

Lagrådsremiss

Kompletterande bestämmelser om upphandling

Regeringen överlämnar denna remiss till Lagrådet.

Stockholm den 28 april 2016

Ardalan Shekarabi

Rikard Jermsten
(Finansdepartementet)

Lagrådsremissens huvudsakliga innehåll

I lagrådsremissen föreslås bestämmelser som kompletterar förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, vilken beslutades av regeringen den 4 juni 2015.

Enligt förslagen i denna lagrådsremiss ska koncessioner vars värde understiger fem procent av tröskelvärdet få upphandlas utan förhandsannonsering (direktupphandling) enligt den nya lagen om upphandling av koncessioner. Tröskelvärdet uppgår för närvarande till 5 225 000 euro. Direktupphandling av koncessioner ska även få användas, om upphandling utan föregående annonsering hade fått användas vid upphandling över tröskelvärdet eller om det finns synnerliga skäl. Bestämmelser om förbud mot vissa beräkningsmetoder och förbud mot att dela upp en upphandling ska införas för att förhindra kringgående av annonseringsplikten. Direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret ska läggas ihop vid beräkningen av koncessionens värde. Avtalsspärren ska inte gälla vid direktupphandling. Upphandlande myndigheter och enheter som upphandlar koncessioner ska anta riktlinjer för direktupphandling av koncessioner.

I lagrådsremissen föreslås att upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen på begäran av en berörd leverantör ska lämna ut en kopia eller en utskrift av vissa kontrakt som har tilldelats enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorena. Bestämmelserna ska gälla varu- eller tjänstekontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro samt byggentreprenadkontrakt som ingåtts till ett värde av minst 10 000 000 euro. Företagshemligheter i kontrakten ska inte få lämnas ut. Detsamma ska gälla uppgifter i kontrakten som kan röja säkerhets- eller

bevakningsåtgärder hos den upphandlade myndigheten. En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt. En upphandlande myndighet, som lämnar ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, ska inte få ta mer betalt för utlämnandet än den avgift och den kostnadsersättning som en statlig myndighet skulle få ta ut vid ett motsvarande utlämnande av en allmän handling. När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i förvaltningslagen (1986:223). Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Prövningstillstånd ska krävas för prövning i kammarrätten. Den upphandlande myndigheten ska vara den enskildes motpart i domstol.

Enligt lagrådsremissens förslag ska upphandlande myndigheter och enheter vara skyldiga att se till att avtal som ingås efter upphandling över tröskelvärdena enligt de nya upphandlingslagarna innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta avtalen i vissa situationer där de har tillkommit i strid med EU-rätten. Villkoren för att avsluta avtalen ska anges i upphandlingsdokumenten.

Vidare föreslås vissa ändringar i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.

Lagändringarna föreslås träda i kraft vid samma tidpunkt som förslagen i lagrådsremissen. Nytt regelverk om upphandling. De nya bestämmelserna föreslås inte gälla för upphandling som har påbörjats före de nya lagarnas ikraftträdande.

Innehållsförteckning

1	Beslut	4
2	Lagtext	5
2.1	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling	5
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna	9
2.3	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner	13
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning	17
2.5	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.....	19
3	Ärendet och dess beredning	21
4	Direktupphandling av koncessioner.....	22
5	Tillgång till kontrakt	36
6	Avslutande av avtal.....	54
7	Vissa ändringar i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi	59
8	Konsekvensanalys.....	62
9	Författningskommentar	67
9.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling	67
9.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna	72
9.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner	75
9.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning	79
9.5	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.....	81
Bilaga 1	Sammanfattning av promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling	82
Bilaga 2	Lagförslag i promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling.....	84
Bilaga 3	Förteckning över remissinstanserna avseende promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling.....	101

1 Beslut

Regeringen har beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna,
3. lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner,
4. lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning,
5. lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.

2 Lagtext

Regeringen har följande förslag till lagtext.

2.1 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att det i lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska införas elva nya paragrafer, 12 kap. 20–27 §§, 17 kap. 15 § och 19 kap. 31 a och 31 b §§, samt närmast före 12 kap. 20 §, 17 kap. 15 § och 19 kap. 31 a § nya rubriker av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

12 kap.

Tillgång till kontrakt

20 §

I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 21–27 §§.

21 §

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

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

22 §

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

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

23 §

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

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

24 §

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

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

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

25 §

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

hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

26 §

Ett beslut överklagas skriftligt. I 3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291) finns bestämmelser om vilka uppgifter ett överklagande ska innehålla.

Överklagandet ges in till den förvaltningsrätt som ska pröva det enligt 25 §. Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Förvaltningsrätten prövar om överklagandet har kommit in i rätt tid. Vid prövningen ska 3 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter tillämpas.

27 §

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

17 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 §

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

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig

i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och därför borde ha uteslutits från upphandlingen, eller

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

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

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a §

12 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 31 b §.

31 b §

En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § andra stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 22–27 §§.

2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna

Härigenom föreskrivs att det i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna ska införas elva nya paragrafer, 12 kap. 21–28 §§, 16 kap. 15 § och 19 kap. 31 a och 31 b §§, samt närmast före 12 kap. 21 §, 16 kap. 15 § och 19 kap. 31 a § nya rubriker av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

12 kap.

Tillgång till kontrakt

21 §

I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 22–28 §§.

22 §

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som bevaras enligt 20 § andra stycket och som ingåtts till ett värde av minst

- 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt, och*
- 10 000 000 euro för byggentreprenadkontrakt.*

23 §

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

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

lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

24 §

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

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

25 §

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

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

1. portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram, och

2. postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian eller utskriften till mottagaren.

26 §

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

27 §

Ett beslut överklagas skriftligt. I

3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291) finns bestämmelser om vilka uppgifter ett överklagande ska innehålla.

Överklagandet ges in till den förvaltningsrätt som ska pröva det enligt 26 §. Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Förvaltningsrätten prövar om överklagandet har kommit in i rätt tid. Vid prövningen ska 3 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter tillämpas.

28 §

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

16 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 §

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

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i

fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

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

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a §

I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 31 b §.

31 b §

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § andra stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 23–28 §§.

2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

dels att det i lagen ska införas tre nya paragrafer, 14 kap. 14 § och 15 kap. 5 a och 5 b §§, samt närmast före 14 kap. 14 § och 15 kap. 5 a § nya rubriker av följande lydelse,

dels att 1 kap. 2 §, 15 kap. 5 och 6 §§ samt 16 kap. 1, 2 och 13 §§ ska ha följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

1 kap.

2 §

I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

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

Anknutet företag i 3 kap. 22 §	Anknutet företag i 3 kap. 22 §
CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §	CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §
Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §	Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §
Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§	<i>Direktupphandling i 15 kap. 5 a §</i>
Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.	Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§
	Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.

14 kap.

Avslutande av koncessioner

14 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kontrakt som avser koncessioner enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 6–11 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den

bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Villkoren för att avsluta koncessionen ska anges i upphandlingsdokumenten.

15 kap.

5 §

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 5 a §.

Vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

Direktupphandling

5 a §

En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen beräknas understiga fem procent av det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap.,

2. förutsättningarna för

upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

5 b §

Vid beräkningen av värdet av en koncession ska bestämmelserna i 5 kap. 1 § tredje stycket och 2–5 §§ tillämpas. Valet av metod för beräkningen får inte göras i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En koncession får inte heller delas upp i avsikt att undvika att den bestämmelsen blir tillämplig.

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

6 §

Vid upphandling enligt detta kapitel ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Vid upphandling enligt detta kapitel som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

16 kap.

1 §

Om en upphandlande myndighet

Om en upphandlande myndighet

eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § *första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till 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.

2 §

Avtalsspärr gäller inte vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§.

Avtalsspärr gäller inte
1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, *eller*
2. vid *direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §.*

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 § *första stycket*. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

dels att 5 g § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

5 g §¹

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4 § 1, 5, 6 och 9 §§, 10 § andra och tredje styckena samt 11, 12 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal

¹ Senaste lydelse 2011:1034

som har slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen.

2.5 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi²

dels att 5 g § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse

Nytt regelverk om upphandling

5 g §³

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4 § 1, 5, 6 och 9 §§, 10 § andra och tredje styckena samt 11, 12 och 18–22 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal

² Senaste lydelse av lagens rubrik 2013:1145.

³ Senaste lydelse 2011:1035.

som har slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen.

3 Ärendet och dess beredning

Regeringen beslutade den 4 juni 2015 lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling. Lagrådsremissen innehåller förslag till en ny lag om offentlig upphandling och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna. Vidare innehåller lagrådsremissen förslag till en lag om upphandling av koncessioner. Huvudsakligen genomför lagarna Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet). Direktiven finns i bilagor till lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling.

Lagen om offentlig upphandling ersätter lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (förkortad LOU). Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ersätter lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortad LUF). LOU-direktivet och LUF-direktivet bygger i sak i stora delar på 2004 års direktiv, som de ersätter. LUK-direktivet genomförs genom lagen om upphandling av koncessioner (förkortad LUK). Till följd av de nya lagarna föreslås även ett antal ändringar i andra lagar. Lagarna och lagändringarna föreslås enligt lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling träda i kraft den 1 april 2016. Lagrådet har den 12 februari 2016 yttrat sig över lagrådsremissens förslag.

I promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling lämnades i oktober 2015 förslag som kompletterar förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling. Förslagen syftar till att genomföra delar av de nya upphandlingsdirektiven samt till att införa lämpliga följdändringar i andra lagar. Vidare lämnas ett förslag om direktupphandling av koncessioner. Lagändringarna i promemorian föreslås träda i kraft samtidigt som förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling. En sammanfattning av promemorian finns i *bilaga 1*. Promemorians lagförslag finns i *bilaga 2*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 3*. Remissyttrandena finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04904/UR).

4 Direktupphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Koncessioner vars värden beräknas understiga fem procent av tröskelvärdet ska få upphandlas utan förhandsannonsering (direktupphandling). Direktupphandling av koncessioner ska även få användas, om upphandling utan föregående annonsering hade fått användas vid upphandling över tröskelvärdet eller om det finns synnerliga skäl.

Bestämmelser om förbud mot vissa beräkningsmetoder och förbud mot att dela upp en upphandling ska införas för att förhindra kringgående av annonseringsplikten. Direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret ska läggas ihop vid beräkningen av koncessionens värde.

Avtalsspärren ska inte gälla vid direktupphandling.

En upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner ska anta riktlinjer för direktupphandling av koncessioner.

Regeringens bedömning: De allmänna upphandlingsrättsliga principerna bör gälla även vid direktupphandling som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Dokumentationsplikten bör inte begränsas till upphandlingar över ett visst värde.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians förslag om riktlinjer för direktupphandling gäller för alla upphandlande myndigheter och enheter.

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker eller har inga invändningar mot förslaget att koncessioner ska få direktupphandlas. Flera remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, anser emellertid att direktupphandlingsgränsen lämpligen bör gå vid tio procent av tröskelvärdet. *Förvaltningsrätten i Härnösand* och *Konkurrenskommissionen* anser däremot att den föreslagna direktupphandlingsgränsen är väl avvägd. *Konkurrensverket* instämmer i promemorians bedömning att direktupphandlingsgränsen bör bestämmas med utgångspunkt i vid vilket värde en koncession kan antas ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. *Advokatfirman Kahn Pedersen* avstyrker att förhandsannonsering vid direktupphandling ska utlösa avtalsspär. Advokatfirman förordar dock att det införs bestämmelser om förhandsinsyn vid direktupphandling enligt LUK. *Konkurrensverket*, *Almega* och *Företagarna* välkomnar förslaget om dokumentationsplikt. Några remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten* och *Kammarrätten i Stockholm* ifrågasätter dock varför det inte föreslås en beloppsgräns för dokumentationsplikten. *Försäkringskassan*, *Konkurrensverket* och *Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker förslaget om riktlinjer. *Skåne läns landsting*, *Västra Götalands läns landsting*, *SKL* och *SKL Kommentus* anser dock att kravet på riktlinjer är onödigt och administrativt betungande. *Upphandlingsmyndigheten*, *Almega*, *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* instämmer i bedömningen att de grundläggande principerna i LUK bör

gälla oavsett om direktupphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte. Om principerna ska gälla i dessa fall, bör deras innebörd klargöras i lag enligt Advokatfirman Kahn Pedersen.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling

I lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling (se avsnitt 31.1) föreslår regeringen att koncessioner vars värde beräknas understiga tröskelvärdet ska regleras i ett särskilt kapitel i LUK. Tröskelvärdet vid upphandling av koncessioner uppgår enligt artikel 8 i LUK-direktivet till 5 186 000 euro exklusive mervärdesskatt. Det aktuella kapitlet i LUK (15 kap.) föreslås även innehålla bestämmelser om upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Sådan upphandling omfattas enligt förslaget av 15 kap. LUK oavsett upphandlingens värde. Enligt regeringens bedömning i lagrådsremissen bör kapitlet endast innehålla sådana grundläggande bestämmelser som är nödvändiga för ett rättssäkert förfarande.

I 15 kap. 1–8 §§ LUK finns bestämmelser om kapitlets tillämpningsområde, principer för upphandling, annonsering, information till leverantörer och dokumentation. Av 15 kap. 9 § framgår vidare att lagens bestämmelser i 16–18 kap. om rättsmedel och tillsyn är tillämpliga vid upphandling enligt kapitlet.

Genomförandeutredningen (SOU 2014:69 s. 190) har bedömt att det finns ett högst begränsat behov av bestämmelser om direktupphandling av koncessioner. Som huvudsakliga skäl anförs att regleringsnivån för upphandling av icke direktivstyrda koncessioner bör vara så låg som möjligt och att det knappast kan anses vara betungande för en upphandlande myndighet eller enhet att offentliggöra upphandlingen genom en förhandsannons. De remissinstanser som yttrat sig över förslaget efterlyser en möjlighet att direktupphandla koncessioner av lågt värde.

Enligt förslaget i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling ska samtliga upphandlingar av koncessioner under tröskelvärdet förhandsannonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (se 15 kap. 5 § LUK). De allmänna upphandlingsrättsliga principerna och bestämmelserna om rättsmedel är enligt förslaget tillämpliga från första kronan vid upphandling av koncessioner, oavsett om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte.

Regeringen anmärker emellertid i lagrådsremissen (se avsnitt 31.2) att koncessioner av ringa betydelse i ekonomiskt avseende som regel inte har något gränsöverskridande intresse som motiverar att unionsrätten ska tillämpas. Det skulle därför vara förenligt med unionsrätten om sådana koncessioner direktupphandlas eller undantas från lagens tillämpning. För att förhindra att regelverket utnyttjas på ett oönskat sätt skulle det dock behöva införas bestämmelser om beräkningen av värdet av en koncession och om förbud mot att dela upp en upphandling. Regeringen konstaterar att det i lagstiftningsärendet saknas närmare överväganden om hur sådana bestämmelser bör utformas. Något förslag om att koncessioner till lågt värde ska kunna direktupphandlas eller undantas

från lagens tillämpning lämnas därför inte. Regeringen förklarar att den avser att återkomma i frågan.

En möjlighet till direktupphandling bör införas

Vid upphandling av koncessioner ger LUK-direktivet den upphandlande myndigheten eller enheten ett betydligt större handlingsutrymme att organisera förfarandet än vad LOU- och LUF-direktiven medger. LUK är också mer flexibel och mindre detaljstyrd än de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Trots detta innebär förslaget i lagrådsremissen att samtliga bestämmelser i 15 kap. LUK blir tillämpliga ”från första kronan” vid upphandling av koncessioner. Till skillnad från offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna finns det alltså inte någon möjlighet till direktupphandling av koncessioner. Denna skillnad framstår som omotiverad. Det är inte ändamålsenligt att koncessionstilldelning, som är tänkt att vara flexiblere än övrig upphandling, i stället ska vara hårdare reglerad. Genom direktupphandling kan mindre upphandlingar genomföras snabbare och med lägre transaktionskostnader. De upphandlande myndigheterna och enheterna kan då frigöra resurser till mer komplexa upphandlingar som omfattar större värden. Remissinstanserna är positiva till att bestämmelser om direktupphandling införs. Regeringen anser mot angiven bakgrund att en möjlighet att direktupphandla enligt LUK bör införas.

En direktupphandling är enligt definitionen i LOU och LUF en upphandling utan krav på anbud i viss form. Ett anbud kan således lämnas muntligt vid direktupphandling. Något krav på att anbud ska lämnas i viss form finns dock inte i 15 kap. LUK. Det finns därför ingen anledning att använda samma definition av direktupphandling i LUK. Möjligheten till direktupphandling enligt 15 kap. LUK bör i stället framgå genom att upphandlingar vars värden beräknas understiga ett visst belopp undantas från skyldigheten att förhandsannonsera upphandlingen i en allmänt tillgänglig databas.

Vad gäller direktupphandling innehåller LOU och LUF särskilda bestämmelser om annonsering vid förhandsinsyn. Enligt bestämmelserna får en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling annonsera sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Vid förhandsinsyn ska avtalsspärr iakttas. Genom förhandsinsyn vid direktupphandling kan den upphandlande myndigheten eller enheten skydda sig mot att ett avtal förklaras ogiltigt av domstol på grund av brott mot annonseringsbestämmelserna. Begreppet förhandsinsyn är något missvisande, eftersom insynen inte lämnas före en upphandling. Insynen lämnas i stället när leverantören har valts och den upphandlande myndigheten eller enheten avser att fatta eller har fattat ett tilldelningsbeslut. Regeringen instämmer, till skillnad från *Advokatfirman Kahn Pedersen*, i promemorians bedömning att det inte torde finnas något reellt behov av bestämmelser om förhandsinsyn vid direktupphandling enligt LUK. Den upphandlande myndigheten eller enheten har alltid möjlighet att förhandsannonsera enligt LUK även om

upphandlingens värde understiger beloppsgränsen för direktupphandling. En förhandsannonsering kan inte anses vara särskilt betungande.

Beloppsgränsen för direktupphandling

Tröskelvärdet vid upphandling av koncessioner uppgår enligt artikel 8 i LUK-direktivet till 5 186 000 euro exklusive mervärdesskatt. Genom kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2172 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden har tröskelvärdet höjts till 5 225 000 euro.

I skäl 23 i LUK-direktivet uttalas att direktivet endast bör gälla för koncessionskontrakt vars värde är lika med eller överstiger ett visst tröskelvärde, som bör återspegla det uppenbara gränsöverskridande intresset av koncessioner till ekonomiska aktörer i andra medlemsstater. Innebörden är alltså att det finns ett uppenbart gränsöverskridande intresse vid upphandlingar som överstiger tröskelvärdet. Det går därmed inte att presumera avsaknad av ett gränsöverskridande intresse enbart för att koncessionens värde understiger tröskelvärdet.

Tröskelvärdena enligt LOU och LUF framgår av regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Direktupphandling enligt LOU får användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster. Tröskelvärdet uppgår för närvarande till 1 910 323 kronor, varför beloppsgränsen för direktupphandling uppgår till 534 890 kronor. Direktupphandling enligt LUF och LUF S får användas om kontraktets värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster. Detta tröskelvärde uppgår för närvarande till 3 820 645 kronor, varför beloppsgränsen för direktupphandling uppgår till 993 368 kronor. Regeringens förslag i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling innebär inte någon ändring av beloppsgränserna för direktupphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Beloppsgränserna för direktupphandling av byggentreprenader enligt LOU och LUF motsvarar beloppsgränserna för direktupphandling av varor och tjänster, trots att tröskelvärdet för upphandling av byggentreprenader är avsevärt högre än tröskelvärdena för upphandling av varor och tjänster. Tröskelvärdet för upphandling av byggentreprenader enligt LOU och LUF motsvarar tröskelvärdet för upphandling av koncessioner (5 225 000 euro). Som grund för ställningstagandet i denna del anförde regeringen att även större byggentreprenader kan bestå av mängder av kontrakt av begränsat värde. Även förenklingsskäl åberopades (se prop. 2013/14:133 s. 16).

Regeringen har aviserat att de nu gällande direktupphandlingsgränserna i LOU och LUF ska utvärderas när de har varit i kraft i tre år, dvs. efter den 1 juli 2017 (se prop. 2013/14:133 s. 21). Utvärderingen bör enligt regeringen omfatta hur transaktionskostnaderna påverkats hos upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer. Den bör även omfatta hur

direktupphandlingsgränserna påverkar konkurrensen, inte minst för små och medelstora företag.

De EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (förutsebarhet och transparens), ömsesidigt erkännande och rätten till effektiva rättsmedel är alltid tillämpliga på upphandlingar som har ett bestämt gränsöverskridande intresse, se bl.a. kommissionens tolkningsmeddelande Gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02). Enligt kommissionens uppfattning bör en bedömning av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse grundas på de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. föremålet för kontraktet, dess uppskattade värde, de särskilda förhållandena inom den berörda sektorn (marknadens storlek och struktur, handelspraxis osv.) och den geografiska lokaliseringen för utförandet. Principen om öppenhet innebär att ett företag i en annan medlemsstat ska ha tillgång till relevanta uppgifter om upphandlingen innan kontraktet tilldelas, så att detta företag, om det så önskar, har möjlighet att uttrycka sitt intresse för att få kontraktet. Upphandlingen måste alltså offentliggöras på något sätt.

Direktupphandlingar annonseras sällan. De blir som regel inte föremål för överprövning, eftersom överprövning inte får ske efter det att avtal slutits och någon skyldighet att iaktta avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling. Ett kontrakt som har tilldelats efter direktupphandling kan dock komma att förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol, om förutsättningarna för direktupphandling inte har varit uppfyllda (otillåten direktupphandling). Det betyder att skadestånd i praktiken är det enda rättsmedel som står till buds för ett företag som anser att de EU-rättsliga principerna har överträtts vid direktupphandling. Enligt upphandlingslagarna ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtals slutits.

Av EU-domstolens praxis framgår bl.a. att möjligheterna att få rättelse inte får vara sådana att det i praktiken är omöjligt eller mycket svårt att få rättsligt skydd (principen om effektivitet). Kommissionen har inlett ett överträdelseärende mot Sverige rörande avsaknaden av effektiva rättsmedel på koncessionsområdet (Regeringskansliets dnr UF2013/61885/BRYR). I dagsläget saknas bestämmelser om upphandling av tjänstekoncessioner i svensk rätt. Några särskilda bestämmelser om rättsmedel på koncessionsområdet finns alltså inte. En leverantör som anser sig ha lidit skada vid en upphandling av en tjänstekoncession är därför i dag hänvisad till möjligheten att väcka skadeståndstalan vid allmän domstol. Kommissionen menar att en skadeståndstalan inte är ett tillräckligt rättsmedel i detta fall och att Sverige bryter mot principen om effektivt domstolsskydd. Kommissionen anför i ärendet att skadestånd inte kan återställa insynen i upphandlingsförfarandet när upphandlingen inte har offentliggjorts. För att garantera att insynen i upphandlingen kan återställas måste det enligt kommissionen vara möjligt att förordna att upphandlingen ska göras om.

Mot bakgrund av det anförda är det en given utgångspunkt för regeringen att upphandlingar av koncessioner som har ett bestämt gränsöverskridande intresse ska träffas av huvudregeln om förhandsannonsering i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Om en

upphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse, ansvarar den upphandlande myndigheten eller enheten alltid för att upphandlingen offentliggörs för leverantörer i andra medlemsstater på det sätt som krävs enligt principen om öppenhet. Den upphandlande myndigheten eller enheten har därmed att pröva om principen om öppenhet i det enskilda fallet sträcker sig längre än bestämmelsen om förhandsannonsering. Genom lagkravet på förhandsannonsering kommer bestämmelserna i LUK om avtalsspärr och överprövning att gälla fullt ut.

EU-domstolen har uttalat att koncessioner ”av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende” kan antas sakna gränsöverskridande intresse (se EU-domstolens dom Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, punkt 20). I ett sådant fall kan enligt EU-domstolen ”verkningarna på de berörda grundläggande friheterna [...] anses vara alltför slumpmässiga och indirekta för att man skall kunna fastställa att de har åsidosatts”. EU-domstolen har vidare förklarat att medlemsstaterna, för att underlätta för upphandlande myndigheter och enheter, kan fastställa objektiva kriterier som avgör när det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Ett sådant kriterium skulle enligt domstolen kunna vara att fastställa ett bestämt belopp. Det är emellertid enligt domstolen även nödvändigt att ta hänsyn till att gränser i vissa fall går genom tätbebyggda områden som ligger i olika medlemsstater och att även kontrakt av ringa värde kan vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse under sådana omständigheter (se EU-domstolens dom SECAP SpA m.fl., C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, punkt 31).

Regeringen instämmer i promemorians bedömning att beloppsgränsen för direktupphandling bör fastställa vad som är en koncession av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende. Sådana koncessioner saknar regelmässigt gränsöverskridande intresse. Det kan emellertid i enskilda fall, på samma sätt som vid direktupphandling enligt LOU och LUF, finnas särskilda omständigheter som gör att det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse trots att upphandlingens värde understiger beloppsgränsen. Det kan exempelvis tänkas att en koncession i Malmö kan vara av intresse för företag från Köpenhamn. Den upphandlande myndigheten eller enheten är då skyldig att offentliggöra upphandlingen i enlighet med principen om öppenhet.

Det bör beaktas att tröskelvärdet för upphandling av koncessioner enligt LUK-direktivet (5 225 000 euro) är avsevärt högre än tröskelvärdena för upphandling av varor och tjänster enligt LOU- och LUF-direktiven (135 000 euro för statliga myndigheter och 209 000 euro för kommuner och landsting enligt LOU-direktivet samt 418 000 euro enligt LUF-direktivet). Den allmänna utgångspunkten är därmed att en koncession kan ha ett högre värde än ett varu- eller tjänstekontrakt utan att det finns ett gränsöverskridande intresse. Till skillnad från ett tjänstekontrakt tar leverantören en verksamhetsrisk i ett koncessionskontrakt enligt LUK, vilket motiverar att det gränsöverskridande intresset inträder vid ett lägre belopp vid en tjänsteupphandling än vid en tjänstekoncession. Som en referenspunkt kan noteras att gränsen för direktupphandling enligt LUF för närvarande uppgår till 993 368 kronor.

Upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster omfattas av 15 kap. LUK. Sådana koncessioner har till

sin natur en begränsad gränsöverskridande dimension (se skäl 53 i LUK-direktivet). De har visserligen samma tröskelvärde som övriga koncessioner men omfattas av betydligt färre bestämmelser i LUK-direktivet. Vid bedömningen av om en koncession avseende en social tjänst eller en annan särskild tjänst har ett gränsöverskridande intresse är LOU- och LUF-direktivens tröskelvärden för ett motsvarande tjänstekontrakt av intresse som ”lägsta referenspunkt”. Tröskelvärdena för upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster är väsentligt högre än de ordinarie tröskelvärdena enligt LOU- och LUF-direktiven. Upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster presumeras sakna gränsöverskridande intresse, om upphandlingens värde understiger LOU-direktivets tröskelvärde om 750 000 euro respektive LUF-direktivets tröskelvärde om 1 000 000 euro (se skälen 114–117 i LOU-direktivet och skälen 120–123 i LUF-direktivet). Av skäl 114 i LOU-direktivet och skäl 120 i LUF-direktivet framgår exempelvis att personliga tjänster (t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster) till värden under tröskelvärdet inte brukar vara av intresse för leverantörer från andra medlemsstater, annat än om det finns konkreta indikationer på motsatsen, till exempel unionsfinansiering av gränsöverskridande projekt. Vidare anges i skäl 115 i LOU-direktivet och skäl 121 i LUF-direktivet att hotell- och restaurangtjänster endast brukar erbjudas av aktörer som är etablerade på den specifika platsen för leveransen av dessa tjänster.

I likhet med den teknik som valts i LOU och LUF bör beloppsgränsen för direktupphandling anges i LUK i form av ett procenttal av tröskelvärdet. På samma sätt bör beloppsgränsen vara enhetlig i LUK. Den bör alltså gälla för samtliga upphandlande myndigheter och enheter och oavsett vilken typ av koncession som upphandlas. Någon särskild beloppsgräns bör därför inte gälla för upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Tröskelvärdena tillkännages av regeringen i euro och svenska kronor, senast genom tillkännagivandet (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Promemorians bedömning är att koncessioner vars värden understiger fem procent av tröskelvärdet regelmässigt bör anses sakna ett bestämt gränsöverskridande intresse. I promemorian föreslås därför att koncessioner vars värde understiger detta belopp ska få direktupphandlas. Ingen remissinstans anser att den föreslagna gränsen är för hög. Flera remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten*, anser att gränsen är för låg och föreslår att den bör gå vid tio procent av tröskelvärdet. Enligt Upphandlingsmyndigheten bör upphandlingar vars värden understiger tio procent av tröskelvärdet regelmässigt anses sakna ett gränsöverskridande intresse. Ett par remissinstanser anser dock att den i promemorian föreslagna gränsen är väl avvägd. Flertalet remissinstanser uttalar sig inte särskilt i frågan.

De skäl som ligger bakom den låga direktupphandlingsgränsen för byggtreprenader gör sig inte gällande i fråga om koncessioner. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att koncessioner vars värden understiger fem procent av tröskelvärdet regelmässigt bör anses sakna ett bestämt gränsöverskridande intresse. Den i promemorian föreslagna direktupphandlingsgränsen kan alltså inte anses vara för hög. En höjning av direktupphandlingsgränsen på det väsentliga sätt som

föreslås av vissa remissinstanser är inte möjlig att göra i detta lagstiftningsärende. Regeringen anser därför att promemorians förslag om direktupphandlingsgräns bör ligga till grund för lagstiftning. Det innebär att beloppsgränsen för direktupphandling av koncessioner bör gå vid 261 250 euro. Tillämpningen av de nya bestämmelserna om direktupphandling kommer att behöva utvärderas. Det får då bedömas om det är möjligt och lämpligt att införa en högre direktupphandlingsgräns än vad som nu föreslås.

Almega framhåller att statistiken på området bör vara frekvent och tillgänglig. Regeringen har samma målsättning och avser att återkomma i frågan om en förbättrad upphandlingsstatistik (se lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 762).

Upphandling utan föregående annonsering på det direktivstyrda området

Såväl LOU som LUF medger att direktupphandling används, om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 294 f. och 344). Sistnämnda förfarande används på det direktivstyrda området och benämns i vardagligt tal ibland för direktupphandling. I LUK finns inga upphandlingsförfaranden reglerade. Däremot innehåller annonseringskapitlet bestämmelser (8 kap. 3–5 §§) som innebär att en koncession på det direktivstyrda området får tilldelas utan föregående annonsering i vissa fall.

Enligt 8 kap. 3 § LUK får en koncession tilldelas utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör på grund av (1) att syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation, (2) att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller (3) skyddet av ensamrätt. I de två sistnämnda fallen får undantaget endast tillämpas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Enligt 8 kap. 4 § LUK får en upphandlande myndighet eller enhet vidare tilldela en koncession utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. Som förutsättning gäller att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändras väsentligt. I 8 kap. 5 § LUK anges när anbudsansökningar och anbud ska anses vara olämpliga.

Det saknas skäl för att ha strängare bestämmelser vid upphandling enligt 15 kap. LUK än vad som gäller vid upphandling av koncessioner över tröskelvärdet. I likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF bör därför direktupphandling av koncessioner få användas, om förutsättningarna för upphandling utan annonsering i 8 kap. 3–5 §§ LUK är uppfyllda.

Synnerliga skäl

Såväl LOU som LUF medger vidare att direktupphandling används på grund av synnerliga skäl. Av förarbetena till bestämmelserna framgår att direktupphandling på grund av synnerliga skäl främst är tänkt att ske vid synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses

och inte heller beror på den upphandlande myndigheten eller enheten. Att den upphandlande myndigheten eller enheten har råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare framgår av förarbetena att hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster i vissa fall bör kunna direktupphandlas på grund av synnerliga skäl (se prop. 2001/02:142 s. 99).

Regeringen instämmer i promemorians bedömning att en ”ventil” i form av en möjlighet att direktupphandla på grund av synnerliga skäl är motiverad även vid upphandling av koncessioner. En sådan möjlighet föreslås därför.

Koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster

Förslaget om direktupphandling gäller även upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Sådana koncessioner omfattas av 15 kap. LUK även om koncessionens värde överstiger tröskelvärdet om 5 225 000 euro. Som framgår ovan ska direktupphandling enligt 15 kap. LUK få användas om upphandling utan föregående annonsering hade fått användas på det direktivstyrda området eller om det finns synnerliga skäl.

Upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster över tröskelvärdet omfattas av särskilda bestämmelser om annonsering i LUK-direktivet. Bestämmelserna innebär att sådan upphandling både ska förhandsannonseras och efterannonseras (jfr 15 kap. 5 § andra stycket LUK). Förslaget om direktupphandling omfattar därför inte denna typ av koncessioner över tröskelvärdet. Innebörden av förslaget är därmed att koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster behandlas på samma sätt som övriga tjänstekoncessioner vad gäller möjligheterna till direktupphandling enligt 15 kap. LUK.

Bestämmelser för att hindra kringgående av beloppsgränsen

I 5 kap. LUK finns bestämmelser om tröskelvärdet och om beräkning av en koncessions värde. Tröskelvärdets storlek behandlas i 5 kap. 1 §. Av paragrafens tredje stycke framgår att värdet av en koncession ska beräknas exklusive mervärdesskatt. I 5 kap. 2–5 §§ finns ytterligare bestämmelser om beräkningen av värdet av en koncession. Vilka beräkningsmetoder som ska användas framgår exempelvis av 5 kap. 5 §. De angivna beräkningsbestämmelserna är tillämpliga när koncessionens uppskattade värde ska relateras till tröskelvärdet.

Beräkningsbestämmelserna i 5 kap. är emellertid inte tillämpliga när det väl har fastställts att en upphandling omfattas av 15 kap. Det saknas med andra ord bestämmelser om hur en koncessions värde ska beräknas i relation till en beloppsgräns inom 15 kap., t.ex. en beloppsgräns för direktupphandling. I 19 kap. 8 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna finns det särskilda bestämmelser om beräkningen av en upphandlings värde vid tillämpningen av dessa lagars direktupphandlingsgränser (jfr

prop. 2009/10:180 del 1 s. 292–294). En motsvarande beräkningsbestämmelse bör införas i 15 kap. LUK. Bestämmelsen bör innebära att 5 kap. 1 § tredje stycket och 2–5 §§ LUK ska tillämpas vid beräkningen av en koncessions värde. På så sätt kommer att beräkningen av detta värde att ske på samma sätt som på det direktivstyrda området (se avsnitt 11.3 i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling).

I 5 kap. LUK finns vidare bestämmelser som syftar till att förhindra att tillämpningen av de direktivstyrda bestämmelserna undviks på ett konstgjort sätt. Enligt 5 kap. 6 § får valet av beräkningsmetod inte göras i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet i lagen blir tillämpliga. Enligt 5 kap. 7 § får inte heller en koncession delas upp i avsikt att undvika att dessa bestämmelser blir tillämpliga, om det inte är berättigat av objektiva skäl. Bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ syftar till att värna de direktivstyrda bestämmelserna och är alltså inte tillämpliga när det ska avgöras om en koncession, som omfattas av 15 kap., har ett värde som understiger beloppsgränsen för förhandsannonsering.

För att förhindra att bestämmelsen om förhandsannonsering kringgås genom missvisande beräkningsmetoder och uppdelning av koncessioner bör 15 kap. LUK innehålla bestämmelser som motsvarar 5 kap. 6 och 7 §§ samma lag. Några ”objektiva skäl” som motiverar att man delar upp en upphandling i syfte att kringgå bestämmelsen om förhandsannonsering kan dock rimligen inte finnas. Motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (19 kap. 8 § i båda lagarna) innehåller inte heller någon sådan möjlighet.

Enligt LOU och LUF ska man vid beräkningen av en upphandlings värde under tröskelvärdet även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten eller enheten under räkenskapsåret. I de flesta fall motsvaras räkenskapsåret av kalenderåret. Bestämmelsen innebär att en upphandlande myndighet eller enhet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens eller enhetens samtliga avdelningar.

Hur rekvisitet ”av samma slag” ska tolkas är, som *Upphandlingsmyndigheten* framhåller, delvis oklart (jfr prop. 2013/14:133 s. 25). Av förarbetena framgår att direktupphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll anses vara av samma slag (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 293). Konkurrensverket har gett ut en vägledning som anger hur en bedömning av rekvisitet kan göras (se Konkurrensverkets vägledning 2015:1, År inköpen av samma slag? Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärdet vid direktupphandlingar av samma slag). Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling behandlar inte frågan.

Regeringen gör bedömningen att en motsvarande beräkningsbestämmelse behövs även i 15 kap. LUK, om det införs en möjlighet att tilldela en koncession utan annonsering. Även enligt LUK bör ett räkenskapsår kunna vara en lämplig period att grunda beräkningen på. Begreppet ”direktupphandlingar av samma slag” bör tolkas på motsvarande sätt som begreppet tolkas vid upphandling enligt LOU och LUF. Frågan bör behandlas i de riktlinjer för direktupphandling som ska antas av de upphandlande myndigheterna och enheterna (se

nedan). Hur begreppet ska tolkas är ytterst en fråga för rättstillämpningen.

Upphandlingsmyndigheten efterlyser klargörande uttalanden från lagstiftaren om hur reglerna för kontraktsvärdesberäkning ska tillämpas vid direktupphandling enligt de nya upphandlingslagarna. De närmare frågor som myndigheten ställer avser dock inte specifikt LUK utan är generella för upphandlingslagarna. Regeringen ser inte anledning att i denna lagrådsremiss, som avser ändringar i LUK, göra uttalanden som ska vara styrande för tillämpningen av bestämmelserna i de båda andra upphandlingslagarna. Vad gäller rekvisitet ”direktupphandlingar av samma slag” har regeringen i ett tidigare lagstiftningsärende gjort bedömningen att bestämmelsen inte kräver en ytterligare precisering av lagstiftaren (se prop. 2013/14:133 s. 25 f.). Det saknas anledning att nu göra en annan bedömning.

Enligt 5 kap. 8 § LUK ska värdet av delkontrakt som avser en planerad byggtreprenad eller ett planerat tillhandahållande av tjänster läggas samman vid beräkningen av koncessionens värde i relation till tröskelvärdet. Något behov av att hänvisa till denna bestämmelse i samband med direktupphandling enligt 15 kap. LUK torde inte finnas. De föreslagna bestämmelserna om förbud mot att dela upp en upphandling i syfte att undvika förhandsannonsering och om sammanläggning av direktupphandlingar ”av samma slag” torde leda till samma resultat. Motsvarande beräkningsbestämmelser vid upphandling av delkontrakt på det direktivstyrda området enligt LOU och LUF har inte heller gjorts tillämpliga i samband med direktupphandling enligt dessa lagar (jfr 3 kap. 7 § LOU och 3 kap. 6 § LUF).

Riktlinjer för direktupphandling

Enligt LOU och LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten besluta riktlinjer för användning av direktupphandling (jfr prop. 2013/14:33). Riktlinjerna ska syfta till att konkurrensen tillvaratas vid direktupphandlingar och bör särskilt beakta småföretagens perspektiv. I riktlinjerna bör tydligt anges kriterierna för när konkurrensen ska utnyttjas genom att annonsera upphandlingen eller konkurrensutsätta den genom att fråga flera leverantörer.

Konkurrensverket har tagit fram vägledningen Krav på riktlinjer vid direktupphandlingar. Enligt vägledningen bör riktlinjerna ange när direktupphandling får genomföras, att redan existerande och lämpliga avtal ska användas innan en ny direktupphandling genomförs, vem inom myndigheten som har rätt att genomföra direktupphandlingar (och till vilka beloppsgränser), hur myndigheten samordnar sina direktupphandlingar, när och hur konkurrensutsättning ska ske, hur kommunikation med anbudsgivare ska ske, när skriftliga avtal ska upprättas, hur dokumentationen sker och på vilket sätt en helhetssyn avseende direktupphandlingar skapas, vad som gäller avseende sekretess och vad som ska arkiveras.

I likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF bör enligt regeringens mening den upphandlande myndigheten eller enheten vara skyldig att anta riktlinjer för direktupphandling enligt LUK. Syftet med riktlinjerna bör vara detsamma som enligt LOU och LUF. Riktlinjerna

bör ange att upphandlingar av gränsöverskridande intresse ska offentliggöras. Riktlinjerna bör vidare ange efter vilka grunder myndigheten eller enheten ska bedöma om det finns ett gränsöverskridande intresse vid en upphandling under beloppsgränsen för direktupphandling.

Enligt promemorians förslag gäller bestämmelsen om riktlinjer för samtliga upphandlande myndigheter och enheter. Flertalet upphandlande myndigheter och enheter genomför emellertid inte några koncessionsupphandlingar. Som påtalats av ett antal remissinstanser, bl.a. *SKL Kommentus*, blir kravet på riktlinjer onödigt betungande i sådana fall. Regeringen föreslår därför att kravet endast ska gälla sådana upphandlande myndigheter och enheter som upphandlar koncessioner.

Vad gäller riktlinjerna för direktupphandling enligt LOU och LUF har regeringen gjort bedömningen att riktlinjerna inte är att betrakta som föreskrifter utan som rättsligt oförbindande beslut (se prop. 2013/14:133 s. 28 f.). Det saknas anledning att göra någon annan bedömning såvitt avser riktlinjerna för direktupphandling av koncessioner.

De allmänna upphandlingsrättsliga principerna i LUK bör gälla

I 1992 års LOU omfattas direktupphandling av den grundläggande principen om affärsmässighet (se prop. 1993/94:78 s. 24). Denna princip motsvaras av de allmänna principerna för upphandling i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 156 f.). Varken LOU eller LUF har gjort undantag från de allmänna principerna vid direktupphandling. Vid en direktupphandling enligt LOU och LUF gäller således, som vid all annan upphandling, principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (förutsebarhet och transparens) och ömsesidigt erkännande. För principernas tillämplighet saknar det enligt LOU och LUF betydelse om den enskilda upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte. En direktupphandling kan överprövas på den grunden att den upphandlande myndigheten inte har iakttagit de grundläggande principerna även när upphandlingens värde understiger beloppsgränsen för direktupphandling. Direktupphandlingar blir dock som regel inte föremål för överprövning, eftersom överprövning inte får ske efter det att avtal slutits och någon skyldighet att iaktta avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling.

Vad de allmänna principerna närmare innebär för direktupphandlingar enligt LOU och LUF är inte helt klarlagt. Kraven på förfarandet kan av naturliga skäl inte ställas lika högt vid direktupphandling som vid övriga upphandlingsförfaranden i LOU och LUF. En bedömning av vad som krävs måste göras i varje enskilt fall. Har flera anbud eller offerter tagits in ska en objektiv jämförelse mellan dessa göras. Leverantörerna ska också behandlas lika, vilket exempelvis bör innebära att om den upphandlande myndigheten har angivit en tid för att lämna anbud ska ett för sent lämnat anbud inte beaktas. Likabehandlingsprincipen bör också innebära att en upphandlande myndighet inte kan hindra andra leverantörer än de som tillfrågats att lämna anbud. En offertförfrågan får givetvis inte heller vara diskriminerande och kraven får inte gå längre än vad som är nödvändigt för den aktuella direktupphandlingen (jfr Kammarkollegiets vägledning 2011:6, Direktupphandling, s. 24).

I 15 kap. 2–4 §§ LUK finns bestämmelser om de allmänna principer som gäller vid upphandling utanför det direktivstyrda området. Enligt 15 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten behandla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Upphandlingen ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Enligt 15 kap. 3 § får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Enligt 15 kap. 4 § bör en upphandlande myndighet eller enhet beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

I likhet med vad som gäller vid direktupphandling enligt LOU och LUF bör något undantag från de allmänna upphandlingsrättsliga principerna inte införas för direktupphandling enligt LUK. Bestämmelserna i 15 kap. 2–4 §§ LUK bör alltså enligt regeringens mening gälla även vid direktupphandling oavsett om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte. Det ligger i sakens natur att principernas räckvidd vid direktupphandling ofta inte kan sträcka sig lika långt som vid övrig upphandling enligt lagen. En bedömning av principernas innebörd måste göras i varje enskilt fall. Om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse, ska principerna tillämpas på samma sätt som vid direktivstyrd upphandling. Hur principerna ska tillämpas är ytterst en fråga för rättstillämpningen. Till skillnad från *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser regeringen inte att det är lämpligt att närmare lagfästa hur de grundläggande principerna ska tillämpas vid direktupphandling.

Information till leverantörer

I LOU och LUF finns särskilda bestämmelser om information till leverantörer vid direktupphandling. Bestämmelserna har en något annorlunda utformning än bestämmelserna om information till leverantörer vid sådan upphandling som omfattas av avtalsspärr. Enligt bestämmelserna för direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud har fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt. En motsvarande bestämmelse bör införas för direktupphandling enligt LUK.

Dokumentationsplikt

Av 15 kap. 7 § LUK framgår att en upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt kapitlet. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. När upphandlingen har avslutats ska upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara denna dokumentation och andra viktigare handlingar i upphandlingen (se 15 kap. 8 § LUK).

Enligt LOU och LUF gäller inte någon dokumentationsplikt för upphandlingar vars värde understiger 100 000 kronor. I promemorian

görs bedömningen att det inte är meningsfullt att sätta någon nedre gräns för dokumentationsplikten enligt LUK. Samtliga koncessionsupphandlingar bör således dokumenteras enligt promemorians bedömning. Det råder delade meningar bland remissinstanserna kring behovet av en beloppsgräns.

I LOU och LUF har beloppsgränsen för dokumentationsplikten motiverats med att skyldigheten endast bör gälla för upphandlingar som har ett värde av betydelse (se prop. 2013/14:133 s. 23). Regeringen har svårt att se att koncessioner skulle upphandlas till så betydelselösa belopp att ett dokumentationskrav vore onödigt. Vidare torde kravet på grundläggande dokumentation (se nedan) inte vara särskilt betungande att uppfylla. Regeringen instämmer med hänsyn till detta i promemorians bedömning att någon beloppsgräns för dokumentationsplikten inte bör införas med anledning av möjligheten till direktupphandling.

Något tillägg i 15 kap. 7 § LUK om vad dokumentationsplikten närmare omfattar vid direktupphandling kan inte anses vara behövligt. De förarbetsuttalanden som finns till grund för motsvarande bestämmelse om dokumentationsplikt i LOU och LUF bör kunna vara vägledande (jfr prop. 2013/14:133 s. 24). Av förarbetsuttalandena framgår att bl.a. följande uppgifter som ett minimum bör omfattas: den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och organisationsnummer, föremålet för direktupphandlingen, hur konkurrensen togs till vara (annonsering eller tillkännagivande på myndighetens hemsida), vilka leverantörer som tillfrågades och hur många som lämnade anbud, vilken leverantör som tilldelades kontraktet (och organisationsnummer) och det viktigaste skälet för tilldelningen, avtalets (uppskattade) värde och dess löptid. Det ligger vidare i sakens natur att skälen för att använda direktupphandling ska dokumenteras, om upphandlingens värde överstiger beloppsgränsen för direktupphandling (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 295).

Rättsmedel och tillsyn

Upphandling enligt 15 kap. LUK omfattas av bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.), upphandlingsskadeavgift (17 kap.) och tillsyn (18 kap.). Bestämmelserna i 16–18 kap. LUK kommer alltså även att vara tillämpliga på direktupphandling.

Enligt 16 kap. 1 § LUK gäller som huvudregel att avtal inte får ingås förrän en viss tidsperiod (10 eller 15 dagar) har gått från det att underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickades ut till anbudssökandena och anbudsgivarna. Denna period kallas för avtalsspärr. Sådan upphandling som inte annonseras med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§ LUK är dock undantagen från avtalsspärr. Avtalsspärr gäller inte heller vid direktupphandling enligt LOU och LUF, såvida inte den upphandlande myndigheten eller enheten frivilligt har annonserat vid förhandsinsyn.

I likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF bör direktupphandling enligt LUK vara undantagen från avtalsspärr. Om en upphandling under beloppsgränsen för direktupphandling förhandsannonseras enligt 15 kap. 5 § LUK, gäller samma regler för överprövning som för andra upphandlingar enligt 15 kap. LUK. Avtalsspärren gäller således. *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser att frivillig

förhandsannonsering vid direktupphandling inte bör utlösa avtalsspärren. När förhandsannonsering görs i en allmänt tillgänglig elektronisk databas enligt 15 kap. 5 § LUK är det emellertid per definition inte fråga om direktupphandling. Om direktupphandlingen däremot annonseras på något annat sätt än enligt 15 kap. 5 § LUK, t.ex. på den upphandlande myndighetens eller enhetens hemsida, gäller inte någon avtalsspärr. Om den upphandlande myndigheten eller enheten felaktigt bedömer att det finns grund för direktupphandling och därför inte förhandsannonserar upphandlingen enligt LUK, kan avtalet komma att ogiltigförklaras vid överprövning i allmän förvaltningsdomstol (jfr 16 kap. 4, 13 och 17 §§ LUK).

Företagarna, Svenskt Näringsliv och Konkurrenskommissionen anser att bestämmelserna om rättsmedel i LUK bör göras tillämpliga på koncessionsupphandlingar som har påbörjats före lagens ikraftträdande. Eftersom övriga bestämmelser i LUK inte kommer att vara tillämpliga på koncessioner som har påbörjats före ikraftträdandet, anser dock regeringen att en sådan ordning skulle vara svårtillämpad (se motsvarande bedömning i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 793). Regeringen lämnar därför inte något sådant förslag.

5 Tillgång till kontrakt

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet som inte omfattas av offentlighetsprincipen ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Bestämmelserna ska gälla varu- eller tjänstekontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro samt byggentreprenadkontrakt som ingåtts till ett värde av minst 10 000 000 euro.

Företagshemligheter i kontrakten ska inte få lämnas ut. Detsamma ska gälla uppgifter i kontrakten som kan röja säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlade myndigheten.

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

En upphandlande myndighet, som lämnar ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, ska inte få ta mer betalt för utlämnandet än den avgift och den kostnadsersättning som en statlig myndighet skulle få ta ut vid ett motsvarande utlämnande av en allmän handling.

När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i förvaltningslagen.

Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Prövningstillstånd ska krävas för prövning i kammarrätten. Bestämmelser om hur besluten överklagas ska tas in i upphandlingslagarna.

Den upphandlande myndigheten ska vara den enskildes motpart i domstol.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Promemorians förslag är mer omfattande. Det gäller oavsett kontraktets värde samt omfattar även kontrakt hos upphandlande enheter och koncessionskontrakt. Vidare gäller promemorians förslag till förmån för alla som begär att få tillgång till ett kontrakt. Promemorians bestämmelse om skydd för företagshemligheter är något annorlunda formulerad. Promemorian saknar en bestämmelse till skydd för uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder. Regleringen om prisbegränsning har en annan lagteknisk konstruktion i promemorian.

Promemorians bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. I promemorian görs bedömningen att den upphandlande myndigheten inte bör ges partsställning i domstol. I promemorian görs vidare bedömningen att sättet och tiden för överklagande inte bör regleras i upphandlingslagarna.

Remissinstanserna: Remissutfallet är delat. Merparten av de remissinstanser som yttrar sig tillstyrker förslaget eller har inga invändningar mot det. De remissinstanser som enligt förslaget ska ge tillgång till kontrakt är dock mycket kritiska. *Kammarrätten i Stockholm, Kriminalvården, Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, Svenskt Näringsliv, Almega, Företagarna, Sveriges Byggindustrier, Swedish Medtech, Konkurrenskommissionen och Advokatfirman Kahn Pedersen* tillstyrker i allt väsentligt förslaget. Flera remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, anser att det av tydlighetsskäl bör uttryckas direkt i lagbestämmelserna att de gäller för upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. *Försvarets materielverk (FMV), Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus, Svensk Energi, Sveriges Television AB (SVT), Sveriges advokatsamfund, Sveriges Offentliga Inköpare (SOI), Almi Företagspartner AB, AB Svenska Spel, PostNord Sverige AB, Sveriges Radio AB, Swedavia AB och Advokatfirman Delphi* lämnar kritiska synpunkter på förslaget. Flertalet av de kritiska remissinstanserna invänder mot att promemorians förslag går längre än vad direktiven kräver, främst genom att låta bestämmelserna gälla oavsett kontraktets värde. Dessa remissinstanser anser att beredningsunderlaget och konsekvensanalysen inte är tillräcklig för att motivera ett strängare införande av direktiven än vad som krävs. Flera remissinstanser, bl.a. SVT och AB Svenska Spel, bedömer att bestämmelserna kommer att påverka leverantörernas vilja att delta i upphandlingar och att de kommer att innebära en ökad administrativ börda för de berörda organen. Svensk Energi, PostNord Sverige AB och Swedavia AB motsätter sig att bestämmelserna ska gälla för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. De anser vidare att några bestämmelser om tillgång till kontrakt inte ska införas i LUK. FMV, SKL och SKL Kommentus anför att promemorian inte har utrett tillräckligt vilka andra skyddsintressen som bör hindra utlämnande av information. SVT anser att bestämmelsen om uppgiftsskydd är alltför snäv och otydlig. Det är enligt SVT oklart om bestämmelsen har exakt samma innebörd som lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. SVT, AB Svenska Spel och Sveriges Radio AB påtalar behovet att skydda säkerhetsuppgifter i kontraktet. De remissinstanser som är kritiska till förslaget om tillgång till kontrakt

anser genomgående att överklagande bör ske till kammarrätten. *Kammarrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Härnösand och Förvaltningsrätten i Malmö* har emellertid ingen invändning mot förvaltningsrätten som första instans. Några remissinstanser, bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, anser att den upphandlande myndigheten bör göras till den enskildes motpart i domstol. Förvaltningsrätten i Stockholm anser att prisbegränsningsbestämmelsens förenlighet med regeringsformen bör analyseras närmare.

Skälen för regeringens förslag

LOU- och LUF-direktivens reglering om tillgång till kontrakt

Enligt artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna åtminstone under kontraktets löptid, spara kopior på alla kontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varukontrakt eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt. Bestämmelsen i LUF-direktivet gäller alltså endast för upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter. Regleringen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv.

I artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska bevilja tillgång till de sparade kontrakten. Tillgång till specifika dokument eller specifik information kan dock vägras i den mån och på de villkor som anges i tillämpliga unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser om tillgång till handlingar och uppgiftsskydd. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att regleringen syftar till att öka spårbarheten och öppenheten i beslutsfattandet. Enligt skälen bör de upphandlande myndigheterna behålla kopior av ingångna kontrakt av högt värde, så att de kan ge berörda parter tillgång till dessa dokument i enlighet med tillämpliga regler om tillgång till handlingar.

LUK-direktivet saknar en reglering om tillgång till kontrakt.

Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling

Genomförandutredningen (SOU 2014:51) har bedömt att de ovan redovisade artiklarna inte behöver genomföras särskilt i svensk rätt. Enligt utredningen motsvaras artiklarna om sparande av kontrakt av bestämmelserna om bevarande av handlingar i 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § LUF, vilka föreslås tas in i de nya lagarna. De aktuella bestämmelserna gäller för sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). För de upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av arkivlagen följer av gällande arkivföreskrifter att kontraktet ska bevaras i vart fall under sin löptid. Artiklarna om tillgång till de sparade kontrakten motsvaras enligt utredningen av offentlighetsprincipen i tryckfrihetsförordningen (TF).

I lagrådsremissen (avsnitt 20.3) gör regeringen bedömningen att det inte går att utläsa av bestämmelserna om bevarande av handlingar i LOU och LUF att de innebär en skyldighet att bevara även det ingångna kontraktet. Regeringen föreslår därför i lagrådsremissen ett tillägg i

bestämmelserna så att det klart framgår att de även omfattar det kontrakt som har ingåtts i upphandlingsärendet. Det finns enligt regeringens mening ingen anledning att begränsa bestämmelsernas tillämplighet till kontrakt med högre värden än de som anges i direktiven. Någon anledning att begränsa tillägget i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna till att endast avse upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter finns enligt regeringens mening inte heller. Samtliga ingångna kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör alltså enligt förslaget i lagrådsremissen bevaras åtminstone under kontraktets löptid.

Vad gäller rätten att få tillgång till kontrakten instämmer regeringen i utredningens bedömning att det inte behövs någon reglering för sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt 2 kap. TF. Nämda princip gäller även till förmån för utländska medborgare (jfr 14 kap. 5 § andra stycket TF).

Regeringen konstaterar emellertid i lagrådsremissen att det finns ett antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och som således inte är skyldiga att lämna ut handlingar. Det rör sig främst om statliga bolag som inte finns upptagna i bilagan till offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL. Regeringen konstaterar vidare att det inte finns något beredningsunderlag för att, inom ramen för lagrådsremissen, föreslå bestämmelser om tillgång till kontrakt från dessa privaträttsliga subjekt. Regeringen avser därför att återkomma till frågan i ett annat sammanhang.

Upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen

Handlingsoffentlighet och sekretess gäller hos myndigheter. Merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna är statliga och kommunala myndigheter som omfattas av bestämmelserna i TF om allmänna handlingars offentlighet.

De nya lagarnas definitioner av upphandlande myndighet och upphandlande enhet behandlas närmare i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling (se avsnitten 6.1.1 och 6.2.3, jfr även prop. 2006/07:128 del 1 s. 144–149). LOU- och LUF-direktivens definitioner i dessa delar motsvarar definitionerna i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samhällighetsföreningar och stiftelser som finansieras eller kontrolleras av staten, kommuner, landsting eller upphandlande myndigheter jämställs i upphandlingslagarna med upphandlande myndigheter, om de tillgodoser behov i det allmännas intresse och behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär (jfr 2 kap. 12 och 19 §§ LOU och 2 kap. 12 och 21 §§ LUF). I upphandlingslagarna används begreppet offentligt styrda organ för dessa juridiska personer. EU-domstolen har uttalat att begreppet ska ges en funktionell tolkning utifrån syftet med upphandlingsdirektiven och säkerställandet av direktivens ändamålsenliga verkan. Riksrevisionen har 2006 granskat de statliga bolagens tillämpning av upphandlingsregelverket (se RiR 2006:15 Statliga bolag och offentlig upphandling). Motsvarande granskning har

på regeringens uppdrag tidigare gjorts av den dåvarande Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU), se rapporter den 30 november 1998 (NOU:s dnr 172/98-28) respektive den 3 februari 2000 (NOU:s dnr 1999/0234-28). Som exempel på statliga bolag som uppträder som upphandlande myndigheter kan nämnas Apoteket AB (publ), Sveriges Television AB, AB Svenska Spel och Vattenfall AB.

Av 2 kap. OSL framgår att offentlighetsprincipen gäller inte bara för myndigheter utan även för vissa privaträttsliga subjekt. Sådana statliga bolag och stiftelser, som anges i bilagan till OSL, ska enligt 2 kap. 4 § samma lag jämföras med myndighet såvitt avser den verksamhet som särskilt anges i bilagan. Högsta förvaltningsdomstolen har dock slagit fast att bestämmelserna i TF och OSL inte gäller för enskilda rättssubjekt som ägs av ett sådant organ som anges i bilagan (se HFD 2014 ref. 70). De flesta statliga bolagen och stiftelserna omfattas inte av offentlighetsprincipen.

Av 2 kap. 3 § första stycket OSL framgår vidare att offentlighetsprincipen gäller hos företag där kommuner eller landsting utövar ett bestämmande inflytande. Vad som ska avses med bestämmande inflytande framgår av bestämmelsens andra och tredje stycken. De associationsformer som omfattas är aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag (inklusive kommanditbolag) och stiftelser. Däremot omfattas inte ideella föreningar. Kommunala företag i form av ideella föreningar utgörs i huvudsak av intresseorganisationer och den verksamhet som dessa organisationer bedriver har inte ansetts motsvara sådan verksamhet som normalt eller lika väl kan skötas av en kommunal myndighet (se prop. 1993/94:48 s. 19). Det tidigare Landstingsförbundet omfattades t.ex. inte av bestämmelsen, se rättsfallet RÅ 1997 not. 108. En ideell förening omfattas således inte av offentlighetsprincipen, vilket inte hindrar att en sådan förening kan vara ett offentligt styrt organ och därmed en upphandlande myndighet eller enhet.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) är en intresse- och arbetsgivarorganisation för kommuner och landsting. Organisationen har ersatt Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. SKL är en ideell förening och utgör exempel på ett kommunförbund. SKL driver verksamhet dels inom förbundet, dels i aktiebolag. I rättspraxis har offentlighetsprincipen inte ansetts vara tillämplig hos de aktiebolag som SKL bedriver verksamhet i och som uppträder som upphandlande myndigheter.

Ett offentligt styrt organ i upphandlingsregelverkets mening behöver inte vara ägt eller kontrollerat av det allmänna. Det är tillräckligt att organet till största delen är offentligt finansierat. En sådan upphandlande myndighet omfattas inte av 2 kap. 3 § OSL och därmed inte heller av offentlighetsprincipen.

Begreppet upphandlande enhet i de nya lagarna om upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner omfattar vidare i vissa fall företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Sådana företag kan vara privatägda.

Av det anförda framgår sammanfattningsvis att det finns ett antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av bestämmelserna i TF och OSL.

Bestämmelser om tillgång till kontrakt bör införas

I såväl lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling som promemorian görs bedömningen att offentlighetsprincipen inte är tillräcklig för att tillgodose det krav på tillgång till kontrakt som följer av LOU- och LUF-direktiven. *AB Svenska Spel* invänder mot bedömningen och hänvisar till att LOU- och LUF-direktiven medger att tillgång får vägras till ”specifika dokument eller specifik information” enligt vad som föreskrivs i nationell rätt. Regeringen kan dock konstatera att såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet ovillkorligt föreskriver att den upphandlande myndigheten ”ska bevilja tillgång till dessa kontrakt”. Att tillgång får vägras till ”specifika dokument eller specifik information” innebär således inte att direktivens artiklar om tillgång till kontrakt skulle vara valfria att genomföra.

AB Svenska Spel och *Sveriges advokatsamfund* anför vidare att bestämmelserna är onödiga mot bakgrund av förvaltningsrättens utredningsskyldighet i överprövningsmål och möjligheten till edition i sådana mål. I ett mål om överprövning av kontraktets giltighet har leverantören nämligen möjlighet att enligt bestämmelserna om partsinsyn ta del av kontraktet och andra handlingar som förvaltningsrätten har infordrat från den upphandlande myndigheten eller enheten (jfr HFD 2015 ref. 55). Regeringen kan dock konstatera att LOU- och LUF-direktiven anger att det är den upphandlande myndigheten som ska bevilja tillgång till kontraktet. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten ska ge tillgången till ”berörda parter”. Möjligheten att via förvaltningsrätten försöka få tillgång till kontraktet i ett mål om överprövning av kontraktets giltighet tillgodoser enligt regeringens mening inte det krav som direktiven ställer. Till detta kommer att det inte är en ändamålsenlig ordning att en leverantör ska vara hänvisad till att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet för att eventuellt få tillgång till kontraktet. Den naturliga ordningen är tvärtom att kontraktet är tillgängligt så att leverantören kan bedöma om det finns grund för att ansöka om överprövning eller inte.

Av det anförda framgår sammanfattningsvis att regeringen anser att Sverige till följd av LOU- och LUF-direktivens reglering är skyldigt att införa bestämmelser om tillgång till kontrakt överstigande vissa värden från upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Befintlig lagstiftning motsvarar inte de krav som direktiven ställer. Bestämmelser om tillgång till kontrakt bör därför införas i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Omfattningen och utformningen av de nya bestämmelserna

Enligt promemorians förslag ska alla tilldelade kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner vara tillgängliga för den som begär det oavsett kontraktets värde. Promemorians förslag omfattar alltså fler kontrakt än vad upphandlingsdirektiven kräver i tre avseenden. För det första skulle skyldigheten gälla oavsett vilket värde kontraktet har. För det andra omfattar förslaget även kontrakt hos upphandlande

enheter som inte är upphandlande myndigheter enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. För det tredje gäller förslaget även koncessionskontrakt.

Flera remissinstanser, däribland *Svensk Energi*, *Sveriges Television AB (SVT)* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)*, är kritiska mot att promemorians förslag går längre än vad som följer av direktiven. De anser sammanfattningsvis att beredningsunderlaget och konsekvensanalysen inte är tillräckliga för att motivera bestämmelser som innebär en generell offentlighetsprincip för upphandlingskontrakt. Några remissinstanser, bl.a. *AB Svenska Spel*, anmärker att handlingsoffentlighet hos statliga bolag på konkurrensutsatta marknader är en komplex fråga som har utretts tidigare utan att leda till lagstiftningsförslag. Enligt dessa remissinstanser bör statliga bolag på sådana marknader ha samma spelregler som konkurrenterna. Som påtalats av *PostNord Sverige AB* kan vissa upphandlande enheter som verkar på konkurrensutsatta marknader inom försörjningssektorerna och som omfattas av promemorians förslag vara privatägda. *Svensk Energi* anmärker att koncessioner har en kommersiell särart som har motiverat EU-lagstiftaren att inte införa bestämmelser om tillgång till kontrakt i LUK-direktivet. Regeringen instämmer i bedömningen att frågan kräver mer analys än vad promemorian innehåller.

Förevarande lagstiftningsärende avser genomförande av upphandlingsdirektiv. Det har uppenbart inte varit EU-lagstiftarens avsikt att införa en allmän offentlighetsprincip för alla kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven. Upphandlingsdirektiven och upphandlingslagarna innehåller särskilda bestämmelser om information till leverantörer i samband med tilldelningen av ett kontrakt. Bestämmelserna syftar till att ge leverantörerna tillräcklig information för att bedöma om det finns möjlighet att ansöka om överprövning. Det torde dessutom ofta ligga i den upphandlande myndighetens eller enhetens eget intresse att lämna ut sådan information som kan innebära att onödiga överprövningar undviks. Att införa bestämmelser om tillgång till fler kontrakt än vad som krävs enligt direktiven förutsätter enligt regeringens mening ytterligare överväganden, vilka inte är möjliga att göra inom ramen för detta lagstiftningsärende.

Det sagda innebär att bestämmelserna om tillgång till kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna endast bör gälla för varu- eller tjänstekontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro och för byggentreprenadkontrakt som ingåtts till ett värde av minst 10 000 000 euro. Vidare bör bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna endast gälla för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter. Slutligen bör något förslag inte lämnas såvitt avser koncessionskontrakt.

Några bestämmelser om beräkningen av värdet av ett kontrakt finns inte i direktiven. Av direktiven framgår dock att värdetidpunkten är den dag då kontraktet undertecknades ("ingåtts till ett värde av..."). I 5 kap. och 19 kap. 8 § i de föreslagna nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna finns bestämmelser om beräkningen av en upphandlings värde. Det ligger i sakens natur att värdet av ett kontrakt ska beräknas utifrån samma principer som värdet

av en upphandling. Det innebär bl.a. att kontraktets värde ska beräknas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet, att options- och förlängningsklausuler i kontraktet ska beaktas som om de utnyttjats och att värdet ska beräknas exklusive mervärdesskatt. Ytterst kan frågan om beräkningen av ett kontraktets värde komma att avgöras av domstol.

Enligt promemorians förslag ska kontrakten lämnas ut ”till den som begär det”. SVT och SOI anmärker att LOU- och LUF-direktiven bör tolkas så att kravet endast innebär att berörda leverantörer ska ges tillgång till kontrakten. Regeringen gör samma tolkning. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att syftet med direktivens artiklar inte är att införa en allmän offentlighetsprincip för kontrakt utan att artiklarna gäller till förmån för ”berörda parter”. Som angetts ovan är syftet med detta lagstiftningsärende att genomföra upphandlingsdirektiven. Regeringen ser inte något skäl att i detta sammanhang införa en mer vidsträckt reglering och ge vem som helst rätt att ta del av kontrakt. Bestämmelserna bör således endast gälla till förmån för berörda leverantörer.

Samtliga leverantörer som har deltagit i upphandlingen i egenskap av anbudssökande eller anbudsgivare får anses vara berörda. Även en leverantör som inte har lämnat en anbudsansökan eller ett anbud i upphandlingen men som har eller – efter det att tidsfristen för överprövning av kontraktets giltighet har löpt ut – skulle ha haft talerätt i ett sådant mål om överprövning, får anses vara berörd. I frågan om talerätt finns en utvecklad praxis. Skyldigheten att ge tillgång till ett kontrakt gäller så länge kontraktet bevaras, vilket ska ske åtminstone under kontraktets löptid.

Bestämmelserna om tillgång till kontrakt bör sammanfattningsvis innebära att en upphandlande myndighet som bevarar ett kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorena på begäran av en berörd leverantör ska lämna ut en kopia av kontraktet, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

Av upphandlingslagarnas definition av kontrakt framgår att ett kontrakt är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor. Kravet på skriftlighet kan uppfyllas med elektroniska medel (se artikel 2.18 i LOU-direktivet och artikel 2.14 i LUF-direktivet). Ett kontrakt som har upprättats och undertecknats med elektroniska medel kan även bevaras i elektronisk form. Bestämmelserna om tillgång till kontrakt bör därför innebära att elektroniska kontrakt ska göras tillgängliga genom att en utskrift av kontraktet lämnas ut på begäran av en berörd leverantör.

Almi Företagspartner AB efterlyser en möjlighet att begränsa utlämnandet i fall då kontraktsbilagorna utgörs av omfattande handlingar som inte är lättkopierade (jfr begränsningen i 2 kap. 13 § TF). Även om det är förenligt med direktiven att kontrakten tillhandahålls på plats i sådana situationer, finns det enligt regeringens mening inte något beredningsunderlag för att nu föreslå en bestämmelse av detta slag. Frågan får övervägas i ett annat sammanhang.

I promemorian görs bedömningen att det inte är nödvändigt att i lagarna särskilt ange att bestämmelserna gäller för sådana upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Det följer av

normhierarkin att sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt TF i stället ska tillämpa bestämmelserna om utlämnande av allmänna handlingar. Vidare hänvisar de i promemorian föreslagna bestämmelserna till kontrakt som bevaras enligt särskilda bestämmelser i upphandlingslagarna. De sistnämnda bestämmelserna gäller endast för upphandlande myndigheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Sådana myndigheter omfattas inte heller av offentlighetsprincipen.

Flera remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten* och *Sveriges advokatsamfund*, anser emellertid att det bör framgå tydligare av lagbestämmelserna att de gäller för upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Regeringen gör motsvarande bedömning och föreslår därför att bestämmelserna utformas med beaktande av remissinstansernas önskemål om tydlighet.

Skydd för uppgifter i kontrakt

För myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen gäller bestämmelserna om sekretess i OSL. För kontrakt som tilldelats efter upphandling kan främst bestämmelserna i 19 kap. 3 § första stycket och 31 kap. 16 § OSL komma i fråga att tillämpas. Enligt det förstnämnda lagrummet gäller sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. I 31 kap. 16 § OSL regleras sekretess vid enskilds affärsförbindelse med myndighet. Enligt bestämmelsen gäller sekretess för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sådana privaträttsliga subjekt som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL anses vara myndigheter vid tillämpningen av OSL.

För upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och OSL är i stället bestämmelserna i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter tillämpliga. Med företagshemlighet avses enligt 1 § lagen om skydd för företagshemligheter sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Enligt 6 § samma lag ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Begreppet näringsidkare ska fattas i vidsträckt bemärkelse och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. En upphandlande myndighet kan därmed i vissa fall betraktas som näringsidkare. Sådana privaträttsliga subjekt som omfattas av de nu aktuella förslagen i egenskap av upphandlande myndigheter torde i flera fall ses som näringsidkare.

Även vid utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagarna finns det ett behov av att skydda känsliga uppgifter om affärs- eller

driftförhållanden som har tagits in i kontraktet. Skyddet för affärshemligheter är en allmän EU-rättslig princip (se bl.a. EU-domstolens dom Varec SA, C-450/06, EU:C:2008:91, punkt 49). En bestämmelse om skydd för sådana uppgifter vid utlämnandet av ett kontrakt bör därför införas. De upphandlande myndigheter som träffas av den föreslagna regleringen omfattas inte av OSL utan av lagen om skydd för företagshemligheter. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att skyddsnivån för dessa uppgifter vid utlämnande av ett kontrakt bör motsvara vad som annars gäller för avtalsparterna enligt den lagen. Företagshemligheter bör således skyddas i utlämnandesituationen. Skyddet bör gälla oavsett om uppgifterna avser leverantören eller den upphandlande myndigheten.

Några remissinstanser, bl.a. *Sveriges Television AB (SVT)*, anmärker att ordalydelsen i den föreslagna bestämmelsen om uppgiftsskydd inte helt överensstämmer med definitionen i lagen om skydd för företagshemligheter. De anser därför att det är oklart om den föreslagna bestämmelsen innebär samma uppgiftsskydd som nämnda lag. Enligt regeringens mening bör bestämmelsen formuleras i närmare anknytning till definitionen i lagen om skydd för företagshemligheter så att det klart framgår att det är samma uppgifter som avses. Bestämmelsen bör innebära att en uppgift i kontraktet om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande myndighetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, inte får lämnas ut. Om en sådan uppgift har tagits in i kontraktet, ska den således maskeras vid utlämnandet.

Kravet att uppgiften ska hållas hemlig innebär att kontraktet ska innehålla en klausul om sekretess eller tystnadsplikt för uppgiften. SVT efterlyser klagande uttalanden om hur sekretessbestämmelser i kontraktet förhåller sig till skyldigheten att tillhandahålla kontrakt. Regeringen konstaterar inledningsvis att domstolen inte är bunden av klausulen. En skyldighet enligt tvingande lag kan inte inskränkas genom avtal. Det faktum att vissa uppgifter om affärs- eller driftförhållanden i ett kontrakt omfattas av en sekretessklausul indikerar att parterna anser att ett röjande av uppgifterna är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende. För att domstolen ska göra en annan bedömning än vad parterna gjort i kontraktet i detta avseende torde förutsättas att det finns särskilda omständigheter som talar för att parternas bedömning är felaktig.

En annan fråga som lyfts av SVT är om en upphandlande myndighet, som i kontraktet garanterar motparten sekretess för en viss uppgift, kan bli skadeståndsskyldig om uppgiften lämnas ut efter ett beslut av allmän förvaltningsdomstol. Det kan röra sig om en situation där motparten anser att domstolen har gjort en felaktig bedömning av begreppet företagshemlighet eller om en situation där den upphandlande myndigheten har garanterat sekretess utan att det finns lagliga förutsättningar för det. De fall som kan uppstå av dessa slag får enligt regeringens mening lösas i rättstillämpningen. I praktiken torde flertalet sekretessklausuler vara utformade så att de medger att uppgifter lämnas ut med anledning av domstols beslut.

SVT undrar vidare om en upphandlande myndighets utlämnande av ett kontrakt i strid med upphandlingslagarnas bestämmelser om uppgifts-

skydd kan innebära skadeståndsskyldighet enligt dessa lagar. Regeringen kan konstatera att upphandlingslagarnas bestämmelser om skadeståndsskyldighet gäller om en upphandlande myndighet inte har följt bestämmelserna i lagarna. Bestämmelserna om uppgiftsskydd ingår i upphandlingslagarna och har inte undantagits i bestämmelserna om skadeståndsskyldighet.

SVT, *AB Svenska Spel* och *Sveriges Radio AB* framhåller särskilt behovet av att skydda säkerhetsrelaterad information i kontrakten. SVT poängterar behovet av skydd för IT-system. Enligt regeringens mening framstår det som uppenbart att det finns ett behov av att skydda uppgifter i kontraktet som avser säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlande myndigheten. Något motstående intresse att ta del av sådana uppgifter som ska beaktas i lagstiftningsärendet kan inte anses finnas. Med anledning av remissynpunkterna bör därför skyddet för uppgifter i kontraktet kompletteras med ett skydd för säkerhets- eller bevakningsåtgärder. Bestämmelsen bör innebära att uppgifter som lämnar eller kan bidra till upplysning om säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten inte får lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas (jfr 18 kap. 8 § OSL).

Några remissinstanser, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, påpekar att det även finns andra skyddsintressen som kan utgöra grund för sekretess enligt OSL och att behovet av att skydda uppgifter i de aktuella kontrakten behöver analyseras ytterligare. Regeringen instämmer i den bedömningen men kan konstatera att det inte är möjligt att inom ramen för detta lagstiftningsärende göra en sådan djuplodande analys. Regeringen avser att följa frågan och, om det visar sig behövas, återkomma med förslag.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) och *SKL Kommentus* anför att det skulle kunna tänkas finnas uppgifter av försvars- och säkerhetsintresse eller uppgifter som rör rikets säkerhet i kontrakt hos upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Något exempel på en sådan situation lämnas dock inte. Med anledning av dessa synpunkter bör det först framhållas att några bestämmelser om tillgång till kontrakt inte föreslås i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Vidare innehåller lagrådsremissens förslag till nya lagar om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna vissa undantag från lagarnas tillämpning för sådana situationer som nu avses.

Enligt lagrådsremissens förslag till 3 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna gäller lagarna inte om skyddet av "rikets väsentliga säkerhetsintressen" inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder (än att undantaget från lagarnas tillämpning tillämpas). Vidare gäller enligt samma bestämmelser ett undantag från lagarnas tillämpning, om en tillämpning av lagarna skulle kräva att den upphandlande myndigheten tillhandahåller information vars avslöjande strider mot rikets väsentliga säkerhetsintressen. Om sådan information behöver tas in i kontraktet är detta således något som innebär att lagarna inte är tillämpliga för en upphandlande myndighet av aktuellt slag.

I lagrådsremissens författningskommentar till bestämmelsen i den nya lagen om offentlig upphandling (s. 821) anförs att paragrafen avser sådana fall då ett kontrakt inte omfattas av LUFSS, eller något av undantagen i LUFSS, men det finns väsentliga säkerhetsintressen som gör att det ändå är olämpligt att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande. I begreppet "rikets säkerhet" ingår även det civila försvaret, vilket bl.a. omfattar samhällsviktig infrastruktur som elförsörjning, vattenförsörjning, telekommunikation, hälso- och sjukvård, radio och tv m.m.

Vidare gäller enligt lagrådsremissens förslag till 3 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 3 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ett undantag från lagarnas tillämpning om upphandlingen och fullgörandet av det tilldelade kontraktet omfattas av sekretess eller rör "rikets väsentliga intressen", under förutsättning att det skydd som behövs inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder (än att undantaget tillämpas). I lagrådsremissens författningskommentar till den förstnämnda bestämmelsen (s. 822) anförs att paragrafen riktar in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse. Som exempel nämns upphandlingar som avser sådana säkerhets- eller bevakningsåtgärder som omfattas av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL.

I författningskommentaren till undantagsbestämmelserna anges att "mindre ingripande åtgärder" kan vara att ingå säkerhetsskyddsavtal eller lämna ut handlingar med sekretessförbehåll enligt OSL. Sådana upphandlande myndigheter som nu avses är emellertid enligt 8 § säkerhetsskyddslagen (1996:627) förhindrade att ingå säkerhetsskyddsavtal för att skydda uppgifter som rör rikets säkerhet vid upphandling. Flera av de subjekt som omfattas av den nu föreslagna regleringen är statliga bolag och stiftelser. Det torde ligga i sakens natur att ett samhällsuppdrag som har lämnats till ett sådant subjekt många gånger rör "rikets väsentliga intressen".

Om kontraktet överlämnas till förvaltningsrätten blir det en allmän handling där. I förvaltningsrätten gäller 36 kap. 2 § OSL i mål eller ärende i domstolens rättskipande eller rättsvårdande verksamhet i fråga om uppgifter som avser affärs- eller driftförhållanden. Enligt den bestämmelsen gäller sekretess om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada, om uppgiften lämnas ut. Av förarbetena framgår att sekretessbestämmelsen i regel bör kunna tillämpas i fall där en företagshemlighet annars skulle röjas (jfr prop. 1979/80:2 del A s. 247). För uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlande myndigheten råder sekretess hos förvaltningsrätten enligt 18 kap. 8 § OSL.

Avslutningsvis bör framhållas att bestämmelserna om tillgång till kontrakt inte reglerar vilka uppgifter och handlingar som ska tas in i ett kontrakt. Det är fortfarande en fråga för parterna. Syftet med bestämmelserna är dock att villkoren i kontraktet ska kunna jämföras med de villkor som har ställts i upphandlingsdokumenten.

Betalning för utlämnande av kontrakt

Av 2 kap. 13 § TF framgår att den myndighet som lämnar ut en allmän handling får ta ut en fastställd avgift för detta. För statliga myndigheter är avgifterna för kopior av allmänna handlingar fastställda i avgiftsförordningen (1992:191). Det finns inget hinder mot att avgiftsförordningens regler får tjäna till vägledning vid avgiftssättningen inom den kommunala sektorn.

Regeringen instämmer i promemorians bedömning att det är rimligt att även de upphandlande myndigheter som omfattas av den föreslagna regleringen ska ha möjlighet att ta betalt för att lämna ut en kopia på kontraktet. Detta kan bl.a. minska risken för okynnesbeställningar. Det krävs inte någon särskild lagreglering för att dessa privaträttsliga subjekt ska ha en sådan möjlighet. Priset är som utgångspunkt en avtalsfråga mellan parterna. Regeringen instämmer även i promemorians bedömning att det framstår som en rimlig ordning att priset inte får överstiga den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut enligt avgiftsförordningen vid utlämnande av en allmän handling av motsvarande slag. Genom bestämmelser om prisbegränsning hindras den upphandlande myndigheten från att försvåra tillgången till kontrakt genom höga betalningskrav. Det är enligt regeringens mening inte av någon avgörande betydelse att rätten att få tillgång till kontrakt enligt lagrådsremissens förslag endast gäller till förmån för berörda leverantörer.

Enligt promemorians lagförslag får en upphandlande myndighet inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag. *Förvaltningsrätten i Stockholm* anför att det ligger nära till hands att se avgiftstaket som en sådan reglering av enskildas ekonomiska förhållanden inbördes som enligt 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen ska meddelas i lag. Genom upphandlingslagarnas hänvisning till vad som gäller för statliga myndigheter kommer avgiftstaket dock i realiteten att regleras i avgiftsförordningen. Enligt förvaltningsrätten bör frågan om prisbegränsningsregelns förenlighet med regeringsformen därför analyseras närmare.

Regeringen konstaterar att prisregleringen avser enskildas ekonomiska förhållanden inbördes och därför måste göras i lag. Av 8 kap. 3 § regeringsformen framgår att riksdagen inte får bemyndiga regeringen att meddela föreskrifter på detta område. De föreslagna hänvisningarna i upphandlingslagarna till vad som gäller för statliga myndigheter har samma innebörd som om lagarna direkt hade hänvisat till avgiftsförordningen. Frågan bör i stället regleras direkt i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Regleringen bör i likhet med promemorians förslag utgå från avgiftsförordningen. Bestämmelserna bör således innebära att den upphandlande myndigheten inte får ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor (jfr 16 § första stycket avgiftsförordningen). För en kopia eller utskrift som omfattar tio sidor bör myndigheten få ta betalt högst 50 kronor. För varje sida därutöver bör myndigheten få ta betalt högst 2 kronor (jfr 16 § andra stycket avgiftsförordningen). Om myndigheten

får ta betalt för kopia eller utskrift, bör myndigheten även få ta ut ersättning för portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram samt för postförsöktsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian till mottagaren (jfr 15 § andra stycket avgiftsförordningen). I avgiftsförordningen är viktgränsen för att få ta ut ersättning för portokostnad angiven till 20 gram. Sedan 2014 gäller dock viktgränsen 50 gram i de portotabeller som tillämpas. Denna viktgräns bör avspeglas i de nya bestämmelserna.

PostNord Sverige AB invänder att den föreslagna regleringen inte medger att den upphandlande myndigheten får kostnadstäckning för det arbete som har lagts ned med anledning av en begäran om att få tillgång till ett kontrakt. Det är en korrekt iakttagelse men enligt regeringens mening något som får accepteras i sammanhanget. I flertalet fall torde ett kontrakt begäras ut av en konkurrerande leverantör kort tid efter det att kontraktet har undertecknats. Det får förutsättas att den upphandlande myndigheten har förberett sig för en sådan situation under upphandlingen. Eftersom bestämmelserna endast omfattar kontrakt till mycket stora värden torde det inte tillhöra vanligheterna att en upphandlande myndighet tvingas avsätta särskilda resurser för att bedöma frågan om utlämnande.

Rätt till domstolsprövning

För att bestämmelserna om tillgång till kontrakt inte ska riskera att bli verkningslösa, behöver de kompletteras med bestämmelser om rätt till domstolsprövning. En leverantör som helt eller delvis vägras tillgång till ett kontrakt bör kunna överklaga beslutet. Avslagsbeslut kommer att kunna meddelas av den upphandlande myndigheten på tre grunder. För det första kan myndigheten besluta att inte lämna ut uppgifter i kontraktet med hänvisning till att uppgifterna inte får lämnas ut enligt bestämmelserna om uppgiftsskydd. För det andra kan myndigheten hänvisa till att kontraktets värde understiger den beloppsgräns som gäller. För det tredje kan myndigheten uppge att myndigheten inte har tillgång till kontraktet. Avslagsbeslutet bör få överklagas i samtliga dessa fall.

Tyngdpunkten i rättskipningen ligger i första instans (jfr prop. 2012/13:45 En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess). Beslut i förvaltningsärenden överklagas därför som huvudregel till förvaltningsrätt. Beslut att inte lämna ut en allmän handling (sekretessmål) överklagas dock sedan länge direkt till kammarrätt. Utredningen om fortsatt utveckling av förvaltningsprocessen har utrett frågan om även sekretessmålen bör överklagas till förvaltningsrätten som första instans (se SOU 2014:76 s.439–468). Utredningen gör bedömningen att det finns sakliga skäl för att kammarrätterna även i fortsättningen ska pröva sekretessmålen som första instans. Något förslag om att flytta ned sekretessmålen till förvaltningsrätterna lämnas därför inte. Utredningen pekar bl.a. på det grundlagsfästa skyndsamhetskravet vid en begäran om att få ut en allmän handling. En första prövning i förvaltningsrätten kan fördröja utlämnandet av handlingen. Vidare anmärker utredningen att OSL är en omfattande och komplicerad lag med sekretessbestämmelser av vitt skilda slag. Med hänsyn till målens

komplexitet anser utredningen därför att det krävs särskild kompetens och erfarenhet hos de domare som ska hantera dem. Den beslutande myndigheten är inte den enskildes motpart i sekretessmålen och kan därför inte överklaga rättsens beslut att en handling ska lämnas ut. Även denna omständighet innebär enligt utredningen att särskilda krav måste ställas på de domstolar och domare som ska hantera sekretessmålen. Utredningen konstaterar även att det inte har framkommit någon kritik mot kammarrätternas hantering av sekretessmålen.

De mål som nu avses har vissa likheter med sekretessmålen, vilket påpekas av de remissinstanser som förordar att målen ska överklagas till kammarrätten. Det finns dock ett antal skillnader mot sekretessmålen. Kravet på skyndsamt handläggning är inte reglerat i grundlagen. Det är vidare inte fråga om att tolka ett större regelverk som OSL med ett flertal sekretessgrunder utan om att tillämpa enskilda bestämmelser som skyddar företagshemligheter och säkerhetsuppgifter. Rätten att få tillgång till kontrakt gäller endast berörda leverantörer. Vidare ska enligt förslaget det beslutande organet vara den enskildes motpart och därmed ges rätt att överklaga förvaltningsrättens beslut. Som *Kammarrätten i Stockholm* konstaterar i sitt remissvar prövar förvaltningsrätterna redan i dag yrkanden om edition i upphandlingsmål samt gör sekretessprövningar när handlingar begärs från respektive förvaltningsrätt. Regeringen instämmer mot denna bakgrund i promemorians bedömning att det inte har framkommit tillräckliga skäl att avvika från huvudregeln om förvaltningsrätten som första domstolsinstans.

Enligt upphandlingslagarna gäller att en ansökan om överprövning ska ges in till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Motsvarande ordning för behörig förvaltningsätt bör enligt regeringens mening gälla för överklagande av de nu aktuella besluten. Av 18 § fjärde stycket 5 lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar framgår att mål enligt upphandlingslagarna får avgöras av en lagfaren domare ensam i förvaltningsrätten.

För de mål där det är särskilt föreskrivet krävs prövningstillstånd i kammarrätten vid överklagande av ett förvaltningsrättsavgörande. Enligt 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelas prövningstillstånd när det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall), när det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (granskningsfall), när det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall) eller när det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Systemet med prövningstillstånd innebär att rättskipningen får sin tyngdpunkt i förvaltningsrätt, samtidigt som kammarrättens kontrollerande funktion sätts i fokus. Systemet leder till ett snabbare avgörande i de fall prövningstillstånd inte meddelas, samtidigt som kammarrätten ges förutsättningar att snabbare och mer koncentrerat handlägga de mål som kräver en fullständig prövning. De flesta måltyper som överklagas till kammarrätten omfattas numera av systemet med prövningstillstånd. Regeringen gör bedömningen att det inte finns några

särskilda skäl för att undanta de nu aktuella målen från kravet på prövningstillstånd i kammarrätten.

Överklagande och rättidsprövning

Enligt 1 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter gäller lagen beslut av bolag och andra enskilda organ, som enligt särskilda bestämmelser får överklagas till regeringen, till en förvaltningsdomstol eller till en förvaltningsmyndighet. Lagen är alltså som utgångspunkt tillämplig på de nu aktuella besluten. Lagen är dock subsidiär till föreskrifter i annan författning. I lagen regleras hur beslut överklagas, överklagandetiden, rättidsprövning och avvisning av för sent inkomna överklaganden. Enligt lagens 2 § ska överklagandet ges in till den myndighet som ska pröva överklagandet. Denna myndighet ska pröva om överklagandet har kommit in i rätt tid. Överklagandetiden är tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Den angivna ordningen för överklagande och rättidsprövning avviker något från den ordning som gäller enligt 23 och 24 §§ förvaltningslagen (1986:223). I sådana fall ska överklagandet i stället ges in till den beslutande myndigheten, som prövar om det har kommit in i rätt tid. Denna ordning gäller enligt 6 kap. 11 § OSL när beslut av sådana privaträttsliga organ som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ samma lag överklagas.

De beslutande enskilda organen i dessa fall är juridiska personer av olika slag. Det går inte att på förhand utpeka alla enskilda organ som träffas av regleringen. Förmågan att hantera ett överklagande på det sätt som anvisas i förvaltningslagen kan förutsättas variera mellan organen. Det får därför antas att förvaltningsrätten i dessa fall är mer lämpad att göra rättidsprövningen än de beslutande organen. Regeringen instämmer således i promemorians bedömning att överklagandet bör ges in till förvaltningsrätten och inte till den upphandlande myndigheten.

I promemorian föreslås inte några särskilda bestämmelser om överklagande, vilket innebär att lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter ska tillämpas. Av förarbetena till denna lag framgår dock att bestämmelserna om överklagande i princip bör stå i de författningar där reglerna om instansordningen finns, dvs. normalt i de specialförfattningar som också innehåller materiella regler på området. För detta talar framför allt att det blir bäst så från läsbarhetssynpunkt (se prop. 1986/87:39 s. 64). *Sveriges Television AB (SVT)* och *Sveriges advokatsamfund* efterlyser en tydligare överklagandereglering för nu aktuella fall. Regeringen instämmer i att det finns ett värde i att öka tydligheten för tillämparna i detta avseende. Enligt regeringens mening bör därför bestämmelser om överklagande och rättidsprövning tas in i upphandlingslagarna. Regleringen bör motsvara vad som gäller enligt lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter. Överklagandetiden bör således vara tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Bestämmelsen om sättet för överklagande bör innehålla en upplysning om de bestämmelser i förvaltningsprocesslagen som reglerar vad ett överklagande ska innehålla (jfr SOU 2010:29 s. 668 f.).

Handläggningen

I likhet med vad som gäller vid utlämnande av allmänna handlingar bör den upphandlande myndigheten vara skyldig att skyndsamt ta ställning till begäran om utlämnande. Ett snabbt utlämnande kan ha stor betydelse för en leverantör som överväger att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet.

Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter innehåller inga bestämmelser om handläggningen av ett ärende. Förvaltningslagen med dess handläggningsbestämmelser gäller inte för de privaträttsliga subjekt som det är fråga om. Den upphandlande myndigheten bör dock givetvis motivera ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt, underrätta sökanden om beslutet och lämna överklagandehänvisning. Bestämmelser om detta finns i 20 och 21 §§ förvaltningslagen. Beslutsmotiveringen har betydelse såväl för den leverantör som överväger att överklaga beslutet som för förvaltningsrättens prövning av målet. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att dessa helt grundläggande bestämmelser bör göras tillämpliga på handläggningen av ärenden om att lämna ut kontrakt.

Förvaltningsrätten i Stockholm föreslår att även bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen ska göras tillämpliga på handläggningen. Dessa bestämmelser är tillämpliga när en statlig myndighet handlägger en begäran om att lämna ut en allmän handling. Förvaltningslagens jävsbestämmelser har dock inte gjorts tillämpliga på själva upphandlingsförfarandet hos de nu aktuella upphandlande myndigheterna. I lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling (avsnitt 10.8) har regeringen gjort bedömningen att LOU- och LUF-direktivens reglering om intressekonflikter inte bör införas i upphandlingslagarna. Regeringen hänvisade bl.a. till att den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen innefattar ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn. Av principen följer att en upphandlande myndighet ska kontrollera om det finns intressekonflikter och vidta lämpliga åtgärder för att förhindra, upptäcka och hantera dessa. I lagrådsremissen aviserade regeringen vidare att den avser att ge ett uppdrag till Upphandlingsmyndigheten att synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. Genom likabehandlingsprincipen, mutbrottslagstiftningen och uppdraget till Upphandlingsmyndigheten ansåg regeringen att direktivens krav vad gäller intressekonflikter uppfylls även i fråga om sådana upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagen. Regeringen uttalade vidare att det inte fanns ett fullgott beredningsunderlag för föreslå att förvaltningslagens jävsbestämmelser ska utsträckas till att omfatta även sådana upphandlande myndigheter. Det kunde dock enligt regeringen finnas anledning att återkomma till den frågan.

Likabehandlingsprincipen kommer att vara tillämplig i ett ärende om utlämnande av kontrakt. I likhet med den bedömning som gjorts i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling anser regeringen att det varken är nödvändigt eller lämpligt att nu göra förvaltningslagens jävsbestämmelser tillämpliga i detta sammanhang.

Den upphandlande myndigheten bör ges partsställning

Om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut ska enligt 7 a § första stycket förvaltningsprocesslagen den myndighet som först beslutade i saken vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet överlämnats till domstolen. Detta gäller dock inte för beslut som överklagas direkt hos kammarrätt (se 7 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen). Vid överklagande av ett beslut att inte lämna ut en allmän handling är således den beslutande myndigheten inte den enskildes motpart i kammarrätten. Denna ordning hänger samman med det grundlagsfästa skyndsamhetskravet vid utlämnande av allmänna handlingar (jfr prop. 1975/76:160 s. 204).

De beslutande organen i dessa fall är inte förvaltningsmyndigheter och de får därför inte utan särskild föreskrift ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten. Endast om de ges partsställning i målet, får de rätt att överklaga förvaltningsrättens beslut att uppgifter i kontraktet ska lämnas ut.

I promemorian görs bedömningen att det inte har framkommit några särskilda skäl att ge de beslutande organen ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten när de nu aktuella besluten överklagas. *Förvaltningsrätten i Malmö, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *SKL Kommentus* invänder dock mot denna bedömning. De anmärker bl.a. att målen kan vara av mycket stor betydelse för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter.

Regeringen konstaterar att det skyndsamhetskrav som gäller för utlämnande av kontrakten inte är grundlagsfäst och inte heller återfinns i direktiven. Bestämmelserna om tillgång till kontrakt har i direktiven inte någon uttalad koppling till bestämmelserna om överprövning utan syftar mer allmänt till att öka transparensen vid upphandling. Förslaget avser vidare kontrakt till mycket höga belopp där ett felaktigt utlämnande av uppgifter kan orsaka skada. Målen kan vara komplicerade. Vikten av materiellt riktiga beslut och en god prejudikatbildning får i dessa fall anses väga tyngre än behovet av en snabb handläggning. De upphandlande myndigheterna kommer ofta att ha ett eget skyddsintresse att värna i målet. De kommer alltså inte enbart att bevaka intressen hos den leverantör som är part i avtalet (jfr prop. 1995/96:22 s. 80). Regeringen anser mot denna bakgrund att det finns särskilda skäl för att ge den upphandlande myndigheten partsställning när ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt har överklagats till förvaltningsrätten. Partsställningen bör enligt regeringens mening även gälla när ett beslut att inte lämna ut själva kontraktet överklagas, t.ex. för att kontraktets värde uppges understiga beloppsgränsen.

Förvaltningsrätten i Malmö anser att det även bör övervägas att ge den leverantör som har ingått kontraktet partsställning i vissa fall. Sådana leverantörer har inte partsställning i mål om utlämnande av allmänna handlingar. Leverantörens intresse att skydda företagshemligheter i kontraktet kommer enligt förslaget att bevakas av den upphandlande myndigheten. Regeringen anser att det inte har framkommit särskilda skäl för att ge även leverantören partsställning.

Ikraftträdande av bestämmelserna

Bestämmelserna om tillgång till kontrakt ska enligt förslaget tas in i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Avsikten är att bestämmelserna ska träda i kraft samtidigt med de nya lagarna. Bestämmelserna föreslås inte gälla för kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nuvarande upphandlingslagarna.

6 Avslutande av avtal

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att avtal som ingås efter upphandling över tröskelvärdena enligt de nya upphandlingslagarna innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta avtalen i vissa situationer där de har tillkommit i strid med EU-rätten.

Villkoren för att avsluta avtalen ska anges i upphandlingsdokumenten.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian saknar förslag om att avtalsvillkoren ska anges i upphandlingsdokumenten.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. Flertalet remissinstanser tillstyrker eller har inga invändningar mot förslaget. *Kammarkollegiet, Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, Arbetsförmedlingen, Stockholms kommun (Trafikkontoret och AB Svenska Bostäder), Skåne läns landsting, Västra Götalands läns landsting, Almega, Företagarna, Svenskt Näringsliv, Sveriges Offentliga Inköpare (SOI), Konkurrenskommissionen och Advokatfirman Kahn Pedersen* tillstyrker förslaget. Västra Götalands läns landsting bedömer att antalet avtalstvister och skadestandsfrågor torde minska, om förutsättningarna för en uppsägning regleras i förväg. *Försäkringskassan* anser att Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en standardklausul för ändamålet. *Skatteverket, Malmö kommun, Stockholms läns landsting, SKL Kommentus, Sveriges Byggindustrier, Sveriges Television AB (SVT), Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget. *AB Svenska Spel* avstyrker den del av förslaget som avser uppsägning av avtal på grund av otillåtna avtalsändringar. Enligt *AB Svenska Spel* är bestämmelsen överflödigt med hänsyn till möjligheten till överprövning. Skatteverket anför att nationell avtalsrätt är fullt tillräcklig vad beträffar möjligheten att avsluta kontrakt samt befarar att ensidiga avtalsvillkor kan leda till färre och högre anbud. Malmö kommun och *AB Svenska Spel* konstaterar att det inte föreslås någon skyldighet att säga upp ett avtal i de aktuella situationerna, varför de anser det vara tveksamt om syftet med regleringen uppnås. Några remissinstanser, bl.a. Sveriges advokatsamfund, anser att följderna av att ett avtal avslutas är oklara enligt förslaget och att förslagets civilrättsliga konsekvenser behöver belysas ytterligare. *SKL Kommentus* och *SVT* förespråkar att

förutsättningarna för och följderna av en uppsägning regleras i lag. Några remissinstanser undrar vad som gäller om uppsägnings- eller hävningsklausuler saknas i avtalet.

Skälen för regeringens förslag

De nya upphandlingsdirektivens reglering

Varken LOU eller LUF innehåller bestämmelser som reglerar rätten att avsluta det kontrakt som har tilldelats av den upphandlande myndigheten eller enheten. Även 2004 års upphandlingsdirektiv saknar en sådan reglering. Detta är naturligt då upphandlingsregelverket inte är en civilrättslig reglering utan tar sikte på förfarandet vid upphandling. Det kontrakt som har ingåtts mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och den vinnande leverantören omfattas av nationell avtalsrätt på samma sätt som andra kommersiella kontrakt. I LOU-, LUF- och LUK-direktiven finns dock grundläggande bestämmelser som avser den upphandlande myndighetens eller enhetens rätt att säga upp ett kontrakt respektive att avsluta en koncession. Av artikel 5.1 i LUK-direktivet framgår att en koncession förutsätter ett skriftligt kontrakt.

Bestämmelserna om avslutande av kontrakt anknuter till direktivens reglering om otillåtna kontraktsändringar och om uteslutning av leverantörer. Skäl 112 i LOU-direktivet, skäl 118 i LUF-direktivet och skäl 80 i LUK-direktivet talar om att upphandlande myndigheter och enheter ibland kan ställas inför omständigheter som kräver att offentliga kontrakt respektive koncessioner avslutas i förtid för att uppfylla de skyldigheter som följer av unionsrätten.

Enligt artikel 73 i LOU-direktivet, artikel 90 i LUF-direktivet och artikel 44 i LUK-direktivet ska medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna och enheterna åtminstone i tre angivna situationer – enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt – har möjlighet att säga upp ett kontrakt respektive att avsluta en koncession under dess löptid. I den engelska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven används uttrycket ”to terminate a contract”.

Den första situationen är om kontraktet eller koncessionen har varit föremål för en ändring som skulle ha krävt en ny upphandling enligt artikel 72 i LOU-direktivet, artikel 89 i LUF-direktivet eller artikel 43 i LUK-direktivet (se avsnitt 26.3 i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling). Ändringen utgör alltså en otillåten direktupphandling.

Den andra situationen är om leverantören vid tilldelningen av kontraktet eller koncessionen befann sig i en situation som utgjorde grund för obligatorisk uteslutning. Det rör sig om fall där leverantören enligt lagakraftvunnen dom har gjort sig skyldig till vissa former av allvarlig brottslighet (t.ex. terroristbrott, penningtvätt eller människohandel).

Den tredje situationen är om EU-domstolen efter en fördragsbrottstalan av kommissionen finner att en medlemsstat har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt fördragen genom att en upphandlande myndighet eller enhet i medlemsstaten har tilldelat kontraktet eller koncessionen utan att iaktta kraven enligt fördragen och tillämpligt direktiv (jfr ordalydelsen i artikel 44 c i LUK-direktivet). LUK-direktivet har i detta avseende en något annorlunda utformning än LOU- och LUF-direktiven.

Någon skillnad i sak torde det dock inte vara fråga om. Den svenska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven förefaller därför vara felaktig när den talar om att kontraktet inte borde ha tilldelats leverantören på grund av att denne allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördragen och direktiven. Något krav på ”skuld” hos leverantören kan inte utläsas av de engelska och tyska språkversionerna.

Upphandlingsdirektiven innebär att kontrakt och koncessioner i vissa fall ska kunna avslutas trots att den vinnande leverantören är i god tro i fråga om den upphandlande myndighetens eller enhetens brott mot direktiven.

Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling

Regeringen konstaterar i lagrådsremissen (avsnitt 26.4) att grunder för hävning och uppsägning av ett kontrakt samt frågor om skadestånd kan regleras genom avtal mellan parterna. Redan därigenom uppfylls enligt regeringens mening direktivens allmänt ställda krav på möjlighet att avsluta kontrakt och koncessioner i de aktuella situationerna ”enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt.”

I lagrådsremissen konstaterar regeringen vidare att det saknas beredningsunderlag för att överblicka vilka avtals- och skadeståndsrättsliga konsekvenser det får om direktivens reglering om avslutande av kontrakt och koncessioner genomförs i enlighet med utredningens förslag. Därtill kommer att utredningens förslag är baserat på den svenska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven, vilken till viss del synes vara felaktig. Mot den angivna bakgrunden lämnar regeringen inte något förslag till bestämmelser om avslutande av kontrakt och koncessioner i de nya lagarna.

Regeringen anmärker dock i lagrådsremissen att direktivens reglering om avslutande av kontrakt och koncessioner syftar till att ge de upphandlande myndigheterna och enheterna nödvändiga verktyg för att kunna fullgöra skyldigheten att avsluta kontrakt och koncessioner som strider mot EU-rätten. Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte avslutar ett kontrakt eller en koncession som EU-domstolen efter en fördragsbrottstalan har förklarat strida mot EU-rätten, kan medlemsstaten bli skadeståndsskyldig i ett överträdelseärende (se EU-domstolens dom den 18 juli 2007 i mål C-503/04, Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2007 I-06153). Enligt regeringens mening är det mot denna bakgrund angeläget att upphandlingslagarna innehåller bestämmelser som underlättar för upphandlande myndigheter och enheter att avsluta kontrakt och koncessioner som tillkommit i strid med EU-rätten. Regeringen anger därför i lagrådsremissen att den avser att återkomma med ett sådant förslag.

Frågor om avslutande av kontrakt, ramavtal och koncessioner bör regleras i avtal mellan parterna

Det står varje medlemsstat fritt att välja hur kontrakt och koncessioner som strider mot EU-rätten ska avslutas. En reglering skulle kunna ta sikte på ogiltighet, hävning eller uppsägning. Ett införande av en rent civilrättslig reglering i upphandlingslagarna kräver dock noggranna överväganden, särskilt i frågan om rätten till skadestånd för en

godtroende leverantör vars avtal avslutas. Genomförandeutredningens förslag saknar en sådan analys. I promemorian görs därför bedömningen att den enklaste och mest ändamålsenliga ordningen är att nu aktuella frågor regleras i avtal mellan parterna. Det bör enligt promemorians förslag bli obligatoriskt för den upphandlande myndigheten eller enheten att se till att det förs in en klausul i kontraktet med innebörden att kontraktet får avslutas i de situationer som avses i de nya upphandlingsdirektiven. Parterna kan då närmare reglera hur kontraktet ska avslutas och vilka konsekvenser det får, bl.a. i fråga om rätt till skadestånd. En sådan lösning har exempelvis Storbritannien valt vid genomförandet av LOU-direktivet.

AB Svenska Spel anser att den föreslagna regleringen avseende otillåtna avtalsändringar är överflödigt med hänsyn till möjligheten till överprövning. Möjligheten att ansöka om överprövning tillkommer dock konkurrerande leverantörer och har inget att göra med den upphandlande myndighetens eller enhetens möjligheter att avsluta kontraktet, vilket är vad upphandlingsdirektiven tar sikte på. Regeringen anser inte att möjligheten till överprövning är ett hållbart argument mot att införa den föreslagna regleringen.

Som påpekas av bl.a. *Malmö kommun* innehåller de föreslagna bestämmelserna inte någon skyldighet att avsluta avtalen. Någon sådan skyldighet finns dock inte heller i upphandlingsdirektiven, som endast föreskriver att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska ha möjlighet att avsluta kontrakten. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att det blir lättare att avsluta kontrakt, om förutsättningarna för att avsluta kontrakten har reglerats i förväg av parterna. De civilrättsliga frågor som måste besvaras i samband med ett ensidigt avslutande av avtal lämpar sig illa för en materiell reglering i en förfarandelagstiftning, vilket upphandlingslagstiftningen är. Något beredningsunderlag för en sådan reglering finns inte heller. Regeringen anser därför att promemorians förslag bör ligga till grund för lagstiftning.

Försvarets materielverk (FMV) anser att rätten att avsluta ett avtal som har slutits med en leverantör som omfattas av en obligatorisk uteslutningsgrund bör regleras i lag. Regeringen anser det dock inte vara lämpligt att införa en materiell särreglering för enbart en av de situationer som anges i direktiven. De nya bestämmelserna om avtalsreglering bör alltså gälla för samtliga situationer som avses i direktiven.

Kriminalvården befävar att leverantörerna inte kommer att våga gå med på avtalsändringar, om det finns en klausul som innebär att avtalet ska kunna avslutas vid otillåtna avtalsändringar. Enligt regeringens mening framstår denna farhåga som obefogad. Rädsla hos leverantörerna inför avtalsändringar torde finnas även utan en lagreglering, eftersom en förbjuden avtalsändring utgör en otillåten direktupphandling som kan angripas i domstol. Det torde tvärtom vara så att avtalsklausulerna i många fall kan klargöra i vilka situationer ändringar är tillåtna och därigenom minska oron hos leverantörerna.

Bestämmelserna i LOU-och LUF-direktiven avser uppsägning av kontrakt. Regleringen ger dock uttryck för allmänna EU-rättsliga principer som även är tillämpliga på ramavtal. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att bestämmelserna i de nya lagarna även bör omfatta ramavtal. Det bör framhållas att den föreslagna regleringen inte

är utömmade utan endast tar sikte på de situationer som nämns i direktiven. Inget hindrar att andra grunder för avtalets avslutande regleras mellan parterna.

Några remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, för fram kritiken att förslaget civilrättsliga konsekvenser inte har analyserats. Enligt regeringens mening är denna kritik missriktad. De föreslagna bestämmelserna har karaktären av ordningsregler. Syftet med bestämmelserna är att införa en ordning som underlättar för upphandlande myndigheter och enheter att kunna avsluta avtal, om de ställs inför omständigheter som kräver att avtalen ska avslutas i förtid för att uppfylla de skyldigheter som följer av unionsrätten. Det ankommer på den upphandlande myndigheten eller enheten att ta fram sådana klausuler som avses. Någon rättsföljd för en upphandlande myndighet eller enhet som inte tar in hävnings- eller uppsägningsklausuler i avtalet regleras inte. Enbart det faktum att någon sådan klausul inte har tagits in i avtalet kan enligt regeringens mening inte utgöra grund för överprövning av upphandlingen. Bestämmelserna innebär naturligtvis inte heller att möjligheten att avsluta avtalet faller bort enbart för att frågan inte har reglerats i avtalet. Om avtalet inte reglerar förutsättningarna för att ensidigt avsluta avtalet utan skadeståndsskyldighet mot motparten, är det en fråga för svensk eller annan tillämplig nationell avtalsrätt om detta kan ske. Frågeställningar av detta slag får hanteras i rättstillämpningen, vilket sker redan i dag. På samma sätt får frågor om tolkningen och innebörden av hävnings- eller uppsägningsklausuler hanteras i rättstillämpningen.

Sveriges Byggindustrier anser det vara orimligt att den upphandlande myndigheten eller enheten i vissa fall ska kunna återropa sitt eget rättsstridiga agerande som grund för att avsluta ett avtal. Regeringen kan endast konstatera att upphandlingsdirektiven kräver att kontrakten ska kunna avslutas även i sådana fall. Hur kontrakten ska avslutas och följderna av ett avslutande regleras inte i direktiven. Direktiven anger exempelvis inte om det enbart är den otillåtet ändrade delen av kontraktet som ska kunna avslutas eller om det är hela det ursprungliga kontraktet. Enligt lagförslaget är det en avtalsfråga mellan parterna. Detsamma gäller frågan om skadestånd. Från EU-rättens ståndpunkt torde dock det enda intressanta vara att det avtalsinnehåll som strider mot EU-rätten avslutas. Det torde även stå klart att EU-rätten inte innehåller något hinder mot att en godtroende motpart kompenseras genom skadestånd, om avtalet avslutas på grund av omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten råder över. Som en parallell kan nämnas att en vinnande leverantör, vars kontrakt ogiltigförklaras av allmän förvaltningsdomstol efter överprövning, kan vara berättigad till skadestånd enligt upphandlingslagarna (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 225 f.).

En situation som ska regleras i avtalsklausulerna är att EU-domstolen i ett mål om fördragsbrottstalan finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten ingå kontraktet, ramavtalet eller koncessionen, har brutit mot fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller något av de nya upphandlingsdirektiven. En fördragsbrottstalan kan avse den vid var tid gällande lydelsen av EU-rättsakten. De nya bestämmelsernas

hänvisningar till de aktuella EU-rättsakterna bör därför också avse den vid var tid gällande lydelsen av rättsakten.

Hävnings- eller uppsägningsklausuler är en väsentlig del av upphandlingen som kan påverka leverantörernas anbud. Det följer därmed av likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet att dessa villkor ska anges i upphandlingsdokumenten. För tydlighets skull bör detta även anges i lagarna. Vad som ska ske om sådana klausuler tas fram först vid avtalsförhandlingarna och en missnöjd leverantör klagat på det, får avgöras i rättstillämpningen utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Försäkringskassan anser att Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en standardklausul på området. Enligt regeringens mening får det dock förutsättas att de upphandlande myndigheterna och enheterna har eller i vart fall kan skaffa sig tillräcklig kompetens att själva ta fram nödvändiga avtalsklausuler vid sina upphandlingar. Framtagandet av standardklausuler förutsätter vidare att det görs intresseavvägningar mellan avtalsparterna, vilket primärt inte är en uppgift för Upphandlingsmyndigheten. Regeringen avser därför inte att ge ett sådant uppdrag till Upphandlingsmyndigheten.

Konkurrenskommissionen och *Svenskt Näringsliv* föreslår att det även införs en möjlighet att föra vidare betalningsansvar på den upphandlande myndigheten eller enheten för skadestånd och vite som staten kan komma att betala till EU för att ett otillåtet avtal inte avslutas. Ett sådant förslag bör enligt regeringens mening övervägas, men det kräver ytterligare beredning som inte är aktuell inom ramen för detta lagstiftningsärende.

Ikraftträdande av bestämmelserna

Bestämmelserna om avslutande av avtal ska enligt förslaget tas in i de tre nya upphandlingslagarna. Avsikten är att bestämmelserna ska träda i kraft samtidigt med de nya lagarna. Bestämmelserna föreslås inte gälla för avtal som har ingåtts efter upphandling enligt de nuvarande upphandlingslagarna.

7 Vissa ändringar i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi

Regeringens förslag: Lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi ska innehålla hänvisningar till vissa ytterligare bestämmelser om förlängd avtalsspärr samt till relevanta bestämmelser om ogiltighet av avtal i den nya lagen om offentlig upphandling.

En ny paragraf ska införas i respektive lag med bestämmelser om ogiltighet av avtal som slutits i strid med bestämmelserna om annonsering, överprövning eller underrättelse.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget tillstyrker det eller har inga synpunkter. *Skåne läns landsting* framför därutöver att fristen för att begära överprövning av ett avtals giltighet bör förkortas. *Konkurrensverket* efterlyser en analys av behovet av att även göra bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift tillämpliga.

Skälen för regeringens förslag: I lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi (förkortade LOL respektive LOF) finns bestämmelser om samverkansavtal som ingås mellan privatpraktiserande läkare respektive privatpraktiserande fysioterapeuter och landstinget. Med fysioterapeuter jämställs sjukgymnaster. Ett samverkansavtal innebär att läkaren eller fysioterapeuten har rätt till offentlig ersättning enligt en nationell taxa.

Genom lagändringar 2009 infördes bestämmelser om att landstingen vid ingående av vårdavtal och samverkansavtal ska tillämpa LOU eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem (prop. 2008/09:64, bet. 2008/2008:SoU6, rskr. 2008/09:168). I samband med detta infördes även regler som tillåter s.k. ersättningsetablering. Läkare och fysioterapeuter kan, i samband med att de överlåter sin verksamhet, säga upp sin rätt till ersättning enligt LOL eller LOF i syfte att låta den övertagande läkaren eller fysioterapeuten ingå samverkansavtal med landstinget. Sådan överlåtelse med garanterat bibehållen rätt till offentlig ersättning kallas ersättningsetablering. Med hänsyn till att flera olika intressen gör sig gällande vid en ersättningsetablering infördes ett särskilt förfarande som endast gäller vid ersättningsetablering. Överklaganderegler infördes i form av hänvisning i 5 g § i respektive lag till dåvarande 16 kap. LOU.

De särskilda reglerna för ersättningsetablering beaktar att det vid ett sådant förfarande finns tre aktörer att ta hänsyn till; säljaren, köparen eller potentiella köpare och landstinget. Reglerna syftar till att förena den civilrättsliga överlåtelsen av verksamheten och den offentlighetsrättsliga tilldelningen av samverkansavtalet. För att förfarandet med ersättningsetableringen ska fylla sitt syfte har det ansetts viktigt att tillgodose såväl behovet av öppenhet och objektivitet som säljarens rätt att välja vem verksamheten ska överlåtas till.

Bestämmelserna om rättsmedel i LOU ändrades 2010 och bestämmelser om avtalsspärr och ogiltighet av avtal infördes (prop. 2009/10:180, bet. 2009/10:FiU22, rskr. 2009/10:311). En förlängd avtalsspärr infördes i processen i förvaltningsrätten som innebär att avtalsspärren i många fall fortlöper när en process om överprövning av upphandlingen inletts. Detta system ersatte den tidigare gällande tiodagarsfristen som angav att upphandlingen fick överprövas, oavsett om avtal tecknats, inom tio dagar från det att underrättelse om beslut i upphandlingen lämnats. Bestämmelser om ogiltighet infördes för fall där avtal slutits av den upphandlande myndigheten utan att reglerna i LOU iakttagits. Då hänvisningarna i LOL och LOF emellertid inte ändrades i samband med detta kom 5 g § i respektive lag att innehålla felaktiga hänvisningar. Bestämmelserna om överprövning har därefter numrerats om, varvid 5 g § i LOL och LOF ändrades på så sätt att de i stället hänvisade till 16 kap. LOU i dess äldre lydelse (prop. 2010/11:150, bet. 2011/12:FiU8, rskr. 2011/12:4). På så sätt blev hänvisningarna korrekta men inte uppdaterade till de nya överprövningsreglerna i LOU. I denna

äldre lydelse saknades regler om avtalsspärr och särskilda regler om ogiltighet av avtal vid upphandling.

Då LOU nu ersätts av en ny lag om offentlig upphandling är det nödvändigt att även göra följdändringar i LOL och LOF. Enligt förslaget i lagrådsremissen med förslag till nytt upphandlingsregelverk ska 5 g § i respektive lag hänvisa till bestämmelserna om avtalsspärr eftersom avtalsspärren får anses i huvudsak motsvara den tidigare gällande tiodagarsfristen. Någon hänvisning har emellertid inte föreslagits till bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i 20 kap. 8 § och 10 § första stycket i förslaget till ny lag om offentlig upphandling. Bestämmelserna om förlängd avtalsspärr är regler av praktisk natur som ska underlätta för förvaltningsrätten vid prövning av upphandlingsmål och även underlätta för den klagande som i och med den förlängda avtalsspärren inte måste begära ett interimistiskt förordnande hos domstolen. Eftersom den förlängda avtalsspärren är en del i systemet med avtalsspärr vid överprövning av upphandling bör även de bestämmelserna göras tillämpliga vid ersättningsetablering enligt LOL och LOF. Om förlängd avtalsspärr inte skulle gälla finns det risk för att sökande i mål enligt LOL och LOF kommer i en sämre ställning vid en överprövning än sökande i mål enligt LOU.

Även regler om ogiltighet av avtal infördes i LOU 2010 genom de nya rättsmedelsbestämmelserna. Vid införandet av reglerna om ogiltighet av avtal angavs att det huvudsakliga syftet med bestämmelserna är att motverka otillåten direktupphandling. Bestämmelserna om avtals ogiltighet utgör dessutom en garanti för ett effektivt rättsmedel i de fall en myndighet inte följt de regler som ska säkerställa att avtal tilldelas i konkurrens. Bestämmelserna om ersättningsetablering skiljer sig emellertid från andra upphandlingsrättsliga regler på så sätt att systemet inte syftar till att värna om ett effektivt användande av offentliga medel. Tilldelningskriteriet för upphandling av samverkansavtal vid ersättningsetablering är högsta pris. Sökandena konkurrerar därför inte på ett sätt som kan medföra fördelar för landstinget utan endast på ett sätt som kommer säljaren av verksamheten till del. Inte heller kan innehållet i samverkansavtalen påverkas i någon nämnvärd utsträckning. Det allmännas intresse i denna typ av upphandling får därmed sägas vara mycket ringa. Det kan emellertid inte uteslutas att ett landsting ändå väljer att teckna ett samverkansavtal med någon utan att först annonsera om ersättningsetableringen eller att landstinget tecknar samverkansavtal med någon utan att iaktta bestämmelserna om överprövning och underrättelse. En möjlighet till att föra talan om ogiltighet kan i sådana fall vara av intresse för den sökande som kunnat bjuda mer för en verksamhet än den som fick möjlighet att köpa den. Bestämmelserna om avtalsspärr och ogiltighet utgör ett system som inte är komplett utan att samtliga regler är tillämpliga. Av det skälet bör även regler om ogiltighet, i den utsträckning de är relevanta för ett sådant förfarande, göras tillämpliga på förfaranden om ersättningsetablering enligt LOL och LOF.

Konkurrensverket efterlyser en analys av om även regelverket om upphandlingsskadeavgift bör göras tillämpligt på förfaranden om ersättningsetablering. Även om bestämmelserna om ogiltighet har som huvudsakligt syfte att motverka otillåten direktupphandling är syftet med

att göra bestämmelserna tillämpliga på ersättningsetablering huvudsakligen att tillförsäkra sökande enligt LOL och LOF effektiva rättsmedel. Som anförts ovan utgör bestämmelserna om förlängd avtalsspärr och ogiltighet delar av ett system som inte är komplett om inte alla delar görs tillämpliga. Så är inte fallet med upphandlingsskadeavgift som inte utgör ett rättsmedel för leverantörer utan en sanktion mot överträdelser. Ersättningsetablering är i jämförelse med vanlig upphandling något som förekommer i relativt liten skala och har inte framkommit något som tyder på att det är så vanligt att landstingen genomför otillåtna direktupphandlingar i ärenden om ersättningsetablering att det finns skäl att införa upphandlingsskadeavgift vid den typen av förfaranden.

Skåne läns landsting ställer sig positivt till förslaget som helhet men anser att det inte är rimligt med en så lång frist som sex månader för överprövning av avtals giltighet vid ersättningsetablering. Regeringen anser till skillnad från Skåne läns landsting att tidsfristerna bör vara samma för ogiltighetstalan enligt LOL och LOF som enligt LOU. Reglerna bör spegla varandra för att inte en sökande enligt LOL eller LOF ska komma i ett sämre läge än en sökande enligt LOU. Det kan noteras att även upphandlingar enligt LOU kan gälla samhällsviktiga funktioner, ett exempel är upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster som görs enligt LOU. Regeringen konstaterar att det visserligen är ett riktigt påpekande som landstinget gör men att den situationen i praktiken får lösas genom bestämmelserna i 20 kap. 14 § som också görs tillämpliga och som anger att ett avtal inte ska ogiltigförklaras om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

8 Konsekvensanalys

Direktupphandling av koncessioner

Marknaden för tjänstekoncessioner

Tjänstekoncessioner används inom såväl statlig som kommunal verksamhet och kan vara av olika karaktär. Inom den statliga sektorn kan man hitta dem i form av bl.a. förvaringsboxar på tågstationer, drift av restauranger och cafeterior i lokaler som används för statlig verksamhet, försäljning och distribution av böcker och betaltjänster. Landstingen använder tjänstekoncessioner bl.a. vid drift av bad- och campingplatser samt restauranger och cafeterior. Kommunerna använder tjänstekoncessioner bl.a. vid biljettförsäljning, krav- och inkassotjänster, lånecyklar, campingplatser, fjärrvärme, drift av konsthallar, småbåtshamnar, restauranger och cafeterior, friskvårdsanläggningar, mäss- och kongressverksamhet, teaterevenemang, vänthallar, offentliga toaletter, papperskorgar, informationstavlor, parkeringsövervakning, turistbyråer, sotningstjänster samt miljöledningssystem och miljörevision (se Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv, SIEPS 2011:8, s. 97). De uppräknade typerna av tjänstekoncessioner torde i många fall vara av sådan storlek att de skulle kunna bli föremål för direktupphandling enligt förslaget i denna promemoria.

Enligt en rapport från Konkurrensverket (2015:9, Siffror och fakta om offentlig upphandling, Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014) annonserades 83 koncessioner i Sverige 2014. Det saknas statistik om hur många koncessioner som inte var föremål för annonsering. I en annan rapport från Konkurrensverket (2012:4, Tjänstekoncessioner När? Var? Hur?) dras dock slutsatsen att koncessioner inte är någon vanligt förekommande kontraktsform. Konkurrensverket tillskrev i ärendet 97 upphandlande myndigheter och bad dessa lämna in kopior av de kontrakt som myndigheten klassificerat som tjänstekoncessionskontrakt och som ingåtts under perioden 2008–2011. Konkurrensverket fick in 105 kontrakt. 65 av 97 myndigheter uppgav sig inte ha tilldelat någon tjänstekoncession. I de fall myndigheterna uppgav att de hade tilldelat tjänstekoncessioner under den aktuella perioden handlade det i de flesta fall om ett förhållandevis lågt antal kontrakt. När det gäller fördelningen mellan olika typer av myndigheter hade ca hälften av kommunerna, en fjärdedel av landstingen och ca var femte länsstyrelse tilldelat tjänstekoncessioner. Av de statliga myndigheterna och bolagen, exklusive länsstyrelserna, hade endast två tilldelat tjänstekoncessioner.

Regelrådet efterlyser en beskrivning av berörda företag utifrån antal och storlek. Regeringen kan dock konstatera att det saknas statistik på upphandlingsområdet som skulle kunna möjliggöra en sådan beskrivning som Regelrådet önskar (jfr lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 799). Som framgår av avsnitt 27.5 i nämnda lagrådsremiss avser regeringen att återkomma till frågan om en förbättrad upphandlingsstatistik. Genom den beskrivning av marknaden för tjänstekoncessioner som lämnats ovan och den storlek på koncessioner som det handlar om torde i vart fall framgå att förslaget till stor del berör små och medelstora företag.

Konsekvenser

Förslaget om direktupphandling syftar först och främst till en effektivisering av den offentliga förvaltningen. Samtliga aktörer inom den offentliga upphandlingen berörs i olika utsträckning. Förslaget berör såväl upphandlande myndigheter och enheter (främst statliga myndigheter, kommuner och landsting) som leverantörer (näringslivet inklusive den sociala ekonomin).

Direktupphandling ger de upphandlande myndigheterna och enheterna ökad flexibilitet vid mindre upphandlingar. Förfarandet innebär reducerade transaktionskostnader såväl för de upphandlande myndigheterna och enheterna som för företagen. Undersökningar visar att företagets andel kan uppgå till så mycket som 85 procent av de totala transaktionskostnaderna för upphandlingar över EU:s tröskelvärden, som genomförs i enlighet med LOU och LUF (jfr prop. 2013/14:133 s. 32). Möjligheten till direktupphandling gör att upphandlande myndigheter och enheter kan ge större prioritet åt upphandlingar som omfattar stora värden och som därmed ofta är mer komplexa. Förutsättningarna för goda affärer för det allmänna förbättras. Det bör understrykas att samtliga upphandlingar är förenade med transaktionskostnader. Tidsåtgången är dock ofta lägre för direktupphandlingar.

Regelrådet efterlyser en utförligare beskrivning av förslagets påverkan på företagens transaktionskostnader, t.ex. genom ett beräkningsexempel. Regeringen kan dock konstatera att det inte finns tillräckliga statistiska underlag för att lämna en sådan beskrivning som Regelrådet önskar (jfr lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 799).

Mot fördelarna med direktupphandling ska vägas de risker för minskad insyn och försämrad konkurrens som förfarandet kan innebära, om inte de upphandlande myndigheterna och enheterna aktivt arbetar för att ta tillvara konkurrensen. Särskilt mindre och nyetablerade företag riskerar att drabbas, om myndigheterna och enheterna inte tar detta arbete på allvar. Utgångspunkten är dock att konkurrensen ska tas tillvara även vid en direktupphandling. Vid direktupphandling enligt LOU och LUF torde de flesta upphandlande myndigheter och enheter vända sig till fler än en leverantör även i samband med direktupphandlingar. De fall då prisjämförelser inte görs eller då flera offerter eller prisförslag inte inforas torde främst förekomma i samband med inköp till ringa belopp (se prop. 2013/14:133 s. 33). Det får förutsättas att motsvarande kommer att gälla även vid direktupphandling av koncessioner. En negativ konkurrenseffekt till följd av minskad förhandsannonsering får därför antas vara måttlig.

Beloppsgränsen för direktupphandling har bestämts med utgångspunkten att koncessioner av gränsöverskridande intresse inte ska bli föremål för direktupphandling. Det bör framhållas att även direktupphandling omfattas av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna (t.ex. likabehandlings- och öppenhetsprinciperna) och av dokumentationsplikten.

Upphandlingsstödjande åtgärder är av central betydelse för att främja att konkurrensen tas tillvara även vid direktupphandlingar och för motverkande av korruption. Särskilda informationsinsatser kommer att behövas. Upphandlingsmyndigheten har en viktig roll i detta arbete.

Myndigheter och enheter som upphandlar koncessioner ska anta riktlinjer för genomförande av direktupphandlingar. I dessa riktlinjer bör det anges tydliga kriterier för konkurrensutsättning av direktupphandlingar, antingen genom annonsering eller genom att tillfråga flera leverantörer. Annonsering underlättar bl.a. för mindre företag att få reda på vilka affärsmöjligheter som existerar på den offentliga marknaden och är av central betydelse ur ett konkurrensperspektiv. De upphandlande myndigheterna och enheterna är redan i dag skyldiga att anta riktlinjer för direktupphandling enligt LOU och LUF. Det torde då inte vara någon större administrativ börda att ta fram motsvarande riktlinjer för direktupphandling enligt LUK.

Genom direktupphandling undviks i praktiken problemet med att en upphandling stoppas i allmän förvaltningsdomstol under handläggningen av en överprövning. Direktupphandlingar blir sällan föremål för överprövning, eftersom någon avtalsspärr inte gäller och överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har ingåtts. Giltigheten av ett avtal som har tilldelats efter direktupphandling kan dock överprövas på den grunden att förutsättningarna för direktupphandling inte var uppfyllda (t.ex. för att upphandlingens värde översteg beloppsgränsen för direktupphandling). Sammantaget innebär dock ordningen med

direktupphandling att det finns ett minskat utrymme för överprövning jämfört med förslaget i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling. I dagsläget saknas möjlighet att överpröva koncessionsupphandlingar i allmän förvaltningsdomstol.

Som framgår ovan är de allmänna principerna för upphandling tillämpliga vid direktupphandling även om de ofta inte sträcker sig lika långt som vid övrig upphandling. Om en direktupphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse, måste principerna dock följas på samma sätt som vid upphandling över direktivets tröskelvärden.

Kravet på riktlinjer för direktupphandling utgör ett nytt åliggande för kommuner och landsting som upphandlar koncessioner. Det innebär därmed en viss inskränkning i den kommunala självstyrelsen för dessa. Det är dock en stor andel av kommuner och landsting som inte upphandlar koncessioner och som därmed inte omfattas av kravet. Det kan inte heller antas vara särskilt betungande att besluta riktlinjer. Riktlinjer underlättar för kommuner och landsting att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling. Regeringen anser mot denna bakgrund att kravet på riktlinjer är en godtagbar inskränkning i den kommunala självstyrelsen.

Förslagen bedöms i övrigt inte påverka den kommunala självstyrelsen i en inskränkande mening. Tvärtom leder förslagen till ökade möjligheter för kommuner och landsting att utifrån sina förutsättningar genomföra goda affärer. Förslaget bedöms inte heller ha några konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. Förslagen leder inte till ökade kostnader för företagen.

Övriga förslag

Förslaget om tillgång till kontrakt ökar i viss mån möjligheterna till insyn i den offentliga förvaltningen. Konkurrerande leverantörer får ökade möjligheter att bedöma om det finns grund för att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet. Det är dock ett fåtal organ som har att tillämpa de nya bestämmelserna. Det stora flertalet av de upphandlande myndigheter som är privaträttsliga subjekt omfattas redan av offentlighetsprincipen enligt OSL (t.ex. kommunala aktiebolag). I praktiken är det framför allt vissa statliga bolag och stiftelser som inte finns upptagna i bilagan till OSL som kommer att omfattas av förslaget. Därtill kommer att förslaget endast omfattar kontrakt av mycket höga värden (minst 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt). Kontrakt av denna storlek tillhör en mindre del av kontrakten hos de berörda upphandlande myndigheterna. *Sveriges Television AB (SVT)* anger exempelvis att förslaget omfattar en handfull kontrakt hos bolaget. Det är vidare endast berörda leverantörer som föreslås få rätt att begära ut kontrakt.

Förslaget medför vissa administrativa konsekvenser för de upphandlande myndigheterna. De ska skyndsamt ta ställning till en begäran om att lämna ut ett kontrakt. En utlämnandeprövning behöver göras om kontraktet innehåller företagshemligheter eller säkerhetsuppgifter. Om uppgifter i kontraktet inte får lämnas ut, ska ett avslagsbeslut meddelas. Om beslutet överklagas, blir den upphandlande

myndigheten part i domstolsprocessen. Den upphandlande myndighetens rätt att ta betalt för ett utlämnande är begränsad. I flertalet fall torde ett kontrakt begäras ut av en konkurrerande leverantör kort tid efter det att kontraktet har undertecknats. Det får enligt regeringens mening förutsättas att den upphandlande myndigheten har förberett sig för en sådan situation under upphandlingen.

De sammantagna kostnaderna för domstolsväsendet får antas bli marginella och rymmas inom befintliga anslag. Förslaget torde röra ett fåtal kontrakt hos ett fåtal upphandlande myndigheter. Antalet potentiella mål är alltså lågt. Vissa av målen kan dock förutses vara omfattande och komplicerade. Merparten av de upphandlande myndigheter som berörs av förslaget torde vara statliga subjekt med hemvist i Stockholm, vilket innebär att huvuddelen av målen kommer att prövas av Förvaltningsrätten i Stockholm som första instans. Regeringen avser att följa upp vilka konsekvenser de nya upphandlingslagarna får för domstolarna (jfr Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling s. 798 och 802).

Prisbegränsningsbestämmelserna som föreslås torde innebära att domstolstvister som rör den upphandlande myndighetens prissättning vid utlämnande av kontrakt blir mycket sällsynta.

Förslaget om avslutande av avtal innebär att denna fråga regleras i avtalen. En sådan ordning kan, om något, antas leda till en minskning av antalet tvister som rör möjligheten att avsluta ett avtal. Genom regleringen minskar risken för Sverige att behöva betala skadestånd eller vite till EU för att avtal som strider mot unionsrätten inte avslutas. Det kan inte antas att avtalsklausulerna annat än marginellt påverkar leverantörernas anbud.

Förslaget om ändringar i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi bedöms inte ha annat än marginella konsekvenser för den offentliga förvaltningen.

Förslagen bedöms inte ha några konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. Förslagen leder inte till ökade kostnader för företagen.

Övergripande kan anmärkas att de förslag som lämnas i denna lagrådsremiss utgör en liten del av de förslag som lämnas för det samlade genomförandet av upphandlingsdirektiven. I jämförelse med förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling torde detta förslag endast ha mindre påverkan på upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer.

9 Författningskommentar

9.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling

12 kap.

Tillgång till kontrakt

20 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 21–27 §§.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Bestämmelserna i 21–27 §§ gäller för sådana privaträttsliga subjekt som definieras som upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 13 och 16 §§ men som inte omfattas av bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen, förkortad TF, offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, och arkivlagen (1990:782). Bestämmelserna gäller exempelvis för vissa statliga bolag och stiftelser som inte har tagits in i bilagan till OSL.

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

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

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 19 kap. 31 b § artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Enligt *första stycket* gäller en ovillkorlig skyldighet att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som omfattas av bestämmelsen. Sådana uppgifter i kontraktet som inte får lämnas ut enligt 22 § ska maskeras vid utlämnandet. Kontraktet ska således lämnas ut i övriga delar. Med kopia avses papperskopia. Utlämnande av kontrakt i form av en utskrift syftar på elektroniska kontrakt.

Att skyldigheten är ovillkorlig innebär även att den upphandlande myndigheten inte kan vägra att lämna ut ett kontrakt med hänvisning till att sökanden inte har betalat det pris för utlämnandet som myndigheten begär enligt 24 §.

Med berörd leverantör avses en leverantör som har deltagit i upphandlingen i egenskap av anbudssökande eller anbudsgivare. Även en leverantör som inte har lämnat anbud i upphandlingen men som har – eller efter det att tidsfristen för ansökan om överprövning av kontraktets giltighet har löpt ut – skulle ha haft talerätt i ett sådant mål, får anses vara berörd.

Av 19 § andra stycket framgår att en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen ska bevara ett kontrakt som har ingåtts efter

upphandling enligt den nya lagen om offentlig upphandling. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid. Kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt äldre upphandlingslagstiftning kan inte bevaras på det sätt som föreskrivs i 19 § andra stycket och omfattas därför inte utlämnandeskyldigheten enligt 21 §.

Varukontrakt definieras i 1 kap. 18 §. Tjänstekontrakt definieras i 1 kap. 15 §. Byggtreprenadkontrakt definieras i 1 kap. 4 §.

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

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Bestämmelsen reglerar uttömmande i vilka fall en upphandlande myndighet kan hemlighålla uppgifter i ett kontrakt som ska lämnas ut. Av *första stycket* framgår att företagshemligheter i ett kontrakt inte får lämnas ut vid ett utlämnande enligt 21 §. Formuleringen anknyter till definitionen av en företagshemlighet i 1 § lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Att en uppgift i kontraktet hålls hemlig innebär att den omfattas av en klausul i kontraktet om sekretess eller tystnadsplikt. Att röjandet är ägnat att medföra skada innebär att det inte behöver visas att det skulle uppstå någon skada i det enskilda fallet. Det är tillräckligt att röjandet typiskt sett är av det slaget att det medför skada. Vad gäller innebörden av begreppet företagshemlighet, se bl.a. prop. 1987/88:155 s. 12 f. och 34–37 samt rättsfallen NJA 1998 s. 633 och NJA 1999 s. 469. Vidare kan praxis kring 31 kap. 16 § OSL ge viss vägledning vad gäller känslighetsgraden hos olika typer av affärsuppgifter som avser leverantören.

Skydds-nivån för uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder enligt *andra stycket* motsvarar vad som gäller enligt 18 kap. 8 § OSL.

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

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

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Paragrafen innehåller bestämmelser om handläggningen av ett ärende om att lämna ut ett kontrakt. *Första stycket* motsvarar vad som gäller vid utlämnande av allmän handling enligt offentlighetsprincipen, jfr 2 kap. 12 § TF. Innebörden är att ett kontrakt ska lämnas ut genast eller så snart det är möjligt. Av *andra stycket* följer att den upphandlande myndigheten ska motivera beslut att inte lämna ut kontrakt. Myndigheten ska vidare underrätta sökanden om beslutet och lämna en överklagandehänvisning.

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

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

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

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Bestämmelsen avser prissättningen för utlämnande av kontrakt i form av papperskopia eller utskrift, vilket är vad som omfattas av skyldigheten enligt 21 §. Av bestämmelsen följer att den upphandlande myndighetens pris inte får överstiga den avgift och den kostnadsersättning som en statlig myndighet får ta ut enligt avgiftsförordningen (1992:191) när den lämnar ut en allmän handling. Om kontraktet tillhandahålls elektroniskt eller per fax gäller frihet vid prissättningen. En tvist om den upphandlande myndighetens prissättning vid utlämnandet av ett kontrakt kan prövas av allmän domstol. Som framgår av kommentaren till 21 § är skyldigheten att lämna ut en kopia eller utskrift av ett kontrakt ovillkorlig. Myndigheten kan således inte som ett villkor för utlämnandet kräva att sökanden betalar en avgift. Om kontraktet lämnas ut genom att skickas per post har dock myndigheten rätt att använda sig av postförskott.

Enligt *första stycket* får priset för kopior och utskrifter inte överstiga avgiften enligt 16 § första och andra styckena avgiftsförordningen. *Andra stycket* motsvarar 15 § andra stycket avgiftsförordningen. Viktgränsen för att ta ut ersättning för portokostnad har dock anpassats till de portotabeller som tillämpas sedan 2014.

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Med hemvist enligt *första stycket* avses den ort, där styrelsen har sitt säte eller, om säte för styrelsen inte är bestämt eller styrelse inte finns, där förvaltningen förs (jfr 10 kap. 1 § tredje stycket rättegångsbalken).

Beslut att inte lämna ut ett kontrakt kan meddelas, om kontraktets värde understiger den beloppsgräns som gäller enligt 21 § eller om den upphandlande myndigheten inte har tillgång till det kontrakt som begärs utlämnat.

Av *andra stycket* framgår att prövningstillstånd krävs i kammarrätten. Förutsättningarna för prövningstillstånd regleras i 34 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291).

26 § Ett beslut överklagas skriftligt. I 3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291) finns bestämmelser om vilka uppgifter ett överklagande ska innehålla.

Överklagandet ges in till den förvaltningsrätt som ska pröva det enligt 25 §. Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Förvaltningsrätten prövar om överklagandet har kommit in i rätt tid. Vid prövningen ska 3 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter tillämpas.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Bestämmelsen reglerar hur ett beslut enligt 25 § överklagas och rättidsprövningen av ett överklagande. Av en upplysningsbestämmelse i första stycket framgår att förvaltningsprocesslagen innehåller bestämmelser om vad ett överklagande ska innehålla. I 3 § förvaltningsprocesslagen finns bestämmelser om vilka kontaktuppgifter som ska anges för klagande, ställföreträdare, ombud och enskild motpart. Enligt 4 § förvaltningsprocesslagen ska ett överklagande ange vilket beslut som överklagas, vad som yrkas samt de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Om prövningstillstånd krävs, ska även anges de omständigheter som åberopas till stöd för att ett sådant tillstånd ska meddelas. En klagande bör vidare enligt 4 § uppge bevis som han vill åberopa och vad han vill styrka med varje särskilt bevis.

Av andra stycket framgår att överklagandet ska ges in till förvaltningsrätten och inte till den upphandlande myndigheten. Bestämmelser om när en handling ska anses ha kommit in till en allmän förvaltningsdomstol finns i 44 § förvaltningsprocesslagen.

I tredje stycket regleras rättidsprövningen av ett överklagande. Om överklagandet har kommit in för sent ska förvaltningsrätten avvisa det. I 3 § lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter regleras två undantagsfall där överklagandet inte ska avvisas trots att det har kommit in för sent. Det ena fallet är att förseningen beror på att det enskilda organet har lämnat klaganden en felaktig överklagandehänvisning. Det andra fallet är att överklagandet inom överklagandetiden har kommit in till det enskilda organet. Det enskilda organet ska i sådana fall överlämna överklagandet till förvaltningsrätten med uppgift om vilken dag överklagandet kom in till organet.

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

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Genom partsställningen får den upphandlande myndigheten rätt att överklaga ett beslut av förvaltningsrätten att uppgifter i ett kontrakt ska lämnas ut. Den upphandlande myndigheten får genom bestämmelsen även rätt att överklaga ett beslut av förvaltningsrätten som innebär att kontraktets värde bedöms överstiga gränsvärdet i 21 § och att målet därför återförvisas till myndigheten för fortsatt handläggning.

17 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

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

- 1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,*
- 2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och därför borde ha uteslutits från upphandlingen, eller*
- 3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.*

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

Paragrafen är ny och genomför artikel 73 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.

Enligt bestämmelsen ska den upphandlande myndigheten se till att vissa kontrakt och ramavtal som har tillkommit i strid med LOU-direktivet kan avslutas. Det är en fråga för parterna att närmare reglera hur avtalet ska avslutas och vad konsekvenserna av detta ska vara. Inget hindrar att parterna kommer överens om att andra situationer kan utgöra grund för att avtalet avslutas.

En ändring enligt *första stycket första punkten* är en ändring som skulle ha krävt ett nytt upphandlingsförfarande. Ändringen av kontraktet eller ramavtalet utgör med andra ord en otillåten direktupphandling.

I *andra punkten* regleras situationen att någon obligatorisk uteslutningsgrund enligt 13 kap. 1 § var tillämplig vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. De situationer som avses är att leverantören enligt en dom som vunnit laga kraft dömts för viss allvarlig brottslighet, t.ex. brott som innefattar bestickning, bedrägeri, penningtvätt, finansiering av terrorism, terroristbrott eller människohandel.

I *tredje punkten* regleras situationen att EU-domstolen, efter en fördragsbrottstalan av kommissionen, fastställer att Sverige har brutit mot EU-fördraget, EUF-fördraget eller LOU-direktivet genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet. Hänvisningen till EU-rättsakterna i tredje punkten är dynamisk, dvs. den avser den vid var tid gällande lydelsen av rättsakten.

Hävnings- eller uppsägningsklausuler är en väsentlig del av upphandlingen som kan påverka leverantörernas anbud. Det följer därmed av likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet att dessa villkor ska anges i upphandlingsdokumenten. En upplysning om denna skyldighet har tagits in i *andra stycket*.

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a § 1 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 31 b §.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 20 §. Bestämmelserna i 19 kap. gäller vid upphandling under tröskelvärdena samt vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster oavsett upphandlingens värde.

31 b § En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § andra stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 22–27 §§.

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 12 kap. 21 § artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Första stycket motsvarar 12 kap. 21 §, se kommentaren till den bestämmelsen. Se i övrigt kommentarerna till 12 kap. 22–27 §§.

9.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna

12 kap.

Tillgång till kontrakt

21 § 1 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 22–28 §§.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUF-direktivet och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Begreppen upphandlande enheter och upphandlande myndigheter definieras i 1 kap. 15 och 16 §§.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

22 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som bevaras enligt 20 § andra stycket och som ingåtts till ett värde av minst

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

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 19 kap. 31 b § artikel 90.6 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 21 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

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

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande enheten får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

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

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

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

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

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

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

27 § *Ett beslut överklagas skriftligt. I 3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291) finns bestämmelser om vilka uppgifter ett överklagande ska innehålla.*

Överklagandet ges in till den förvaltningsrätt som ska pröva det enligt 26 §. Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Förvaltningsrätten prövar om överklagandet har kommit in i rätt tid. Vid prövningen ska 3 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter tillämpas.

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

Paragraferna 23–28 är nya. De saknar motsvarighet i LUF-direktivet och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Paragraferna motsvarar 12 kap. 22–27 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentarerna till dessa bestämmelser.

16 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

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

- 1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,*
- 2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha utslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller*
- 3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.*

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

Paragrafen är ny och genomför artikel 91 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. *Andra punkten* i första stycket har dock en något annorlunda lydelse. Det hänger samman med att 13 kap. 1 § om obligatorisk utslutning av leverantörer endast gäller för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter. *Andra punkten* är således inte tillämplig för upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter.

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a § 1 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 31 b §.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUF-direktivet och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 31 a § i den nya lagen om offentlig upphandling.

31 b § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § andra stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 23–28 §§.

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 12 kap. 22 § artikel 90.6 andra stycket i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 31 b § i den nya lagen om offentlig upphandling.

9.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

1 kap.

2 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

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

Anknutet företag i 3 kap. 22 §

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §

Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §

Direktupphandling i 15 kap. 5 a §

Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§

Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.

Paragrafen är ändrad. Av ändringen framgår att begreppet direktupphandling definieras i 15 kap. 5 a §.

14 kap.

Avslutande av koncessioner

14 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kontrakt som avser koncessioner enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om*

- 1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 6–11 §§,*
- 2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller*
- 3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.*

Villkoren för att avsluta koncessionen ska anges i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen är ny och genomför artikel 44 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. *Andra punkten* i första stycket har dock en något annorlunda lydelse. Det hänger samman med att 11 kap. 1 § om obligatorisk uteslutning av leverantörer endast gäller för upphandlande myndigheter och vissa upphandlande enheter.

Andra punkten är således inte tillämplig för samtliga upphandlande enheter.

15 kap.

5 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannonsering om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. *Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 5 a §.*

Vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Genom ett tillägg i *första stycket* framgår att direktupphandling är undantagen från kravet på förhandsannonsering.

Direktupphandling

5 a § En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen beräknas understiga fem procent av det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap.,
2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller
3. det finns synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Av *första stycket* framgår att en direktupphandling är en upphandling som genomförs utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket. Sådan upphandling som avses i 5 § andra stycket ska alltid förhandsannonseras enligt 8 kap. 2 §.

I *första punkten* regleras beloppsgränsen för direktupphandling. Tröskelvärdena tillkännages av regeringen i euro och svenska kronor. Fem procent av tröskelvärdet motsvarar för närvarande 261 250 euro. I 5 b § finns bestämmelser om beräkningen av en koncessions värde i samband med direktupphandling.

Av *andra punkten* framgår att direktupphandling är tillåten, om omständigheterna är sådana att det hade varit tillåtet med upphandling utan annonsering på det direktivstyrda området. I 8 kap. 3 § regleras vissa situationer där det redan från början står klart att ett offentliggörande av upphandlingen inte kommer att leda till ökad konkurrens. I dessa fall finns det objektivt sett endast en leverantör som kan utföra koncessionen, t.ex. på grund av ensamrätt. I 8 kap. 4 § regleras situationen att det efter annonsering inte har kommit in några anbudsansökningar eller anbud eller några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. I 8 kap. 5 § anges när anbudsansökningar och anbud ska anses vara olämpliga. Bestämmelsen är dock inte uttömmande. Det är

ytterst en fråga för rättstillämpningen att ta ställning till i vilka fall anbudsansökningar och anbud ska anses vara olämpliga (se avsnitten 12.1.3 och 18.3.1 i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling).

Synnerliga skäl enligt *tredje punkten* är framför allt akut brådska orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten eller enheten (jfr prop. 2001/02:142 s. 99). Som grundförutsättning för synnerliga skäl gäller alltid att det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen (jfr förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att det finns synnerliga skäl.

Enligt *andra stycket* ska en upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner besluta riktlinjer för direktupphandling av koncessioner. Kravet på riktlinjer syftar till att värna konkurrensen (jfr prop. 2013/14:133 s. 26–29). Riktlinjerna bör innehålla närmare regler om beloppsgränser för konkurrensutsättning m.m. Riktlinjerna bör vidare klargöra att en direktupphandling som har ett bestämt gränsoverskridande intresse ska offentliggöras. Kravet på riktlinjer tar sikte på direktupphandling enligt samtliga punkter i första stycket.

Paragrafen motsvarar i huvudsak 19 kap. 7 § tredje stycket i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

5 b § *Vid beräkningen av värdet av en koncession ska bestämmelserna i 5 kap. 1 § tredje stycket och 2–5 §§ tillämpas. Valet av metod för beräkningen får inte göras i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En koncession får inte heller delas upp i avsikt att undvika att den bestämmelsen blir tillämplig.*

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

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Bestämmelsen innehåller regler om beräkningen av en koncessions värde i samband med direktupphandling. Syftet med bestämmelsen är att förhindra kringgående av bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket.

Av *första stycket* framgår att beräkningen av en koncessions värde i relation till direktupphandlingsgränsen ska göras på samma sätt som beräkningen av en koncessions värde i relation till tröskelvärdet. Värdet ska bl.a. beräknas exklusive mervärdesskatt. Av första stycket framgår vidare att valet av beräkningsmetod inte får göras i syfte att kringgå kravet på förhandsannonsering (jfr 5 kap. 6 § på det direktivstyrda området). En koncession får inte heller delas upp i syfte att kringgå detta krav (jfr 5 kap. 7 § på det direktivstyrda området).

Andra stycket motsvarar vad som gäller vid direktupphandling enligt LOU och LUF (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 292–294 och 345). Begreppet ”av samma slag” bör tolkas med ledning från hur begreppet

tolkats vid direktupphandling enligt LOU och LUF. Tolkningen är ytterst en fråga för rättstillämpningen.

Paragrafen motsvarar i huvudsak 19 kap. 8 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

6 § Vid upphandling enligt detta kapitel *som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 §* ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Andra stycket är nytt. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Bestämmelsen avser information till leverantörer i samband med tilldelningen av ett kontrakt. Genom en ändring i *första stycket* framgår att stycket endast reglerar upphandling som annonserats. I *andra stycket* regleras information till leverantörer vid direktupphandling.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § första och andra styckena i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

16 kap.

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § *första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till 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 är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Genom ett tillägg i *första stycket* framgår att avtalsspärren inte gäller vid direktupphandling.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, eller

2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §.

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Av ändringen framgår att avtalsspärren inte gäller vid direktupphandling, jfr 20 kap. 2 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 § *första stycket*. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Av en ändring i *andra stycket* framgår att överprövning av ett avtals giltighet enligt stycket inte kan ske vid direktupphandling. Bestämmelsen om ogiltighet anknyter i denna del till bestämmelserna om avtalsspärr. Syftet med bestämmelsen är att avtalsspärren inte ska kunna kringgås genom att avtalet ingås redan före underrättelsen till leverantörerna. Vid direktupphandling gäller inte någon avtalsspärr. Ett avtal som har slutits efter direktupphandling kan förklaras ogiltigt enligt första stycket, om förutsättningarna för direktupphandling enligt 15 kap. 5 a § inte har varit uppfyllda.

Paragrafen motsvarar i huvudsak 20 kap. 13 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

9.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

5 g § Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 , 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande för ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

Genom ändringarna har hänvisningarna i *första stycket* utökats med en hänvisning till 20 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling om

förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätt. Hänvisningarna har också utökats med en hänvisning till 20 kap. 10 § första stycket med ytterligare bestämmelser om förlängd avtalsspärr. Paragrafen kommer därmed att hänvisa till hela 10 §. Vidare har vissa bestämmelser beträffande ogiltighet av avtal, 20 kap. 4 § 2, 7, 14 och 16 §§, lagts till. Enligt 4 § 2 får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal efter ansökan av en leverantör. Hänvisningen till 4 § 2 medför att paragrafen kommer att hänvisa till hela 4 §. Enligt 7 § ska rätten på yrkande av leverantören överpröva ett avtals giltighet som i strid med reglerna om avtalsspärr slutits under pågående överprövning. Enligt 14 § ska rätten besluta att avtalet får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. I 16 § finns en bestämmelse om interimistiska beslut vid överprövning av avtals giltighet.

Fjärde stycket är nytt och anger att hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ LOU till 13–15 §§ om ogiltighet av avtal vid tillämpningen av denna lag ska avse 5 h §.

Övervägandena finns i avsnitt 7.

5 h § *Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.*

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen .

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om överprövning av giltigheten av ett samverkansavtal som kompletterar de bestämmelser i LOU som 5 g § hänvisar till. Bestämmelsen innebär att ett samverkansavtal som slutits utan att bestämmelserna om annonsering, överprövning eller underrättelse iakttagits kan ogiltigförklaras.

Av *första stycket* framgår att om samverkansavtalet slutits utan föregående annonsering ska rätten besluta att det är ogiltigt.

Av *andra stycket* följer att om samverkansavtalet slutits i strid med bestämmelserna om överprövning eller underrättelse krävs det för att samverkansavtalet ska förklaras ogiltigt dessutom att landstinget överträtt någon av de grundläggande principerna i 5 c § och att detta medfört att sökanden lidit skada.

I *tredje stycket* anges tidsfristen för att ansöka om ogiltighet av ett samverkansavtal, som normalt är sex månader. Om en sökande emellertid har underrättats skriftligen om att samverkansavtal ingåtts med en annan sökande så är fristen att ansöka om ogiltighet av avtalet 30 dagar från det att sökanden underrättats. Den senare regeln möjliggör för landstinget att genom en underrättelse till de sökande som man inte

tecknat samverkansavtal med förkorta tiden inom vilken en ogiltighetstalan kan väckas.

Övervägandena finns i avsnitt 7.

9.5 Förslaget till lag om ändring lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

5 g § Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande för ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h § Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller innan underrättelse enligt 5 f § skett. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen.

Se kommentarerna till 5 g och 5 h §§ i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning.

Sammanfattning av promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling

I promemorian lämnas förslag som kompletterar förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, vilken beslutades av regeringen den 4 juni 2015. Lagrådsremissen innehåller förslag till en ny lag om offentlig upphandling och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna. Vidare innehåller lagrådsremissen förslag till en lag om upphandling av koncessioner. Huvudsakligen genomför lagarna Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet). Till följd av de nya lagarna föreslås ett antal ändringar i andra lagar. Lagarna och lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 april 2016.

Förslagen i promemorian syftar till att genomföra delar av de nya upphandlingsdirektiven samt till att införa lämpliga följdändringar i andra lagar.

I promemorian föreslås att koncessioner vars värden beräknas understiga fem procent av tröskelvärdet ska få upphandlas utan förhandsannonsering (direktupphandling). Tröskelvärdet uppgår för närvarande till 5 225 000 euro. Direktupphandling av koncessioner ska även få användas, om upphandling utan föregående annonsering hade fått användas vid upphandling över tröskelvärdet eller om det finns synnerliga skäl. Bestämmelser om förbud mot vissa beräkningsmetoder och förbud mot att dela upp en upphandling ska införas för att förhindra kringgående av annonseringsplikten. Direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret ska läggas ihop vid beräkningen av koncessionens värde. Avtalsspärren ska inte gälla vid direktupphandling. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta riktlinjer för direktupphandling.

Promemorian innehåller förslag om tillgång till kontrakt från upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. En reglering om tillgång till kontrakt finns i LOU- och LUF-direktiven. Denna reglering är dock inte lika långtgående som promemorians förslag. Enligt förslaget ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av offentlighetsprincipen till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som har tilldelats enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner. Företags-hemligheter i kontrakten ska dock inte få lämnas ut. En begäran om att få ut en kopia av ett kontrakt ska behandlas skyndsamt. En upphandlande myndighet eller enhet, som lämnar ut en kopia av ett kontrakt, ska inte få ta mer betalt för utlämnandet än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut vid ett motsvarande utlämnande av en allmän handling.

När en upphandlande myndighet eller enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i förvaltningslagen. Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Prövningstillstånd ska krävas för prövning i kammarrätten. Det beslutande organet bör enligt promemorian inte göras till den enskildes motpart i förvaltningsrätten.

I promemorian föreslås att upphandlande myndigheter eller enheter ska vara skyldiga att se till att avtal som ingås efter upphandling enligt de nya upphandlingslagarna innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta avtalen i vissa situationer där de har tillkommit i strid med EU-rätten. Regleringen syftar till att genomföra bestämmelser i upphandlingsdirektiven.

Vidare föreslås vissa ändringar i lagen (1993:1651) om läkarvårdersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi. Enligt förslaget ska bestämmelser om förlängd avtalsspärr och ogiltighet av avtal göras tillämpliga på de båda lagarna.

Lagändringarna i promemorian föreslås träda i kraft samtidigt som förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling.

Lagförslag i promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att det i lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska införas sex nya paragrafer, 12 kap. 20–23 §§, 17 kap. 15 § och 19 kap. 31 a §, samt närmast före 12 kap. 20 §, 17 kap. 15 § och 19 kap. 31 a § nya rubriker av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

12 kap.

Tillgång till kontrakt

20 §

En upphandlande myndighet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 19 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten i konkurrens hänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

21 §

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

En upphandlande myndighet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

22 §

När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och

underrättelse om beslut i 20 och Bilaga 2
21 §§ förvaltningslagen
(1986:223).

23 §

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

17 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 §

Den upphandlande myndigheten ska se till att kontrakt och ramavtal innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och därför borde ha uteslutits från upphandlingen, eller

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

Tillgång till kontrakt

31 a §

En upphandlande myndighet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 31 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 21–23 §§.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna

Härigenom föreskrivs att det i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna ska införas sex nya paragrafer, 12 kap. 21–24 §§, 16 kap. 15 § och 19 kap. 31 a §, samt närmast före 12 kap. 21 §, 16 kap. 15 § och 19 kap. 31 a § nya rubriker av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

12 kap.

Tillgång till kontrakt

21 §

En upphandlande enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 20 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

22 §

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

En upphandlande enhet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

23 §

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

24 §

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

16 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 §

Den upphandlande enheten ska se till att kontrakt och ramavtal innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Tillgång till kontrakt***31 a §***

En upphandlande enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 31 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 22–24 §§.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

dels att det i lagen ska införas åtta nya paragrafer, 10 kap. 17–20 §§, 14 kap. 14 § och 15 kap. 5 a, 5 b och 8 a §§, samt närmast före 10 kap. 17 §, 14 kap. 14 § och 15 kap. 5 a och 8 a §§ nya rubriker av följande lydelse,

dels att 1 kap. 2 §, 10 kap. 16 §, 15 kap. 5, 6 och 8 §§ samt 16 kap. 1, 2 och 13 §§ ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

1 kap.

2 §

I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

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

Anknutet företag i 3 kap. 22 §	Anknutet företag i 3 kap. 22 §
CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §	CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §
Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §	Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §
Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§	<i>Direktupphandling i 15 kap. 5 a §</i>
Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.	Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§
	Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.

10 kap.

16 §

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, sådana dokument som avses i 15 § och liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

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, sådana dokument som avses i 15 § och liknande handlingar. *Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.*

En upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av

arkivlagen ska även bevara det kontrakt som har ingåtts efter tilldelning av en koncession enligt denna lag. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid. Bilaga 2

Tillgång till kontrakt

17 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 16 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten eller enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

18 §

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

En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

19 §

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

20 §

Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande

myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

14 kap.

Avslutande av koncessioner

14 §

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska se till att kontrakt som avser koncessioner innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 6–11 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

15 kap.

5 §

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 5 a §.

Vid upphandling av

tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

Bilaga 2

Direktupphandling

5 a §

En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen beräknas understiga fem procent av det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap.,

2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

5 b §

Vid beräkningen av värdet av en koncession gäller bestämmelserna i 5 kap. 2–5 §§. Valet av metod för beräkningen får inte göras i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En koncession får inte heller delas upp i avsikt att undvika att den bestämmelsen blir tillämplig.

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

6 §

Vid upphandling enligt detta kapitel ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast

Vid upphandling enligt detta kapitel som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 § ska

möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

8 §

När en upphandling enligt detta kapitel 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, sådana dokument som avses i 7 § och liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

När en upphandling enligt detta kapitel 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, sådana dokument som avses i 7 § och liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

En upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen ska även bevara det kontrakt som har ingåtts efter tilldelning av en koncession enligt detta kapitel. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

8 a §

En upphandlande myndighet eller enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 8 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten eller

enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 10 kap. 18–20 §§.

16 kap.

1 §

Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § *första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till 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.

2 §

Avtalsspärr gäller inte vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§.

Avtalsspärr gäller inte
1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, *eller*
2. vid *direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §.*

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en

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

Bilaga 2

underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 § *första stycket*. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

Bilaga 2

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

dels att 5 g § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

5 g §¹

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4 § 1, 5, 6 och 9 §§, 10 § andra och tredje styckena samt 11, 12 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som har slutits i samband med en

¹ Senaste lydelse 2011:1034

ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts eller innan 30 dagar gått från det att landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits.

Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

Bilaga 2

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi²

dels att 5 g § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

5 g §³

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4 § 1, 5, 6 och 9 §§, 10 § andra och tredje styckena samt 11, 12 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal

² Senaste lydelse av lagens rubrik 2013:1145.

³ Senaste lydelse 2011:1035.

som har slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts eller innan 30 dagar gått från det att landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits.

Förteckning över remissinstanserna avseende promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling

Bilaga 3

Följande remissinstanser har yttrat sig: Svea hovrätt, Östersunds tingsrätt, Kammarrätten i Göteborg, Kammarrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Härnösand, Förvaltningsrätten i Malmö, Domstolsverket, Kriminalvården, Kommerskollegium, Försvarets materielverk (FMV), Socialstyrelsen, Försäkringskassan, Arbetsgivarverket, Ekonomistyrningsverket (ESV), Skatteverket, Kronofogdemyndigheten, Kammarkollegiet, Naturvårdsverket, Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI), Trafikverket, Trafikanalys, Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, Arbetsförmedlingen, Diskrimineringsombudsmannen (DO), Regelrådet, Malmö kommun, Stockholms kommun, Skåne läns landsting, Stockholms läns landsting, Västra Götalands läns landsting, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus, Göteborgs stad Upphandlings AB, Almega, Företagarna, Svensk Energi, Svenskt Näringsliv, Sveriges Byggindustrier, Sveriges läkarförbund, Sveriges Television AB (SVT), Sveriges advokatsamfund, Sveriges Offentliga Inköpare (SOI), Almi Företagspartner AB, AB Svenska Spel och Konkurrenskommissionen.

Yttrande har även inkommit från Sveriges Radio AB, Svensk Kollektivtrafik, Swedish Medtech, PostNord Sverige AB, Advokatfirman Kahn Pedersen, Advokatfirman Delphi och Swedavia AB.

Följande remissinstanser har avstått från att yttra sig: Stockholms universitet (Juridiska fakulteten), Gotlands kommun, Sandvikens kommun, Umeå kommun, Västerbottens läns landsting, Landsorganisationen i Sverige (LO), Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO), Tjänstemännens Centralorganisation (TCO), Fysioterapeuterna, Sveriges Offentliga Leverantörer och SOS Alarm Sverige AB.