringen träder i kraft den 1 november 2011. Detta överensstämmer med den tidpunkt vid vilken lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet föreslås träda i kraft.

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 12 maj 2011

Närvarande: statsråden Erlandsson, ordförande, Carlgren, Carlsson, Borg, Adelsohn Liljeroth, Tolgfors, Ohlsson, Norman, Engström, Kristersson, Elmsäter-Svärd, Ullenhag, Hatt

Föredragande: statsrådet Kristersson

Regeringen beslutar proposition 2010/11:150 Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet