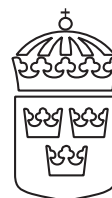


Regeringens proposition 2015/16:195



Nytt regelverk om upphandling

Prop.
2015/16:195

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 22 juni 2016

Stefan Löfven

Ardalan Shekarabi
(Finansdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del 1

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

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

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

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

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

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

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

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

Del 2

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

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

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

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

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

Förslag till riksdagsbeslut

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till

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

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

Prop. 2015/16:195	LUF-direktivet	direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
	LUFS-direktivet	direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG
	LUK-direktivet	direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
	OSL promemorian	offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25)
	rättsmedelsdirektiven	rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (första och andra rättsmedelsdirektivet)
	utredningen ändringsdirektivet	Genomförandeutredningen Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EEG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

Regeringen har följande förslag till lagtext.

2.1 Förslag till lag om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs¹ följande.

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

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

Till lagen hör följande bilagor:

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

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

Offentlig upphandling

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

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

Andra lagar om upphandling

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

Tröskelvärden

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

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

Tillämpningsområdet i särskilda situationer

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

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

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

Kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet

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

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

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

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

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

Var finns definitioner och förklaringar?

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

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

Anbudsinfördran i 10 kap. 1 §

Blandade kontrakt i 2 kap. 1 §

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 19 §

Direktupphandling i 19 kap. 4 §

Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §

Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §

Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §

Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §

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

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

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

Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§

Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 20–21 §§

Leverantör av medietjänster i 3 kap. 20 §

Märkning i 9 kap. 12 §

Selektivt förfarande i 6 kap. 3 §

Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §

Öppet förfarande i 6 kap. 2 §.

Definitioner

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

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

9 § Med *byggtreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Med *leverantör* avses också grupper av leverantörer.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

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

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

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

2 kap. Blandad upphandling

Blandade kontrakt

1 § Med ett blandat kontrakt avses

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Delbara och odelbara blandade kontrakt

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

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

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

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

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

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

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

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

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

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling inom försörjningssektorerna

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

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

Vissa tjänster som är posttjänster närstående

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

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

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

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

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

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

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

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

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst

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

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

Upphandling enligt vissa internationella regler

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

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

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

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

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

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

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

Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

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

Intern upphandling

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

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

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

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

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

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

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

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

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

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

Radio- och tv-området

20 § Denna lag gäller inte för upphandling

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

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

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

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

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

Vissa juridiska tjänster

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

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,

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

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

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

23 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

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

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

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

4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Vissa finansiella tjänster

24 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

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

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

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

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

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

Anställningskontrakt

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

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

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

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar, och

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

Politiska kampanjer

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

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för offentlig upphandling

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

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

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

Rätten att få delta i en offentlig upphandling

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

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

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

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

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

Begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud

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

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

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

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

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

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

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

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

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

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

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

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

Val av anbud

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

Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

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

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

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

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

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

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

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

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

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

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

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

Tilldelning av kombinerade delar av ett kontrakt som har delats upp

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

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

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

Annonsering och offentliggörande i övrigt

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

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

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

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

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

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

Reserverad upphandling

18 § En upphandlande myndighet får för en upphandling

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

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

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

CPV-nomenklaturen

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

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

5 kap. Tröskelvärden

Tillämpliga tröskelvärden

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

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

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

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

Värdet av en upphandling

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

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

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

Värdetidpunkten

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

Förbud mot kringgående

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

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

Upphandling av delkontrakt

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

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

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

upphandling över tröskelvärden, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten. Prop. 2015/16:195

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

Byggtreprenad

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

Leasing, hyra och hyrköp av varor

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

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

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

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

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

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

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

Vissa tjänster

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

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

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

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

Ramavtal och dynamiska inköpssystem

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

Innovationspartnerskap

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

Projekttävlingar

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

6 kap. Upphandlingsförfaranden

Upphandlingsförfarandena

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

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

Öppet förfarande

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

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

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

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

När förfarandet får användas

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

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

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

Upphandlingsdokumenten

7 § Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten

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

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

Förhandlingarna

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

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

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

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

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

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

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud

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

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

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

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

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

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

Synnerlig brådska

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

Ogiltiga eller oacceptabla anbud

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

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

Upphandling av varor i vissa fall

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

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

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

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

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

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

Tidigare tjänster eller byggentreprenader

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

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

2. arbetena tilldelas samma leverantör,

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

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

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

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

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

Upphandling av tjänst som följer på en projekttävling

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

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

Konkurrenspräglad dialog

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

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

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

Upphandlingsdokumenten

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

Genomförandet av dialogen

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

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

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

Uppmaning att lämna anbud

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

Klarläggande, precisering och optimering av anbud

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

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

Utvärdering av anbud

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

Förhandlingar i syfte att bekräfta villkor

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

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

Ersättning för deltagande i dialogen

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

Innovationspartnerskap

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

När förfarandet får användas

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

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

Krav på anbudssökande

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

Upphandlingsdokumenten

33 § Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten ange

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

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

Förhandlingar

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

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

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

Krav för att få inrätta ett innovationspartnerskap

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

Utvärdering av anbud

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

Genomförandet av partnerskapet

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

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

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

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

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

7 kap. Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

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

Ramavtalets löptid

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

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal

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

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

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

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

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

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer

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

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

Första och andra styckena gäller även delar av ett ramavtal.

Tilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning

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

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

Tilldelning delvis efter en förnyad konkurrensutsättning

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

I upphandlingsdokumentet ska i sådana fall också anges

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

Tilldelning efter en förnyad konkurrensutsättning

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

Förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning

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

Vid tillämpning av första stycket ska

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

Inköpscentraler

Anlitande av en inköpscentral

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

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

Anskaffning från en inköpscentral

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

Anskaffning genom en inköpscentral

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

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

Den upphandlande myndighetens ansvar

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

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

Gemensam upphandling med myndighet från annan medlemsstat

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

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

Inköpscentral i annan medlemsstat

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

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

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

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

Gemensamma upphandlingsåtgärder

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

1. tilldela ett kontrakt,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Upphandling med en gemensam enhet

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

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

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

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

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

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

8 kap. Elektroniska metoder för upphandling

Dynamiska inköpssystem

Tillämpningsområdet

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

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

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

Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem

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

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

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

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

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

Upphandlingsdokumenten

5 § Av upphandlingsdokumenten ska det framgå

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

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

Ändringar i giltighetstiden

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

Ansökan om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem

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

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

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

Tidsfrist för anbudsansökningar

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

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

Underrättelse om beslut om deltagande i ett dynamiskt inköpssystem

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

Inbjudan att lämna anbud

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

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

Tidsfrist för anbud

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

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

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

Tilldelning av kontrakt

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

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud.

Egen försäkran av leverantörer

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

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

Administrativ avgift

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

Elektroniska auktioner

Tillämpningsområdet

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

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

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

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

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

Genomförandet av en elektronisk auktion

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

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

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

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

En elektronisk auktion får genomföras i på varandra följande etapper.

Upphandlingsdokumenten

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

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

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

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

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

4. nödvändiga uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,

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

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

7. tidpunkten då den elektroniska auktionen ska avslutas.

Första utvärdering av anbud

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

Inbjudan att lämna nya priser eller värden

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

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

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

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

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

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

Upplysningar till anbudsgivarna

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

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

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

Avslutande av en elektronisk auktion

26 § En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten

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

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

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

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

Elektroniska kataloger

Tillämpningsområdet

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

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

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

Upphandlingsdokumenten

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

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

Något av upphandlingsdokumenten ska innehålla nödvändiga uppgifter om

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

Upprättandet av en elektronisk katalog

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

Uppdatering av en elektronisk katalog

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

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

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

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

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

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

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

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

9 kap. Tekniska krav

Tekniska specifikationer

Vad som anges i de tekniska specifikationerna

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

De egenskaper som specificeras får också avse

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

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

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

När det som anskaffas ska användas av fysiska personer

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

Undantag får göras endast om det finns särskilda skäl.

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

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

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

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

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

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

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

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

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

Uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer

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

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

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

Likvärdiga lösningar

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

Första stycket gäller endast om

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

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

Utredning om överensstämmelse

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

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

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

Märkning

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

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

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

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

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

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

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

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

Anbud med alternativa utföranden

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

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

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

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

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

10 kap. Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

Annonsering

Anbudsinfördran

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

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

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

Förhandsannons som anbudsinfördran

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

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

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

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

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

Efterannons om resultatet av en upphandling

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

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

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

Annons om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering

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

Bemyndigande

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

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

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

Inbjudan till anbudssökande

Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

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

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

En inbjudan ska dessutom innehålla

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

Skriftlig inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog

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

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

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

En inbjudan ska dessutom innehålla

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

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

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

4. uppgift om de handlingar som ska bifogas,

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

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Anbudets giltighetstid

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

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

11 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Förhållanden som ska beaktas när tidsfrister bestäms

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

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

Tidsfrist vid öppet förfarande

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

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

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

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

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

Tidsfrister vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem

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

Förkortade tidsfrister efter förhandsannonsering

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

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

En tidsfrist får förkortas enligt första stycket endast om förhandsannonsen

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

Förkortade tidsfrister vid elektroniska anbud

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

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

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

Tidsfrist för anbud efter överenskommelse

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

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

Förlängning av tidsfristen för anbud

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

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

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

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

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

Påskyndat förfarande

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

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

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

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

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

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

Kommunikation med andra medel

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

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

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

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

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

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

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

Information om användning av elektroniska medel

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

Avancerad elektronisk underskrift

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

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

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

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

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

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

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

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

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

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

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

Information till leverantörer*Kompletterande upplysningar*

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

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

Underrättelse om beslut

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

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

Upplysningar på begäran av en leverantör

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

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

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

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

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

Dokumentation*Dokumentationsplikt*

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

Individuella rapporter

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

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

16 § Av en individuell rapport ska följande framgå:

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

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

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

Bevarande av handlingar

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

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

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

Tillgång till kontrakt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

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

13 kap. Uteslutning av leverantörer

Brott

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

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

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

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

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

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

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

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

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

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

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

Missförhållanden i övrigt i fråga om en leverantörs verksamhet

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

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

2. leverantören

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

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, eller

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

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

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

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

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

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

8. leverantören i allvarlig omfattning

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

b) har undanhållit sådan information, eller

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

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

Utredning

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

Undantag från uteslutning i vissa fall

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

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

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

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

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

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

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

Beslut om uteslutning

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

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

14 kap. Kvalificering

Kvalificeringskrav

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

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

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

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

Behörighet att utöva yrkesverksamhet

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

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

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

Ekonomisk och finansiell ställning

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

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

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

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

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

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

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

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

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

Leverantörers åberopande av andra företags kapacitet

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

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

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

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

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

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

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

15 kap. Egen försäkran och utredning om leverantörer

Egen försäkran

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Utredning som får begäras in från leverantör

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

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

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

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

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

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

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

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

Utredning om en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning

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

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

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

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

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

Utredning om en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

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

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

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

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

Miljöledningsstandarder

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

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

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

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

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

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

Officiella förteckningar och certifieringar genom certifieringsorgan

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

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

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

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

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

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

Tilldelningskriterier

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

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

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

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

Livscykelkostnader

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

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

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

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

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

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

Viktning av tilldelningskriterier

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

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

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

Onormalt låga anbud

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

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

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

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

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

5. om leverantören kan få statligt stöd, eller

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

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

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

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

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

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

Beslut att inte tilldela kontrakt i vissa fall

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

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

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

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

Särskilda arbetsrättsliga villkor

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

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

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

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

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

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

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

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

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

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

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

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

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

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

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

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

Uppgifter om planerade underleverantörer

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

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

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

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

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

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

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

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

Ändringar av kontrakt och ramavtal

Ändringar utan krav på en ny upphandling

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

Ändringar av mindre värde

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

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

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

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

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

Ändrings- eller optionsklausuler

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

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

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

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

Kompletterande beställningar

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

1. beställningen har blivit nödvändig,

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

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

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

Oförutsebara omständigheter

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

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

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

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

Byte av leverantör

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

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

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

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

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

Ändringar som inte är väsentliga

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

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

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

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

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

4. innebär byte av leverantör.

Beräkning av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring

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

Annonsering om ändring av kontrakt eller ramavtal

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

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

Avslutande av kontrakt och ramavtal

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

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

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

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

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

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

18 kap. Projekttävlingar

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller projekttävlingar som

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

Annonsering

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

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

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

Urval av deltagare

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

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

Juryn och dess sammansättning

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

Förfarandet i juryn

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

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

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

Juryns beslut

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

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

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

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

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas

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

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

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

Definitioner som gäller för detta kapitel

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

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

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

Upphandlingsförfaranden

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

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

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

Beräkning av värdet av en upphandling

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

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

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

Annonsering

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

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

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

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

Innehåll i en annons

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

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

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

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

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

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

Annonsering om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling

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

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

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

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

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

Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

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

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

Kommunikation

16 § Bestämmelserna i 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket gäller vid upphandling som avses i detta kapitel. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling.

Öppnande av anbud

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

Kontroll och uteslutning av leverantörer

18 § En leverantör ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1 §.

En leverantör får uteslutas enligt 13 kap. 2 och 3 §§.

När en fråga om uteslutning utreds ska 15 kap. 7–9 §§ tillämpas.

En upphandlande myndighet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller begäran om upplysningar ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

19 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige

enligt 13 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Begränsad kontroll

20 § En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 29 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudsökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Egen försäkran och kontroll av leverantörer vid dynamiska inköpssystem

21 § En leverantör som ansöker om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 18 § för att utesluta leverantören och att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt.

Den upphandlande myndigheten får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet lämnar in en ny sådan egen försäkran som avses i första stycket.

Innan den upphandlande myndigheten tilldelar ett kontrakt enligt det dynamiska inköpssystemet, ska myndigheten från den leverantör som den avser att tilldela kontraktet begära in och kontrollera de uppgifter som ligger till grund för en sådan egen försäkran som avses i första stycket. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Prövning av anbudsansökningar och anbud

22 § En upphandlande myndighet ska pröva alla anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 18 §.

Tillgång till andra företags kapacitet

23 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Tilldelning av kontrakt

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

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

25 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livsrytmen för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

26 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska myndigheten i stället beakta dem genom en prioritetsordning.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Onormalt låga anbud

27 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Information till leverantörer

28 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

29 § Vid förenklat förfarande, urvals förfarande, konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket innebär inte att ett anbud förfaller.

Dokumentation

30 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

31 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, en individuell rapport enligt 12 kap. 15 §, sådana dokument som avses i 30 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande myndighet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt detta kapitel. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

32 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 33 §.

33 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–24 §§.

Projekttävlingar

34 § Bestämmelserna i 18 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, om tävlingens värde överstiger det värde som anges i 7 § tredje stycket.

Vid anordnande av projekttävlingar ska 7 § tillämpas. En projekttävling ska annonseras enligt 9, 11 och 12 §§.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 12–19 §§,
2. vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§,
3. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller
4. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 10 kap. 5 § eller 19 kap. 13 § får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan

komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

7 § Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.,

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 §, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §,

2. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

3. om en upphandlande myndighet genom annons enligt 10 kap. 5 § eller 19 kap. 13 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören. Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 4 §, eller
2. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Skadestånd

20 § En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

21 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

22 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.

3 § En upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
 3. Genom lagen upphävs lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

4. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har Prop. 2015/16:195 påbörjats före ikraftträdandet.

Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och Nace, ska CPV-nomenklaturen tillämpas.

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
45			Byggverk-samhet	Denna huvudgrupp omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten	
		45.11	Rivning av hus; mark-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: – avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Denna undergrupp omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersök-ning	Denna undergrupp omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Denna undergrupp omfattar inte: – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas, se 11.20 – brunnborrning, se 45.25 – schaktsänkning, se 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, se 74.20

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av alla slags byggnader, byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor – rörledningar för fjärtransport, fjärrnät för el och telekommunikation – rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation – därmed förknippade arbeten – montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, se 11.20 – uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, se huvudgrupperna 20, 26 och 28 – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, se 45.23 – bygginstallationer, se 45.3 – slutbehandling av byggnader, se 45.4 – arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, se 74.20 – projektledning för byggande, se 74.20
		45.22	Takarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av tak – taktäckning – impregnering

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.23	Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser Denna undergrupp omfattar inte: – förberedande markarbeten, se 45.11
		45.24	Vattenbyggnad	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av: – vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning: – grundläggning inklusive pålning – borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stålelement – bockning av stål – murning och stenläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, se 71.32

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.3		Bygginstallationer	
		45.31	Elinstallationer	Denna undergrupp omfattar: installation i byggnader och andra anläggningar av: – elkablar och elarmatur – telekommunikationssystem – elvärmesystem – antenner – brandlarm – tjuvlarm – hissar och rulltrappor – åskledare etc.
		45.32	Isoleringsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Denna undergrupp omfattar inte: – impregnering, se 45.22
		45.33	VVS-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av: – vattensystem samt sanitetsutrustning – gasarmaturer – värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar – sprinklersystem Denna undergrupp omfattar inte: – installation av elvärmesystem, se 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	Denna undergrupp omfattar: – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stukatörsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads- snickeriarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar Denna undergrupp omfattar inte: – läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, se 45.43
		45.43	Golv- och vägg- beläggnings- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av: – vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten – parkett och andra golvbeläggningar av trä – mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast – terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller -väggar – tapeter
		45.44	Måleri- och glasmästeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – invändig och utvändig målning av byggnader – målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – installation av glas, speglar etc. Denna undergrupp omfattar inte: – installation av fönster, se 45.42

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	Denna undergrupp omfattar: – installation av privata simbassänger – rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader – annan slutbehandling av byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, se 74.70
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, se 71.32

Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Beskrivning	CPV-kod
Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster	75200000-8
	75231200-6
	75231240-8
	79611000-0
	79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal)
	79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal)
	79625000-1 (Förmedling av läkare)
	Från 85000000-9 till 85323000-9
	98133100-5
	98133000-4
	98200000-5
	98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal)
	Från 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst).
	85321000-5
	85322000-2
	Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur
	75121000-0
	75122000-7
	75124000-1
	Från 79995000-5 till 79995200-7
	Från 80000000-4 (Undervisning och utbildning) till 80660000-8
	Från 92000000-1 till 92700000-8
	79950000-8 (Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser)
	79951000-5 (Organisering av seminarier)
	79952000-2 (Evenemang)
	79952100-3 (Anordnande av kulturevenemang)
	79953000-9 (Festivalarrangemang),
	79954000-6 (Festarrangemang)
	79955000-3 (Anordnande av modevisningar)
	79956000-0 (Anordnande av mässor och utställningar)

Beskrivning	CPV-kod
Obligatorisk socialförsäkring	75300000-9
Bidragstjänster	75310000-2 75311000-9 75312000-6 75313000-3 75313100-4 75314000-0 75320000-5 75330000-8 75340000-1
Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster	98000000-3 98120000-0 98132000-7 98133110-8 98130000-3
Tjänster i samband med religionsutövande	98131000-0
Hotell- och restaurangtjänster	Från 55100000-1 till 55410000-7 Från 55521000-8 till 55521200-0 (55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser) 55520000-1 Catering 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner 55524000-9 Skolbespisning 55510000-8 Matsalstjänster 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal 55523100-3 Servering av skolmåltider
Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 22 och 23 §§ denna lag	Från 79100000-5 till 79140000-7 75231100-5
Övrig statsförvaltning och statliga tjänster	Från 75100000-7 till 75120000-3 75123000-4 Från 75125000-8 till 75131000-3
Samhällstjänster	Från 75200000-8 till 75231000-4

Beskrivning	CPV-kod
Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 26 § denna lag	Från 75231210-9 till 75231230-5 Från 75240000-0 till 75252000-7 794300000-7 98113100-9
Undersöknings- och säkerhetstjänster	Från 79700000-1 till 79721000-4 (Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster) 79722000-1 (Grafologi) 79723000-8 (Avfallsanalys)
Internationella tjänster	98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ) 98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ).
Posttjänster	64000000-6 (Post- och telekommunikations-tjänster) 64100000-7 (Post- och budtjänster) 64110000-0 (Postgång) 64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter) 64112000-4 (Posttjänster för brev) 64113000-1 (Posttjänster för paket) 64114000-8 (Postkassörstjänster) 64115000-5 (Förhyrning av postbox) 64116000-2 (Poste restantetjänster) 64122000-7 (Internpost)
Diverse tjänster	50116510-9 (Regummering av däck) 71550000-8 (Smedtjänster)

Definitioner av vissa tekniska specifikationer

I lagen gäller följande definitioner:

1. *Tekniska specifikationer i fråga om offentliga byggentreprenadkontrakt:* samtliga tekniska föreskrifter, i synnerhet de som anges i upphandlingsdokumenten och som anger de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att det eller den ska lämpa sig för den av den upphandlande myndigheten planerade användningen. Dessa egenskaper omfattar miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning), bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, säkerhet eller dimensioner, inbegripet förfaranden för kvalitetssäkring, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar samt produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av byggentreprenadens livscykel. De innefattar även bestämmelser om projektering och kostnadsberäkning, provnings- och kontrollregler, villkoren för att byggentreprenaden ska godkännas, tekniken eller metoderna för byggverksamheten samt samtliga övriga tekniska villkor som den upphandlande myndigheten i enlighet med allmänna eller särskilda förordningar kan föreskriva i fråga om den fullbordade byggentreprenaden samt om ingående material eller delar.
2. *Teknisk specifikation i fråga om offentliga tjänste- eller varukontrakt:* en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller en tjänsts egenskaper, t.ex. kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning) och bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, produktens användningsområde, säkerhet eller dimensioner, inbegripet sådana krav som avser varubeteckning, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar, produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av varans eller tjänstens livscykel liksom förfaranden vid bedömning av överensstämmelse
3. *Standard:* en teknisk specifikation som antagits av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad eller kontinuerlig tillämpning, med vilken överensstämmelse inte är obligatorisk och som är en av följande:
 - internationell standard: en standard som antagits av ett internationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - europaisk standard: en standard som antagits av ett europeiskt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - nationell standard: en standard som antagits av ett nationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.

4. *Europeisk teknisk bedömning*: en dokumenterad bedömning av en byggprodukts prestanda i förhållande till dess väsentliga egenskaper i enlighet med relevant europeiskt bedömningsdokument enligt artikel 2.12 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 305/2011 av den 9 mars 2011 om fastställande av harmoniserade villkor för saluföring av byggprodukter i lydelsen enligt Kommissionens delegerade förordning (EU) nr 574/2014.
5. *Gemensam teknisk specifikation*: en teknisk specifikation på IKT-området som utarbetats i enlighet med artiklarna 13 och 14 i Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 1025/2012 om europeisk standardisering, i den ursprungliga lydelsen.
6. *Teknisk referens*: ett dokument, med undantag för europeiska standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med förfaranden som anpassats till utvecklingen av marknadens behov.

2.2 Förslag till lag om upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs¹ följande.

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- 1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner
 - 2 kap. – Verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling
 - 3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde
 - 4 kap. – Allmänna bestämmelser
 - 5 kap. – Tröskelvärden
 - 6 kap. – Upphandlingsförfaranden
 - 7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling
 - 8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling
 - 9 kap. – Tekniska krav
 - 10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande
 - 11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud
 - 12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation
 - 13 kap. – Uteslutning av leverantörer
 - 14 kap. – Kvalificering
 - 15 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt
 - 16 kap. – Fullgörande av kontrakt
 - 17 kap. – Projekttävlingar
 - 18 kap. – Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland
 - 19 kap. – Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2
 - 20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd
 - 21 kap. – Upphandlingsskadeavgift
 - 22 kap. – Tillsyn
- Till lagen hör följande bilagor:
- Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt
 - Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster
 - Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen, och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG.

Upphandling inom försörjningssektorerna

2 § Denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande enhet för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster enligt 2 kap. 1–8 §§ (upphandling inom försörjningssektorerna). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Lagen gäller även när en upphandlande enhet anordnar en projekttävling. Vad som avses med projekttävling anges i 1 kap. 18 §.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Tröskelvärden

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande enheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande enheten.

Var finns definitioner och förklaringar?

6 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. I bilaga 3 finns definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

- Anbudsinfordran i 10 kap. 1 §
- Anknutet företag i 3 kap. 19 §
- CPV-nomenklaturen i 4 kap. 17 §
- Blandade kontrakt i 2 kap. 9 §
- Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 11 §
- Direktupphandling i 19 kap. 4 §

Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §
 Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §
 Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §
 Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §
 Förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i 6 kap. 23 och 24 §§
 Förhandlat förfarande med föregående annonsering i 6 kap. 4 §
 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 5–12 §§
 Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§
 Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 13 och 14 §§
 Leverantör av medietjänster i 3 kap. 26 §
 Märkning i 9 kap. 13 §
 Posttjänst i 2 kap. 6 §
 Selektivt förfarande i 6 kap. 3 §
 Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §
 Öppet förfarande i 6 kap. 2 §

Definitioner

7 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i

1. ett selektivt förfarande,
2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
4. en konkurrenspräglad dialog,
5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller
6. ett urvalsförfarande

8 § Med *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
3. innebär att ett byggnadsverk realiseras, enligt krav som ställs upp av en upphandlande enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

9 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

10 § Med *direktiv 2014/25/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen.

11 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

12 § Med *ensamrätt* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§ till ett enda företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

En rättighet utgör inte en ensamrätt enligt första stycket om den beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet grundats på objektiva kriterier.

13 § Med *inköpscentral* avses en upphandlande enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande enheter, eller
2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggentreprenader som är avsedda för upphandlande enheter.

Upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§.

14 § Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, och
2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

15 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

16 § Med *livscykel* avses samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

17 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

18 § Med *projektävling* avses en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande enhet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag.

19 § Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

20 § Med *särskild rättighet* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§ till två eller flera företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

En rättighet utgör inte en särskild rättighet enligt första stycket om den beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet grundats på objektiva kriterier.

21 § Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 8 §.

22 § Med *upphandlande enhet* avses i denna lag dels en upphandlande myndighet enligt 23 §, dels ett sådant företag som

1. en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller
2. bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§ med stöd av en ensamrätt enligt 12 § eller en särskild rättighet enligt 20 §.

Ett bestämmande inflytande enligt första stycket 1 ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

23 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämställas

1. beslutande församling i en kommun eller ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 17 §, och
3. sammanslutning av
 - a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller
 - b) ett eller flera organ enligt 2.

24 § Med *upphandlingsdokument* avses varje dokument som en upphandlande enhet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

25 § Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

2 kap. Verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling

Verksamheter som omfattas av lagen

Gas, värme, el och dricksvatten

1 § En verksamhet omfattas av denna lag, utom i fall som avses i 2 och 3 §§, om den består av

1. tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller

2. leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät som avses i 1.

Med leverans enligt första stycket 2 förstås generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.

2 § Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar gas eller värme till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion av gas eller värme är en oundviklig följd av en annan verksamhet än någon av dem som avses i 1, 4 eller 5 §,

2. leverans till det publika nätet endast syftar till att utnyttja denna produktion ekonomiskt, och

3. sådana leveranser uppgår till högst 20 procent av enhetens omsättning, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

3 § Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar el eller dricksvatten till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion av el eller dricksvatten behövs för en annan verksamhet än någon av dem som avses i 1, 4 eller 5 §,

2. leverans till det publika nätet beror endast på enhetens egen förbrukning, och

3. sådana leveranser uppgår till högst 30 procent av enhetens totala produktion av el respektive dricksvatten, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

4 § Denna lag gäller även för upphandling som genomförs och projektävlingar som anordnas av en upphandlande enhet som bedriver verksamhet som avser dricksvatten enligt 1 §, om upphandlingen eller projektävlingen har anknytning till

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning eller dränering och den volym vatten som används för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Transporttjänst

5 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänst för

allmänheten i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Prop. 2015/16:195

Ett publikt nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Posttjänst

6 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande av posttjänst och tjänst som är närstående till posttjänst.

Med posttjänst avses insamling, sortering, transport eller överlämnande av postförsändelser.

Med postförsändelse avses en adresserad försändelse i den slutliga utformning i vilken den ska överlämnas.

Med tjänst som är närstående till posttjänst avses följande som tillhandahålls av en upphandlande enhet som även tillhandahåller posttjänster:

1. tjänst som innebär hantering såväl före som efter avsändandet av postförsändelser, och
2. tjänst som avser oadresserad direktreklam och andra försändelser som inte omfattas av tredje stycket.

Tillhandahållande av hamn eller flygplats

7 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplats, hamn eller annan terminal för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar.

Utvinning av olja och gas samt prospektering eller utvinning av kol eller andra fasta bränslen

8 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att

1. utvinna olja eller gas, eller
2. prospektera eller utvinna kol eller andra fasta bränslen.

Blandad upphandling

9 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) som alla regleras i denna lag, eller
2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 10 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 11–19 §§.

Blandade kontrakt som avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag

10 § Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag, ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag som är huvudföremålet för kontraktet.

För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Blandade kontrakt, inom en och samma verksamhet, som regleras såväl i denna lag som av andra bestämmelser

Delbara och odelbara blandade kontrakt

11 § Ett delbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12–18 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 19 §.

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

12 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande enheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

13 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

14 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 15–18 §§.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår koncessioner

15 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggentreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i lagen beräknas uppgå

till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag om värdet av den del av kontraktet som regleras i lagen beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

16 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

17 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får enheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

18 § Bestämmelserna i 16 och 17 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

19 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får enheten tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Upphandling som rör mer än en verksamhet

20 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet, får den upphandlande enheten i enlighet med bestämmelserna i 21–27 §§ välja att tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.

21 § Den upphandlande enheten får inte tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av separata kontrakt för olika verksamheter

22 § Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt, ska för varje kontrakt tillämpas de bestämmelser som gäller för det kontraktet.

Tilldelning av ett enda kontrakt som rör flera verksamheter

23 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet och den upphandlande enheten tilldelar kontraktet som ett enda, ska för kontraktet tillämpas de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör.

Om kontraktet till någon del rör verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller regleras i lagen (2011:1029) om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, ska dock 25–26 §§ tillämpas.

24 § Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör ska följande gälla:

1. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i den lagen.

2. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

3. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i denna lag och den eller de andra verksamheterna inte regleras i denna lag, lagen om offentlig upphandling eller lagen om upphandling av koncessioner, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

Tilldelning av ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

25 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag om en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Detta gäller även om upphandlingen också innehåller delar som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

26 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten, om kontraktet till en del avser verksamhet som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Prop. 2015/16:195

27 § Bestämmelserna i 25 och 26 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

1 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som

1. omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller
2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

2 § Även om en upphandling eller en projekttävling inte är undantagen enligt 1 § ska denna lag inte gälla för upphandlingen eller projekttävlingen, om

1. skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen eller projekttävlingen genomförs enligt denna lag, eller
2. en tillämpning av denna lag skulle kräva att en upphandlande enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

3 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling eller en projekttävling enligt denna lag.

Återförsäljning eller uthyrning till tredje man

4 § Denna lag gäller inte för anskaffning som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska kommissionen anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Bestämmelserna i första och andra styckena ska inte tillämpas på upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet.

Verksamhet i en stat utanför EES

5 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som syftar till att sådan verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§ ska utövas i en stat som inte ingår i

Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i en EES-stat.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska kommissionen anmäla de verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Upphandling enligt vissa internationella regler

6 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som berör försvars- eller säkerhetsintressen och som en upphandlande enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna,

2. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som avser stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller

3. av en internationell organisation.

7 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande enhet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när upphandlingen eller projekttävlingen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om upphandlingen eller projekttävlingen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte för ett tjänstekontrakt som en upphandlande enhet tilldelar en upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

10 § Denna lag gäller inte för en upphandling som genomförs av en upphandlande enhet och som avser

1. anskaffning av vatten, om den upphandlande enheten bedriver sådan verksamhet enligt 2 kap. 1 § som avser dricksvatten, eller
2. leverans av energi eller bränsle för energiproduktion, om den upphandlande enheten bedriver sådan verksamhet enligt 2 kap. 1 § som avser el, gas eller värme eller bedriver verksamhet som avses i 2 kap. 8 §.

Intern upphandling

11 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om upphandlingen är en intern upphandling enligt 12–16 §§.

12 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.

13 § En upphandling ska också anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar,
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,
2. myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och
3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

14 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

15 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens och motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

16 § Verksamhetsandelen enligt 12 § 2, 13 § första stycket 2, 14 § 2 och 15 § 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

17 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,

2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

18 § Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Anknutna företag och samriskföretag

19 § Med *anknutet företag* avses

1. ett företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,
2. ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och
3. ett företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG, i lydelsen enligt rådets direktiv 2014/102/EU.

Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

20 § Under de förutsättningar som anges i 21 § gäller inte denna lag för kontrakt som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller
2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dessa enheter.

21 § Bestämmelserna i 20 § gäller under förutsättning att leverans med anledning av tilldelningen av varu-, tjänste- eller byggtreprenadkontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av varor, tjänster respektive byggtreprenader under de föregående tre åren.

Om ett anknutet företag inte kan visa sin omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som avses i första stycket kommer att uppnås.

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande byggentreprenader, varor eller tjänster, ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från varor, tjänster respektive byggentreprenader från dessa anknutna företag.

22 § Denna lag gäller inte för ett kontrakt som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller

2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

23 § På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat ett kontrakt med tillämpning av något av undantagen i 20 eller 22 § lämna uppgifter till kommissionen om

1. namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen, och
2. de berörda kontraktens art och värde.

Den upphandlande enheten ska också tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 20–22 §§.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

24 § Denna lag gäller inte om verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde och detta har fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i direktiv 2014/25/EU.

En upphandlande enhet får begära att Europeiska kommissionen prövar om förutsättningarna enligt första stycket är uppfyllda för en viss verksamhet.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

25 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

26 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som tillhandahålls av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

27 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Vissa juridiska tjänster

28 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,
2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller
3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

29 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. tjänster som avser certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,
2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,
3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Vissa finansiella tjänster

30 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
2. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller
3. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Anställningskontrakt

31 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser anställningar.

32 § Denna lag gäller inte för upphandling av tjänster som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller samman-
slutningar, och

2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

1 § Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

3 § En upphandlande enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Rätten att få delta i en upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

När det gäller tjänstekontrakt, byggtreprenadkontrakt eller sådant varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, får en juridisk person åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

Enheten får ange i något av upphandlingsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kvalificeringskraven enligt 14 kap. om det är berättigat av objektiva skäl.

Enheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra kontraktet om det är berättigat av objektiva skäl. Prop. 2015/16:195

Begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud

6 § Den upphandlande enheten får vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud genom att använda kriterier som grundar sig på

1. ett behov av att minska antalet till en nivå som kan anses rimlig med hänsyn till särskilda förhållanden vid upphandlingen, och
2. de resurser som behövs för dess genomförande.

När den upphandlande enheten med stöd av första stycket begränsar antalet anbudssökande som får lämna anbud, ska antalet vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

7 § Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget.

En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

8 § En upphandlande enhet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Enheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Val av anbud

9 § En upphandlande enhet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 15 kap.

Enheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera att anbudsgivarna uppfyller de villkor som enheten ställt enligt 14 kap.

10 § När enheten använder ett öppet förfarande vid upphandlingen, får enheten utvärdera anbuden innan den kontrollerar om den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet uppfyller villkoren enligt 9 §.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

11 § En upphandlande enhet får besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Enheten får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.

Skyldighet att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar

12 § Om en upphandlande enhet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges. Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller genom sådan information som avses i 12 kap. 15 §.

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

13 § En upphandlande enhet som enligt 11 § beslutar att ett kontrakt ska tilldelas i delar, ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.

Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får enheten begränsa det antal delar av kontraktet som enheten kan komma att tilldela en och samma leverantör. När enheten beslutar om en sådan begränsning, ska den också fastställa den ordning som ska gälla när en leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Tilldelning av kombinerade delar av ett kontrakt som har delats upp

14 § En upphandlande enhet som delar upp ett kontrakt i delar enligt 11 § och bestämmer att anbud får lämnas på flera eller alla delar av kontraktet enligt 13 §, får bestämma att flera eller alla delar ska kunna tilldelas en och samma leverantör som kombinerade delar.

Om enheten har beslutat att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, får den tilldela flera eller alla delar av kontraktet till den leverantör vars anbud sammantaget bäst uppfyller tilldelningskriterierna. En sådan tilldelning omfattas inte av några begränsningar enligt 13 § andra stycket.

När enheten bestämmer att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, ska den också fastställa den ordning som ska tillämpas för att bedöma dels vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontraktet, dels om kontraktet ska tilldelas i delar eller kombinerade delar.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

15 § En upphandlande enhet som tilldelar ett kontrakt i delar enligt 11 §, ska i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse ange om anbud får lämnas för en, flera eller alla delar av kontraktet enligt 13 § första stycket.

Om enheten avser att begränsa antalet delar av ett kontrakt som kan komma att tilldelas en leverantör enligt 13 § andra stycket, ska enheten

1. i annonsen eller inbjudan ange det största antalet delar av kontraktet som får tilldelas en och samma leverantör, och

2. i något av upphandlingsdokumenten ange den ordning som ska gälla när en och samma leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Om enheten avser att tilldela kombinerade delar av ett kontrakt enligt 14 §, ska enheten i annonsen eller inbjudan ange

1. att ett uppdelat kontrakt kan komma att tilldelas i kombinerade delar enligt 14 § första stycket, och
2. den ordning som ska tillämpas enligt 14 § tredje stycket.

Reserverad upphandling

16 § En upphandlande enhet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller

2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

CPV-nomenklaturen

17 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggtreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

5 kap. Tröskelvärden

Tillämpliga tröskelvärden

1 § De tröskelvärden som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 15 i direktiv 2014/25/EU eller i beslut eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 17 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Värdet av en upphandling

2 § Värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt det eller de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som

om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

3 § Om en upphandlande enhet består av separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling uppskattas till det samlade värdet av för alla sådana enheter. Värdet får dock uppskattas särskilt för en sådan enhet, om den ansvarar självständigt för sina upphandlingar eller för vissa kategorier av upphandlingar.

Värdetidpunkten

4 § Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Förbud mot kringgående

5 § Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

6 § En upphandling får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Upphandling av delkontrakt

7 § Om en planerad byggtreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §.

Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet

Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller
2. 1 000 000 euro när det gäller byggtreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.

Byggtreprenad

8 § I värdet av en upphandling av en byggtreprenad ska det ingå, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, värdet av varor och

tjänster som den upphandlande enheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras. Prop. 2015/16:195

Leasing, hyra och hyrköp av varor

9 § Värdet av en upphandling som avser leasing, hyra eller hyrköp av varor på en bestämd tid om högst tolv månader ska uppskattas till den totala kostnaden under löptiden.

Om löptiden är längre än tolv månader, ska värdet uppskattas till den totala kostnaden, inklusive varans restvärde.

Om löptiden är obestämd eller inte kan fastställas vid värdetidpunkten, ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

10 § Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av

1. det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller

2. det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Vissa tjänster

11 § Hur värdet av vissa upphandlingar av tjänster ska uppskattas framgår av följande uppställning:

<i>När upphandlingen avser</i>	<i>ska värdet uppskattas till</i>
1. försäkringstjänster	den premie som ska betalas och andra ersättningar för tjänsten
2. banktjänster och andra finansiella tjänster	arvoden, provisioner, ränta och andra ersättningar för tjänsten
3. projektering	arvoden eller den provision som ska betalas och andra ersättningar för projekteringen.

12 § Om en tjänst ska upphandlas utan att det totala belopp som ska betalas för tjänsten anges, ska värdet av upphandlingen vara det som ska betalas för tjänsten under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Ramavtal och dynamiska inköpssystem

13 § Värdet av ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet under löptiden.

Innovationspartnerskap

14 § Värdet av ett innovationspartnerskap ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av de forsknings- och utvecklingsinsatser som ska genomföras under alla stadier av det planerade partnerskapet samt de varor, tjänster och byggtreprenader som ska utvecklas och som ska anskaffas i slutet av det planerade partnerskapet.

Projekttävlingar

15 § Värdet av en projekttävling ska uppskattas till summan av sådana ersättningar och tävlingspriser som kan komma att tilldelas deltagarna samt det beräknade värdet av de tjänstekontrakt som kan komma att tilldelas vinnaren eller vinnarna i tävlingen.

6 kap. Upphandlingsförfaranden

Upphandlingsförfarandena

1 § Vid upphandling får, under de förutsättningar och på det sätt som anges i denna lag, följande upphandlingsförfaranden användas:

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
5. konkurrenspräglad dialog, eller
6. förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Öppet förfarande

2 § Vid ett öppet förfarande får alla leverantörer lämna anbud efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 §.

Selektivt förfarande

3 § Vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får lämna anbud.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

4 § Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten

begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får lämna anbud. Dessa anbud ska ligga till grund för efterföljande förhandlingar. Prop. 2015/16:195

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud

5 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

6 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 13 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande enheten har fastställt.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande enhetens krav enligt upphandlingsdokumenten.

Konstnärlig prestation, tekniska skäl eller skydd av ensamrätt

7 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller
3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Synnerlig brådska

8 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av enheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål

9 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling som gäller endast anskaffning för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål och

1. kontraktet inte omfattar tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och
2. tilldelningen av kontraktet inte påverkar efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål.

Upphandling av varor i vissa fall

10 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om

1. kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att

a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och

b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

2. kontraktet gäller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad,

3. det är möjligt att anskaffa varor eller tjänster på särskilt förmånliga villkor i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet eller har gått i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande, eller

4. det även annars är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset.

Tidigare tjänster eller byggtreprenader

11 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggtreprenad som är en upprekning av tidigare tjänster eller byggtreprenader under förutsättning att

1. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande,

2. arbetena tilldelas samma leverantör,

3. de nya tjänsterna eller byggtreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

4. omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggtreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen,

5. värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och

6. det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Upphandling av tjänst som följer på en projekttävling

12 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av en tjänst som följer på en projekttävling, om kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Om en tävling har avslutats med att fler än en vinnare har utsetts, ska samtliga vinnare inbjudas att delta i förhandlingar.

13 § Vid en konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får delta i dialogen.

14 § Dialogens syfte ska vara att identifiera och ange hur den upphandlande enhetens behov bäst kan tillgodoses.

Upphandlingsdokumenten

15 § Den upphandlande enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange sina behov och krav, ange tilldelningskriterierna och förklara deras innebörd samt ange en preliminär tidsplan.

Genomförande av dialogen

16 § Dialogen får genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande enheten får efter varje steg välja ut de lösningar som enheten ska fortsätta att diskutera. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som angetts i något av upphandlingsdokumenten.

Det slutliga antalet lösningar ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

17 § Den upphandlande enheten ska fortsätta dialogen fram till dess att enheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser enhetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

Uppmaning att lämna anbud

18 § När en underrättelse har lämnats enligt 17 §, ska den upphandlande enheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen.

Klarläggande, precisering och optimering av anbud

19 § Den upphandlande enheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga, precisera och optimera sitt anbud.

Klarlägganden, preciseringar, optimeringar och kompletterande upplysningar får dock inte omfatta ändringar av väsentliga aspekter av anbudet eller upphandlingen, däribland det behov enheten avser att tillgodose med upphandlingen och de krav som har ställts upp i annonsen, om ändringarna riskerar att snedvrider konkurrensen eller leda till diskriminering.

Utvärdering av anbud

20 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 15 kap. 1 § andra stycket 1.

Förhandlingar i syfte att bekräfta villkor

21 § Den upphandlande enheten får förhandla med den anbudsgivare som har lämnat det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet för att bekräfta de finansiella åtagandena eller andra villkor som anges i anbudet och slutligt fastställa kontraktsvillkoren. Detta gäller under förutsättning att förhandlingarna

1. inte leder till att väsentliga aspekter i anbudet eller upphandlingen ändras i sak, och
2. inte riskerar att snedvrider konkurrensen eller orsakar diskriminering.

Ersättning för deltagande i dialogen

22 § Den upphandlande enheten får besluta om tävlingspriser eller annan ersättning för deltagande i dialogen.

Innovationspartnerskap

23 § Vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får delta i förfarandet.

När förfarandet får användas

24 § En upphandlande enhet får använda ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap för att anskaffa en vara, tjänst eller byggentreprenad för att tillgodose behov som den upphandlande enheten bedömer inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden.

Innovationspartnerskapet ska syfta till utveckling och därpå följande anskaffning av den vara, tjänst eller byggentreprenad som enheten har behov av. En sådan anskaffning förutsätter att varan, tjänsten eller byggentreprenaden motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som den upphandlande enheten och deltagarna har kommit överens om.

Krav på anbudssökande

25 § Vid urvalet av anbudssökande ska en upphandlande enhet särskilt tillämpa krav som avser leverantörers kapacitet inom området för forskning och utveckling och kapacitet att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Upphandlingsdokumenten

26 § Den upphandlande enheten ska i upphandlingsdokumenten ange

1. det behov av en vara, tjänst eller byggentreprenad som myndigheten inte kan tillgodose genom lösningar som finns på marknaden,
2. de delar av beskrivningen som är sådana minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud, och
3. vad som ska gälla i fråga om immateriella rättigheter.

Den information som lämnas i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma upphandlingens art och

omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i upphandlingsförfarandet. Prop. 2015/16:195

Förhandlingar

27 § Den upphandlande enheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. De slutliga anbuden får inte vara föremål för förhandling.

28 § Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna, ska den upphandlande enheten skriftligen informera alla kvarvarande anbudsgivare om detta och ge dem skälig tid för att ändra sina anbud.

29 § Förhandlingarna får delas upp i successiva steg för att minska antalet anbud om den upphandlande enheten har angett detta i något av upphandlingsdokumenten. Enheten får efter varje steg välja ut de anbud som enheten ska fortsätta att förhandla om. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som har angetts i upphandlingsdokumenten.

Krav för att få inrätta ett innovationspartnerskap

30 § En upphandlande enhet får inrätta ett innovationspartnerskap endast med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Utvärdering av anbud

31 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 15 kap. 1 § andra stycket 1.

Genomförandet av partnerskapet

32 § Ett innovationspartnerskap ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna får också inkludera tillverkningen av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller utförandet av byggentreprenaderna.

33 § Ett innovationspartnerskap ska slå fast delmål som parterna ska uppfylla samt reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar.

Med utgångspunkt i delmålen får den upphandlande enheten efter varje avslutad etapp besluta att avsluta innovationspartnerskapet eller, om innovationspartnerskapet omfattar flera leverantörer, minska antalet sådana genom att avsluta enskilda kontrakt. Sådana åtgärder förutsätter att enheten i något av upphandlingsdokumenten har angett att dessa möjligheter finns och på vilka villkor de kan användas.

34 § Den upphandlande enheten ska se till att innovationspartnerskapets struktur, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika etapperna, avspeglar graden av innovation hos den föreslagna lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en

lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Det uppskattade värdet av varor, tjänster eller byggentreprenader får inte vara oproportionerligt i förhållande till de investeringar som krävs för att ta fram dem.

7 kap. Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

1 § En upphandlande enhet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i denna lag.

Ramavtalets löptid

2 § Ett ramavtal får löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal

3 § Kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas med tillämpning av objektiva regler och kriterier. Den upphandlande enheten ska ange reglerna och kriterierna i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

4 § Kontrakt som grundar sig på ramavtal får tilldelas med en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet.

Vid en förnyad konkurrensutsättning ska den upphandlande enheten

1. ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna anbud för varje särskilt kontrakt, och
2. tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

Inköpscentraler

Anlitande av en inköpscentral

5 § En upphandlande enhet får anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten.

Om en upphandlande enhet anlitar en inköpscentral enligt första stycket, får tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även omfatta stödverksamhet för inköp.

Anskaffning från en inköpscentral

6 § En upphandlande enhet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Anskaffning genom en inköpscentral

7 § En upphandlande enhet får anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom

1. kontrakt som tilldelas av en inköpscentral,
2. dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, eller
3. ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Den upphandlande enhetens ansvar

8 § En upphandlande enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt 6 eller 7 §.

Den upphandlande enheten ansvarar dock för att fullgöra skyldigheterna i denna lag när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Gemensam upphandling med enhet från annan medlemsstat

9 § En upphandlande enhet får genomföra en upphandling gemensamt med en upphandlande enhet från en annan medlemsstat med användning av upphandlingsåtgärder enligt 10–18 §§.

En viss upphandlingsåtgärd får inte väljas i syfte att undvika tillämpningen av tvingande föreskrifter som är förenliga med EU-rätten.

Inköpscentral i annan medlemsstat

10 § En upphandlande enhet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

11 § Vid gemensam upphandling enligt 10 § tillämpas bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

De bestämmelser som är tillämpliga enligt första stycket ska också tillämpas om en upphandlande enhet

1. tilldelar ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt första stycket, eller
2. genomför en förnyad konkurrensutställning enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket.

Gemensamma upphandlingsåtgärder

12 § En upphandlande enhet får gemensamt med upphandlande enheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen vidta upphandlingsåtgärder genom att

1. tilldela ett kontrakt,
2. ingå ett ramavtal, eller
3. inrätta ett dynamiskt inköpssystem.

En upphandlande enhet som har ingått ett ramavtal enligt första stycket 2 eller inrättat ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 3, får tilldela kontrakt inom ramen för ramavtalet eller inköpssystemet.

13 § Vid gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 12 § ska delar som är nödvändiga för samarbetet följa av en överenskommelse.

14 § Om en överenskommelse enligt 13 § träffas mellan de deltagande enheterna, ska enheterna i överenskommelsen fastställa

1. enheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga, och

2. sättet att organisera upphandlingsförfarandet, innefattande ledning, fördelning av varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

När enheterna fastställer ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga enligt första stycket 1, kan

1. ansvarsområdena fördelas till en eller flera av dem, eller

2. som tillämpliga bestämmelser fastställas den medlemsstats bestämmelser i vilken minst en av enheterna har sin hemvist.

15 § Fördelningen av ansvarsområden mellan upphandlande enheter och tillämpliga nationella bestämmelser enligt 13 och 14 §§ ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

16 § En enhet som deltar i en upphandling enligt 12 § och som anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från en annan deltagande enhet ska anses uppfylla sina skyldigheter enligt denna lag, om någon annan deltagande enhet uppfyller de skyldigheter som föreskrivs i den lag som ska tillämpas till följd av en överenskommelse enligt 13 och 14 §§.

Upphandling med en gemensam enhet

17 § En gemensam enhet som har inrättats av upphandlande enheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar.

En europeisk gruppering för territoriellt samarbete enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS), i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1302/2013, eller någon annan enhet som har bildats enligt EUrätten ska anses vara en gemensam enhet.

18 § Vid gemensam upphandling enligt 17 § ska den gemensamma enhetens behöriga organ besluta om tillämpliga nationella bestämmelser.

Tillämpliga nationella bestämmelser ska vara bestämmelserna i en medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver verksamhet.

Ett sådant beslut får antingen gälla tills vidare, om det fattas när den gemensamma enheten inrättas, eller begränsas till en viss tidsperiod, till vissa typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.

8 kap. Elektroniska metoder för upphandling

Dynamiska inköpssystem

Tillämpningsområdet

1 § En upphandlande enhet får använda ett dynamiskt inköpssystem för återkommande anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och har egenskaper som tillgodoser den upphandlande enhetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem ska drivas som en helt elektronisk process. Det ska ha en bestämd giltighetstid och under den tiden vara öppet för varje leverantör som uppfyller kvalificeringskraven enligt 14 kap. 1–3 §§.

2 § Ett dynamiskt inköpssystem får delas in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader. Kategorierna ska bestämmas objektivt med hänsyn till egenskaperna hos den upphandling som ska genomföras inom den berörda kategorin.

Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem

3 § Vid upphandlingar i ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande enheten tillämpa bestämmelserna för selektivt förfarande. Antalet anbudssökande som får delta i systemet får dock inte begränsas.

Om enheten har delat in systemet i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska kvalificeringskrav specificeras för varje kategori.

4 § En upphandlande enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska informera om detta genom en anbudsinfordran och ange att den avser ett sådant system. I anbudsinfordran ska systemets giltighetstid anges.

Om ett dynamiskt inköpssystem delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska dessa och vad som karakteriserar kategorierna anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Om det dynamiska inköpssystemet drivs av en inköpscentral och får användas av andra upphandlande enheter, ska detta anges i anbudsinfordran.

Upphandlingsdokumenten

5 § Av upphandlingsdokumenten ska det framgå

1. de anskaffningar och de kvantiteter som systemet avser, och
2. nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang och specifikationer för anslutning.

Den upphandlande enheten ska ge tillgång till upphandlingsdokumenten enligt 10 kap. 8 § första stycket under systemets hela giltighetstid.

Ändringar i giltighetstiden

6 § Den upphandlande enheten ska anmäla ändringar av det dynamiska inköpssystemets giltighetstid till Europeiska kommissionen.

Ansökan om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem

7 § En upphandlande enhet ska under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid ge leverantörer möjlighet att ansöka om att få delta i systemet på de villkor som anges i 3 §.

Enheten ska utvärdera en anbudsansökan med tillämpning av kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–3 §§ inom 10 arbetsdagar från

mottagandet. När det finns skäl till det får tidsfristen förlängas till 15 arbetsdagar.

Enheten får förlänga utvärderingsperioden, om ingen inbjudan att lämna anbud ännu har utfärdats i det dynamiska inköpssystemet. Ingen inbjudan får utfärdas under utvärderingsperiodens förlängning. Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den förlängda period som den avser att tillämpa.

Tidsfrist för anbudsansökningar

8 § Tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena. Tidsfristen får inte vara kortare än 15 dagar.

Inga ytterligare tidsfrister ska gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första upphandlingen enligt det dynamiska inköpssystemet har skickats.

Underrättelse om beslut om deltagande i ett dynamiskt inköpssystem

9 § En upphandlande enhet ska snarast möjligt underrätta en leverantör om det beslut som har fattats om leverantörens deltagande i det dynamiska inköpssystemet. Ett beslut att inte godkänna en leverantör som deltagare ska motiveras.

Inbjudan att lämna anbud

10 § Den upphandlande enheten ska för varje kontrakt som ska tilldelas bjuda in alla leverantörer som godkänts som deltagare i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud.

Om det dynamiska inköpssystemet har delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska enheten bjuda in samtliga leverantörer som godkänts som deltagare inom den kategori som motsvarar berörd upphandling att lämna anbud.

Tidsfrist för anbud

11 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud enligt 10 § skickades till berörda leverantörer.

Bestämmelserna i 11 kap. 7 § om tidsfrist för att komma in med anbud efter överenskommelse får tillämpas.

Tilldelning av kontrakt

12 § Den upphandlande enheten ska tilldela den leverantör kontraktet vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga på grundval av de tilldelningskriterier som anges i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller i inbjudan att lämna anbud när anbudsinfördran skett genom en annons om kvalificeringssystem.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud.

13 § En upphandlande enhet som tillämpar skäl för uteslutning och kvalificeringskrav i enlighet med 14 kap. 1–3 §§, får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet, inom fem arbetsdagar från den dag då begäran skickades, lämnar in en ny och uppdaterad version av en sådan egen försäkran som avses i 15 kap. 1–2 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling.

Bestämmelserna i 15 kap. 3–5 §§ lagen om offentlig upphandling gäller under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid.

Administrativ avgift

14 § Den upphandlande enheten får inte ta ut någon administrativ avgift av en leverantör som deltar eller vill delta i systemet.

Elektroniska auktioner

Tillämpningsområdet

15 § En upphandlande enhet får använda en elektronisk auktion för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden.

Enheten ska utforma den elektroniska auktionen som en upprepad elektronisk process.

16 § En upphandlande enhet får genomföra en elektronisk auktion som en avslutande del, om innehållet i upphandlingsdokumenten kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet. Detta gäller vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 4 §, och
5. inbjudan att lämna anbud inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.

Genomförandet av en elektronisk auktion

17 § En elektronisk auktion ska möjliggöra en rangordning utifrån automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser eller nya värden på de delar av anbuden som angetts i upphandlingsdokumenten, när anbuden ska utvärderas på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, eller
2. priser, när anbuden ska utvärderas enbart på grundval av priset.

Anbuden ska rangordnas med användning av en matematisk formel. När anbuden ska rangordnas med hänsyn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den matematiska formeln beakta viktningen av de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om viktningen av kriterierna har angetts i intervall, ska dessa fastställas till ett bestämt värde. Om alternativa anbud är tillåtna, ska separata formler ges för varje anbud.

En elektronisk auktion får genomföras i på varandra följande etapper.

Upphandlingsdokumenten

18 § Om en elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande enheten ange det i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller, när en annons om kvalificeringssystem används som anbudsinfordran, i inbjudan att lämna anbud.

19 § I upphandlingsdokumenten ska följande uppgifter lämnas om den elektroniska auktionen:

1. de delar av anbudet som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,
2. eventuella gränser för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för det som ska anskaffas,
3. de uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,
4. nödvändiga uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
5. de villkor på vilka anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnaderna mellan anbudet som kan ha bestämts,
6. nödvändiga uppgifter om den elektroniska utrustning som ska användas och om anslutningen till denna utrustning, och
7. tidpunkten då den elektroniska auktionen ska avslutas.

Första utvärdering av anbud

20 § Innan en upphandlande enhet inleder en elektronisk auktion, ska enheten utvärdera anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och viktningen av dessa.

Inbjudan att lämna nya priser eller värden

21 § En anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud ska bjudas in att delta i den elektroniska auktionen genom att från en viss tidpunkt använda de anslutningssätt som anges i inbjudan.

Ett anbud är godtagbart om det stämmer överens med de tekniska specifikationerna och inte är ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt och om det har lämnats av en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och inte har uteslutits från anbudsproceduren.

Vad som avses med ett olämpligt anbud framgår av 6 kap. 6 §.

22 § I inbjudan ska den upphandlande enheten informera om utvärderingen enligt 20 § av anbudsgivarens anbud.

23 § Inbjudan ska innehålla information om den matematiska formel som avses i 17 § andra stycket och som ska användas för att bestämma rangordningen mellan anbudet med hänsyn till de nya priser eller värden som lämnas under auktionen.

24 § Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det att inbjudan har skickats ut.

25 § Under en elektronisk auktion ska den upphandlande enheten lämna alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i upphandlingsdokumenten.

Enheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Avslutande av en elektronisk auktion

26 § En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande enheten

1. vid den tidpunkt som angetts i upphandlingsdokumenten,
2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller
3. när det antal auktionsetapper som angetts i upphandlingsdokumenten har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska enheten i upphandlingsdokumenten ha angett hur långt efter det att den har tagit emot det sista priset eller värdet som den kommer att avsluta auktionen.

I det fall som avses i första stycket 3 ska tidsplanen för varje auktionsetapp anges i inbjudan att delta i auktionen.

27 § När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande enheten tilldela kontraktet på grundval av resultatet av auktionen.

Elektroniska kataloger

Tillämpningsområdet

28 § En upphandlande enhet får begära att anbud med elektroniska medel ska lämnas i ett format för att presentera och strukturera information som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling (elektronisk katalog).

Anbud som lämnas i form av en elektronisk katalog får kompletteras med andra handlingar.

Upphandlingsdokumenten

29 § Av annonsen om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse ska det framgå om anbud ska eller får

1. lämnas i form av en elektronisk katalog, eller
2. innehålla en elektronisk katalog.

Något av upphandlingsdokumenten ska innehålla nödvändiga uppgifter om

1. den elektroniska utrustning som används och anslutningen till denna utrustning, samt
2. format och specifikationer för den elektroniska katalogen.

Upprättandet av en elektronisk katalog

30 § En elektronisk katalog ska upprättas av en anbudssökande eller anbudsgivare enligt specifikationer och format som har fastställts av den

upphandlande enheten. Om en katalog ska uppdateras enligt 31 § eller 34 § andra stycket, ska dess format tillåta en sådan uppdatering.

Uppdatering av en elektronisk katalog

31 § Om ett ramavtal har slutits efter det att anbud har lämnats i form av en elektronisk katalog eller har innehållit en sådan får den upphandlande enheten besluta att en förnyad konkurrensutsättning enligt 7 kap. 4 §§ ska genomföras med användning av en elektronisk katalog som uppdateras enligt 32 §.

32 § För att uppdatera en elektronisk katalog ska den upphandlande enheten antingen

1. uppmana varje anbudsgivare att lämna in en uppdaterad katalog som har anpassats till kraven i det berörda kontraktet, eller

2. meddela varje anbudsgivare att enheten avser att samla in uppgifter från den redan inlämnade katalogen för att anpassa den till kraven i det berörda kontraktet.

En katalog får uppdateras enligt första stycket 2, om detta har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

33 § I ett meddelande enligt 32 § första stycket 2 ska den upphandlande enheten informera varje anbudsgivare om när den avser att samla in uppgifter för en uppdaterad elektronisk katalog och ge anbudsgivaren möjlighet att avböja en sådan uppgiftsinsamling. Meddelandet ska lämnas så lång tid före den planerade uppgiftsinsamlingen att anbudsgivaren får skälig tid för att ta ställning till den.

Innan enheten tilldelar ett kontrakt med utgångspunkt i uppgifter i en elektronisk katalog som enheten har uppdaterat, ska den ge varje anbudsgivare möjlighet att kontrollera att det på så sätt upprättade anbudet inte innehåller några fel.

Elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem

34 § Vid upphandling inom ett dynamiskt inköpssystem ska en leverantör på begäran av den upphandlande enheten lämna anbud som har form av en elektronisk katalog eller innehåller en sådan.

Enheten får, om den har begärt att leverantörer till ansökan om att få delta i det dynamiska inköpssystemet bifogar en elektronisk katalog, besluta att upphandlingen ska genomföras med användning av elektroniska kataloger som uppdateras med tillämpning av bestämmelserna i 32 § första stycket 2 och andra stycket samt 33 §.

9 kap. Tekniska krav

Tekniska specifikationer

Vad som anges i de tekniska specifikationerna

1 § De tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggentreprenaden ska ha ska anges som tekniska specifikationer. Specifikationerna ska ingå i något av upphandlingsdokumenten. De ska vara utformade på något av

de sätt som anges i 3–5 §§ förutsatt att det inte står i strid med tvingande tekniska regler. Prop. 2015/16:195

De egenskaper som specificeras får också avse

1. processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggtreprenaden, eller
2. en process som avser ett annat skede i varans, tjänstens eller byggnadsverkets livscykel.

Andra stycket gäller också när de egenskaper som avses inte är egenskaper hos den berörda varan, tjänsten, byggtreprenaden eller det berörda byggnadsverket. Egenskaperna måste dock ha anknytning till det som ska anskaffas.

I de tekniska specifikationerna får det också anges om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

När det som anskaffas ska användas av fysiska personer

2 § När det som anskaffas ska användas av fysiska personer ska de tekniska specifikationerna bestämmas med beaktande av samtliga användares behov, däribland tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning.

Undantag får göras endast om det finns särskilda skäl.

Om Europeiska unionen i en rättsakt har antagit obligatoriska krav på tillgänglighet, ska de tekniska specifikationer som avses i första stycket bestämmas med hänvisning till den rättsakten.

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

3 § En upphandlande enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara utformade så att det klart framgår vad som ska anskaffas.

En upphandlande enhet får tillåta att en leverantör åberopar sådana standarder och bedömningar som avses i 4 § för att visa att kraven enligt första stycket är uppfyllda.

Tekniska specifikationer i form av hänvisningar till standarder och bedömningar

4 § Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar, och i fallande prioritetsordning till

1. svensk standard som stämmer överens med europeisk standard,
2. europeisk teknisk bedömning,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller
6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggtreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdig".

Tekniska specifikationer som kombinerar prestanda- och funktionskrav med standarder och bedömningar

5 § En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav enligt 3 § i fråga om vissa egenskaper och med hänvisning till standarder och bedömningar enligt 4 § i fråga om andra egenskaper.

Uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer

6 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Likvärdiga lösningar

7 § En upphandlande enhet som i enlighet med 3 § anger de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav, får inte förkasta ett anbud som avser en vara, tjänst eller byggtreprenad som motsvarar de standarder eller bedömningar som anges i 4 § första stycket 1–5 eller likvärdiga standarder eller bedömningar.

Första stycket gäller endast om

1. den åberopade standarden eller bedömningen avser de prestanda- eller funktionskrav som enheten har angett, och
2. anbudsgivaren visar att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller de angivna kraven.

8 § Om en upphandlande enhet ställer krav genom att hänvisa till standard eller bedömning enligt 4 §, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att en vara, tjänst eller byggtreprenad inte motsvarar denna standard eller bedömning om det i anbudet visas att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Utredning om överensstämmelse

9 § En upphandlande enhet får som bevis för överensstämmelse med kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna enligt 16 kap. eller villkoren för fullgörande av kontraktet enligt 17 kap., kräva att leverantören ska uppvisa en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse. Detta organ ska vara ackrediterat för denna uppgift i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 765/2008 av den 9 juli 2008 om krav för ackreditering och marknads kontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93, i den ursprungliga lydelsen.

10 § Om en upphandlande enhet kräver en provningsrapport eller ett intyg som ska vara utfärdat av ett visst organ för bedömning av överensstämmelse, ska den också godta en provningsrapport eller ett intyg från ett likvärdigt organ.

11 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen kan få tillgång till en provningsrapport eller ett intyg som avses i 9 eller 10 § och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande enheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet.

Tillhandahållande av tekniska specifikationer

12 § En upphandlande enhet ska på begäran tillhandahålla en leverantör de tekniska specifikationer som enheten regelbundet använder i sina upphandlingar eller förhandsannonser. Specifikationerna ska tillhandahållas med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dem. Om sådan tillgång inte kan ges till vissa specifikationer ska de tillhandahållas på något annat sätt.

Om de tekniska specifikationerna har angetts i handlingar som är tillgängliga för leverantören med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång, är det tillräckligt att enheten hänvisar till dessa handlingar.

Märkning

13 § Med *märkning* avses alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav.

14 § En upphandlande enhet får i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet kräva en viss märkning som bevis för att varan, tjänsten eller byggtreprenaden motsvarar de egenskaper som krävs, om

1. kraven för märkningen endast rör kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas,
2. kraven för märkningen är lämpliga för att definiera egenskaperna hos den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas,
3. kraven för märkningen grundas på objektivet kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,
4. märkningen har antagits genom ett öppet och transparent förfarande i vilket samtliga berörda kan delta,
5. märkningen är tillgänglig för alla berörda, och
6. kraven för märkningen fastställs av ett organ som den som ansöker om märkningen inte har ett avgörande inflytande över.

Om en upphandlande enhet inte kräver att det som ska anskaffas har alla egenskaper som krävs av en märkning, ska den ange vilka krav för märkningen som ska uppfyllas.

Om en märkning uppfyller villkoren i första stycket 3–6, men kraven för märkningen även rör kriterier som inte har anknytning till det som anskaffas, får den upphandlande enheten inte kräva märkningen för varan, tjänsten eller byggtreprenaden. Enheten får dock fastställa de tekniska specifikationerna genom hänvisningar till sådana detaljerade specifikationer för märkningen som har anknytning till det som ska anskaffas.

15 § En upphandlande enhet som kräver en viss märkning enligt 14 § ska godta en annan märkning om kraven för den märkningen är likvärdiga med kraven för den angivna märkningen.

16 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen haft möjlighet att få tillgång till den märkning som den upphandlande enheten kräver eller en likvärdig märkning och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande enheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven för den angivna märkningen eller, i de fall som anges i 14 § andra stycket, de särskilt angivna kraven för märkningen.

Anbud med alternativa utföranden

17 § En upphandlande enhet får tillåta eller kräva att anbudsgivare lämnar anbud med utföranden som avviker från dem som enheten har angett. Ett sådant anbud med alternativt utförande får beaktas endast om enheten i annonsen angett om den tillåter eller kräver sådana anbud.

18 § En upphandlande enhet som tillåter eller kräver anbud som avses i 17 § ska i upphandlingsdokumenten ange

1. vilka minimikrav som gäller för anbud,
2. vilka särskilda villkor som gäller redovisningen av anbud, och
3. om anbud med ett alternativt utförande får lämnas endast tillsammans med ett anbud som utgår från samma utförande som enheten har angett.

Anbud med alternativa utföranden får beaktas endast om de uppfyller minimikraven.

19 § Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande enhet som har tillåtit eller krävt anbud med alternativa utföranden inte förkasta ett sådant anbud enbart på grund av att det, om det antas, skulle bli ett tjänstekontrakt i stället för ett varukontrakt eller ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt.

Annonsering

Anbudsinfordran

1 § En upphandlande enhet ska genom en anbudsinfordran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal.

En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling. En anbudsinfordran får dock, i de fall som regleras i 2 §, göras genom en förhandsannons och, i de fall som regleras i 4 §, göras genom en annons om kvalificeringssystem.

Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 5–12 §§.

Förhandsannons som anbudsinfordran

2 § En upphandlande enhet får använda en förhandsannons som anbudsinfordran när upphandling ska genomföras med selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En enhet som ska upphandla tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 får också använda en förhandsannons som anbudsinfordran.

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

3 § En upphandlande enhet får i en förhandsannons informera om planerade upphandlingar.

Bestämmelser om förkortade tidsfrister efter en sådan förhandsannonsering finns i 11 kap. 5 §.

Annonsering om kvalificeringssystem

4 § När en upphandlande enhet upprättar ett kvalificeringssystem enligt 14 kap. 4 § ska enheten i en annons upplysa om detta.

Efterannons om resultatet av en upphandling

5 § En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. En myndighet som tilldelat kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska skicka en efterannons senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt.

Trots första stycket får enheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Annonsering om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering

6 § En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5–12 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

7 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

8 § Den upphandlande enheten ska vid annonsering om upphandling och förhandsannonsering med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om anbudsinfordran utgörs av en annons om kvalificeringssystem, ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten ges med elektroniska medel så snart som möjligt och senast från och med den dag då inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen eller inbjudan.

Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska enheten i annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt. Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt andra stycket vid annonsering om kvalificeringssystem, ska enheten lämna sådana upplysningar i något av upphandlingsdokumenten.

Inbjudan till anbudssökande

Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

9 § Om en förhandsannons har använts som anbudsinfordran, ska den upphandlande enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse. Först när enheten har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade, får den ange vilka leverantörer som ska få lämna anbud eller delta i förhandlingar.

Den upphandlande enheten ska med elektroniska medel ge anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att bekräfta intresse. Om enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om art och mängd av det som ska upphandlas, option på ytterligare avtal och om möjligt beräknad tidsfrist för optionen samt, när det gäller avtal som kan förnyas, art och mängd och, om möjligt, beräknad tidpunkt för kommande annonser om upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader,

2. uppgift om huruvida selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering ska användas,

3. uppgift om dag för leverans av varor eller för påbörjande eller avslutande av tjänsterna eller byggtreprenaderna,

4. uppgift om adress till den upphandlande enheten,

5. uppgift om ekonomiska eller tekniska krav, ekonomiska garantier och upplysningar som krävs från leverantörer,
6. uppgift om huruvida ett varukontrakt avser köp, leasing, hyra eller hyrköp eller en kombination av dessa,
7. uppgift om tilldelningskriterier samt kriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
8. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Skriftlig inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog

10 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska den upphandlande enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att lämna anbud, att förhandla eller, vid konkurrenspräglad dialog, att delta i dialogen.

Den upphandlande enheten ska med elektroniska medel ge de utvalda anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog. Om enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar enligt 12 kap. 11 §,
2. uppgift om sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet ska skickas och på vilket eller vilka språk det ska skrivas, eller, vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om dag och plats för dialogens början samt om det eller de språk som ska användas,
3. en hänvisning till den annons som använts som anbudsinfordran,
4. uppgift om de handlingar som ska bifogas,
5. uppgift om tilldelningskriterier, om de inte redovisas i en annons om kvalificeringssystem som används som anbudsinfordran,
6. uppgift om tilldelningskriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
7. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Anbudets giltighetstid

11 § En upphandlande enhet ska vid öppet förfarande i annonsen om upphandling ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska enheten ange denna uppgift i en annons som används som anbudsinfordran, i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

En underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 12 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

11 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Förhållanden som ska beaktas när tidsfrister bestäms

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande enheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet. Om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

Tidsfrist vid öppet förfarande

2 § Vid öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Första stycket gäller om inte något annat följer av 5–10 §§.

Tidsfrist för anbudsansökningar

3 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfordran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Tidsfrister vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem

4 § I 8 kap. 8 och 11 §§ finns bestämmelser om tidsfrister för anbudsansökningar och anbud vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Förkortad tidsfrist efter förhandsannonsering

5 § Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat vid öppet förfarande, får tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

En tidsfrist får förkortas enligt första stycket endast om förhandsannonsen

1. innehöll de uppgifter som anges i bilaga VI del A avsnitten I och II till direktiv 2014/25/EU, i den mån uppgifterna fanns att tillgå när förhandsannonsen publicerades, och

2. skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

6 § Om den upphandlande enheten tillåter att anbuden skickas in elektroniskt vid öppet förfarande, får tidsfristen enligt 2 § bestämmas till minst 30 dagar.

Tidsfrist för anbud efter överenskommelse

7 § Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får den upphandlande enheten bestämma tidsfristen för att komma in med anbud till en gemensam tid som har överenskommits med de utvalda anbudssökandena.

Om en sådan överenskommelse inte nås, ska tidsfristen vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till anbudssökandena.

Förlängning av tidsfristen för anbud

8 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom de tidsfrister som anges i 12 kap. 11 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

9 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas med fem dagar, om den upphandlande enheten inte med elektroniska medel ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten

1. från den dag då en annons om upphandling eller en förhandsannons publiceras,
2. från och med den dag då en inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena, eller
3. från och med den dag då en inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena, om anbudsinfördran utgörs av en annons om kvalificeringssystem.

Första stycket gäller inte om tidsfristen anges efter en överenskommelse enligt 7 § första stycket eller förkortas vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §.

Påskyndat förfarande

10 § Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa den tidsfrist för anbud vid öppet förfarande som anges i 2 eller 6 §, får tidsfristen bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

12 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande enhet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Enheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande enhet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Enheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande enhet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får enheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

4 § En upphandlande enhet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,
2. brister i informationssäkerheten hos enheten, eller
3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande enheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen. Muntlig kommunikation får dock inte användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande enhet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av

anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, Prop. 2015/16:195 finns tillgänglig för alla berörda.

Avancerad elektronisk underskrift

7 § En upphandlande enhet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande enhet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,
2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och
3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbuden ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Information till leverantörer

Kompletterande upplysningar

11 § En upphandlande enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Vid ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 § ska kompletterande upplysningar lämnas senast fyra dagar före angiven sista dag för anbud.

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när enheten beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfördran samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om

1. utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet, och

2. i förekommande fall hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Dokumentation

Dokumentationsplikt

14 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Information om upphandlingsförfaranden

15 § En upphandlande enhet ska bevara lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas.

Informationen som bevaras ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. kvalificering, uteslutning och urval av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,
2. användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
3. tillämpning av bestämmelserna i 3 kap. om att viss upphandling ska undantas från lagens tillämpningsområde, och
4. att godkänna inlämning av anbud med andra medel än elektroniska.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Bevarande av handlingar

16 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 och 15 §§ och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande enhet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt denna lag. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

17 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 18–23 §§.

18 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som bevaras enligt 16 § tredje stycket och som ingåtts till ett värde av minst

1. 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt, och
2. 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

19 § En uppgift i ett kontrakt om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande enhetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, får inte lämnas ut.

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande enheten får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

20 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

När en upphandlande enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt, ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

21 § En upphandlande enhet får inte ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor. För en kopia eller en utskrift som omfattar tio sidor får enheten ta högst 50 kronor. För varje sida därutöver får enheten ta högst 2 kronor.

Om myndigheten får ta betalt för en kopia eller en utskrift enligt första stycket, får enheten även ta ut ersättning för

1. portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram, och
2. postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian eller utskriften till mottagaren.

22 § Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

23 § Om ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt överklagas, ska den upphandlande enheten vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet har överlämnats till domstolen.

13 kap. Uteslutning av leverantörer

När en upphandlande enhet som är en myndighet ska utesluta en leverantör

1 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten genom en kontroll enligt 14 kap. 3 § eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella

systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i Prop. 2015/16:195 lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten genom en kontroll enligt 14 kap. 3 § eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där kvalificeringssystemet förvaltas eller där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

När en upphandlande enhet får utesluta en leverantör

3 § En upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet får på de grunder som anges i 1 och 2 §§ utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling.

4 § En upphandlande enhet får, utöver vad som följer av 1 och 2 §§, utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling, om

1. enheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. enheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. enheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpas en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 7 §,

8. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i kvalificeringssystemet eller upphandlingen enligt detta kapitel eller 14 kap. 3 § eller av att leverantören uppfyller fastställda villkor för uteslutning och kvalificering enligt 14 kap. 1 och 2 §§,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som enheten har begärt in med stöd av 14 kap. 3 §, eller

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande enhetens beslutsprocess eller tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i kvalificeringssystemet eller upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under förfarandet i fråga om uteslutning av leverantörer från deltagande i kvalificeringssystemet eller upphandlingen, urval av leverantörer som ska kvalificeras i kvalificeringssystemet och tilldelning av kontrakt.

Utredning

5 § En upphandlande enhet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt enheten utgör skäl för uteslutning.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 4 §, ska inte uteslutas om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,
2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och
3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller misskötsamhetens allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas på de grunder som anges 2 §.

7 § En upphandlande enhet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande enhet kan när som helst under ett upphandlingsförfarande utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

14 kap. Kvalificering**Fastställande av villkor för uteslutning och kvalificering**

1 § En upphandlande enhet får i en upphandling fastställa objektiva villkor för uteslutning och kvalificering och ska i så fall se till att dessa villkor är tillgängliga för de presumtiva leverantörerna.

Om den upphandlande enheten är en myndighet ska den fastställa grunder för uteslutning av leverantörer i den utsträckning som framgår av 13 kap.

2 § En upphandlande enhet får tillämpa sådana kvalificeringskrav som avses i 14 kap. 1 § första stycket lagen (0000:000) om offentlig upphandling för att välja ut leverantörer. Enheten ska i så fall tillämpa 14 kap. 1–5 §§ den lagen.

Kontroll av leverantörer

3 § En upphandlande enhet ska tillämpa 15 kap. 1–13 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den

1. kontrollerar om en leverantör ska uteslutas med stöd av 13 kap. 1–4 §§, och

2. kontrollerar om en leverantör uppfyller de krav som avses i 2 §.

Kvalificeringssystem

Upprättande av ett kvalificeringssystem

4 § En upphandlande enhet får ha ett kvalificeringssystem för att på förhand välja ut leverantörer som ska få delta i selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden, konkurrenspräglade dialoger eller förfaranden för inrättande av innovationspartnerskap. Deltagande i ett kvalificeringssystem får begränsas till upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggentreprenader. Ett kvalificeringssystem kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

En leverantör ska när som helst kunna ansöka om att bli kvalificerad till kvalificeringssystemet.

När ett kvalificeringssystem upprättas och tillämpas, ska även 2, 3, 11, 14–16, 18 och 19 §§, 10 kap. 4 § samt 15 kap. tillämpas.

Fastställande av krav och regler för kvalificeringssystemet

5 § Den upphandlande enheten ska ange vilka krav en leverantör ska uppfylla för att kvalificera sig enligt kvalificeringssystemet och, i den utsträckning som framgår av 13 kap., grunder för uteslutning från kvalificeringssystemet.

Den upphandlande enheten ska även ange regler för driften av kvalificeringssystemet, som regler för registrering i systemet, regelbunden uppdatering av kvalificeringar samt systemets giltighetstid.

Enheten får ange kraven och reglerna genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem. Kraven och reglerna ska tillhandahållas den leverantör som begär det.

Kraven för kvalificering enligt första stycket får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer ska underrättas om de ändringar som gjorts.

Tekniska specifikationer

6 § Om kraven för deltagande i kvalificeringssystemet omfattar tekniska specifikationer, ska bestämmelserna i 9 kap. 1–11 och 13–16 §§ tillämpas i fråga om specifikationerna.

Beslut om kvalificering av leverantör

7 § En upphandlande enhet som har ett kvalificeringssystem ska inom sex månader pröva en ansökan från en leverantör om att få delta i systemet och underrätta sökanden om beslutet. Om beslutet inte kommer att fattas inom fyra månader från det att ansökan gjordes, ska den upphandlande enheten inom två månader från denna tidpunkt underrätta sökanden om orsakerna till att handläggningen kommer att ta längre tid och ange när beslut kommer att fattas.

Ansökningar om att få delta i ett kvalificeringssystem får avslås endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 5 och 6 §§.

En sökande vars ansökan avslagits ska underrättas om beslutet och om skälen för detta så snart som möjligt och senast inom 15 dagar från det att beslutet fattats.

Underrättelse om att uteslutning övervägs

8 § Om en leverantör har kvalificerat sig, får en upphandlande enhet som har ett kvalificeringssystem utesluta leverantören endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 5 och 6 §§.

En upphandlande enhet får inte utesluta en leverantör om inte leverantören dessförinnan underrättats skriftligen om att det finns risk för uteslutning och om skälen för det. Underrättelsen ska ha skickats minst 15 dagar före den dag då beslut ska fattas.

Förteckning över leverantörer

9 § De leverantörer som av den upphandlande enheten har antagits till kvalificeringssystemet ska föras upp i en förteckning. Av förteckningen ska det framgå om en leverantörs kvalificering är begränsad till deltagande i upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader.

Kvalificerad leverantör ska väljas

10 § Om en anbudsinfordran görs genom en annons om kvalificeringssystem, får endast de leverantörer delta som redan är kvalificerade i systemet.

Leverantörer och andra företags kapacitet

Leverantörers åberopande av andra företags kapacitet

11 § En leverantör får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.

När kapaciteten gäller relevant yrkeserfarenhet, eller en tjänsteverantörs eller byggtreprenörs utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer hos företaget får leverantören åberopa andra företags kapacitet endast om samma företag ska utföra de tjänster eller byggtreprenader för vilka kapaciteten krävs.

Första och andra stycket gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Åberopande av andra företags kapacitet vid en upphandling

12 § Om villkoren för att tilldelas ett kontrakt är sådana som avses i 2 § och 13 kap. 1–4 §§, ska en upphandlande enhet tillämpa 15 kap. 1–14 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den kontrollerar om de andra företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller kvalificeringskraven för upphandlingen och om dessa företags förhållanden är skäl för uteslutning.

Om det vid kontrollen visar sig att det åberopade företaget inte uppfyller krav enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket som den upphandlande enheten har hänvisat till eller tillämpliga kvalificeringskrav, ska den upphandlande enheten begära att leverantören byter ut företaget mot ett annat företag.

13 § En upphandlande enhet får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

Andra företags kapacitet vid kvalificering enligt ett kvalificeringssystem

14 § Om en leverantör åberopar andra företags kapacitet, ska leverantören visa att den förfogar över de nödvändiga resurserna under hela kvalificeringssystemets giltighetstid.

15 § Om villkoren för att tilldelas ett kontrakt är sådana som avses i 2 § och 13 kap. 1–4 §§, ska en upphandlande enhet tillämpa 15 kap. 1–14 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den kontrollerar om de andra företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller kraven för kvalificeringssystemet och om dessa företags förhållanden är skäl för uteslutning.

Om det vid kontrollen visar sig att det åberopade företaget inte uppfyller krav enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket som den upphandlande enheten har hänvisat till, ska den upphandlande enheten begära att leverantören åberopar ett annat företags kapacitet.

16 § En upphandlande enhet får kräva som villkor för deltagande i kvalificeringssystemet att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

Krav avseende vissa avgörande uppgifter

17 § Den upphandlande enheten får kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras av leverantören själv om kontraktet avser en tjänst, en byggtreprenad eller ett monterings- eller installationsarbete inom ramen för en upphandling av en vara.

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

18 § Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive standarder för tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska enheten precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften.

Enheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När leverantören inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit åtgärder som leder till likvärdig kvalitets-säkring, om leverantören visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har krävt.

Miljöledningsstandarder

19 § Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder, ska enheten precisera kraven genom att hänvisa till

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas), i lydelsen enligt rådets förordning (EU) nr 517/2013,

2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller

3. andra miljöledningssystem som bygger på miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder och är certifierade från organ som har ackrediterats för uppgiften.

Enheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa att åtgärderna är likvärdiga med de som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som myndigheten har krävt.

15 kap. Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Utvärdering och tilldelning

Tilldelning av kontrakt och grunder för utvärdering

1 § En upphandlande enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Tilldelningskriterier

2 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande enheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska enheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

3 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

Livscykelkostnader

4 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud enligt 2 och 3 §§ får bedömningen utgå från en analys av kostnaderna under livscykeln för den vara eller tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas.

Livscykelkostnader får omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras.

Om enheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod enheten kommer att använda för att fastställa livscykelkostnaderna.

5 § Den upphandlande enhetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter enligt 4 § andra stycket ska grundas på objektivt verifierbara och icke-diskriminerande kriterier. De får inte på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna. Metoden ska vara tillgänglig för leverantörerna.

Metoden ska utformas så att de uppgifter som krävs med rimliga ansträngningar ska kunna tillhandahållas av en omdömesgill leverantör.

Viktning av tilldelningskriterier

6 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska enheten beakta dem genom en prioritetsordning.

Enhetsen ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas.

Onormalt låga anbud

7 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,
2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter,
5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 16 kap. 6 eller 7 §§.

Enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande enhet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

8 § Om en upphandlande enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska enheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte visat att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget, ska anbudet förkastas.

En upphandlande enhet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Beslut att inte tilldela kontrakt i vissa fall

9 § Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, får enheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet.

16 kap. Fullgörande av kontrakt**Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt**

1 § En upphandlande enhet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ha anknytning till det som anskaffas i den mening som avses i 15 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

2 § En upphandlande enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras.

Enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande enheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande enhet ska ange nivån på villkoren, ska enheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövligt.

Om det saknas förutsättningar för enheten att ange nivån för ett villkor enligt 2 § är den inte skyldig att ställa villkoret.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Villkoren får avse att de bestämmelser som gäller där arbetet utförs ska följas.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om denne är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar likvärdiga villkor för sina anställda.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande enhet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

7 § En upphandlande enhet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Enheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta enheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under kontraktets löptid.

Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Ändringar av kontrakt och ramavtal

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Ändringar av mindre värde

9 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggtreprenad.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,

2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och

3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av varor, tjänster eller bygg-entreprenader får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.

Oförutsebara omständigheter

12 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet och ändringen inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.

Byte av leverantör

13 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Ett byte av leverantör enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de villkor för uteslutning och kvalificering som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 14 kap. 1 och 2 §§.

En underleverantör till leverantören får utan en ny upphandling också inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, enheten och underleverantören.

Ändringar som inte är väsentliga

14 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,

2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,
3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av leverantör.

Beräkning av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9 § ska kontraktets eller ramavtalets värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i kontraktet eller ramavtalet.

Annonsering om ändring av kontrakt eller ramavtal

16 § En upphandlande enhet som har ändrat ett kontrakt eller ett ramavtal med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

17 § En upphandlande enhet ska se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,
2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller
3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

17 kap. Projekttävlingar

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller projekttävlingar som

1. ingår i en upphandling av en tjänst, eller
2. innefattar ersättningar till deltagarna eller tävlingspriser.

Annonsering

2 § En upphandlande enhet som avser att anordna en projekttävling ska informera om tävlingen genom en annons. Om enheten har för avsikt att därefter tilldela ett kontrakt enligt bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ska det anges i annonsen om tävlingen. Enheten ska i annonsen ange de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som den avser att använda.

Enheten ska skicka en efterannons om resultatet av projekttävlingen senast 30 dagar efter det att tävlingen avslutats.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Urval av deltagare

3 § En projekttävling får begränsas till ett visst antal tävlingsdeltagare. Den upphandlande enheten ska i annonsen ange kriterierna för urvalet av deltagare. Antalet tävlingsdeltagare som bjuds in ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås.

Rätten att delta i en projekttävling får inte begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer med hänvisning till att lagstiftningen i den medlemsstat där projekttävlingen anordnas skulle kräva det.

Juryn och dess sammansättning

4 § En jury ska utse vinnande bidrag i en projekttävling. Juryn ska bestå av fysiska personer som är opartiska och oberoende i förhållande till deltagarna i tävlingen. Om det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer för att få delta i en projekttävling, ska minst en tredjedel av ledamöterna i juryn ha motsvarande kvalifikationer.

Förfarandet i juryn

5 § När ett tävlingsbidrag presenteras för juryn får det inte framgå vem som har lämnat det. Anonymiteten ska gälla fram till dess att juryn har lämnat sitt yttrande eller meddelat sitt beslut.

Vid granskningen får juryn endast beakta de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som angetts i annonsen om projekttävlingen.

Tävlingsdeltagarna kan vid behov uppmanas av juryn att besvara frågor i syfte att klargöra projektets alla aspekter. Fullständiga protokoll ska upprättas över dialogen mellan ledamöterna i juryn och tävlingsdeltagarna.

Juryns beslut

6 § Juryn ska vara självständig i sina beslut och yttranden. Den ska rangordna tävlingsbidragen i en rapport som undertecknas av samtliga jurymedlemmar. Rapporten ska innehålla en motivering till rangordningen samt de kommentarer och klargöranden som det kan finnas behov av att göra.

18 kap. Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland

Prop. 2015/16:195

Tillämpningsområdet

1 § För anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland, med vilket Europeiska unionen inte har slutit avtal som tillförsäkrar företag från unionen jämförbart och faktiskt tillträde till marknaden i detta tredjeland, tillämpas 2 och 3 §§. Detta gäller dock inte om något annat följer av åtaganden som unionen eller Sverige har med tredjeland.

Förkastande av anbud

2 § En upphandlande enhet får vid tilldelning av varukontrakt förkasta ett anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland, om andelen sådana varor, bestämd enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 952/2013 av den 9 oktober 2013 om fastställande av en tullkodex för unionen, uppgår till mer än hälften av det totala värdet av de varor som anbudet omfattar.

Det som föreskrivs i första stycket gäller även programvara för användning i ett telekommunikationsnät.

Företräde vid flera likvärdiga anbud

3 § Om prisskillnaden mellan två eller flera anbud inte är större än tre procent och anbudet i övrigt är likvärdiga vid en bedömning enligt 15 kap. 1 §, ska företräde ges anbud som inte kan förkastas med stöd av 2 §.

19 kap. Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2.

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas

- 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner),
- 2 kap. (blandad upphandling),
- 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde),
- 4 kap. (allmänna bestämmelser), utom 6 § om begränsning av antalet anbudssökande, 9 och 10 §§ om val av anbud och 11–15 §§ om tilldelning av ett kontrakt i separata delar,
- 7 kap. (ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling), utom 9–18 §§ om gemensam upphandling med enhet från annan medlemsstat,

- 8 kap. 1–14 §§ (dynamiska inköpssystem), utom 6 § om ändringar i giltighetstiden, 8 och 11 §§ om tidsfrister samt 12 och 13 §§ om tilldelning av kontrakt och egen försäkras av leverantörer,
- 9 kap. 6 § (uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer),
- 9 kap. 13–16 §§ (märkning),
- 16 kap. 1–5 §§ (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 20 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 21 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 22 kap. (tillsyn).

3 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 6 §, 6 kap. 1 § 5 och 13–22 §§, 10 kap. 10 och 11 §§ och 11 kap. 3 §.

Vid upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, tillämpas även bestämmelserna om tekniska specifikationer i 9 kap. 1–5 och 7–12 §§, om annonsering i 10 kap. 1, 2, 4 och 5 §§ och om bevarande av information i 12 kap. 15 §.

Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 14 kap. 4–10 §§ får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt detta kapitel.

Definitioner som gäller för detta kapitel

4 § Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på anbud i viss form.

5 § Med *förenklat förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

6 § Med *urvalsförfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Upphandlingsförfaranden

7 § En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande, urvalsförfarande eller, vid ett dynamiskt inköpssystem, genom ett selektivt förfarande enligt 6 kap. 3 §. Vid ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande får en elektronisk auktion genomföras enligt 8 kap. 15–27 §§.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 3 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller vid upphandling av varor och tjänster. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna

för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. Prop. 2015/16:195
5–12 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den
upphandlande enheten ska besluta riktlinjer för användning av direkt-
upphandling.

Beräkning av värdet av en upphandling

8 § Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av enheten under räkenskapsåret.

Annonsering

9 § Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

En upphandlande enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Annonserna ska finnas tillgängliga i databasen under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

10 § En upphandlande enhet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 10 kap.

Innehåll i en annons

11 § En annons om upphandling enligt 9 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande enheten.

En enhet som avser att reservera deltagandet i en upphandling enligt 4 kap. 16 §, ska i annonsen enligt 9 § ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverad upphandling.

12 § Vid förenklat förfarande ska annonsen om upphandling innehålla uppgift om

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas,
2. den dag då ansökan senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Annonsering om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling

13 § En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om innehållet i en annons enligt denna paragraf.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

14 § Den upphandlande enheten ska vid annonsering enligt 9 § med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Första och andra styckena gäller även när den upphandlande enheten annonserar om upphandling enligt 10 kap.

Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

15 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 9 § andra eller tredje stycket.

Vid ett dynamiskt inköpssystem ska inte några tidsfrister gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen skickats.

Kommunikation

16 § Bestämmelserna i 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket gäller vid upphandling som avses i detta kapitel. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling.

Öppnande av anbud

17 § Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbuden ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Kontroll och uteslutning av leverantörer

18 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1 §.

En leverantör får uteslutas i enlighet med 13 kap. 2–4 §§.

En upphandlande enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller begäran om upplysningar ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

19 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 13 kap. 2 § ska den upphandlande enheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Begränsad kontroll

20 § En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 29 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Egen försäkran och kontroll av leverantörer vid dynamiska inköpssystem

21 § En leverantör som ansöker om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 18 § för att utesluta leverantören och att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande enheten har ställt.

Den upphandlande enheten får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet lämnar in en ny sådan egen försäkran som avses i första stycket.

Innan den upphandlande enheten tilldelar ett kontrakt enligt det dynamiska inköpssystemet ska enheten fråga den leverantör som den avser att tilldela kontraktet begära in och kontrollera de uppgifter som ligger till grund för en sådan egen försäkran som avses i första stycket. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Prövning av anbudsansökningar och anbud

22 § En upphandlande enhet ska pröva alla anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 18 §.

Tillgång till andra företags kapacitet

23 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett

åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Tilldelning av kontrakt

24 § En upphandlande enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

25 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

26 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska enheten i stället beakta dem genom en prioritetsordning.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Onormalt låga anbud

27 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Enheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Information till leverantörer

28 § En upphandlande enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

29 § Vid förenklat förfarande, urvalsförfarande, konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket innebär inte att ett anbud förfaller.

Dokumentation

30 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

31 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, information som bevaras enligt 12 kap. 15 §, sådana dokument som avses i 30 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande enhet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt detta kapitel. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

32 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 33 §.

33 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 19–23 §§.

Projekttävlingar

34 § Bestämmelserna i 17 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, om tävlingens värde överstiger det värde som anges i 7 § tredje stycket.

Vid anordnande av projekttävlingar ska 7 § tillämpas. En projekttävling ska annonseras enligt 9, 11 och 12 §§.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

20 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 5–12 §§,
2. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller
3. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 10 kap. 6 § eller 19 kap. 13 § får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

6 § Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

7 § Om den upphandlande enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har

gått från det att den upphandlande enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap., eller

2. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande enhet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande enhet genom annons enligt 10 kap. 6 § eller 19 kap. 13 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 5 §, eller

2. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Skadestånd

20 § En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

21 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3, eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m. Prop. 2015/16:195

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

22 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång, eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten.

3 § En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
 3. Genom lagen upphävs lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
 4. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och Nace, ska CPV-nomenklaturen tillämpas.

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
45			Byggverk-samhet	Denna huvudgrupp omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten	
		45.11	Rivning av hus; mark-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: – avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Denna undergrupp omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersök-ning	Denna undergrupp omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Denna undergrupp omfattar inte: – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas, se 11.20 – brunnborrning, se 45.25 – schaktsänkning, se 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, se 74.20

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av alla slags byggnader, byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor – rörledningar för fjärtransport, fjärrnät för el och telekommunikation – rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation – därmed förknippade arbeten – montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, se 11.20 – uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, se huvudgrupperna 20, 26 och 28 – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, se 45.23 – bygginstallationer, se 45.3 – slutbehandling av byggnader, se 45.4 – arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, se 74.20 – projektledning för byggande, se 74.20
		45.22	Takarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av tak – taktäckning – impregnering

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.23	Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser Denna undergrupp omfattar inte: – förberedande markarbeten, se 45.11
		45.24	Vattenbyggnad	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av: – vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning: – grundläggning inklusive pålning – borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stålelement – bockning av stål – murning och stenläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, se 71.32

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.3		Bygginstallationer	
		45.31	Elinstallationer	Denna undergrupp omfattar: installation i byggnader och andra anläggningar av: – elkablar och elarmatur – telekommunikationssystem – elvärmesystem – antenner – brandlarm – tjuvlarm – hissar och rulltrappor – åskledare etc.
		45.32	Isoleringsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Denna undergrupp omfattar inte: – impregnering, se 45.22
		45.33	VVS-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av: – vattensystem samt sanitetsutrustning – gasarmaturer – värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar – sprinklersystem Denna undergrupp omfattar inte: – installation av elvärmesystem, se 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	Denna undergrupp omfattar: – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stukatörsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads-snickeriarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar Denna undergrupp omfattar inte: – läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, se 45.43
		45.43	Golv- och vägg-beläggningsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av: – vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten – parkett och andra golvbeläggningar av trä – mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast – terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller -väggar – tapeter
		45.44	Måleri- och glasmästeri-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – invändig och utvändig målning av byggnader – målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – installation av glas, speglar etc. Denna undergrupp omfattar inte: – installation av fönster, se 45.42

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	Denna undergrupp omfattar: – installation av privata simbassänger – rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader – annan slutbehandling av byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, se 74.70
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, se 71.32

Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Beskrivning	CPV-kod	
Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster	75200000-8	
	75231200-6	
	75231240-8	
	79611000-0	
	79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal)	
	79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal)	
	79625000-1 (Förmedling av läkare)	
	Från 85000000-9 till 85323000-9	
	98133100-5	
	98133000-4	
	98200000-5	
	98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal)	
	Från 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst).	
	Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur	85321000-5
		85322000-2
		75000000-6 (Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster)
		75121000-0
	75122000-7	
	75124000-1	
	Från 79995000-5 till 79995200-7	
	Från 80000000-4 (Undervisning och utbildning) till 80660000-8	
	Från 92000000-1 till 92700000-8	
	79950000-8 (Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser)	
	79951000-5 (Organisering av seminarier)	
	79952000-2 (Evenemang)	
	79952100-3 (Anordnande av kulturevenemang)	
	79953000-9 (Festivalarrangemang),	
	79954000-6 (Festarrangemang)	
	79955000-3 (Anordnande av modevisningar)	
	79956000-0 (Anordnande av mässor och utställningar)	

Beskrivning	CPV-kod
Obligatorisk socialförsäkring	75300000-9
Bidragstjänster	75310000-2 75311000-9 75312000-6 75313000-3 75313100-4 75314000-0 75320000-5 75330000-8 75340000-1
Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster	98000000-3 98120000-0 98132000-7 98133110-8 98130000-3
Tjänster i samband med religionsutövande	98131000-0
Hotell- och restaurangtjänster	Från 55100000-1 till 55410000-7 Från 55521000-8 till 55521200-0 (55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser) 55520000-1 Catering 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner 55524000-9 Skolbespisning 55510000-8 Matsalstjänster 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal 55523100-3 Servering av skolmåltider.
Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 28 och 29 §§ denna lag	Från 79100000-5 till 79140000-7 75231100-5
Övrig statsförvaltning och statliga tjänster	Från 75100000-7 till 75120000-3 75123000-4 Från 75125000-8 till 75131000-3
Samhällstjänster	Från 75200000-8 till 75231000-4

Beskrivning	CPV-kod
Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 32 § denna lag	Från 75231210-9 till 75231230-5 Från 75240000-0 till 75252000-7 794300000-7 98113100-9
Undersöknings- och säkerhetstjänster	Från 79700000-1 till 79721000-4 (Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster) 79722000-1 (Grafologi) 79723000-8 (Avfallsanalys)
Internationella tjänster	98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ) 98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ).
Posttjänster	64000000-6 (Post- och telekommunikations-tjänster) 64100000-7 (Post- och budtjänster) 64110000-0 (Postgång) 64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter) 64112000-4 (Posttjänster för brev) 64113000-1 (Posttjänster för paket) 64114000-8 (Postkassörstjänster) 64115000-5 (Förhyrning av postbox) 64116000-2 (Poste restantetjänster) 64122000-7 (Internpost)
Diverse tjänster	50116510-9 (Regummering av däck) 71550000-8 (Smedtjänster)

Definitioner av vissa tekniska specifikationer

I lagen gäller följande definitioner:

- *Tekniska specifikationer i fråga om byggentreprenadkontrakt:* samtliga tekniska föreskrifter, i synnerhet de som anges i upphandlingsdokumenten och som anger de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att det eller den ska lämpa sig för den av den upphandlande enheten planerade användningen. Dessa egenskaper omfattar miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning), bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, säkerhet eller dimensioner, inbegripet förfaranden för kvalitetssäkring, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar samt produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av byggentreprenadens livscykel. De innefattar även bestämmelser om projektering och kostnadsberäkning, provnings- och kontrollregler, villkoren för att byggentreprenaden ska godkännas, tekniken eller metoderna för byggverksamheten samt samtliga övriga tekniska villkor som den upphandlande enheten i enlighet med allmänna eller särskilda förordningar kan föreskriva i fråga om den fullbordade byggentreprenaden samt om ingående material eller delar.
7. *Teknisk specifikation i fråga om tjänste- eller varukontrakt:* en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller en tjänsts egenskaper, t.ex. kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning) och bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, produktens användningsområde, säkerhet eller dimensioner, inbegripet sådana krav som avser varubeteckning, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning och etikettering, bruksanvisningar, produktionsprocesser och produktionsmetoder i alla faser av varans eller tjänstens livscykel liksom förfaranden vid bedömning av överensstämmelse.
 8. *Standard:* en teknisk specifikation som antagits av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad eller kontinuerlig tillämpning, med vilken överensstämmelse inte är obligatorisk och som är en av följande:
 - internationell standard: en standard som antagits av ett internationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - européisk standard: en standard som antagits av ett europeiskt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - nationell standard: en standard som antagits av ett nationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.

9. *Europeisk teknisk bedömning*: en dokumenterad bedömning av en byggprodukts prestanda i förhållande till dess väsentliga egenskaper i enlighet med relevant europeiskt bedömningsdokument enligt artikel 2.12 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 305/2011 av den 9 mars 2011 om fastställande av harmoniserade villkor för saluföring av byggprodukter, i lydelsen enligt Kommissionens delegerade förordning (EU) nr 574/2014.
10. *Gemensam teknisk specifikation*: en teknisk specifikation på IKT-området som utarbetats i enlighet med artiklarna 13 och 14 i Europaparlamentet och Rådets förordning (EU) 1025/2012 om europeisk standardisering, i den ursprungliga lydelsen.
11. *Teknisk referens*: ett dokument, med undantag för europeiska standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med förfaranden som anpassats till utvecklingen av marknadens behov.

Härigenom föreskrivs¹ följande.

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

- 1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner
 - 2 kap. – Blandad upphandling
 - 3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde
 - 4 kap. – Allmänna bestämmelser
 - 5 kap. – Tröskelvärde
 - 6 kap. – Förfarandet vid upphandling
 - 7 kap. – Tekniska krav och funktionskrav
 - 8 kap. – Annonsering av upphandling
 - 9 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud
 - 10 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation
 - 11 kap. – Uteslutning av leverantörer
 - 12 kap. – Kvalificering
 - 13 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner
 - 14 kap. – Fullgörande av koncessioner
 - 15 kap. – Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3
 - 16 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd
 - 17 kap. – Upphandlingsskadeavgift
 - 18 kap. – Tillsyn
- Till lagen hör följande bilagor:
- Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenadkontrakt
 - Bilaga 2 – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter
 - Bilaga 3 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Upphandling av koncessioner

2 § Denna lag gäller för upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet (upphandling av koncessioner). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av en koncession.

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i den ursprungliga lydelsen.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Tröskelvärden

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och den inte avser en tjänstekoncession av sådant slag som anges i bilaga 3, ska upphandlingen genomföras med tillämpning av denna lag utom 15 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling understiger tröskelvärdet eller om den avser en tjänstekoncession av sådant slag som anges i bilaga 3, ska den genomföras med tillämpning av 15 kap.

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av koncessioner som avser forsknings- och utvecklingstjänster och som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Var finns definitioner och förklaringar?

6 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

- Anknutet företag i 3 kap. 21 §
- Blandade kontrakt i 2 kap. 1 §
- CPV-nomenklaturen i 4 kap. 9 §
- Direktupphandling i 15 kap. 6 §
- Intern upphandling i 3 kap. 13–18 §§
- Leverantör av medietjänster i 3 kap. 28 §.

Definitioner

7 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i ett förfarande för upphandling av en koncession.

8 § Med *byggkoncession* avses en koncession om byggentreprenad genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren

1. utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller

3. realiseringen av ett byggnadsverk, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

9 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

10 § Med *direktiv 2014/23/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i den ursprungliga lydelsen.

11 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

12 § Med *ensamrätt* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet till ett enda företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

13 § Med *koncession* avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där

1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,
2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och
3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren.

14 § Med *koncessionsdokument* avses varje dokument som en upphandlande myndighet eller enhet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen.

15 § Med *koncessionshavare* avses en leverantör som har tilldelats en koncession.

16 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

17 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller

3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

18 § Med *särskild rättighet* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet till två eller flera företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

19 § Med *tjänstekoncession* avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som avses i 8 §.

20 § Med *upphandlande enhet* avses i denna lag en enhet som bedriver någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet och som är

1. en statlig eller kommunal myndighet, beslutande församling i en kommun eller ett landsting, ett offentligt styrt organ som avses i 17 § eller en sammanslutning av en eller flera myndigheter eller församlingar eller en sammanslutning av ett eller flera offentligt styrda organ,
2. ett företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller
3. en annan enhet än de som anges i 1 och 2, om den bedriver sin verksamhet med stöd av en sådan ensamrätt enligt 12 § eller en särskild rättighet enligt 18 § som beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som anges i bilaga 2.

Ett bestämmande inflytande enligt första stycket 2 ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

En sådan enhet som anges i första stycket 3 utgör inte en upphandlande enhet om den har beviljats särskilda rättigheter eller ensamrätter genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet av dessa rättigheter har grundats på objektiva kriterier.

21 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församling i en kommun eller ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 17 §, och
3. sammanslutning av
 - a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller
 - b) ett eller flera organ enligt 2.

En myndighet som bedriver någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet utgör dock inte en upphandlande myndighet enligt denna lag.

22 § Med *verksamhetsrisk* avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.

23 § Med *övertagande av verksamhetsrisk* avses att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och

2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.

2 kap. Blandad upphandling

Blandade kontrakt

1 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser både byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, eller

2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 2 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 3–12 §§.

Blandade kontrakt som avser flera typer av koncessioner enligt denna lag

2 § Om ett blandat kontrakt avser både byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för den koncession som är huvudföremålet för kontraktet.

För koncessioner som består av både sådana tjänster som anges i bilaga 3 och andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Blandade kontrakt, inom en och samma verksamhet, som regleras i såväl denna lag som av andra bestämmelser

Delbara och odelbara blandade kontrakt

3 § Ett delbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 4–11 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12 §.

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

4 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela separata kontrakt för de

olika delarna. Myndigheten eller enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

5 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 7–11 §§.

7 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen om offentlig upphandling, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. lagen om offentlig upphandling, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen och värdet av den upphandling som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

8 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det avser dels upphandling enligt denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, om värdet av den upphandling som regleras i den lagen beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt den lagen och värdet av den upphandling som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

9 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta

gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i Prop. 2015/16:195 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

10 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

11 § Bestämmelserna i 9 och 10 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

12 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt avser både tjänstekoncession enligt denna lag och varor, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna respektive varorna.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten eller enheten tilldela det med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Upphandling som rör såväl verksamhet som anges i bilaga 2 som annan verksamhet

13 § Om ett kontrakt rör såväl verksamhet som anges i bilaga 2 som annan verksamhet, får den upphandlande enheten i enlighet med bestämmelserna i 14–20 §§ välja att tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.

14 § Den upphandlande enheten får inte tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Tilldelning av separata kontrakt för olika verksamheter

15 § Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt, ska för varje kontrakt tillämpas de bestämmelser som gäller för det kontraktet.

Tilldelning av ett enda kontrakt som rör flera verksamheter

16 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet och den upphandlande enheten tilldelar kontraktet som ett enda, ska för kontraktet tillämpas de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör.

Om kontraktet till någon del rör verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller till någon del regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, ska dock 18–20 §§ tillämpas.

17 § Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör ska följande gälla:

1. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras av de bestämmelser i denna lag som gäller för en upphandlande myndighet och övriga delar avser verksamhet som regleras av de bestämmelser i denna lag som gäller för en upphandlande enhet, ska kontraktet tilldelas i enlighet med de bestämmelser i lagen som gäller för upphandling av upphandlande myndigheter.

2. Om kontraktet till någon del rör avser verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i den lagen.

3. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i denna lag och den eller de andra verksamheterna inte regleras i denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

Tilldelning av ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

18 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag om en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Detta gäller även om kontraktet också innehåller delar som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

19 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten, om kontraktet till en del avser verksamhet som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

20 § Bestämmelserna i 18 och 19 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder.

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

1 § Denna lag gäller inte för upphandling av sådana koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet

1. för vilka tillämpningen av denna lag skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen,

2. som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram som avses i 1 kap. 10 § 3 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

3. som en regering tilldelas av en annan regering och som avser

a) tillhandahållande av militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär,

b) byggentreprenader och tjänster med direkt anknytning till sådan utrustning som avses i a,

c) byggentreprenader och tjänster särskilt avsedda för militära syften eller av känslig karaktär,

4. som, av operativa skäl, måste tilldelas och utföras av en leverantör i ett område utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) territorium där operationen genomförs, eller

5. som på annat sätt omfattas av ett undantag i denna lag.

Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet har samma betydelse som i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

2 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av koncessionen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling enligt denna lag.

3 § Denna lag gäller inte för andra koncessioner än sådana som avses i 1 eller 2 §, om skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen genomförs enligt denna lag.

Elektronisk kommunikationstjänst

4 § Denna lag gäller inte för koncessioner som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att

1. tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller

2. för allmänheten tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst.

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst har samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Verksamhet i en stat utanför EES

5 § Denna lag gäller inte för koncessioner som avser utövande av verksamhet i en stat som inte ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i en eller flera EES-stater.

Upphandling enligt vissa internationella regler

6 § Denna lag gäller inte för koncessioner som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalslutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

7 § Denna lag gäller inte koncessioner som berör försvars- och säkerhetsintressen och som regleras av särskilda förfaranderegler

1. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse mellan en eller flera av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon eller några andra stater,

2. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse om stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller

3. som tillämpas av en internationell organisation när den gör inköp för sitt eget bruk och inte heller koncessioner som ska tilldelas av en stat inom EES i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för en koncession som en upphandlande myndighet eller enhet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när koncessionen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om koncessionen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Denna bestämmelse ska inte tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet.

Tjänstekoncessioner som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte för en tjänstekoncession när en upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 tilldelar en annan upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Denna lag gäller inte heller för en tjänstekoncession som tilldelas en leverantör på grund av att leverantören har ensamrätt att utföra tjänsten, om ensamrätten har beviljats i enlighet med unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som anges i bilaga 2. Bestämmelserna om efterannons om resultatet av en upphandling i 8 kap. 6 § ska dock tillämpas om det inte i berörd lagstiftning finns särskild reglering om öppenhet och insyn.

När en leverantör beviljas ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 ska Europeiska kommissionen underrättas om detta inom en månad. Prop. 2015/16:195

Lufttransport

10 § Denna lag gäller inte för en tjänstekoncession för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen, i den ursprungliga lydelsen.

Vattenområdet

11 § Denna lag gäller inte för koncessioner som avser

1. tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten, eller

2. leverans av dricksvatten till sådana nät.

12 § Denna lag gäller inte för koncessioner som har anknytning till sådan verksamhet som avses i 11 § och som avser

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering, förutsatt att den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Intern upphandling

13 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart eller motparten till en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om koncessionen är att anse som en intern upphandling enligt 14–18 §§.

Med upphandlande enhet avses i 14–18 §§ endast sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

14 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten eller enheten utövar över sin egen förvaltning,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för myndighetens eller enhetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som myndigheten eller enheten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet eller enhet ska anses utöva sådan kontroll enligt första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt

kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten eller enheten.

15 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter eller enheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna eller enheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för myndigheternas eller enheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som myndigheterna eller enheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter och enheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter eller enheter,

2. myndigheterna eller enheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas eller enheternas intressen.

16 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

17 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens och motpartens strategiska

mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

18 § Verksamhetsandelen enligt 14 § första stycket 2, 15 § första stycket 2, 16 § första stycket 2 och 17 § första stycket 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter och enheter

19 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna eller enheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna eller enheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas eller enheternas gemensamma mål,

2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna eller enheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Med upphandlande enhet avses i denna paragraf och 20 § endast sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

20 § Verksamhetsandelen enligt 19 § första stycket 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens eller enhetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Anknutna företag och samriskföretag

21 § Med *anknutet företag* avses

1. ett företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,

2. ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och

3. ett företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG, i lydelsen enligt rådets direktiv 2014/102/EU.

Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

22 § Under de förutsättningar som anges i 23 § gäller inte denna lag för koncessioner som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller
2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som anges i bilaga 2, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dessa enheter.

23 § Bestämmelserna i 22 § gäller under förutsättning att företagets tillhandahållande med anledning av tilldelningen av tjänste- eller byggkoncessioner motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av tjänster respektive byggentreprenader under de föregående tre åren.

Om ett anknutet företag inte kan visa sin omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som avses i första stycket kommer att uppnås.

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande tjänster eller byggentreprenader ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från tjänster respektive byggentreprenader från dessa anknutna företag.

24 § Denna lag gäller inte för en koncession som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av bilaga 2, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller
2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

25 § På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat en koncession med tillämpning av något av undantagen i 22 eller 24 § lämna uppgifter till kommissionen om

1. namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen och

2. de berörda koncessionernas art och värde.

Den upphandlande enheten ska också tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 22–24 §§.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

26 § Denna lag gäller inte om verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde och detta har fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

27 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillhör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Radio- och tv-området

28 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner

1. som ska genomföras av en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster, eller

2. som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som ska tillhandahållas av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

29 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Vissa juridiska tjänster

30 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,

2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller

3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

31 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,
2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,
3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Vissa finansiella tjänster

32 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
2. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster som utförs av en centralbank,
3. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller
4. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Vissa tjänster inom områdena civilt försvar, räddningstjänst och förebyggande av fara

33 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanlutningar, och
2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Politiska kampanjer

34 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser politiska kampanjer och som omfattas av CPV-koderna 79341400-0, 92111230-3 eller 92111240-6, om de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj.

Lotteritjänster

35 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster som omfattas av CPV-koden 92351100-7 och som staten tilldelar en leverantör på grund av en ensamrätt. En sådan ensamrätt ska offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning.

Med ensamrätt avses i denna paragraf inte sådana ensamrätter som anges i 1 kap. 20 § tredje stycket. Prop. 2015/16:195

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling av koncessioner

1 § Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

Rätten att få delta i en upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

Juridiska personer får åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet eller enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad koncessionen, om det krävs för att koncessionen ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange i något av koncessionsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap enligt 12 kap. 2 § om det är berättigat av objektiva skäl.

Myndigheten eller enheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra koncessionen om det är berättigat av objektiva skäl.

Begränsning av antalet anbudssökande eller anbud

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får med användning av objektiva kriterier begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud eller antalet anbud. Antalet ska vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

Val av anbud

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska innan den tilldelar en koncession enligt 13 kap. kontrollera

1. att anbudet, i tillämpliga fall, uppfyller de minimikrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt,
2. att anbudet uppfyller de villkor för deltagande som myndigheten eller enheten har fastställt, och
3. om anbudsgivaren ska uteslutas med stöd av 11 kap.

Reserverad upphandling

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller
2. föreskriva att en koncession ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

CPV-nomenklaturen

9 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggtreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

Koncessioners löptid

10 § Koncessioner ska vara tidsbegränsade. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bestämma löptiden på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som efterfrågas.

11 § Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.

Vid beräkningen ska hänsyn tas till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens löptid ska beaktas vid beräkningen.

Tillämpligt tröskelvärde

1 § Det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 8 i direktiv 2014/23/EU eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 9 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Värdet av en koncession

2 § Värdet av en koncession ska uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inbegripet varor som följer med sådana byggtreprenader och tjänster.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

Värdetidpunkten

3 § Uppskattningen av en koncessions värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfördran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

4 § Om värdet av koncessionen vid tidpunkten för tilldelningen är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet enligt 2 §, ska värdet vid tilldelningen användas.

Metod för uppskattning av värdet av en koncession

5 § Värdet av en koncession ska uppskattas med hjälp av en objektiv metod. Metoden ska anges i något av koncessionsdokumenten. Vid uppskattningen ska, i tillämpliga fall, hänsyn tas till

1. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul i fråga om koncessionens varaktighet,

2. intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter som tas ut från användarna av byggnadsverken eller tjänsterna, utom sådana som tagits ut på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar,

3. ersättningar eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får av den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet, inbegripet ersättning för fullgörandet av en skyldighet att tillhandahålla ett offentligt uppdrag och offentligt investeringsstöd,

4. värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får från tredje part för utförandet av koncessionen,

5. intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen,

6. värdet av alla varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av de upphandlande myndigheterna eller enheterna förutsatt att de är nödvändiga för att utföra byggtreprenaderna eller tjänsterna, och

7. premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare.

Förbud mot kringgående

6 § Metoden för att uppskatta en koncessions värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet blir tillämpliga.

7 § En upphandling av en koncession får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Upphandling av delkontrakt

8 § Om en planerad byggtreprenad eller ett planerat tillhandahållande av tjänster kan innebära att flera koncessioner upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av koncessionerna beaktas vid tillämpningen av 1 §. Om tröskelvärdet då överskrids, ska varje koncession upphandlas enligt bestämmelserna i denna lag om upphandling över tröskelvärdet.

6 kap. Förfarandet vid upphandling

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna i 4 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs.

Koncessionsdokumenten

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen enligt 8 kap. 1 § beskriva koncessionen och villkoren för deltagande. Tilldelningskriterierna enligt 13 kap. 1 § ska anges i något av koncessionsdokumenten. Detsamma gäller minimikrav i form av uppställda villkor eller krav på tekniska, fysiska, funktionella eller rättsliga egenskaper som alla anbud ska uppfylla.

Tidsplan

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en tidsplan för förfarandet med en preliminär tid för slutförandet. Samtliga deltagare ska få del av planen.

Om ändringar görs i planen, ska samtliga deltagare underrättas om ändringen. Om en ändring avser sådant som angetts i annonsen, ska detta offentliggöras.

Förhandlingar

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med anbudssökande och anbudsgivare.

Det som anskaffas genom koncessionen, tilldelningskriterierna och uppställda minimikrav får inte ändras under förhandlingarna.

1 § Tekniska krav och funktionskrav ska redovisas i något av koncessionsdokumenten. De ska ange de egenskaper som byggtreprenaden eller tjänsten ska ha. Egenskaperna får också avse processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla byggtreprenaden eller tjänsten under förutsättning att de avser det som ska anskaffas och står i proportion till värdet av anskaffningen och syftet med den.

2 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska kraven och funktionskraven inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

3 § Om en upphandlande myndighet eller enhet ställer vissa tekniska krav eller funktionskrav, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att tjänsten eller byggtreprenaden inte stämmer överens med kraven, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

8 kap. Annonsering av upphandling

Annons om upphandling

1 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession ska informera om detta genom att annonsera upphandlingen.

I 3 och 4 §§ finns bestämmelser om undantag från denna skyldighet.

Förhandsannons om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

2 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession för sådana tjänster som anges i bilaga 3 ska informera om detta genom en förhandsannons.

Upphandling utan föregående annonsering

3 § En upphandlande myndighet eller enhet får tilldela en koncession utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör på grund av

1. att syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,
2. att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller

3. skyddet av en ensamrätt, oavsett om den är sådan som anges i 1 kap. 12 §.

Ett sådant förfarande får, i de fall som regleras i första stycket 2 och 3, tillämpas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

4 § Förutsatt att villkoren i upphandlingsdokumenten inte ändrats väsentligt får en upphandlande myndighet eller enhet tilldela en koncession utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. En rapport om detta ska lämnas till Europeiska kommissionen om den begär det.

5 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 11 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten fastställt. En anbudsansökan ska också anses olämplig om den innefattar ett olämpligt anbud.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för koncessionen och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens krav enligt koncessionsdokumenten.

Efterannons om resultatet av en upphandling

6 § En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att koncessionen tilldelats.

Trots första stycket får myndigheten eller enheten vid tilldelning av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal.

Annons om tilldelning av en koncession utan föregående annonsering

7 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession utan föregående annonsering enligt 3 och 4 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

Bemyndigande

8 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten

9 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag då annonsen om upphandling

publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen. Prop. 2015/16:195

Detta gäller dock inte om annonsen om upphandling inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud. I sådana fall ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten i stället ges med elektroniska medel från och med den dag då inbjudan att lämna anbud skickas till utvalda anbudssökande. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan.

10 § Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges enligt 9 § första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges enligt 9 § andra stycket, ska inbjudan att lämna anbud upplysa om att dokumentet kommer att skickas på annat sätt än med elektroniska medel. En sådan upplysning behöver dock inte lämnas om dokumentet i stället bifogas inbjudan.

Anbudets giltighetstid

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i en annons om upphandling eller i en inbjudan att lämna anbud ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En underrättelse enligt 10 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 10 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

9 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Bestämmande av tidsfrister

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten eller enheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad koncessionen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet. Om anbudsansökningar eller anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta en anbudsansökan eller ett anbud.

Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

2 § Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om förfarandet genomförs stegvis, ska dock tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 22 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 3 eller 4 §.

Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

3 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbuden skickas in elektroniskt, får tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till

1. minst 25 dagar i fall som avses i 2 § första stycket, och
2. minst 17 dagar i fall som avses i 2 § andra stycket.

Förlängning av tidsfristen för anbud

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten med elektroniska medel enligt 8 kap. 9 §, ska tidsfristen för att komma in med anbud förlängas med fem dagar.

10 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Myndigheten eller enheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Myndigheten eller enheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande myndighet eller enhet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får myndigheten eller enheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,

2. brister i informationssäkerheten hos myndigheten eller enheten, eller
3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande myndigheten eller enheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling lämna information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling.

Avancerad elektronisk underskrift

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Myndigheten eller enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,
2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och
3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Information till leverantörer

Kompletterande upplysningar

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela en koncession. Underrättelsen ska innehålla namnet på den utvalda anbudsgivaren, skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr). En anbudssökande eller anbudsgivare vars ansökan respektive anbud har förkastats ska underrättas om skälen för detta beslut.

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter det att annonsen om upphandling publicerats samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Dokumentation

14 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

15 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteck-

ningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 § och Prop. 2015/16:195 liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

11 kap. Uteslutning av leverantörer

När en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som är en myndighet ska utesluta en leverantör

1 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten genom kontroll eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättning av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten genom kontroll eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

När en upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör

3 § En upphandlande enhet som inte är en sådan enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 får på de grunder som anges i 1 och 2 §§ utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om

1. myndigheten eller enheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. myndigheten eller enheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten eller enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten eller enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt detta kapitel eller av att leverantören uppfyller uppställda villkor för kvalificering,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som krävs, eller

8. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, urval av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Första stycket gäller även för uteslutning av en leverantör vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet, om leverantören på grundval av någon form av bevis, inbegripet skyddade datakällor, har befunnits sakna den tillförlitlighet som krävs för att utesluta risker för rikets säkerhet. Myndigheten eller enheten får grunda sitt beslut på någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor. Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet har samma betydelse som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Utredning

5 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten eller enheten utgör skäl för uteslutning.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 4 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller misskötsamheten,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna eller enheterna, och

3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller misskötsamhet.

De åtgärder som leverantören har vidtagit, ska bedömas med beaktande av brottets eller misskötsamhetens allvar och de särskilda omständigheterna kring brottet misskötsamheten.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas på de grunder som anges i 2 §.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande myndighet eller enhet kan när som helst under ett upphandlingsförfarande utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

12 kap. Kvalificering

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska kontrollera att villkoren för deltagande är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna om att villkoren är uppfyllda eller med utgångspunkt i referenser som lämnats som bevis enligt krav i annonsen.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får, för kvalificering av leverantörer, endast tillämpa villkor som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning. Villkoren ska vara proportionerliga med hänsyn till syftet att säkerställa verklig konkurrens och ska grunda sig på ett behov att se till att leverantören har förmåga att utföra koncessionen med hänsyn till föremålet för denna.

Leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet

3 § En leverantör får för en koncession åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla något villkor för kvalificering.

Ett annat företags kapacitet får åberopas enligt första stycket oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företaget. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs under varje del av koncessionstiden.

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av koncessionen om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

13 kap. Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner

Utvärdering och tilldelning

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som

1. är förenliga med de principer som anges i 4 kap. 1 §,
2. har anknytning till det som ska anskaffas

3. säkerställer att anbudet bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten, och

4. inte ger myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet.

Tilldelningskriterierna ska göra det möjligt för myndigheten eller enheten att effektivt kontrollera de uppgifter som leverantörerna lämnar.

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska kontrollera att anbudet uppfyller tilldelningskriterierna.

Prioritetsordning för tilldelningskriterier

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange tilldelningskriterierna i prioritetsordning.

Om det i ett anbud föreslås en innovativ lösning med funktionella prestanda på en synnerligen hög nivå som den upphandlande myndigheten eller enheten inte hade kunnat förutse, får myndigheten eller enheten ändra prioritetsordningen om det finns särskilda skäl för det. En sådan ändring ska medföra att de nya möjligheter som den innovativa lösningen innebär kan beaktas.

Prioritetsordningen får inte ändras så att det leder till diskriminering.

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten ändrar prioritetsordningen enligt 3 § andra stycket, ska myndigheten eller enheten informera samtliga anbudsgivare om ändringen och inbjuda dem att lämna nytt anbud. Vid bestämning av tidsfristen för att lämna anbud ska 9 kap. 2 § andra stycket tillämpas.

Om tilldelningskriterierna angetts i annonsen om upphandling, ska myndigheten eller enheten publicera en ny annons med den ändrade prioritetsordningen. Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska bestämmas enligt 9 kap. 2 § första stycket.

14 kap. Fullgörande av koncessioner

Särskilda villkor för fullgörande av koncessioner

1 § En upphandlande myndighet eller enhet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur en koncession ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av koncession ska ha anknytning till det som anskaffas och anges i upphandlingsdokumenten.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

2 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra koncessionen enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt koncessionen minst ska tillförsäkras.

Myndigheten eller enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra koncessionen uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande myndighet eller enhet ska ange nivån på villkoren, ska myndigheten eller enheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövt.

Om det saknas förutsättningar för myndigheten eller enheten att ange nivån för ett villkor är den inte skyldig att ställa villkoret.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, om det är behövt, kräva att leverantören ska fullgöra koncessionen enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Myndigheten eller enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra koncessionen uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Myndigheten eller enheten får även kräva att arbetet ska utföras enligt de arbetsrättsliga bestämmelser som gäller där arbetet utförs.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om denne är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar motsvarande villkor för sina anställda.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra en koncession

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av koncessionen som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra koncessionen i den delen. Prop. 2015/16:195

Myndigheten eller enheten ska i något av koncessionsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av en koncession påbörjas

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtrepenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten eller enheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Myndigheten eller enheten ska också ställa krav på att koncessionshavaren ska underrätta myndigheten eller enheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under koncessionens löptid.

Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Ändringar av en koncession

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Ändringar av mindre värde

9 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av koncessionens värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. 10 procent av koncessionens värde.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en koncession enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § En koncession får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av koncessionsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av tjänster eller byggtrepenader får göras från koncessionshavaren utan att en ny upphandling måste genomföras, om

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. koncessionshavaren av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av koncessionshavare skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om upphandlingen har genomförts av en upphandlande myndighet, och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som anges i bilaga 2, är en beställning enligt första stycket dock endast tillåten om den inte innebär att värdet av koncessionen ökar med mer än 50 procent. Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild beställning.

Oförutsebara omständigheter

12 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela koncessionen och ändringen inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.

Om upphandlingen har genomförts av en upphandlande myndighet, och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som anges i bilaga 2, är en ändring enligt första stycket dock endast tillåten om den inte innebär att värdet av koncessionen ökar med mer än 50 procent. Om flera på varandra följande ändringar genomförs, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Byte av koncessionshavare

13 § En koncession får ändras genom att en koncessionshavare byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av koncessionen.

Ett byte av koncessionshavare enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 11 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 12 kap. 2 §.

En underleverantör till koncessionshavaren får utan en ny upphandling också inträda i koncessionshavarens ställe till följd av en överenskommelse mellan koncessionshavaren, myndigheten eller enheten och underleverantören.

14 § En koncession får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, hade medfört att andra anbudssökande bjudits in att delta, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,
2. innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren,
3. medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av koncessionshavare.

Beräkning av koncessionens värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9 § första stycket, 11 § andra stycket och 12 § andra stycket ska koncessionens värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i koncessionen.

Om koncessionen inte innehåller någon indexeringsklausul, ska koncessionens värde före ändringen i stället beräknas med hänsyn till den genomsnittliga inflationen i Sverige.

Annonsering om ändring av en koncession

16 § En upphandlande myndighet eller enhet som har ändrat en koncession med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Avslutande av koncessioner

17 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kontrakt som avser koncessioner enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,
2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller
3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Villkoren för att avsluta koncessionen ska anges i något av koncessionsdokumenten.

15 kap. Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3.

När ett kontrakt utgör ett blandat kontrakt eller en upphandling avser flera verksamheter i den mening som avses i 2 kap. tillämpas det kapitlet.

Principer för upphandling av koncessioner

2 § Vid upphandlingar enligt detta kapitel ska upphandlande myndigheter och enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Upphandlingarna ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

3 § En upphandling enligt detta kapitel får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

Annonsering av upphandling

5 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 6 §.

Vid upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.

Direktupphandling

6 § En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen understiger fem procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §,

2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling. Prop. 2015/16:195

7 § Vid uppskattningen av värdet av en koncession ska bestämmelserna i 5 kap. 2–5 §§ tillämpas. Metoden för att uppskatta en koncessions värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En upphandling av en koncession får delas upp så att den bestämmelsen inte blir tillämplig endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Vid uppskattningen av en koncessions värde ska den upphandlande myndigheten eller enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten eller enheten under räkenskapsåret.

Information till leverantörer

8 § Vid upphandling enligt detta kapitel som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

Dokumentation

9 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

10 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling enligt detta kapitel har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 9 § och liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

Rättsmedel och tillsyn

11 § Vid upphandling enligt detta kapitel gäller

- 16 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd,
- 17 kap. om upphandlingsskadeavgift, och
- 18 kap. om tillsyn.

16 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 8 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet eller enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, eller
2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 6 §.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 8 kap. 7 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit

eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

7 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 8 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande myndighet eller enhet genom annonsering enligt 8 kap. 7 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 6 §, eller

2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Skadestånd

20 § En upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

17 kap. Upphandlingsskadeavgift**Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift**

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlings-skadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlings-skadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlings-skadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde enligt 5 kap.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Bestämmelserna i 3 kap. 13–20 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
 3. Lagen gäller inte för upphandlingar av koncessioner som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förteckning över byggentreprenadkontrakt

Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och Nace, ska CPV-nomenklaturen tillämpas.

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
45			Byggverk-samhet	Denna huvudgrupp omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten	
		45.11	Rivning av hus; mark-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: – avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Denna undergrupp omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersök-ning	Denna undergrupp omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Denna undergrupp omfattar inte: – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas se 11.20 – brunnborrning, se 45.25 – schaktsänkning, se 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, se 74.20

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		42.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av alla slags byggnader, byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor – rörledningar för fjärtransport, fjärrnät för el och telekommunikation – rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation – därmed förknippade arbeten – montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, se 11.20 – uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, se huvudgrupperna 20, 26 och 28 – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, se 45.23 – bygginstallationer, se 45.3 – slutbehandling av byggnader, se 45.4 – arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, se 74.20 – projektledning för byggande, se 74.20
		45.22	Takarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – byggande av tak – taktäckning – impregnering

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.23	Anläggning av motorvägar, vägar, flygfält och idrottsanläggningar	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – förberedande markarbeten, se 45.11
		45.24	Vattenbyggnad	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – anläggning av vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	<p>Denna undergrupp omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> – bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning – grundläggning inklusive pålning – borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stålelement – bockning av stål – murning och stenläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar <p>Denna undergrupp omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, se 71.32

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.3		Bygginstallationer	
		45.31	Elinstallationer	Denna undergrupp omfattar: installation i byggnader och andra anläggningar av: – elkablar och elarmatur – telekommunikationssystem – elvärmesystem – antenner – brandlarm – tjuvlarm – hissar och rulltrappor – åskledare etc.
		45.32	Isoleringsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Denna undergrupp omfattar inte: – impregnering, se 45.22
		45.33	VVS-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av – vattensystem samt sanitetsutrustning – gasarmaturer – värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar – sprinklersystem Denna undergrupp omfattar inte: – installation av elvärmesystem, se 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	Denna undergrupp omfattar: – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stuckatörsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads- snickeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar Denna undergrupp omfattar inte: – läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, se 45.43
		45.43	Golv- och vägg- beläggnings- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av – vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten – parkett och andra golvbeläggningar av trä – mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast – terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller -väggar – tapeter
		45.44	Måleri- och glasmästeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – invändig och utvändig målning av byggnader – målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – installation av glas, speglar etc. Denna undergrupp omfattar inte: – installation av fönster, se 45.42

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	Denna undergrupp omfattar: – installation av privata simbassänger – rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader – annan slutbehandling av byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, se 74.70
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, se 71.32

Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter

1. Beträffande gas, värme eller el:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme eller el.

b) Leverans av gas, värme eller el till sådana nät som avses i 1.

Om en sådan upphandlande enhet som anges i 1 kap. 20 § första stycket 2 och 3 levererar gas eller värme till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket, om

i) enhetens produktion är en oundviklig följd av en annan verksamhet än någon av dem som avses i denna punkt eller i punkten 2 i denna bilaga,

ii) leverans till det publika nätet endast syftar till att använda denna produktion ekonomiskt, och

iii) sådana leveranser uppgår till högst 20 procent av enhetens omsättning, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

Med leverans enligt första stycket 1 b) avses generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.

Om en sådan upphandlande enhet såsom avses i 1 kap. 20 § första stycket 2 och 3 levererar el till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket, om

i) enhetens produktion av el behövs för annan verksamhet än någon av dem som avses i denna punkt eller i punkten 2 i denna bilaga.

ii) Leverans till det publika nätet beror endast på enhetens egen förbrukning, och

iii) sådana leveranser inte har överstigit 30 procent av enhetens totala produktion av el, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

2. Verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänst för allmänheten i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

Ett publikt nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet och liknande förhållanden.

3. Verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplats, hamn eller annan terminal för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar.

4. Verksamhet som avser tillhandahållande av posttjänst och tjänst som är närstående till posttjänst.

Med posttjänst avses insamling, sortering, transport eller överlämnande av postförsändelser.

Med postförsändelse avses en adresserad försändelse i den slutliga utformning som den ska överlämnas.

Med tjänst som är närstående posttjänst avses följande som tillhandahålls av en upphandlande enhet som även tillhandahåller posttjänster:

i) tjänst som innebär hantering såväl före som efter avsändandet av postförsändelser, och Prop. 2015/16:195

ii) tjänst som avser oadresserad direktreklam och andra försändelser som inte omfattas av tredje stycket.

5. Verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att

a) utvinna olja eller gas, eller

b) prospektera eller utvinna kol eller andra fasta bränslen.

Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Beskrivning	CPV-kod
Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster	75200000-8
	75231200-6
	75231240-8
	79611000-0
	79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal)
	79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal)
	79625000-1 (Förmedling av läkare)
	Från 85000000-9 till 85323000-9
	98133100-5
	98133000-4
	98200000-5
	98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal)
	Från 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst).
	85321000-5
	85322000-2
	75000000-6 (Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster)
	75121000-0
75122000-7	
75124000-1	
Från 79995000-5 till 79995200-7	
Från 80000000-4 (Undervisning och utbildning) till 80660000-8	
Från 92000000-1 till 92700000-8	
79950000-8 (Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser)	
79951000-5 (Organisering av seminarier)	
79952000-2 (Evenemang)	
79952100-3 (Anordnande av kulturevenemang)	
79953000-9 (Festivalarrangemang),	
79954000-6 (Festarrangemang)	
79955000-3 (Anordnande av modevisningar)	
79956000-0 (Anordnande av mässor och utställningar)	
Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur	

Beskrivning	CPV-kod
Obligatorisk socialförsäkring	75300000-9
Bidragstjänster	75310000-2 75311000-9 75312000-6 75313000-3 75313100-4 75314000-0 75320000-5 75330000-8 75340000-1
Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster	98000000-3 98120000-0 98132000-7 98133110-8 98130000-3
Tjänster i samband med religionsutövande	98131000-0
Hotell- och restaurangtjänster	Från 55100000-1 till 55410000-7 Från 55521000-8 till 55521200-0 (55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser) 55520000-1 Catering 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner 55524000-9 Skolbespisning 55510000-8 Matsalstjänster 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal 55523100-3 Servering av skolmåltider.
Juridiska tjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 30 och 31 §§ denna lag	Från 79100000-5 till 79140000-7 75231100-5
Övrig statsförvaltning och statliga tjänster	Från 75100000-7 till 75120000-3 75123000-4 Från 75125000-8 till 75131000-3
Samhällstjänster	Från 75200000-8 till 75231000-4

CPV-kod	Beskrivning
Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster, i den mån de inte är undantagna enligt 3 kap. 33 § denna lag	Från 75231210-9 till 75231230-5 Från 75240000-0 till 75252000-7 794300000-7 98113100-9
Undersöknings- och säkerhetstjänster	Från 79700000-1 till 79721000-4 (Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster) 79722000-1 (Grafologi) 79723000-8 (Avfallsanalys)
Internationella tjänster	98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ) 98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ).
Posttjänster	64000000-6 (Post- och telekommunikations-tjänster) 64100000-7 (Post- och budtjänster) 64110000-0 (Postgång) 64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter) 64112000-4 (Posttjänster för brev) 64113000-1 (Posttjänster för paket) 64114000-8 (Postkassörstjänster) 64115000-5 (Förhyrning av postbox) 64116000-2 (Poste restantetjänster) 64122000-7 (Internpost)
Diverse tjänster	50116510-9 (Regummering av däck) 71550000-8 (Smedtjänster)

2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 18 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar¹ ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

18 §²

En förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare ensam

1. vid åtgärd som avser endast måls beredande,
2. vid förhör med vittne eller sakkunnig som begärts av en annan förvaltningsrätt,
3. vid beslut som avser endast rättelse av felräkning, felskrivning eller annat uppenbart förbiseende och
4. vid annat beslut som inte innefattar slutligt avgörande av mål.

Om det inte är påkallat av särskild anledning att målet prövas av fullsuttan rätt, är en förvaltningsrätt domför med en lagfaren domare ensam vid beslut som inte innefattar prövning av målet i sak.

Åtgärder som avser endast beredandet av ett mål och som inte är av sådant slag att de bör förbehållas lagfarna domare får utföras av en annan tjänsteman som har tillräcklig kunskap och erfarenhet och som är anställd vid förvaltningsrätten eller vid en tingsrätt på samma ort som förvaltningsrätten. Regeringen meddelar närmare föreskrifter om detta.

Vad som sägs i andra stycket gäller även vid avgörande i sak av

1. mål av enkel beskaffenhet,
2. mål om bevissäkring och betalningssäkring enligt skatteförfarandelagen (2011:1244), om besiktning enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152), om uppgifts eller handlings undantagande från kontroll enligt skatteförfarandelagen eller annan skatteförfattning,
3. mål om omedelbart omhändertagande enligt 6 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, mål om vård i enskildhet enligt 15 b § samma lag, mål om avskildhet enligt 15 c § samma lag, mål om tillfälligt flyttningsförbud enligt 27 § samma lag, mål om omedelbart omhändertagande enligt 13 § lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, mål om vård i enskildhet eller avskildhet enligt 34 § samma lag, mål om vård i enskildhet enligt 14 § lagen (1998:603) om verkställighet av sluten ungdomsvård, mål om avskildhet enligt 17 § samma lag, mål om tillfällig isolering enligt 5 kap. 3 § smittskyddslagen (2004:168), mål enligt 12 § första stycket och 33 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, mål enligt 18 § första stycket 3–5 och 9 när det gäller de fall då vården inte har förenats med särskild utskrivningsprövning eller 6 lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård, mål om förvar och uppsikt enligt utlänningslagen (2005:716), mål enligt lagen (1974:202) om beräkning av strafftid m.m., mål enligt fängelselagen (2010:610) samt mål enligt lagen (1963:193) om

¹ Lagen omtryckt 1981:1323.

² Senaste lydelse 2013:312.

samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.,

4. mål enligt folkbokföringsförfattningarna, mål rörande preliminär skatt eller om anstånd med att betala skatt eller avgifter enligt skatteförfattningarna,

5. mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 5. mål enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

6. mål som avser en fråga av betydelse för inkomstbeskattningen, dock endast om värdet av vad som yrkas i målet uppenbart inte överstiger hälften av prisbasbeloppet enligt 2 kap. 6 och 7 §§ socialförsäkringsbalken,

7. mål enligt lagen (2004:629) om trängselskatt och

8. mål enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och porttjänster.

2.5 Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 39 och 40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ska ha följande lydelse

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

39 §¹

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.

Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, lagen (2008:962) om valfrihetssystem eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

- 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling,
- 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem, eller
- 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Vid upphandling enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

- 13 kap. 2 § andra stycket och 3 § samt 19 kap. 18 § lagen om offentlig upphandling,
- 13 kap. 2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ och 19 kap. 18 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,
- 11 kap. 2 § andra stycket samt 3 och 4 §§ lagen om upphandling av koncessioner,
- 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller
- 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.

¹ Senaste lydelse 2011:1033.

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid sådan upphandling som avses i 39 § andra stycket har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § de bestämmelser som räknas upp i lagen (2007:1091) om offentlig där. upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

– 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, eller

– 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, ska 39 § inte tillämpas.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.6 Förslag till lag om ändring i kulturmiljölagen (1988:950) Prop. 2015/16:195

Härmed föreskrivs att 2 kap. 11 och 13 §§ kulturmiljölagen¹ (1988:950)² ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 kap.
11 §³

Om det behövs en arkeologisk utredning för att ta reda på om en forn lämning berörs av ett planerat arbetsföretag som innebär att ett större markområde tas i anspråk, ska kostnaden för utredningen betalas av företagaren. Som sådan exploatering räknas t.ex. anläggande av allmän väg, större enskild väg, järnväg, flygfält, anläggning för energiförsörjning, större vattenverksamhet och mer omfattande byggande för bostads-, industri- eller handelsändamål.

Ett beslut om arkeologisk utredning fattas av länsstyrelsen. Länsstyrelsen ska i beslutet ange vem som ska utföra utredningen. Då gäller inte lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Länsstyrelsen ska beakta att utredningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Ett beslut om arkeologisk utredning fattas av länsstyrelsen. Länsstyrelsen ska i beslutet ange vem som ska utföra utredningen. Då gäller inte lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Länsstyrelsen ska beakta att utredningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

¹ Senaste lydelse av lagens rubrik 2013:548.

² Lagen omtryckt 2002:620.

³ Senaste lydelse 2013:548.

Som villkor för tillstånd enligt 12 § får länsstyrelsen ställa skäligena krav på

1. arkeologisk undersökning för att dokumentera fornlämningen, ta till vara fornfynd och förmedla resultaten, eller

2. särskilda åtgärder för att bevara fornlämningen.

I beslutet om tillstånd ska om möjligt den kostnad anges som åtgärderna beräknas medföra.

Innan länsstyrelsen prövar en ansökan enligt 12 §, får den besluta om en arkeologisk förundersökning av fornlämningen, om det behövs för att få ett tillfredsställande underlag för prövningen eller för att bedöma behovet av att ställa krav på arkeologisk undersökning.

Länsstyrelsen ska i beslutet om arkeologisk förundersökning eller arkeologisk undersökning ange vem som ska utföra undersökningen. Då gäller inte lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Länsstyrelsen ska beakta att undersökningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Länsstyrelsen ska i beslutet om arkeologisk förundersökning eller arkeologisk undersökning ange vem som ska utföra undersökningen. Då gäller inte lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Länsstyrelsen ska beakta att undersökningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.7 Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning
dels att 5 och 5 g §§ ska ha följande lydelse,
dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 §¹

Läkarvårdsersättning enligt denna lag lämnas endast till läkare som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En läkare i privat verksamhet som ger vård enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och läkaren kommit överens om. Vårdavtalet gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 g §§. Vid *tillämpningen* av lagen om offentlig upphandling ska *ingående av samverkansavtal likställas med offentlig upphandling avseende tjänster enligt bilaga 3 till den lagen (B-tjänster)*.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 h §§. Vid *en sådan tillämpning* av lagen om offentlig upphandling ska *de bestämmelser tillämpas som gäller tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 till den lagen*.

5 g §²

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. 1, 2 och 4–6 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *i dess lydelse enligt SFS 2007:1091 och 16 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling i dess lydelse enligt SFS 2009:853* gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om *leverantör, upphandlande myndighet, kontrakt och upphandling* ska i

Bestämmelserna om *avtalsspärr, överprövning och skadestånd* i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om *upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare* ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande *för* ersättnings-

¹ Senaste lydelse 2009:79.

² Senaste lydelse 2011:1034.

stället avse *sökande*, landsting, samverkansavtal *respektive* förfarande om ersättningsetablering.

Hänvisningen i 16 kap. 1 § tredje stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 9 kap. 9 § ska i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 16 kap. 2 § första stycket och 5 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

etablering *respektive* *sökande*.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som har ingåtts i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det har ingåtts utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet ingicks. Om landstinget skriftligen

*har underrättat sökandena om att Prop. 2015/16:195
samverkansavtal har ingåtts, ska
ansökan ha kommit in innan 30
dagar har gått från underrättelsen.*

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för förfaranden för ersättningsetablering som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.8 Förslag till lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi¹

dels att 5 och 5 g §§ ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

5 §²

Fysioterapiersättning enligt denna lag lämnas endast till fysioterapeut som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En fysioterapeut i privat verksamhet som ger fysioterapi enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och fysioterapeuten kommit överens om. Vårdavtalet gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 g §§. Vid tillämpningen av lagen om offentlig upphandling ska ingående av samverkansavtal likställas med offentlig upphandling avseende tjänster enligt bilaga 3 till den lagen (B-tjänster).

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 h §§. Vid en sådan tillämpning av lagen om offentlig upphandling ska de bestämmelser tillämpas som gäller tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 till den lagen.

5 g §³

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd i 16 kap. 1, 2 och 4–6 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i dess lydelse enligt SFS 2007:1091 och 16 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling i dess lydelse enligt SFS 2009:853 gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om leverantör, upphandlande myndig-

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, för-

¹ Senaste lydelse av lagens rubrik 2013:1145.

² Senaste lydelse 2013:1145.

³ Senaste lydelse 2011:1035.

het, kontrakt och upphandling ska i stället avse sökande, landsting, samverkansavtal respektive förfarande om ersättningsetablering.

Hänvisningen i 16 kap. 1 § tredje stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 9 kap. 9 § ska i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 16 kap. 2 § första stycket och 5 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

farande för ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som har ingåtts i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det har ingåtts utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till

förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet ingicks. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har ingåtts, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för förfaranden för ersättningsetablering som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.9 Förslag till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 1 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

1 §

Denna lag gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som är upptagna som B-tjänster i kategori 25 i bilaga 3 till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5 (barn- och ungdomsomsorg) enligt Europaparlamentets och rådets förordning EEG nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling.

Denna lag gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som omfattas av CPV-kod 79611000-0 eller 85000000-9 till 85323000-9 enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling, i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5, 85321000-5 eller 85322000-2.

Med valfrihetssystem enligt denna lag avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Den upphandlande myndigheten behöver inte tillämpa samma valfrihetssystem inom alla berörda områden.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.10 Förslag till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

Härigenom föreskrivs att 6 kap. 4 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

6 kap.

4 §¹

En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller *under förutsättning att inköpscentralen har anlåtats av nämnden för att medverka vid upphandlingen i egenskap av ombud* enligt

1. 4 kap. 22 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, eller

2. 4 kap. 4 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Uppdrag enligt första stycket får inte lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900).

En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller *när nämnden anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader genom en inköpscentral* enligt 7 kap. 12 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller 7 kap. 7 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

¹ Senaste lydelse 2012:389.

2.11 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 19 kap. 3 § och 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

19 kap.

3 §¹

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttinghet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller 6 kap. 11 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 8 kap. 25 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling, 8 kap. 25 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller 6 kap. 11 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla

¹ Senaste lydelse 2015:781

anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande en handling som anger villkoren i ett slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess att två år, eller hos statliga affärsverk, Försvarets materielverk och i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det att avtalet slöts.

31 kap.

3 §²

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för uppgifter i ärenden enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

² Senaste lydelse 2011:1036.

2.12 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 1 kap. 3 § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

3 §

I lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster finns bestämmelser som är tillämpliga på upphandling av kollektivtrafiktjänster i vissa fall.

I lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner finns bestämmelser som är tillämpliga på upphandling av kollektivtrafiktjänster i vissa fall.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

Prop. 2015/16:195 2.13 Förslag till lag om ändring i lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden

Härigenom föreskrivs att 2 och 4 §§ lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §¹

Uppgiftsskyldigheten enligt denna lag omfattar inte

1. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av konkurrenslagen (2008:579),

2. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom *områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, lagen (2008:962) om *valfrihetssystem* eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

2. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom *försörjningssektorerna*, lagen (0000:000) om upphandling av *koncessioner*, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller lagen (2008:962) om *valfrihetssystem*,

3. överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor,

4. företagshemligheter av teknisk natur, eller

5. skriftlig handling vars innehåll kan antas vara sådant att en advokat eller en advokats biträde inte får höras som vittne om innehållet, och som innehas av advokaten eller biträdet eller den till förmån för vilken tystnadsplikten gäller.

4 §²

Ett åläggande enligt 1 § får förenas med vite. Detta gäller dock inte om åläggandet riktar sig mot någon i dennes egenskap av upphandlande myndighet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, upphandlande enhet enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom *områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, eller upphandlande myndighet eller enhet enligt lagen

Ett åläggande enligt 1 § får förenas med vite. Detta gäller dock inte om åläggandet riktar sig mot någon i dennes egenskap av upphandlande myndighet enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, upphandlande enhet enligt lagen (0000:000) om upphandling inom *försörjningssektorerna*, upphandlande myndighet eller enhet enligt lagen (0000:000) om upphandling av

¹ Senaste lydelse 2012:475.

² Senaste lydelse 2016:226.

(2011:1029) om upphandling på koncessioner eller lagen Prop. 2015/16:195
försvars- och säkerhetsområdet. (2011:1029) om upphandling på
försvars- och säkerhetsområdet.

En talan om utdömande av vite som förelagts med stöd av denna lag förs av Konkurrensverket vid Patent- och marknadsdomstolen.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

Prop. 2015/16:195 2.14 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:721)
om märkning av energirelaterade produkter

Härigenom föreskrivs att 12 § lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

12 §

Upphandlande myndigheter enligt 2 kap. 19 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, bör vid offentlig upphandling av energirelaterade produkter sträva efter att enbart upphandla produkter som uppfyller kriterierna för de högsta prestandanivåerna och som tillhör den högsta energieffektivitetsklassen.

Första stycket gäller dock bara vid upphandling av sådana kontrakt som avses i lagen om offentlig upphandling och vars värde uppgår till eller överstiger de tröskelvärden som anges i 3 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling.

Upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 22 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling, bör vid offentlig upphandling av energirelaterade produkter sträva efter att enbart upphandla produkter som uppfyller kriterierna för de högsta prestandanivåerna och som tillhör den högsta energieffektivitetsklassen.

Första stycket gäller dock bara vid sådan upphandling som avses i lagen om offentlig upphandling och vars värde uppgår till eller överstiger de tröskelvärden som avses i 5 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.15 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 2, 4 och 7 §§ lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §

Denna lag gäller vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, om upphandlingen avser

Denna lag gäller vid upphandling enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, om upphandlingen avser

1. köp eller leasing av bilar, eller
2. köp av persontransporttjänster som tillhandahålls av ett kollektivtrafikföretag inom ramen för ett avtal om allmän trafik.

Lagen gäller inte köp eller leasing av bilar som

1. är konstruerade och tillverkade för användning av Försvarmakten, det civila försvaret, räddningstjänsten eller ordningsmakten, eller
2. används uteslutande inom inhägnade järnvägs-, industri- eller tävlingsområden eller andra liknande inhägnade områden.

4 §

I denna lag betyder

bil: ett fordon som i 2 § lagen (2001:559) om vägtrafikdefinitioner betecknas som personbil, buss eller lastbil,

leasing: hyra med en bestämd hyrestid på minst ett år, och

livslängd: den tidsperiod som normalt kan beräknas förflyta från det att en bil köps in till dess att den tas ur drift.

Andra termer och uttryck som används i denna lag har samma betydelse som i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Andra termer och uttryck som används i denna lag har samma betydelse som i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

7 §

Om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att beakta energi- och miljöpåverkan som avses i 6 § som ett tilldelningskriterium, ska driftskostnaderna under bilens hela livslängd för energianvändning och utsläpp av koldioxid, kväveoxider (NOX), icke-metankolväten (NMHC) och partiklar omvandlas till ett belopp i pengar.

Prop. 2015/16:195 Bestämmelser om tekniska specifikationer finns i 6 kap. 1–7 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och i 6 kap. 1–7 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Bestämmelser om tilldelningskriterier finns i 12 kap. 1 och 2 §§ samt 15 kap. 16 § lagen om offentlig upphandling och i 12 kap. 1 och 2 §§ samt 15 kap. 16 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Bestämmelser om tekniska specifikationer finns i 9 kap. lagen (0000:000) om offentlig upphandling och i 9 kap. lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Bestämmelser om tekniska krav och funktionskrav finns i 7 kap. lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Bestämmelser om tilldelningskriterier finns i 16 kap. 1–6 §§ samt 19 kap. 24–26 §§ lagen om offentlig upphandling, i 15 kap. 1–6 §§ samt 19 kap. 24–26 §§ lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och i 13 kap. 1–4 §§ lagen om upphandling av koncessioner.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
 2. Äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017.

2.16 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) Prop. 2015/16:195
om upphandling på försvars- och
säkerhetsområdet

Härigenom föreskrivs att 1 kap. 3–6 §§ lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

3 §

Det finns bestämmelser om offentlig upphandling i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och om upphandling i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Det finns bestämmelser om offentlig upphandling i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, om upphandling i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

4 §

Om en upphandling omfattas av såväl denna lag som lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska denna lag tillämpas.

Om en upphandling omfattas av såväl denna lag som lagen (0000:00) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska denna lag tillämpas.

5 §

Om en upphandling delvis omfattas av denna lag men i övrigt inte omfattas av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska denna lag inte tillämpas.

Om en upphandling delvis omfattas av denna lag men i övrigt inte omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska denna lag inte tillämpas.

6 §

Bestämmelserna i 4 och 5 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092)

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000)

Prop. 2015/16:195 om upphandling inom *områdena* om upphandling inom *försörj-*
vatten, energi, transporter och ningssektorerna.
posttjänster.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2.17 Förslag till lag om ändring i lagen (2013:311)
om valfrihetssystem i fråga om tjänster för
elektronisk identifiering

Prop. 2015/16:195

Härigenom föreskrivs att 2, 4–7 och 12 §§ och rubriken närmast före 4 § lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §

Med valfrihetssystem avses i denna lag ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet har godkänt och tecknat kontrakt med.

Termerna förfrågningsunderlag, kontrakt och upphandlande myndighet har i denna lag samma betydelse som i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Termerna upphandlingsdokument, kontrakt och upphandlande myndighet har i denna lag samma betydelse som i lagen (0000:000) om offentlig upphandling.

Annonsering och förfrågningsunderlag

Annonsering och upphandlingsdokument

4 §

En upphandlande myndighet som har beslutat att inrätta eller förändra ett valfrihetssystem ska annonsera på en nationell webbplats som har upprättats för ändamålet. Ansökningar ska löpande begäras in genom sådan annonsering.

Ett förfrågningsunderlag ska finnas tillgängligt på webbplatsen tillsammans med annonsen.

Upphandlingsdokumenten ska finnas tillgängliga på webbplatsen tillsammans med annonsen.

5 §

Grunderna för den ekonomiska ersättningen till en leverantör ska framgå av *förfrågningsunderlaget*.

Grunderna för den ekonomiska ersättningen till en leverantör ska framgå av *upphandlingsdokumenten*.

6 §

Den upphandlande myndigheten får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Samtliga villkor ska anges i annonsen om valfrihetssystemet eller i *förfrågningsunderlaget*.

Den upphandlande myndigheten får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Samtliga villkor ska anges i annonsen om valfrihetssystemet eller i *upphandlingsdokumenten*.

7 §

I annonsen eller *förfrågningsunderlaget* ska det anges på vilket sätt ansökan ska lämnas in.

I annonsen eller *upphandlingsdokumenten* ska det anges på vilket sätt ansökan ska lämnas in.

Prop. 2015/16:195 I *förfrågningsunderlaget* ska det anges inom vilken tid den upphandlande myndigheten kommer att besluta om godkännande. I *upphandlingsdokumenten* ska det anges inom vilken tid den upphandlande myndigheten kommer att besluta om godkännande.

12 §

Den upphandlande myndigheten ska godkänna samtliga sökande som uppfyller kraven i annonsen och *förfrågningsunderlaget* och som inte har uteslutits med stöd av 10 §. Den upphandlande myndigheten ska godkänna samtliga sökande som uppfyller kraven i annonsen och *upphandlingsdokumenten* och som inte har uteslutits med stöd av 10 §.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

I februari 2014 antog Europaparlamentet och rådet tre direktiv på upphandlingsområdet: direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet). Direktiven skulle ha varit genomförda i medlemsstaterna senast den 18 april 2016. Direktiven finns i *bilaga 1–3*. Direktiven har ändrats genom Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden, Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2171 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2172 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

Regeringen beslutade den 27 september 2012, dvs. redan innan de nya direktiven antagits, att ge en särskild utredare i uppdrag att ge förslag till hur vissa av bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet borde genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven fick när de antagits. Utredaren skulle på samma sätt analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i LUK-direktivet borde genomföras (dir. 2012:96). Genom tilläggsdirektiv beslutade regeringen om förlängning av utredningstiden (dir. 2013:21 och dir. 2014:38) samt om förlängning och precisering av uppdraget (dir. 2013:92).

Utredningen, som antog namnet Genomförandeutredningen, överlämnade i juli 2014 delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51), med förslag till genomförande av vissa bestämmelser i LOU-direktivet och i LUF-direktivet. I oktober 2014 överlämnade utredningen slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69), om genomförandet av LUK-direktivet. Sammanfattningar av betänkandena finns i *bilaga 4* och *5*.

Förslag till genomförande av de delar som inte omfattades av utredningens uppdrag togs fram i departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25). En sammanfattning av promemorian finns i *bilaga 6*. Genomförandeutredningens författningsförslag i delbetänkandet och författningsförslagen i departementspromemorian sammanfogades i departementspromemorian till konsoliderade lagtexter med förslag till en ny lag om offentlig upphandling, som ska ersätta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna, som ska ersätta lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. De konsoliderade lagförslagen finns i *bilaga 7*. Utredningens förslag till en lag om upphandling av koncessioner finns i *bilaga 8*.

Prop. 2015/16:195 Genomförandeutredningens delbetänkande och promemorian har remissbehandlats gemensamt. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 9*. Remissyttrandena och en remissammanställning finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/00079/OU). Remissbehandling har också skett av Genomförandeutredningens slutbetänkande. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 10*. Remissyttrandena finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/00082/OU). Promemorian innehåller även förslag till bestämmelser om förfarandet vid tilldelning av vissa tjänstekontrakt på kollektivtrafikområdet som kompletterar Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1169/69 och (EEG) nr 1107/70 (EU:s kollektivtrafikförordning). Regeringen avser emellertid att behandla frågan om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning i ett annat lagstiftningsärende.

Under arbetet med genomförandet har samråd skett med en extern referensgrupp bestående av företrädare för berörda myndigheter, näringsliv, arbetsmarknadens parter och andra intresseorganisationer.

Arbetet med genomförandet har också inneburit deltagande i expertgruppsmöten anordnade för medlemsstaterna av Europeiska kommissionen.

Regeringen beslutade i december 2014 att ge en särskild utredare i uppdrag att analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de tre nya kommande upphandlingslagarna. Utredaren skulle också analysera hur krav på att varor, tjänster och byggtreprenader ska produceras, tillhandahållas och utföras under förhållanden som uppfyller ILO:s kärnkonventioner kan föras in i dessa lagar (dir. 2014:162). Utredaren överlämnade i september 2015 delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78). En sammanfattning av delbetänkandet finns i *bilaga 11* och utredningens lagförslag finns i *bilaga 12*. Delbetänkandet har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 13*. Remissyttrandena och en sammanställning av dessa finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04196/OU).

I promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling föreslogs den 20 oktober 2015 ytterligare bestämmelser för genomförandet av direktiven samt vissa andra kompletterande bestämmelser och följdändringar. Promemorians lagförslag finns i *bilaga 14*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 15*. Remissyttrandena och en sammanställning av dessa finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04904/OU).

I promemorian Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar lämnades den 22 oktober 2015 förslag till ändringar i bestämmelserna om sådana beslut såväl i de gällande lagarna på upphandlingsområdet som i förslagen till nya lagar. Promemorians nu aktuella lagförslag för de nya lagarna finns i *bilaga 16*. Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 17*. Remissyttrandena och en sammanställning av dem finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/04884/OU).

I ett utkast till lagrådsremiss den 16 februari 2016 föreslogs sedan – med utgångspunkt dels i förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal, dels i förslagen från Genomförandeutredningen – bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn som kompletterar genomförandet i övrigt. Utkastets lagförslag finns i *bilaga 18*. Utkastet har remissbehandlats och en förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 19*. Remissyttrandena och en sammanställning av dessa finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2016/00530/OU).

I *bilaga 20–22* finns en sammanställning över vilka bestämmelser som genomför direktiven i svensk rätt.

Lagrådet

Regeringen beslutade den 4 juni 2015 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 23*. Förslagen avser genomförande av samtliga bestämmelser i direktiven utom de som hade kopplingar till uppdraget till Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Lagrådets yttrande finns som *bilaga 24*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 23 behandlas i huvudsak i avsnitten 5.1–6, 5.9, 6.1.1 och 2, 6.2 och 3, 6.7.1, 6.7.4, 6.7.6 och 7, 6.8.13, 7.1.1, 7.1.3, 7.2, 8.2 och 3, 8.5, 8.7, 8.8, 8.8.3, 9.1, 10.2, 10.4.1, 10.5, 10.6.1, 10.7–9, 10.11, 11.1 och 2, 11.2.3, 11.3, 12.1.2, 13.2, 15.2.3, 16.1.3, 16.2.2 och 3, 16.3.2, 17.1.1–3, 17.1.5, 18.1.1, 18.1.3 och 4, 18.2.1 och 2, 18.3.1, 18.4.1, 19.1.1 och 2, 19.1.4, 19.1.11, 20.1, 20.2.1, 20.3, 22.1.1–6, 23.1.1 och 2, 23.2.2, 23.4.1, 24.1.1 och 2, 25.1.1, 26.1, 26.3, 26.4.1, 27.1, 28.1, 29, 30.1 och 2, 31.1, 33.1, 34, 35 samt i författningskommentaren.

Regeringen beslutade den 18 december 2015 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 25*. Förslagen avser interimistiska beslut vid överprövning av upphandling. Lagrådets yttrande finns i *bilaga 26*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 25 behandlas i huvudsak i författningskommentaren.

Vidare beslutade regeringen den 28 april 2016 att inhämta Lagrådets yttrande över de lagförslag som finns i *bilaga 27*. Förslagen avser ytterligare bestämmelser som genomför direktiven och vissa andra kompletterande bestämmelser samt följdändringar. Lagrådets yttrande finns som *bilaga 28*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 27 behandlas i huvudsak i avsnitten 20.6, 26.5 och 31.2 samt i författningskommentaren.

Därefter beslutade regeringen den 19 maj 2016 att inhämta Lagrådets yttrande över lagförslagen i *bilaga 29*. Förslagen avser bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn som kompletterar regeringens lagrådsremiss som beslutades den 4 juni 2015. Lagrådets yttrande finns som *bilaga 30*.

Lagrådets synpunkter och förslag med anledning av lagförslagen i bilaga 27 behandlas i huvudsak i avsnitten 9.2 och 3, 22.1.3 och 4, 25.4, 26.1 och 26.2 samt i författningskommentaren.

Prop. 2015/16:195 Sammanfattningsvis kan konstateras att Lagrådets synpunkter och förslag i stor utsträckning medfört ändringar i författningstexten och ett flertal förtydliganden och kompletteringar såväl i författningskommentaren som i övervägandena. Lagrådets synpunkter på den lagstiftningsteknik som valts och som innebär att lagstiftningen, både vad gäller struktur och språklig utformning ligger nära direktiven, har delvis beaktats genom redaktionella ändringar i lagtexten. Lagrådets förslag att utmönstra begreppen kontrakt och tilldelning av kontrakt och ersätta dem med en terminologi som närmare ansluter till civilrättslig terminologi har dock inte följts. Däremot har regeringen beaktat Lagrådets synpunkter i detta avseende genom att, där det ansetts vara möjligt och lämpligt, i lagarna ersätta begreppet kontrakt med upphandling och även i övrigt renodla användningen av vissa centrala upphandlingsrättsliga begrepp. När det gäller den del som avser miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn har Lagrådet ifrågasatt om lagförslagen är godtagbara bl.a. med hänsyn till de små företagen och har ansett att förslagen är oförenliga med syftet att förenkla regelverket. Regeringen konstaterar att direktiven och därmed lagförslagen har flera syften varav ett är förenklingar. Ett annat är att förbättra förutsättningarna för att beakta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn. Förslagen i propositionen tillgodoser sammantaget båda dessa syften. Lagrådet har vidare haft ett antal synpunkter på de bestämmelser i de föreslagna lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, som avser upphandling under tröskelvärdena, dvs. som inte styrs av direktiven. Dessa bestämmelser har dock inte varit föremål för någon egentlig översyn i detta sammanhang. Som framgår av avsnitt 31.1 avser regeringen att tillsätta en utredning med uppdrag att se över regelverket i denna del. Regeringen avser därför att återkomma till huvuddelen av Lagrådets synpunkter såvitt avser dessa regler i ett senare sammanhang. Lagrådets synpunkter i övrigt har i huvudsak följts eller beaktats.

Utöver de ändringar som skett till följd av Lagrådets yttrande har ett antal språkliga och redaktionella ändringar gjorts i förhållande till lagrådsremissen.

4 Gällande rätt och de nya direktiven

4.1 Allmänt om gällande lagstiftning på upphandlingsområdet

Offentlig upphandling regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (förkortad LOU). I lagen regleras förfaranden m.m. för offentlig upphandling som görs dels av myndigheter, kommuner och landsting, dels av s.k. offentligt styrda organ. Med offentligt styrda organ avses i huvudsak sådana organ som tillgodoser behov i det allmänna intresse och som till största del finansieras eller kontrolleras av staten, kommuner eller landsting. Genom LOU genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid

offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (förkortat 2004 års LOU-direktiv).

I lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortad LUF) regleras förfaranden m.m. för upphandling som görs dels av myndigheter och offentligt styrda organ inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (de s.k. försörjningssektorerna), dels av privata företag som bedriver verksamhet med stöd av särskild rättighet eller ensamrätt inom dessa sektorer. Lagen genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortat 2004 års LUF-direktiv).

Både LOU och LUF innehåller regler om rättsmedel, som genomför två direktiv om rättsmedel på upphandlingsområdet, rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten samt rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdet (förkortat första och andra rättsmedelsdirektivet eller rättsmedelsdirektiven). De två rättsmedelsdirektiven har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (förkortat ändringsdirektivet).

En särskild lag reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (förkortad LUFs). Även denna lag genomför ett EU-direktiv, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (förkortat LUFs-direktivet). Också LUFs innehåller bestämmelser om rättsmedel i överensstämmelse med rättsmedelsdirektiven.

De tre upphandlingslagarna kompletteras av bestämmelser i upphandlingsförordningen (2011:1040), som bl.a. innehåller föreskrifter om annonsering av upphandling. Vidare finns ett antal tillkännagivanden som rör lagarna: Tillkännagivandet (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1038) av CPV-referensnummer för byggtreprenadkontrakt vid offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1039) av CPV- och CPC-referensnummer för tjänstekontrakt vid offentlig upphandling samt tillkännagivandet (2014:5) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. Vidare gäller för vissa statliga myndigheter förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

Vid sidan om upphandlingslagstiftningen gäller lagen (2008:962) om valfrihetssystem (förkortad LOV) vid införande av så kallade valfrihetssystem inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Valfrihetssystem har av regeringen bedömts vara en tjänstekoncession

Prop. 2015/16:195 (prop. 2008/09:29 s. 52), som inte regleras i upphandlingsdirektiven. Det finns ytterligare två lagar, som har sin grund i lagen om valfrihetssystem: Lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen samt lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

4.2 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

4.2.1 Direktivstyrd upphandling

Tillämpningsområdet

I LOU regleras offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader samt av byggkoncessioner, vilkas värde överstiger vissa i LOU-direktivet angivna tröskelvärden. LUF reglerar upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader över vissa i LUF-direktivet angivna tröskelvärden. Förutom dessa direktivstyrda bestämmelser innehåller LOU och LUF bestämmelser för upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde, se avsnitt 4.2.2. I båda lagarna finns ett antal undantag från lagarnas tillämpningsområden.

LOU gäller för upphandlande myndigheter. Med upphandlande myndigheter avses statliga och kommunala myndigheter. Med myndighet jämställs beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana offentligt styrda organ som anges i lagen samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter, församlingar eller organ som omfattas av lagen. LUF gäller för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Upphandlande enheter innefattar dels upphandlande myndigheter som verkar inom försörjningssektorerna, dels vissa offentliga företag och privata företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt.

Enligt LOU är en upphandlande myndighet som sluter avtal med t.ex. ett eget bolag (s.k. in house) inte skyldig att tillämpa upphandlingsreglerna. Skälet är att ett sådant avtal inte ska anses utgöra ett offentligt kontrakt i LOU:s mening (2 kap. 10 a § LOU).

A-tjänster och B-tjänster

I enlighet med direktiven gör LOU och LUF skillnad mellan tjänster som fullt ut omfattas av direktivet (A-tjänster) och tjänster som endast delvis omfattas av direktiven (B-tjänster). B-tjänster är sådana tjänster som bedömts lämpa sig mindre väl för gränsöverskridande handel, exempelvis hälsovårds- och socialtjänster samt undervisning och yrkesutbildning. Vilka tjänster som är A-tjänster respektive B-tjänster framgår av bilaga 2 respektive bilaga 3 till lagarna.

CPV-nomenklaturen

Europeiska kommissionen har tagit fram en CPV-nomenklatur, Common Procurement Vocabulary, för varor, tjänster och byggentreprenader. CPV-nomenklaturen anger koder för olika varor, tjänster och byggentreprenader, som ska användas vid annonsering av upphandlingar

i Europeiska unionens officiella tidning (förkortad EUT) – Tenders Electronic Daily (TED). I vissa fall används CPV-koder i 2004 års direktiv för att ange tillämpningsområdet i fråga om tjänster och byggentreprenader. I LOU och LUF anges dock inte några CPV-koder, utan dessa tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling.

Förfaranden

Vilka förfaranden som kan användas vid upphandlingar regleras i 4 kap. i respektive lag. Enligt LOU är öppet och selektivt förfarande huvudförfaranden. Under vissa angivna förutsättningar får den upphandlande myndigheten också använda sig av förhandlat förfarande med eller utan annonsering samt konkurrenspräglad dialog. Enligt LUF är, förutom öppet och selektivt förfarande, även förhandlat förfarande med föregående annonsering huvudalternativ. Konkurrenspräglad dialog finns däremot inte som ett alternativ enligt LUF.

Med öppet förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer efter en annons om upphandling får lämna anbud. Vid selektivt förfarande kan alla leverantörer ansöka om att få lämna anbud, men endast de som bjuds in av den upphandlande myndigheten eller enheten får möjlighet att lämna anbud. I ett förhandlat förfarande får den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in utvalda leverantörer och förhandla med en eller flera av dem. Vid konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer ansöka om att få delta, men endast de leverantörer som den upphandlande myndigheten bjuder in får delta i dialogen.

Som en avslutande del av ett upphandlingsförfarande har en upphandlande myndighet eller enhet möjlighet att använda sig av en elektronisk auktion. En elektronisk auktion är en upprepad elektronisk process för att presentera nya lägre priser eller nya värden (5 a kap. i respektive lag).

I ett förfarande för tilldelning av ett tjänstekontrakt kan en projekttävling ingå. En projekttävling är en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag. Bestämmelser om detta finns i 14 kap. LOU och LUF. Kapitlet ska också tillämpas på projekttävlingar som innefattar priser eller ersättningar till deltagarna.

Ramavtal

Båda upphandlingslagarna innehåller också regler om ramavtal (5 kap. LOU och LUF). LOU innehåller mer detaljerade regler än LUF, vilket har sin grund i skillnader i direktiven. Enligt bestämmelserna i LOU kan den upphandlande myndigheten sluta ramavtal med en eller flera leverantörer med samtliga villkor fastställda i ramavtalet. Den eller de upphandlande myndigheter som omfattas av ramavtalet kan då beställa de varor, tjänster och byggentreprenader som ramavtalet omfattar enligt villkoren i detta. Ett alternativ är att den upphandlande myndigheten sluter avtal med en eller flera leverantörer utan att samtliga villkor för avtalet är fastställda. De upphandlande myndigheter som är parter i ramavtalet ska vid beställning från ramavtalet använda s.k. förnyad

Prop. 2015/16:195 konkurrensutsättning. Detta innebär att de leverantörer som omfattas av ramavtalet ska bjudas in för att på nytt lämna anbud.

LUF anger endast att ramavtal kan användas av upphandlande enheter under förutsättning att ramavtalet upphandlats enligt lagens bestämmelser.

Förfrågningsunderlag, annonsering av upphandling m.m.

Upphandlingslagarna innehåller bestämmelser om användningen av tekniska specifikationer och olika typer av villkor som utformas i förfrågningsunderlaget (6 kap. LOU och LUF). Av bestämmelserna om annonsering framgår att en planerad upphandling som huvudregel ska annonseras, liksom resultatet av en avslutad upphandling (7 kap. LOU och LUF). I lagarna fastställs tillämpliga tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud (8 kap. LOU och LUF). Bestämmelser om kommunikation anger bl.a. hur anbudsansökningar och anbud kan lämnas och hur ansökningarna och anbuden ska tas om hand av upphandlande myndigheter och enheter (9 kap. LOU och LUF).

Uteslutning av leverantörer, bedömning av deras lämplighet samt anbudsutvärdering

I 10 kap. LOU och LUF anges under vilka omständigheter en upphandlande myndighet eller enhet ska utesluta en leverantör på grund av viss brottslighet och vilka omständigheter som ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att utesluta en leverantör. Därefter ska de icke uteslutna leverantörernas kvalifikationer bedömas enligt regler i 11 kap. LOU och LUF om krav på ekonomisk ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet och vilka slags bevis som kan infordras beträffande ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet. Slutligen ska anbuden från de anbudsgivare som bedömts lämpliga utvärderas enligt bestämmelser i 12 kap. LOU och LUF. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller enheten enligt de kriterier som förutskickats i annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget eller anta det anbud som innehåller det lägsta priset.

Byggkoncessioner

I 13 kap. LOU finns bestämmelser om byggkoncessioner. En byggkoncession definieras i lagen som ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen. En upphandlande myndighet som avser att tilldela en byggkoncession ska annonsera koncessionen i EUT.

Rättsmedel

Bestämmelser om rättsmedel finns i 16 kap. i respektive lag. Som huvudregel är upphandlande myndigheter och enheter skyldiga att underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet att tilldela ett kontrakt (tilldelningsbeslutet). Om en sådan underrättelse har skickats får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio

Prop. 2015/16:195
dagar har gått från det att underrättelsen skickades med ett elektroniskt medel (avtalsspärr).

Överprövning enligt LOU eller LUF kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning av upphandlingen. En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör. En leverantör har emellertid under en viss angiven tidsfrist möjlighet att föra talan om ogiltighet av ett sådant avtal. Lagarna innehåller även bestämmelser om skadestånd.

I 17 kap. LOU och LUF regleras under vilka omständigheter en upphandlande myndighet eller enhet kan åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. I 18 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om tillsyn över offentlig upphandling respektive upphandling inom försörjningssektorerna.

4.2.2 Upphandling utanför det direktivstyrda området

Inledning

I 15 kap. LOU och LUF regleras förfarandet vid upphandlingar som helt eller delvis faller utanför tillämpningsområdet för LOU-direktivet och LUF-direktivet. Kapitlet gäller upphandlingar vilkas värde understiger tillämpligt tröskelvärde och upphandlingar som avser B-tjänster oavsett värde.

Enligt EU-domstolens praxis ska de grundläggande unionsrättsliga principerna som kommer till uttryck i EUF-fördraget tillämpas även vid upphandling som inte omfattas av direktiven om de har ett samband med den gemensamma inre marknaden (dvs. när det finns ett gränsöverskridande intresse).

Upphandlingsförfaranden

En upphandlande myndighet eller enhet kan enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF välja mellan att genomföra en upphandling genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Enligt LOU får också bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog tillämpas under vissa förutsättningar. Av 15 kap. 3 § framgår vidare att s.k. direktupphandling får ske i vissa angivna fall.

Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att lämna anbud och den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder in vissa leverantörer att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Det saknas bestämmelser som närmare reglerar hur urvalet ska gå till. Vid konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer ansöka om att få delta, men endast de anbudssökande som bjuds in får delta i dialogen. Även elektroniska auktioner får användas för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Prop. 2015/16:195 Med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av tillämpligt tröskelvärde enligt LOU och 26 procent av tillämpligt tröskelvärde i LUF. Gränserna gäller för alla typer av upphandlingar, även för byggtreprenader. Vidare får direktupphandling användas om det finns förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller om det finns synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet ska anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor.

Som huvudregel gäller att all upphandling, utom direktupphandling, ska annonseras. Skyldigheten att annonsera innebär att en annons ska publiceras. Vid förenklat förfarande begär den upphandlande myndigheten eller enheten in anbud genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig eller genom en annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens, t.ex. rikstäckande dagstidningar och branschtidningar. Vid urvalsförfarande ska annonsering ske i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande finns inte några särskilt angivna tidsfrister för att komma in med anbud utan det anges att leverantören ska ges skälig tid. Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar får inte vara kortare än tio dagar från publiceringen.

Utvärderingsgrunder

En upphandlande myndighet eller enhet ska ange vilken utvärderingsgrund den kommer att använda sig av. Den kan välja mellan att ange antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Rättsmedel

Upphandlingar enligt 15 kap. omfattas av bestämmelserna i 16–18 kap. i respektive lag om avtalsspärr, överprövning, skadestånd, upphandlingsskadeavgift och tillsyn.

4.3 Bakgrunden till EU-reformen på upphandlingsområdet

4.3.1 2020-strategin och den första Inre marknadsakten

Den 3 mars 2010 antog Europeiska kommissionen ett meddelande bl.a. i anledning av den ekonomiska krisen, ”Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla”. I meddelandet anges tre prioriteringar: Smart tillväxt – utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, Hållbar tillväxt – främja en resurseffektivare, grönare och konkurrenskraftigare ekonomi samt Tillväxt för alla – stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning. Ett antal mål ställdes upp i meddelandet, av vilka vissa

skulle uppfyllas bl.a. med hjälp av offentlig upphandling. I strategin anges särskilt att offentlig upphandling bör utnyttjas till att

- förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet med fullt utnyttjande av ekonomisk-politiska åtgärder som avser ekonomins efterfrågesida,
- stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp, bl.a. genom att uppmuntra en mer utbredd användning av miljöanpassad offentlig upphandling, samt
- förbättra företagsklimatet, särskilt för innovativa små och medelstora företag.

Den 13 april 2011 antog kommissionen ett meddelande, Inre marknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt” KOM (2011) 206. I meddelandet presenterades tolv åtgärder med tolv specifika nyckelåtgärder, i form av lagstiftningsförslag, avsedda att beslutas av EU:s institutioner före utgången av 2012. Åtgärderna är en hörnsten i 2020-strategin. En av de tolv angivna nyckelåtgärderna är offentlig upphandling. Lagstiftningen bör enligt kommissionen omarbetas och uppdateras för att få till stånd en väl avvägd politik som främjar efterfrågan på miljövänliga och innovativa varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten och utgör socialt ansvarsfulla lösningar. För att den offentliga upphandlingen ska bli effektivare är det också viktigt att förenkla förfarandena och göra dem mer flexibla utan att den EU-övergripande tillgången till offentlig upphandling begränsas.

4.3.2 Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling

Kommissionen initierade i januari 2011 ett offentligt samråd om en grönbok om EU-direktiven på upphandlingsområdet, Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling – med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM[2011]15 slutlig). Grönboken tillkom som ett led i Europa 2020-strategin.

Förslagen i grönboken presenterades för riksdagen i en faktabeskrivning den 3 mars 2011 (faktaPM 2010/11:FPM78 Grönbok om modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling).

Inför svaret till kommissionen skickades grönboken på remiss till 120-talet remissinstanser bestående av bl.a. upphandlande myndigheter och enheter, leverantörer samt intresse- och fackliga organisationer. Den förra regeringen lämnade i ett svar till kommissionen i april 2011 synpunkter på grönboken.

Grönboken lades, tillsammans med en marknadsbaserad utvärdering av den gällande lagstiftningen om offentlig upphandling, till grund för kommissionens förslag till lagstiftningsreformen på EU-nivå. Avsikten har varit att modernisera de befintliga verktygen och göra dem bättre lämpade att hantera den föränderliga politiska, sociala och ekonomiska miljön.

Kommissionen presenterade den 20 december 2011 förslag till tre nya direktiv på upphandlingsområdet. Två av dessa avsågs ersätta 2004 års LOU-direktiv och LUF-direktiv och ett direktivförslag var nytt och reglerade tilldelningen av koncessioner. Kommissionens förslag presenterades i en faktagromemoria till riksdagen den 20 januari 2012 (faktaPM 2011/12:FPM90 Nya direktiv på upphandlingsområdet).

De nya upphandlingsdirektiven syftar till att stimulera tillväxten och främja förtroendet för den inre marknaden. Direktiven har därutöver två kompletterande mål. Det ena målet är att genom enklare och mer flexibla regler öka effektiviteten i offentliga utgifter för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få bättre valuta för pengarna. Detta innebär också fördelar för alla leverantörer och gör det lättare för små och medelstora företag och anbudsgivare från andra länder att delta. Det andra målet är att upphandlande myndigheter ska ges bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällsliga mål, såsom skyddet av miljön, högre resurs- och energieffektivitet, kampen mot klimatförändringar, främjande av innovation, sysselsättning och social integration samt säkerställande av bästa tänkbara villkor för tillhandahållande av sociala tjänster av hög kvalitet.

Efter ett och ett halvt års förhandlingar uppnåddes en politisk överenskommelse mellan Europaparlamentet och rådet. Den 26 februari 2014 antogs Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (nedan förkortat LOU-direktivet) samt direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (nedan förkortat LUF-direktivet). Europaparlamentet och rådet antog även direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (nedan förkortat LUK-direktivet). Direktiven skulle ha varit genomförda i medlemsstaterna senast den 18 april 2016.

4.4.1 2014 års LOU-direktiv och LUF-direktiv i förhållande till 2004 års direktiv

2014 års LOU-direktiv och LUF-direktiv ersätter, som framgått, 2004 års direktiv. Delar av de nya direktiven överensstämmer dock i sak med de tidigare direktiven och direktiven följer också i stort samma struktur. I detta avsnitt görs en genomgång av de huvudsakliga nyheterna och skillnaderna i 2014 års direktiv jämfört med de tidigare direktiven.

Centrala begrepp m.m.

I 2014 års LOU-direktiv och LUF-direktiv har en definition av det grundläggande begreppet upphandling införts (artikel 1). Begreppet förfrågningsunderlag används inte i de nya direktiven utan har ersatts med det samlande begreppet upphandlingsdokument, som är vidare än förfrågningsunderlag och även innefattar t.ex. annonsen om upphandling. I övrigt används i stort sett samma centrala begrepp som i de äldre

direktiven i syfte att bevara kontinuiteten för dem som ska tillämpa direktiven. Prop. 2015/16:195

Genom direktiven införs delvis nya bestämmelser om blandad upphandling. Bestämmelserna anvisar bl.a. vilka regler som ska tillämpas för blandade kontrakt som avser upphandlingar som omfattas dels av det aktuella direktivet, dels av andra rättsregler. Bestämmelserna bygger i dessa delar på EU-domstolens praxis.

Tillämpningsområdet

Tillämpningsområdet för LOU-direktivet överensstämmer i stort med 2004 års direktiv. Undantagen för särskilda tjänstekontrakt har dock utvidgats till att gälla ytterligare tjänstekontrakt, bl.a. som avser vissa juridiska tjänster, civilförsvarstjänster och kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana (artikel 10 i LOU-direktivet). En nyhet är vidare undantaget för vissa offentliga kontrakt inom den offentliga sektorn.

Tilldelningen av byggkoncessioner regleras inte längre i LOU-direktivet. I stället regleras byggkoncessioner i det nya LUK-direktivet, som även reglerar tjänstekoncessioner, se vidare nedan.

Tillämpningsområdet för LUF-direktivet har ändrats något genom att prospektering av olja och gas samt vissa posttjänster inte längre omfattas. De posttjänster som undantas från LUF-direktivet undantas också från LOU-direktivet, om de tilldelas av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster i den mening som avses i LUF-direktivet. Flertalet av de nya undantagen i LOU-direktivet har också motsvarighet i LUF-direktivet.

När det gäller kontrakt inom försvars- och säkerhetsområdet gör direktiven undantag för kontrakt som omfattas dels av LUF-direktivet, dels av vissa angivna undantag i samma direktiv. Vidare medges vissa undantag för hemliga kontrakt som påverkar medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen och, i likhet med nu gällande direktiv, vissa undantag för kontrakt som rör medlemsstatens väsentliga intressen.

Miljöhänsyn och sociala hänsyn

En allmän princip införs i LOU-direktivet och LUF-direktivet som föreskriver att medlemsstaterna ska säkerställa att leverantörer vid fullgörandet av ett kontrakt ska iaktta tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i vissa internationella bestämmelser. Bestämmelser om förkastande av anbud, uteslutning av leverantörer och onormalt låga anbud hänvisar till de allmänna principerna.

En nyhet i båda direktiven är bestämmelser som tydliggör att utvärdering av anbud kan grundas på en analys av produktens, tjänstens eller byggentreprenadens livscykelkostnad, dvs. dels interna kostnader såsom kostnader för forskning och utveckling, transport, energiförbrukning, underhåll och återvinning, dels externa miljöeffekter såsom utsläpp av växthusgaser eller andra förorenande ämnen under förutsättning att deras penningvärde kan fastställas. I de nya direktiven ges även upphandlande myndigheter möjlighet att kräva ett särskilt märke som bevis för att produkten motsvarar de egenskaper som krävs.

Prop. 2015/16:195 Även detta möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att på ett enklare sätt ställa miljömässiga eller sociala och arbetsrättsliga krav.

Ytterligare en nyhet i direktiven är bestämmelser om anlitande av underentreprenörer. Bestämmelser om detta fanns i 2004 års LOU-direktiv men endast i anslutning till bestämmelserna om byggkoncessioner.

Undantag för kontrakt inom den offentliga sektorn

Regler införs i de nya direktiven som anknyter till EU-domstolens praxis avseende in house-förvärv och horisontellt samarbete inom den offentliga sektorn.

Ett kontrakt som tilldelas av en upphandlande myndighet till en annan juridisk person undantas från direktivens tillämpningsområde om vissa närmare angivna villkor är uppfyllda. För det första ska den upphandlande myndigheten utöva kontroll över den juridiska personen motsvarande den kontroll den utövar över sin egen verksamhet. För det andra ska den kontrollerade juridiska personen utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning och för det tredje ska det som huvudregel inte finnas något direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital. Motsvarande undantag gäller också i den omvända situationen, dvs. när en juridisk person tilldelar kontrakt till den upphandlande myndighet som kontrollerar den eller till annan juridisk person som kontrolleras av samma upphandlande myndighet. Dessutom undantas situationer när en upphandlande myndighet tillsammans med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över en juridisk person.

När det gäller s.k. horisontellt samarbete, dvs. samarbete mellan upphandlande myndigheter, föreskrivs undantag för sådana kontrakt mellan två eller flera upphandlande myndigheter under förutsättning att vissa närmare angivna villkor är uppfyllda. Kontraktet ska inrätta eller genomföra ett samarbete mellan de deltagande myndigheterna för att säkerställa att offentliga tjänster tillhandahålls, med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål. Samarbetet ska styras endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och de deltagande myndigheterna får endast utöva verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Enklare och mer flexibla regler för upphandling av sociala tjänster och andra tjänster

Uppdelningen i A- och B-tjänster avskaffas genom de nya direktiven. I stället införs enklare och mer flexibla regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, som räknas upp i en bilaga till respektive direktiv. För upphandling av dessa tjänster gäller högre tröskelvärden.

Bland de tjänster som omfattas av det särskilda upphandlingssystemet finns bl.a. hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster, tjänster som avser utbildning och kultur, vissa juridiska tjänster samt hotell- och restaurangtjänster. För upphandling av dessa tjänster innehåller direktiven endast ett fåtal regler, bl.a. bestämmelser om annonsering och

efterannonsering. Av reglerna framgår vidare bl.a. att medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av sådana kontrakt, som följer principerna om öppenhet och likabehandling samt att medlemsstaterna själva kan fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så länge det möjliggör ett hänsyntagande till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.

Ökade möjligheter till förhandling och konkurrenspräglad dialog

Möjligheterna att använda förhandlat förfarande är större enligt det nya LOU-direktivet än enligt 2004 års direktiv. Förhandlat förfarande med föregående annonsering får, enkelt uttryckt, användas i flertalet fall utom när det rör sig om upphandling av mer standardiserade varor, tjänster eller byggtreprenader. Även för konkurrenspräglad dialog gäller det ökade tillämpningsområdet.

Genom LUF-direktivet införs konkurrenspräglad dialog som ett förfarande även vid upphandlingar inom försörjningssektorena.

Innovationspartnerskap

Ett helt nytt förfarande införs i båda direktiven. Förfarandet, som benämns innovationspartnerskap, ska syfta till utvecklingen av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad och därpå följande inköp av dessa varor, tjänster och byggtreprenader. Förfarandet innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten väljer ut de lämpligaste leverantörerna enligt de i annonsen angivna urvalskriterierna för att tillsammans med den upphandlande myndigheten eller enheten utveckla en ny lösning i en forsknings- och utvecklingsfas. Innovationspartnerskapet omfattar både utvecklingen av lösningen och anskaffningen av denna och kan även omfatta en kommersiell produktion av den lösning som utvecklats. Innovationspartnerskapet kan emellertid även avslutas utan att någon anskaffning sker.

Regler om kommunikation

Till skillnad från 2004 års direktiv ska enligt de nya direktiven all kommunikation som huvudregel ske med elektroniska medel. Undantag kan dock göras för modeller och andra sådana i direktiven angivna delar av anbud som inte kan överföras elektroniskt. Vidare görs undantag från kravet på elektronisk kommunikation för sådan konfidentiell information som kräver annan form av kommunikation för att skydda dess innehåll från att göras tillgänglig för andra under upphandlingsprocessen.

Muntlig kommunikation får förekomma utom avseende de mer väsentliga elementen i upphandlingen, särskilt sådant som kan ha inverkan på anbudet.

Lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga intressekonflikter

En nyhet i båda direktiven är bestämmelser om intressekonflikter. Av bestämmelserna framgår att medlemsstaterna ska se till att upphandlande myndigheter och enheter vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter. Begreppet intressekonflikter omfattar bl.a. situationer där personal som deltar i

Prop. 2015/16:195 genomförandet av upphandlingsförfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet under upphandlingsförfarandet.

Ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument införs

I LOU-direktivet införs bestämmelser om ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument. Ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument består av en uppdaterad egen försäkran och ska upprättas på grundval av ett standardformulär, som ska fastställas av kommissionen. Dokumentet ska endast utfärdas i elektronisk form. Den upphandlande myndigheten är skyldig att godta ett sådant dokument som preliminärt bevis för att ingen uteslutningsgrund föreligger och för att urvalskriterierna är uppfyllda. Ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument ska också kunna återanvändas av leverantören vid en senare upphandling, förutsatt att denne bekräftar att informationen är korrekt.

Någon motsvarighet till bestämmelserna om europeiskt enhetligt upphandlingsdokument finns inte i LUF-direktivet. Genom en hänvisning i artikel 80 i LUF-direktivet om tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU görs emellertid artikeln tillämplig även i vissa fall vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Reserverade kontrakt

Reglerna från 2004 års direktiv som ger medlemsstaterna möjlighet att reservera vissa kontrakt till skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning förs in i de nya direktiven. Reglerna har utvidgats genom att den nya regleringen tar sikte inte enbart på personer med funktionsnedsättning utan också innehåller begreppet missgynnade personer. I reglerna framhålls även att den verksamhet som leverantörerna bedriver ska syfta till social och yrkesmässig integration. Det tidigare kravet att majoriteten av de berörda arbetstagarna inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor har i de nya direktiven minskats till att omfatta 30 procent av arbetstagarna.

En nyhet i LOU-direktivet och LUF-direktivet är möjligheten för medlemsstaterna att föreskriva att upphandlande myndigheter eller enheter får reservera rätten att delta i en upphandling som rör vissa hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster till organisationer som har till syfte att tillhandahålla sådana tjänster. Bestämmelserna gäller under förutsättning att vinsterna återinvesteras eller att vinstutdelning eller omfördelning sker på grundval av deltagande. Vidare ska organisationens lednings- och ägarstruktur grundas på personalens ägande eller deltagande eller kräva ett aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter. Bestämmelserna gäller endast om organisationen under de senaste tre åren inte har tilldelats något kontrakt av den upphandlande myndigheten eller enheten avseende den aktuella tjänsten. Den maximala löptiden för kontraktet får inte heller överstiga tre år.

I LOU-direktivet och LUF-direktivet införs regler om ändring av kontrakt under löptiden och uppsägning av kontrakt). Bestämmelserna om ändring av kontrakt reglerar när ett kontrakt eller ramavtal får ändras utan att ett nytt upphandlingsförfarande krävs. Enligt bestämmelserna om uppsägning av kontrakt ska medlemsstaterna se till att de upphandlande myndigheterna och enheterna i vissa närmare angivna fall – och enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt – ska ha rätt att säga upp ett offentligt kontrakt under dess löptid.

Bestämmelser om styrning

En nyhet i direktiven är bestämmelserna om styrning, som bl.a. ålägger medlemsstaterna en skyldighet att se till att tillämpningen av upphandlingsreglerna övervakas och att säkerställa att information, vägledning och stöd finns tillgängligt för upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer. Vidare finns bestämmelser om skyldigheten att skicka en övervakningsrapport och en statistiskrapport till kommissionen vart tredje år samt att utse en kontaktpunkt för samarbete med kommissionen när det gäller tillämpningen av lagstiftningen. Utöver detta finns bestämmelser om individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt och om administrativt samarbete mellan medlemsstaterna.

4.4.2 Direktivet om tilldelning av koncessioner

Bakgrund

LUK-direktivet är, som framgått, ett helt nytt direktiv. I direktivet regleras byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Med byggkoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja anläggningen. Med tjänstekoncession avses på motsvarande sätt ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänster.

Bestämmelser om byggkoncessioner finns i 2004 års LOU-direktiv, medan tjänstekoncessioner undantas från tillämpningsområdet för båda direktiven. Enligt EU-domstolens praxis omfattas emellertid tilldelningen av tjänstekoncessioner som har ett gränsöverskridande intresse av EUF-fördraget, särskilt principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som härrör från dessa, såsom likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

Bakgrunden till LUK-direktivet är att avsaknaden av tydliga regler på unionsnivå för tilldelning av koncessioner ansetts ge upphov till rättsosäkerhet samt skapa hinder för ett fritt tillhandahållande av tjänster och orsaka snedvridningar i den inre marknadens funktion. Direktivet syftar till att genom en lämplig, balanserad och flexibel rättslig ram för tilldelning av koncessioner garantera, ett effektivt och icke-diskriminerande marknadstillträde för alla leverantörer och till att skapa rättssäkerhet.

Avsikten har varit att bestämmelserna i LUK-direktivet ska vara entydiga och enkla samt att de ska återspegla koncessionernas särart i jämförelse med offentliga kontrakt. Direktivets struktur följer dock de båda andra upphandlingsdirektiven. Ett antal bestämmelser i LUK-direktivet har också motsvarigheter i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Så är fallet t.ex. med flertalet bestämmelser om undantag samt bestämmelser om blandade kontrakt, den allmänna principen om att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att leverantörer följer tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter och bestämmelser om annonsering. LUK-direktivet innehåller vidare bestämmelser som motsvarar LOU-direktivets och LUF-direktivets enklare och mer flexibla regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster samt om ändring och uppsägning av kontrakt.

En viktig skillnad mellan LUK-direktivet och de båda övriga direktiven är att LUK-direktivet inte innehåller några detaljerade förfaranderegler. I stället finns i LUK-direktivet ett antal bestämmelser som anger förfarandegarantier och som innebär att EUF-fördragets allmänna principer ska iaktas, se vidare nedan. De upphandlande myndigheterna och enheterna ges alltså stor frihet att själva organisera förfarandet för val av leverantör. Ett krav enligt direktivet är dock att upphandlingar och resultatet av dessa ska annonseras.

Tillämpningsområdet för LUK-direktivet

LUK-direktivet gäller vid tilldelning av byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner som görs av en upphandlande myndighet eller av en upphandlande enhet. Med en byggkoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot utförande av byggtreprenad till en eller flera ekonomiska aktörer och där ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Med en tjänstekoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggtreprenad till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

I definitionen anges också, i enlighet med EU-domstolens praxis, att tilldelningen av en byggkoncession eller en tjänstekoncession innefattar att verksamhetsrisken överförs till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av koncessionen.

Direktivet ska tillämpas av upphandlande myndigheter och upphandlande enheter. Med upphandlande myndigheter avses statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ eller sammanslutningar av dessa. Med upphandlande enheter avses myndigheter, organ eller sammanslutningar som bedriver någon av de

verksamheter som anges i en bilaga till direktivet (bilaga II). Bilagan förtecknar i huvudsak motsvarande verksamheter som omfattas av LUF-direktivets tillämpningsområde, med undantag för vattenverksamhet, som är undantagen från LUK-direktivets tillämpningsområde. Även offentliga företag och andra enheter ska alltså som huvudregel betecknas som upphandlande enheter om de bedriver någon av verksamheterna i bilagan. En förutsättning när det gäller andra enheter är dock att de bedriver verksamheten på grundval av särskilda rättigheter eller ensamrätter.

Undantag från tillämpningsområdet

LUK-direktivet innehåller ett antal undantag. Ett flertal av dessa motsvaras av undantag i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Som exempel på undantag som endast finns i LUK-direktivet eller som skiljer sig från motsvarande undantag i LOU-direktivet och LUF-direktivet kan nämnas undantaget för koncessioner som avser försvars- och säkerhetsområdet, tjänstekoncessioner för lotteritjänster och koncessioner som avser viss vattenverksamhet.

I direktivet undantas också under vissa angivna förutsättningar koncessioner som tilldelas s.k. anknutna företag eller samriskföretag. Vidare innehåller direktivet undantag för koncessioner som tilldelas mellan enheter i den offentliga sektorn. Även dessa artiklar har motsvarighet i LOU-direktivet eller i LUF-direktivet.

Koncessioner ska vara tidsbegränsade

Direktivet innehåller bestämmelser som reglerar koncessioners löptid. Av bestämmelserna framgår att koncessioner ska vara tidsbegränsade. Om koncessionen varar längre än 5 år får den maximala varaktigheten inte överstiga den tid som rimligen kan förväntas passera för att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka gjorda investeringar, tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.

Blandade kontrakt

I likhet med LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller LUK-direktivet bestämmelser om blandade kontrakt. Bestämmelserna är uppbyggda på samma sätt i samtliga direktiv.

Bestämmelser om tilldelning och utförande av koncessioner

LUK-direktivet innehåller bestämmelser med ett antal allmänna principer. En princip är att upphandlande myndigheter eller enheter ska vara fria att organisera förfarandet för val av koncessionshavare förutsatt att direktivet följs. Utformningen av förfarandet ska följa principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet. I direktivet finns också motsvarande bestämmelser som i de båda andra direktiven om att medlemsstaterna ska säkerställa att leverantörer vid fullgörandet av koncessionskontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Vidare finns bestämmelser om förfarandegarantier, som reglerar bl.a. tekniska krav och funktionskrav,

Prop. 2015/16:195 urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande samt tilldelningskriterier.

Direktiven innehåller också bestämmelser om utförandet av koncessionskontrakt. Bestämmelserna innefattar regler om anlitande av underleverantörer samt ändring och avslutande av koncessioner och har alla motsvarigheter i de båda andra direktiven.

Rättsmedel och tillsyn

Genom LUK-direktivet ändras första och andra rättsmedelsdirektiven i deras lydelse enligt ändringsdirektivet så att rättsmedel görs tillgängliga även på tilldelning av koncessionskontrakt.

För att säkerställa ett korrekt och effektivt genomförande ska medlemsstaterna se till att tillämpningen av reglerna om tilldelning av koncessionskontrakt övervakas och säkerställa att information och vägledning om tolkning och tillämpning om unionsrätten finns tillgänglig. Bestämmelser om detta finns också i LOU-direktivet och LUF-direktivet, men är i LUK-direktivet mindre detaljerade och mindre omfattande.

5 Ny lagstiftning på upphandlingsområdet

5.1 Utgångspunkter för genomförandet

Ett EU-direktiv är bindande för varje medlemsstat med avseende på det resultat som ska uppnås, men det är upp till medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet (artikel 288 tredje stycket i EUF-fördraget). Detta innebär att medlemsstaterna inte är bundna t.ex. av sådant som ett direktivs terminologi och systematik, om det avsedda syftet med direktivet ändå kan uppnås. Frågan är mot denna bakgrund vilken metod för genomförandet som bör väljas.

Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv föreslog regeringen att lagarna skulle genomföras i nära anslutning till direktiven. Ett av skälen till detta var att den lagstiftningsteknik som valts vid genomförandet av de föregående direktiven medfört synpunkter från dåvarande EG-kommissionen som föranlett åtskilliga justeringar i 1992 års LOU i syfte att förbättra överensstämmelsen med direktivet och att förtydliga lagtexten (se prop. 1996/97:153). Lagrådet ansåg att en sådan lagstiftningsteknik inte generellt kunde godtas och framhöll bl.a. att det var högst otillfredsställande att på detta sätt föra vidare tolkningsproblem till den nationella lagstiftningen och därmed till de många som ska tillämpa bestämmelserna (prop. 2006/07:128 del 1 s. 595). Till följd av Lagrådets synpunkter och genom redaktionella ändringar gjordes i förhållande till lagrådsremissen avsevärda förändringar i propositionens förslag till lagtext i syfte att undvika tillämpningssvårigheter. I stora delar utformades dock det svenska regelverket i nära anslutning till direktiven (prop. 2006/07:128 del 1 s. 140).

I det lagstiftningsärende som behandlade genomförandet av rättsmedelsdirektiven konstaterade Lagrådet att tekniken att genomföra direktiv genom bestämmelser som till sin utformning nära ansluter till den direktivbestämmelse som förslagen bygger på hade ifrågasatts i flera lagstiftningsärenden. Enligt Lagrådet fick emellertid en sådan lagstiftningsteknik numera anses vedertagen. Lagrådet underströk dock att tekniken förutsätter att lagstiftaren genom olika exempel närmare utvecklar sin syn på de oklarheter som kan föreligga samt undersöker hur oklarheterna hanterats i andra medlemsstater och inte minst i EU-domstolens avgöranden (prop. 2009/10:180 del 2 s. 502 f.).

Det kan konstateras att även på andra områden än på upphandlingsområdet har utgångspunkten för genomförandet av EU-direktiv varit att den svenska lagstiftningen ska utformas så direktivnära som möjligt (se t.ex. prop. 2006/07:115 s. 276, prop. 2007/08:115 s. 56 f., prop. 2008/09:155 s. 86 och prop. 2012/13:155 s. 186 f.).

Genomförandeutredningen har – med hänvisning bl.a. till de tidigare lagstiftningsärendena på upphandlingsområdet – bedömt att ett direktivnära genomförande får anses vara en sedan flera år tillbaka vedertagen metod för att genomföra direktiv. Utredningens slutsats är att det inte finns anledning att nu sträva efter att åstadkomma något förtydligande av texter, ord eller begrepp som utredningen uppmärksammar. För att i någon mån underlätta för den kommande tillämpningen av reglerna har dock utredningen eftersträvat att där det är befogat peka på vilka tolkningsproblem som uppstått och också ange anledningen till de val som gjorts. På några områden har utredningen vidare sett sig föranlåten att på grund av vägande skäl frångå den vedertagna lagstiftningstekniken (SOU 2014:51 s. 23).

Även i departementspromemorian och lagrådsremissen har utgångspunkten varit att den svenska ordalydelsen av en föreskrift som bygger på en motsvarande bestämmelse i ett direktiv ska utformas så direktivnära som möjligt.

Att ett direktivnära genomförande valts innebär självfallet inte att bestämmelser i direktiven utan någon närmare bearbetning förts in i förslagen till nya lagar. I flertalet bestämmelser i lagrådsremissens lagförslag har språkliga och redaktionella ändringar gjorts i syfte att underlätta förståelsen för och tillgängligheten till regelverket samt för att anpassa bestämmelserna till svensk lagstiftningsteknik. Även om ordalydelsen av direktivens bestämmelser varit den viktigaste faktorn vid tolkningen av innebörden, har denna tolkning i många fall kompletterats med en analys av bestämmelsernas syfte, t.ex. i ljuset av anknytande skältexter eller av vad som framkommit under direktivförhandlingarna. Denna tolkning har i vissa fall fått direkt betydelse för utformningen av lagförslagen och i andra fall medfört förtydliganden i författningskommentaren till aktuell bestämmelse eller utvecklats i övervägandena.

Lagrådet har, med hänvisning till kritik som Lagrådet framförde vid genomförandet av 2004 års direktiv, konstaterat att det är ett problem att direktiven innehåller oklarheter som förs vidare till den nationella lagstiftningen och har understrukit att bundenheten vid förebilderna inte kan tillåtas bli total. Lagrådet har anfört bl.a. att direktiven uppvisar brister av olika slag, såsom bestämmelser som är obegripliga, tvetydiga,

Prop. 2015/16:195 ofömuftiga eller som sinsemellan strider emot varandra. Lagrådet har vidare ansett att brister av nu angivna slag inte utan vidare bör godtas i den svenska lagstiftningen och att man i vissa fall kan komma till rätta med bristen genom att den svenska versionen av en direktivbestämmelse tolkas med stöd av andra språkversioner av direktivet och i andra fall genom att bestämmelser ges en rimlig innebörd efter vad som kan antas ha varit direktivförfattarnas avsikt. Enligt Lagrådet bör det inte komma i fråga att låta en oklarhet i direktivet stå kvar i den svenska lagen. Lagrådet har mot denna bakgrund föreslagit lösningar som på vissa punkter avviker från direktiven eller gällande svensk lag.

Regeringen delar Lagrådets uppfattning att direktiven innehåller brister. I lagrådsremissens förslag har detta också, som nämnts ovan, i många fall medfört att de föreslagna bestämmelserna har förtydligats i förhållande till direktivens ordalydelse utifrån i första hand den svenska språkversionen, i andra hand den engelska – som var den språkversion som förhandlingarna utgick ifrån – men även i vissa fall utifrån andra språkversioner, utan att avkall därmed har gjorts från utgångspunkten att genomförandet ska vara så direktivnära som möjligt. I andra fall har oklarheter eller tvetydigheter kommenterats i författningskommentaren eller i övervägandena i syfte att ge vägledning. I några fall har detta dock inte bedömts möjligt. Ett skäl till det är att någon egentlig vägledning inte kan hämtas från direktiven. Ett annat skäl är att det med en så komplex och omfattande regelmassa i vissa fall är mycket svårt att bedöma vilka konsekvenser ett avsteg från ett direktivnära genomförande skulle få för genomförandet av andra bestämmelser i direktiven och därmed också för frågan om Sverige kan anses ha genomfört direktiven på ett korrekt sätt. Ett problem med för stora avvikelser från grundläggande begreppsbildning och terminologi är också att direktiven kompletteras med kommissionens direkt tillämpliga genomförandeförordningar som hänvisar till de begrepp och den terminologi som används i direktiven.

Ett ytterligare skäl som talar för ett direktivnära genomförande är att det övergripande syftet med direktiven är att samordna de nationella upphandlingsförfarandena hos EU:s medlemsstater för att se till att fördragets principer, särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens (se skäl 1 i LOU-direktivet, skäl 2 i LUF-direktivet och skäl 4 i LUK-direktivet). Att avvika allt för mycket från direktivens ordalydelse riskerar enligt regeringens bedömning att leda till svårigheter och tolkningsproblem vid gränsöverskridande situationer, såväl för upphandlande myndigheter och enheter som för leverantörer.

Enligt regeringens mening finns det mot bakgrund av vad som anförts starka skäl som talar för att inte nu göra avsteg från den lagstiftningsteknik som använts vid tidigare direktivgenomföranden, inte minst på upphandlingsområdet. Fördelarna med ett sådant genomförande överväger de nackdelar det innebär att oklarheter i direktiven i vissa fall avspeglar sig i den svenska lagstiftningen och därmed måste överlämnas till rättstillämpningen. Det kan vidare konstateras att oavsett vilken teknik som väljs för genomförandet, är det med en lagstiftning av detta slag förenat med stora svårigheter att utforma bestämmelser så att inte

tolkningsfrågor eller gränsdragningsproblem kan uppkomma (jfr Lagrådets uttalande i prop. 2006/07:115 del 2 s. 448). Enligt regeringens mening är det därmed också ofrånkomligt att vissa frågor måste överlämnas till rättstillämpningen.

Sammantaget anser regeringen att utgångspunkten för genomförandet bör vara att lagstiftningen både i sak och terminologiskt bör utformas så direktivnära som möjligt. I de fall det är särskilt motiverat och det, med beaktande av vad som anförts ovan, finns förutsättningar för det har avsteg från denna princip gjorts. Exempel på detta är genomförandet av artikel 72 i LOU-direktivet om ändring av kontrakt, som trots att detta i vissa delar inte framgår av direktivbestämmelserna ansetts omfatta också ramavtal (se avsnitt 26.4.1). Ytterligare exempel är genomförandet av undantagen i artikel 22 i LOU-direktivet från kravet på elektronisk kommunikation (se avsnitt 20.1) och av bestämmelserna om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten (avsnitt 18.1.3) samt av bestämmelserna om vilka bevismedel som ska godtas (avsnitt 24.1.2).

5.2 Upphandlingsrättens förhållande till civilrätten

Lagrådet har, med utgångspunkt i ett resonemang om förhållandet mellan upphandlingsrätten och civilrätten, riktat särskild kritik mot konsekvenserna av ett direktivnära genomförande när det gäller vissa grundläggande upphandlingsrättsliga begrepp och termer. Bland annat ifrågasätts att det i upphandlingsrätten har utbildats ett särskilt system av begrepp och termer som avviker från vissa allmänna civilrättsliga uttryck, trots att det i grunden handlar om att tillämpa civilrätten. *Lagrådet* anser att detta försvårar tillämpningen och medför uppenbara risker för missförstånd. Att detta är en konsekvens av det synsätt som genomsyrar EU-direktiven utgör enligt *Lagrådets* mening inte något hinder mot att den svenska lagstiftningen utformas på ett sätt som stämmer överens med lagstiftningen i övrigt. *Lagrådet* har mot denna bakgrund föreslagit genomgående förändringar i lagförslagets begreppsbyggnad och terminologi. Framst gäller det begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt. *Lagrådet* har vidare riktat kritik mot att begreppet kontrakt används i flera olika betydelser i lagarna, i vissa fall för att beteckna upphandlingsprocessen som sådan, i andra fall för att beteckna vilken typ av anskaffning som avses och i ytterligare andra fall för att beteckna det avtal som ingås mellan å ena sidan en upphandlande myndighet eller enhet och å andra sidan en leverantör. *Lagrådet* har föreslagit att begreppen kontrakt och tilldelning av kontrakt helt utmönstras ur lagarna och i stället i huvudsak ersätts med avtal eller upphandling respektive beslut att anta anbud.

Regeringen delar inte *Lagrådets* synsätt att upphandlingsrätten i grunden handlar om att tillämpa civilrätten. Det är enligt regeringen tydligt att avsikten med direktiven inte är att reglera civilrättsliga förhållanden, utan att fastställa regler för förfarandet vid upphandlande myndigheters och enheters inköp (se artikel 1 i LOU-direktivet och LUF-direktivet). Regleringen ger alltså handlingsregler för myndigheter och enheter som de ska följa vid anskaffningen av varor, tjänster eller

Prop. 2015/16:195 byggtreprenader. Regeringen instämmer dock i att det finns ofrånkomliga kopplingar mellan civilrätten och upphandlingsrätten, som genom de nya direktiven även stärkts, t.ex. genom bestämmelser om uppsägning av kontrakt. Regeringen kan inte heller annat än att instämma i att det finns särskilda brister i direktiven när det gäller hur de begrepp och termer som Lagrådet särskilt har pekat på används. Som Lagrådet även har anmärkt används begreppen i olika betydelser och utan enhetlighet och stringens, vilket inte bara gäller 2014 års direktiv utan också 2004 års direktiv. Frågan är om dessa omständigheter nu motiverar sådana genomgripande förändringar av en sedan länge inarbetad och etablerad terminologi som Lagrådet har föreslagit. Denna fråga behandlas nedan, se avsnitt 6.1.2.

5.3 LOU- och LUF-direktiven genomförs genom två upphandlingslagar

Regeringens förslag: LOU-direktivet och LUF-direktivet genomförs genom två nya lagar som ska ersätta LOU och LUF.

De nya lagarna ska ha samma struktur som LOU och LUF, dvs. följa upphandlingsprocessens kronologi med väsentligen samma kapitelindelning. De ska benämnas lagen om offentlig upphandling respektive lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock en delvis annorlunda struktur av de inledande bestämmelserna.

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker förslaget eller har inget att invända.

Skälen för regeringens förslag

Två nya separata lagar ersätter LOU och LUF

LOU- och LUF-direktiven är omarbetningar av 2004 års båda direktiv och innebär att två nya direktiv antagits. Direktiven innehåller, förutom anpassningar och uppdateringar av det befintliga regelverket, flertalet nya bestämmelser. Det bedöms därför som lämpligast att ersätta nuvarande LOU och LUF med ny lagstiftning framför alternativet att genomföra direktiven inom ramen för de nuvarande lagarna. Vidare får det anses vara av värde från tillämpningssynpunkt att den nuvarande systematiken med två lagar behålls.

De nya lagarna ska ha samma struktur och väsentligen samma kapitelindelning som LOU och LUF

LOU och LUF är uppbyggda så att de följer upphandlingsprocessens kronologi. Det har inte framkommit att det finns särskilda tillämpningsproblem knutna till de nuvarande lagarnas struktur. De lagar som ersätter LOU och LUF bör därför bygga på samma struktur och ha i huvudsak samma kapitelindelning.

Lagrådet har föreslagit en något annorlunda struktur på inledningen av lagarna och har också föreslagit paragrafer tidigt i lagarna som övergripande anger tillämpningsområdet, förhållandet till övriga upphandlingslagar och tröskelvärdenas betydelse för vilka regler i respektive lag som är tillämpliga.

Nuvarande LOU och LUF inleds båda med en innehållsförteckning till lagen. Detta är enligt regeringen en naturlig placering, som bör följas även i de nya lagarna. Regeringen delar dock Lagrådets bedömning att det därefter i respektive lag bör följa en bestämmelse som övergripande anger lagarnas tillämpningsområde. Den närmare utformningen av bestämmelserna i respektive lag behandlas nedan, se avsnitt 6.1.2.

Lagrådet har vidare föreslagit att det av följande paragraf i respektive lag ska framgå att lagen inte gäller när någon av de övriga lagarna på upphandlingsområdet är tillämplig. Enligt regeringens mening riskerar emellertid en sådan undantagsbestämmelse att bli missvisande, särskilt med hänsyn till att det vid sidan av en sådan bestämmelse också kommer att krävas särskilda undantagsbestämmelser med avseende på de andra lagarna. Regeringen anser att det är lämpligare med en upplysningsbestämmelse, motsvarande den i 1 kap. 3 § LUF och 1 kap. 3 § LUF, som tydliggör att det finns andra lagar om upphandling som kan behöva beaktas. Därutöver bör, på sätt som föreslagits i promemorian, kapitlet med undantag från tillämpningsområdet i respektive lag innehålla särskilda undantagsbestämmelser för sådan upphandling som omfattas av andra lagar. Regeringen delar Lagrådets bedömning att det därefter i vardera lagen bör följa en paragraf om tröskelvärdenas betydelse för vilka bestämmelser i lagen som är tillämpliga.

I konsekvens med Lagrådets synpunkter om dispositionen av inledningen av lagen har ytterligare två paragrafer i förslaget till lag om offentlig upphandling placerats i 1 kap. Det rör sig dels om bestämmelser som avser upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster, dels om bestämmelser som avser kontrakt som subventioneras till mer än hälften av en upphandlande myndighet. Den förstnämnda paragrafen har också motsvarigheter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och den nya lagen om upphandling av koncessioner. Paragraferna kan närmast sägas avse tillämpningsområdet för lagarna och det framstår därför som naturligt att placera dem i lagarnas inledande kapitel tillsammans med övriga bestämmelser om detta.

Efter de inledande paragraferna bör bestämmelserna med definitioner av de begrepp som används i lagarna följa. Genom denna disposition samlas de bestämmelser som avser tillämpningsområdet i 1 kap. i de nya lagarna. I 2 kap. i respektive lag föreslås bestämmelser om blandad upphandling samt – i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna – även bestämmelser om de verksamheter som omfattas av lagarna.

I 3 kap. föreslås bestämmelser om undantag från lagarnas tillämpningsområde och i 4 kap. samlas vissa allmänna bestämmelser. I övrigt föreslås lagarna i huvudsak följa strukturen för nuvarande LOU och LUF. Till skillnad från nuvarande LOU har dock kapitlet om byggkoncessioner (13 kap.), som genom de nya lagarna i stället regleras i

Prop. 2015/16:195 lagen om upphandling av koncessioner, utgått och två kapitel tillkommit med bestämmelser dels om s.k. egen försäkran och utredning om leverantörer (15 kap.), dels om fullgörande av kontrakt (17 kap.). Även i LUF tillkommer ett kapitel om fullgörande av kontrakt (16 kap.). Att antalet kapitel i lagarna ökar innebär att bestämmelserna om upphandling som inte styrs av direktiven eller som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 till lagarna, dvs. motsvarande 15 kap. i nuvarande LOU och LUF, i stället föreslås i 19 kap. i respektive lag. I de därefter följande kapitlen föreslås bestämmelser om bl.a. överprövning av upphandlingar och om upphandlingsskadeavgift, som genomför rättsmedelsdirektiven och som överförs i huvudsak oförändrade från 16 och 17 kap. LOU och LUF. Båda lagarna avslutas med ett kapitel om tillsyn som motsvarar 18 kap. i nuvarande LOU och LUF.

Lagrådet har ansett att regelsystemet i den del som gäller bestämmelser om annonsering är svåröverskådligt. Enligt Lagrådet är det inte lätt att se någon systematik i bestämmelsernas placering på olika ställen lagarna. Lagrådet anser vidare att bestämmelserna är svåra att hitta och att det finns en risk för att bestämmelser överlappar.

När det gäller direktivens bestämmelser om annonsering har regeringens strävan, som framgår av avsnitt 18, varit att inte tynga lagarna med sådana bestämmelser som lämpar sig bättre att genomföra i förordning. I de fall föreslagna bestämmelser om annonsering och information placerats i andra delar av lagarna än i de kapitel som särskilt behandlar dessa frågor är skälet i flertalet fall att den bakomliggande direktivregleringen är utformad på motsvarande sätt. Det kan, som utgångspunkt, antas att syftet med direktivens utformning i dessa fall har varit att det bedömts finnas ett särskilt behov av att i tydlighetssyfte lyfta fram en fråga om annonsering eller information i anslutning till den eller de materiella bestämmelser där frågan aktualiseras. Ett exempel på detta är bestämmelserna om annonsering vid tilldelning av kontrakt i delar (se artikel 46.2 i LOU-direktivet och 4 kap. 17 § i förslaget till lag om offentlig upphandling). Ett möjligt alternativ skulle i och för sig kunna vara att genomföra alla bestämmelser om annonsering och information samlat i lagarna. Enligt regeringens mening är det dock inte klart att detta skulle leda till ett mer överskådligt och lättillgängligt regelverk. I avsaknad av närmare förslag om vilka bestämmelser som borde struktureras om och hur detta borde ske anser regeringen därför inte att det finns tillräckliga skäl att överväga en annan struktur för dessa bestämmelser.

När det gäller den risk för överlappande bestämmelser som Lagrådet har lyft fram kan regeringen konstatera att en sådan överlappning främst torde förekomma mellan å ena sidan bestämmelser i direktiven och å andra sidan bestämmelser i kommissionens direkt tillämpliga genomförandeförordning med standardformulär för annonsering. Utgångspunkten vid genomgåendet har varit att sådana bestämmelser som omfattas av uppgiftsskyldigheten i standardformulären inte ska regleras i de nya lagarna. Det är också skälet till att regeringen, på Lagrådets inrådan, föreslagit att bestämmelser om att annonsen ska innehålla uppgifter om att en upphandling ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade kontrakt, inte ska genomföras i lagarna. Regeringen konstaterar emellertid, vilket också Lagrådet har gjort, att det

förekommer uppgiftsskyldigheter som är så centrala för upphandlingen att det kan ifrågasättas om dessa bör framgå inte bara av förordningen utan även av lagen. Ett exempel på en sådan uppgiftsskyldighet är den som rör grunderna för tilldelningen av kontraktet som regeringen, på Lagrådets inrådan, föreslår ska genomföras genom särskilda bestämmelser i lagarna, trots att denna skyldighet även framgår av standardformulären.

De nya lagarnas namn

Den lag som föreslås ersätta 2007 års lag om offentlig upphandling bör ges samma namn, dvs. lagen om offentlig upphandling. Den lag som föreslås ersätta 2007 års lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster bör få namnet lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Försörjningssektorerna bedöms som ett inarbetat begrepp. Regeringen gör därför bedömningen att det inte längre är nödvändigt att i lagens beteckning särskilt ange de verksamheter som omfattas.

Det är naturligt att de föreslagna lagarna framöver i tillämpningen kommer att förkortas LOU respektive LUF, på samma sätt som 2007 års lagar. I denna lagrådsremiss används emellertid dessa förkortningar enbart som beteckning för 2007 års lagar. För de föreslagna lagarna används de fullständiga namnen.

5.4 LUK-direktivet genomförs genom en separat lag

Regeringens förslag: LUK-direktivet genomförs genom en separat lag. Lagen ska ha samma struktur som de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Den ska benämnas lagen om upphandling av koncessioner.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I utredningen föreslås dock en annorlunda struktur på de inledande bestämmelserna.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig särskilt är positiva till förslagen. *Kriminalvården* tillstyrker att begreppet upphandling av koncessioner används i stället för direktivets tilldelning av koncessioner. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att det är ändamålsenligt att ha en särskild lag för upphandling av koncessioner.

Skälen för regeringens förslag

En separat lag

LUK-direktivet är, som framgått, ett nytt direktiv inom upphandlingsområdet som gäller förfarandet vid tilldelning av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. Upphandling av byggkoncessioner, som tidigare reglerades i 2004 års LOU-direktiv, regleras numera endast i LUK-direktivet.

Prop. 2015/16:195 *Lagrådet* har ifrågasatt behovet av att genomföra LUK-direktivet i en separat lag. Lagrådet har hänvisat till den ytterligare vidlyftighet som en särskild lag bidrar till och till att det hittills varit möjligt att reglera koncessioner inom ramen för offentlig upphandling.

Regeringen konstaterar att det i och för sig skulle minska omfattningen av regelverket i stort om LUK-direktivet genomfördes genom bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling. Samtidigt skulle ett sådant genomförande bidra till att omfattningen av den lagen med nödvändighet ökade. Eftersom den stora majoriteten av de upphandlingar som sker avser annat än koncessioner får detta ses som en nackdel för flertalet av dem som ska tillämpa den nya lagen om offentlig upphandling. Nuvarande bestämmelser om upphandling av byggkoncessioner gäller, som framgått ovan, endast för upphandlande myndigheter och inte för upphandlande enheter. Redan av det skälet att bestämmelserna om upphandling av koncessioner i LUK-direktivet gäller både upphandlande myndigheter och enheter kan lämpligheten i att enbart reglera upphandling av koncessioner i lagen om offentlig upphandling ifrågasättas. Vidare konstaterar regeringen, i likhet med Genomförandeutredningen, att det numera är en vedertagen lagstiftningsteknik på upphandlingsområdet att genomföra en självständig EU-rättsakt genom en särskild lag. Sammantaget anser regeringen att fördelarna med att genomföra LUK-direktivets bestämmelser genom en separat lag överväger de nackdelar som finns med denna lösning.

Som nämnts ovan finns ett flertal likheter med upphandlingsregleringen på området för offentlig upphandling och för försörjningssektorerna. Lagens struktur bör därför i huvudsak motsvara den som följer av de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Som framgått ovan föreslår regeringen, med beaktande av Lagrådets synpunkter, att en bestämmelse bör införas i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna som upplyser om de andra lagarna på upphandlingsområdet. En motsvarande bestämmelse bör också införas i lagen om upphandling av koncessioner. Lagen bör vidare inledningsvis innehålla motsvarande bestämmelse som de båda andra lagarna när det gäller tröskelvärdenas betydelse för tillämpning av lagen.

Namnet på lagen

I LOU-direktivet används benämningen offentlig upphandling och i LUF-direktivet upphandling, medan det i LUK-direktivet i stället talas om tilldelning av koncessioner. En förklaring till denna skillnad kan vara att LUK-direktivet inte innehåller några regler för själva förfarandet utan endast s.k. förfarandegarantier. Också en tilldelning av en koncession kan emellertid sägas utgöra en anskaffning genom upphandling (jfr skäl 11 och artikel 1.1 i LUK-direktivet samt artikel 1.1 i LOU-direktivet och LUF-direktivet). Lagen bör därför ha en benämning som motsvarar övriga upphandlingslagar och benämnas lagen om upphandling av koncessioner.

Genomförandet av bestämmelser som inte är ändrade i sak

Eftersom LOU-direktivet och LUF-direktivet är omarbetningar av 2004 års direktiv är flera artiklar i huvudsak likalydande eller i vart fall oförändrade i sak. Utgångspunkten är att författningsbestämmelserna i dessa fall ska utformas med motsvarande bestämmelser i 2007 års lagar som förebild. Skälet till detta är att regeringen anser att det finns ett visst värde i att strukturen och utformningen av de bestämmelser som inte är ändrade i sak är densamma i de nya lagarna. Det finns emellertid flera fall där de nya direktiven inte är ändrade i sak men innebär förtydliganden. Sådana förtydliganden bör få genomslag i lagtexten. Vidare finns fall där direktiven visserligen måste bedömas vara oförändrade i sak men där lagtexten bör ändras i syfte att åstadkomma bättre överensstämmelse mellan den svenska lagstiftningen och direktiven. Även av detta skäl föreslås i några fall att lagbestämmelser ska utformas på ett annat sätt än motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. Utöver detta har ett antal redaktionella ändringar i förenklande syfte gjorts i förhållande till nuvarande LOU och LUF utan att någon ändring i sak varit avsedd.

Genomförandet av bestämmelser vars innehåll följer av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna

Vissa krav i direktivens artiklar följer redan av att de upphandlande myndigheterna och enheterna vid all upphandling är skyldiga att iaktta de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna (artikel 18.1 i LOU-direktivet, artikel 36.1 i LUF-direktivet och artikel 3.1 i LUK-direktivet). När sådana krav bedöms genomförda redan genom genomförandet av de allmänna principerna föreslås de inte genomföras särskilt i lagarna. Några remissinstanser framför dock att när exempelvis ett proportionalitetskrav anges särskilt i en direktivbestämmelse, bör utgångspunkten vara att kravet också ska tas in i den motsvarande författningsbestämmelsen. Regeringen anser dock som utgångspunkt att så bör ske bara när kravet är kvalificerat i den meningen att det går utöver vad den upphandlande myndigheten eller enheten har att iaktta redan till följd av den allmänna principbestämmelsen. Frågan om det finns skäl att genomföra sådana bestämmelser särskilt eller inte behandlas i anslutning till varje artikel där en sådan bestämmelse aktualiseras.

Det ska dock i sammanhanget nämnas att *Lagrådet*, i anslutning till frågan om proportionalitetsprincipens tillämpning i samband med uteslutning av en leverantör, har ansett att det finns anledning att under den fortsatta beredningen överväga att genomföra direktiven i de delar där de preciserar vad som uppenbarligen har ansetts motsvara kraven på proportionalitet. Denna fråga behandlas i avsnitt 22.1.4.

Artiklar med exemplifierande uppräknings

Flera artiklar i direktiven innehåller exemplifierande uppräknings. Regeringen anser, vilket *Lagrådet* inte har haft något att invända emot, att sådana uppräknings som utgångspunkt inte bör ingå i

Prop. 2015/16:195 författningstexten. För det fall exemplen inte genomförts i lagtexten har de dock som regel nämnts i övervägandena eller i författningskommentaren till aktuell bestämmelse.

Övriga lagtekniska frågor

Lagrådet har ifrågasatt den lagtekniska utformningen av vissa typer av bestämmelser såväl i direktiven som i lagförslagen. Lagrådet har bl.a. noterat bestämmelser som ålägger upphandlande myndigheter eller andra att vidta åtgärder men där det inte föreskrivs någon påföljd för den händelse åliggandet inte efterföljs. Lagrådet har ansett att sådana bestämmelser bör undvikas i lag, men har inte generellt motsatt sig dem när de är utformade i enlighet med direktivens bestämmelser.

Regeringen vill framhålla att varje åtgärd som en myndighet eller enhet vidtar i samband med upphandling och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för överprövning (se EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5). Detta gäller också underlåtenhet att vidta sådana åtgärder som följer av skyldigheter i lagstiftningen. Att en myndighet eller enhet inte följer de skyldigheter som föreskrivs i lagstiftningen kan alltså leda till att upphandlingen måste göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett. Med dessa grundläggande utgångspunkter för regelverket framstår det enligt regeringens mening som förklarligt att direktiven inte innehåller särskilda påföljder för myndigheterna och enheterna i anslutning till de många skyldigheter som åvilar dem enligt direktiven. På motsvarande sätt får som huvudregel anses gälla att den leverantör som inte följer skyldigheterna i upphandlingen riskerar att inte längre få delta i förfarandet och ytterst att få sitt anbud förkastat. Mot denna bakgrund anser regeringen, i likhet med Lagrådet, att det inte finns anledning att generellt frånga direktivens utformning när det gäller bestämmelser av det aktuella slaget.

När det gäller vissa av de föreslagna bestämmelserna har Lagrådet särskilt preciserat sina synpunkter i denna fråga. Synpunkterna behandlas i anslutning till behandlingen av de aktuella bestämmelserna, se bl.a. avsnitten 26.2.5, 26.5 och 31.2 .

De övriga lagtekniska frågor som Lagrådet har framhållit behandlas i anslutning till de bestämmelser som aktualiserat de synpunkter Lagrådets framfört, se t.ex. avsnitt 10.5, 16.1.3, 18.1.4 och 23.1.1 samt författningskommentaren.

5.6 Bilagor till lagarna

Regeringens förslag: Var och en av de nya lagarna ska ha en bilaga med en förteckning över byggtreprenadkontrakt. Vidare ska var och en av de tre lagarna ha en bilaga som innehåller en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Utredningens och promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med 2004 års direktiv innehåller de tre nya direktiven bilagor med en förteckning över byggentreprenadkontrakt som anger olika byggverksamheter och CPV-kod för respektive verksamhet (bilaga II till LOU-direktivet och bilaga I till LUF-direktivet respektive LUK-direktivet). Bilagorna är kopplade till direktivens definition av byggentreprenadkontrakt. Nuvarande LOU och LUF har motsvarande bilagor med förteckningar. *Lagrådet* har ifrågasatt denna lagstiftningsteknik och konstaterat att informationen inte förefaller vara mer omfattande än att den kan tas in i paragrafer i lagen. Regeringen anser dock att det inte finns anledning att ändra på den rådande ordningen och föreslår därför att det till var och en av de nya lagarna fogas en bilaga som innehåller en förteckning över byggentreprenadkontrakt. Vilka uppgifter som ska framgå av de aktuella bilagorna, och särskilt om CPV-koder bör framgå, behandlas i avsnitt 10.7.

I samtliga tre nya direktiv finns en bilaga med en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Bilagan anger de tjänster för vilka direktivens enklare regler för upphandling gäller (bilaga XIV till LOU-direktivet, bilaga XVII till LUF-direktivet och bilaga IV till LUK-direktivet). Utöver benämningen på tjänsterna framgår också CPV-koder för dessa. I nuvarande LOU och LUF finns en liknande förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) i en bilaga (bilaga 3) till respektive lag. *Lagrådet* har förordat att även förteckningen i denna bilaga genomförs i lagtext. Regeringen anser emellertid att bilagan bör genomföras på motsvarande sätt som i 2004 års lagar, dvs. som en bilaga till respektive lag. När det gäller den närmare utformningen av bilagan och den särskilda frågan om de aktuella bilagorna även bör innehålla en hänvisning till aktuella CPV-koder hänvisas till avsnitt 10.7.

Utöver nämnda bilagor föreslås också i avsnitt 17.1.1 att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna var och en ska ha en bilaga med definitioner av vissa tekniska specifikationer. Därutöver föreslås i avsnitt 6.3 att lagen om upphandling av koncessioner ska ha en bilaga där det framgår vilka verksamheter som omfattas av lagen.

5.7 Artiklar av administrativ karaktär genomförs inte

Regeringens bedömning: Artiklar med bestämmelser som inte är av den karaktären att de bör genomföras i medlemsstaternas lagstiftning ska inte införas i de nya lagarna.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans framför någon invändning.

Skälen för regeringens bedömning: Direktiven innehåller artiklar med bestämmelser som inte är av den karaktären att deras innehåll ska genomföras i medlemsstaternas nationella upphandlingslagstiftning. Det gäller t.ex. artiklar med bestämmelser som ger kommissionen rätt att meddela s.k. delegerade akter och artiklar med bestämmelser rörande

5.8 Kommissionens genomförandeåtgärder

I direktiven finns ett antal bestämmelser som ger kommissionen befogenhet att anta s.k. genomförandeakter. Ett sådant exempel är fastställande av standardformulär för annonsering, ett annat är standardformuläret benämnt det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. Kommissionen har meddelat båda dessa förordningar, se kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 samt kommissionens genomförandeförordning (EU) 2016/7 av den 5 januari 2016 om fastställande av standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. Förordningarna gäller direkt och ska tillämpas av upphandlande myndigheter och enheter. De bestämmelser som omfattas av dessa förordningar genomförs därför som utgångspunkt inte i lagarna, se även ovan avsnitt 5.3.

5.9 Bestämmelser som genomförs genom förordning

Direktiven är, som *Lagrådet* konstaterat, omfattande och detaljerade. Vissa av bestämmelserna är dock av sådan karaktär att de enligt regeringens mening lämpligen bör genomföras i förordning. Främst gäller detta bestämmelser om annonsering om upphandling. Regeringen gör alltså, liksom i samband med genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv, bedömningen att vissa bestämmelser lämpligen bör genomföras genom förordning. Vilka bestämmelser som bör genomföras på detta sätt behandlas i övervägandena i anslutning till att den aktuella bestämmelsen behandlas.

5.10 Propositionens disposition

Överväganden

Övervägandena i propositionen är uppdelade i olika sakområden, som i huvudsak följer strukturen på de föreslagna nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller till stora delar likalydande eller i huvudsak likalydande bestämmelser varför genomförandet av bestämmelserna som regel behandlas gemensamt. Bestämmelser som har motsvarighet i nuvarande LOU och LUF och där direktiven inte ändrats i sak behandlas som regel mer översiktligt.

I anslutning till de olika sakområdena behandlas också bestämmelser i LUK-direktivet, som motsvaras av bestämmelser i de båda andra

direktiven. Sådana bestämmelser som inte har någon direkt motsvarighet i LOU-direktivet eller LUF-direktivet, behandlas i de avsnitt dessa sakligt sett närmast hör samman med.

För varje sakområde görs som utgångspunkt överväganden om i vilken utsträckning reglerna även bör gälla för upphandlingar som inte omfattas av direktiven eller endast delvis omfattas av direktiven. Motsvarande överväganden görs också beträffande bestämmelserna som föreslås genomföra LUK-direktivet.

På olika ställen i direktiven finns ett antal sekretessbestämmelser, som dels är generella, dels är kopplade till vissa specifika frågor. Samtliga sekretessfrågor är samlade i ett gemensamt avsnitt (avsnitt 21 Sekretess). Reglerna i LUF-direktivet om anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland och förhållandet till tredjeland (artiklarna 85 och 86), som helt saknar motsvarighet i LOU-direktivet, behandlas också i ett eget övervägandeavsnitt (avsnitt 29).

Flertalet av de föreslagna bestämmelserna har sin grund i förslag dels från Genomförandeutredningens betänkanden Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och En lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69), dels från departementspromemorian Nya regler om upphandling (2014:25). När i det följande anges utredningen avses därför, om inte annat särskilt anges eller tydligt framgår av sammanhanget, Genomförandeutredningen. På motsvarande sätt avses med promemorian den nyss nämnda departementspromemorian.

Författningskommentaren

Samtliga paragrafer i förslagen till nya lagar behandlas i författningskommentaren. De bestämmelser som genomför nya artiklar i LOU- och LUF-direktiven behandlas mer utförligt, medan sådana paragrafer som har motsvarighet i nuvarande LOU och LUF behandlas mer översiktligt. Bestämmelser i LOU och LUF som förts över i princip oförändrade till de nya lagarna kommenteras som regel inte. Beträffande kommentarer till dessa paragrafer hänvisas till tidigare förarbeten till respektive paragraf.

Samtliga bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner kommenteras också i författningskommentaren. De bestämmelser som motsvaras av bestämmelser i de nya lagarna om upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna behandlas dock endast kortfattat och med en hänvisning till motsvarande bestämmelser i LOU eller LUF.

Lagrådet har efterfrågat ett antal klagoranden och påpekat att sådana klagoranden kan göras genom författningskommentarer, men har samtidigt mycket riktigt framhållit att det är ett problem i sammanhanget att den svenska lagstiftaren endast har begränsade möjligheter att göra auktoritativa uttalanden om sådant som regleras i direktiven. Regeringen konstaterar alltså, i likhet med *Lagrådet*, att möjligheterna för regeringen att göra auktoritativa uttalanden i förarbetena är begränsade (jfr EU-domstolens dom i mål C-371/02 Björnekulla Fruktindustrier Aktiebolag mot Procordia Food Aktiebolag, ERS2002/182:3, särskilt p. 13). När det gäller praxis har det varit en strävan att, i den mån det finns relevant

6 Tillämpningsområde och definitioner

6.1 Tillämpningsområde för lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

LOU-direktivet och LUF-direktivet har väsentligen samma tillämpningsområden som 2004 års direktiv.

Till skillnad från 2004 års LOU-direktiv finns det i LOU-direktivet inte några bestämmelser om bygg- och tjänstekoncessioner. Upphandling av koncessioner regleras i stället i det nya LUK-direktivet.

6.1.1 Anskaffning som omfattas av lagarna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska, i likhet med LOU och LUF, gälla vid upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader samt vid projekttävlingar. Upphandling av koncessioner ska regleras i lagen om upphandling av koncessioner.

Den nya lagen om offentlig upphandling ska i likhet med LOU gälla sådan upphandling som en upphandlande myndighet genomför om inte anskaffningen är särskilt undantagen från lagens tillämpningsområde.

Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska i likhet med LUF gälla vid upphandling som genomförs av upphandlande enheter, dvs. särskilda subjekt som bedriver verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, för sådan verksamhet om inte anskaffningen är särskilt undantagen från lagens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med 2004 års direktiv omfattar 2014 års LOU- och LUF-direktiv anskaffningar av varor, tjänster och byggtreprenader. De nya direktiven saknar dock helt bestämmelser om koncessioner. Koncessioner regleras i stället i LUK-direktivet. I såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet finns bestämmelser om projekttävlingar. De nya lagarna bör därför, i likhet med 2007 års lagar, gälla vid upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader samt vid anordnande av projekttävlingar. Upphandling av koncessioner bör regleras i lagen om upphandling av koncessioner (se avsnitt 5.4 och 6.2). Någon motsvarighet till 1 kap. 12 § LOU, som avser tjänstekoncessioner, och 13 kap. LOU, som avser byggkoncessioner, föreslås därmed inte i den nya lagen om offentlig

upphandling. Inte heller föreslås bestämmelser som motsvarar 1 kap. 11 § LUF, som avser undantag för bygg- och tjänstekoncessioner, i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Den nya lagen om offentlig upphandling ska ersätta LOU och gäller varje anskaffning som en upphandlande myndighet gör om den inte omfattas av ett undantag i lagen. Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska ersätta LUF och gäller upphandling som genomförs av en upphandlande enhet som är verksam inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och är avsedd för utförandet av någon av de verksamheter som omfattas av lagen, om inte anskaffningen är särskilt undantagen (se avsnitt 6.3 om vilka verksamheter som omfattas).

Direktiven delar inte längre upp tjänster i A- och B-tjänster. Någon sådan uppdelning görs därmed inte heller i de nya lagarna. Däremot innehåller direktiven särskilda och enklare regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, som i tidigare direktiv betecknades som B-tjänster. Genomförandet av dessa bestämmelser behandlas i avsnitt 32.

Direktiven reglerar upphandlingar som uppgår till minst vissa tröskelvärden, se avsnitt 11. När det gäller upphandlingar som understiger tröskelvärdena anser regeringen, som framgår av avsnitt 31.1, att sådana upphandlingar, bör regleras i ett särskilt kapitel i de nya lagarna, på motsvarande sätt som i 15 kap. LOU och LUF. I enlighet med vad *Lagrådet* föreslagit bör det redan av en av de inledande bestämmelserna i 1 kap. i lagarna framgå vilken betydelse tröskelvärdena har för vilka regler i respektive lag som ska tillämpas. Lagrådet har föreslagit att bestämmelserna ska hänvisa till om värdet överstiger tröskelvärdena. För att tydliggöra att de direktivstyrda bestämmelserna ska tillämpas även i de fall värdet av en upphandling uppgår till de exakta tröskelvärdena bör bestämmelserna hänvisa till om värdet uppgår till minst tröskelvärdena.

6.1.2 Definitionen av upphandling och begreppet kontrakt

Regeringens förslag: Definitionen av upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla moment som är karakteristiska för upphandling och som ingår i LOU- och LUF-direktivens definition. Den ska härutöver innehålla moment som ingår i den nuvarande definitionen i LOU och LUF. Bestämmelsen ska placeras inledningsvis i lagen, tillsammans med en bestämmelse som övergripande anger tillämpningsområdet för lagen.

Regeringens bedömning: Definitionen av upphandling bör inte innehålla något moment som rör ingåendet av ett ramavtal.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock en delvis annan utformning och placering av definitionen av upphandling. I stället för en i huvudsak gemensam definition av upphandling för båda lagarna föreslås i

Prop. 2015/16:195 promemorian att offentlig upphandling ska definieras i lagen om offentlig upphandling, medan upphandling ska definieras i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Vidare görs i promemorian bedömningen att momentet ”åtgärder som vidtas i syfte att ingå ett ramavtal” bör ingå i definitionen.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans motsätter sig förslaget. Några remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* tar upp frågor om begreppet kontrakt, som rör dels om begreppet bör användas i lagarna eller om det bör ersättas med det vidare begreppet avtal, dels lämpligheten av att kontraktet ingår som ett moment i definitionen av upphandling. Konkurrensverket och Advokatfirman Delphi förordar att begreppet offentligt kontrakt används i den nya lagen om offentlig upphandling. *Sveriges advokatsamfund* framför att det inte förs något resonemang kring varför promemorian valt att använda och definiera begreppet kontrakt men inte begreppet offentligt kontrakt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Direktivens reglering och nuvarande lagar

I artikel 2.5 i LOU-direktivet definieras offentligt kontrakt som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera leverantörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster. Motsvarande definition i LUF-direktivet, som avser varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt finns i artikel 2.1.

I 2004 års direktiv definieras inte begreppet upphandling. I LOU och LUF finns dock en definition, som alltså är nationell. Enligt 2 kap. 13 § LOU förstås med offentlig upphandling de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Definitionen i LUF har motsvarande lydelse.

I artikel 1.2 i såväl LOU- som LUF-direktivet definieras begreppet upphandling. Artikel 1.2 i LOU-direktivet har följande lydelse.

Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.

Artikel 1.2 i LUF-direktivet är anpassad efter förhållandena inom försörjningssektorerna.

Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande enheters anskaffning genom varu-, byggtreprenad- eller tjänstekontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande enheter, förutsatt att byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för utövande av någon av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14.

Syftet med direktivets definition är inte att utvidga tillämpningsområdet utan att tydligare beskriva själva begreppet upphandling (se skäl 4 i LOU-direktivet). Direktivreglerna om upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar som görs i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader. Anskaffning bör förstås i vid mening och behöver t.ex. inte nödvändigtvis innebära att äganderätten överläts. Begreppet upphandling i LUF-direktivet ska så nära som möjligt stämma överens med det begrepp som tillämpas i LOU-direktivet, med beaktande av särdragen på de områden som omfattas av LUF-direktivet (se skäl 6 i LUF-direktivet).

En definition av upphandling bör tas in i de nya lagarna

De nya lagarna bör, i likhet med 2007 års lagar, innehålla en definition av begreppet upphandling. I lagrådsremissen föreslås att definitionen ska placeras i det kapitel som innehåller definitioner av begrepp i respektive lag, vilket också motsvarar placeringen i nuvarande LOU och LUF. Motsvarande placering har föreslagits av *Lagrådet*, som dock föreslår en annorlunda utformning av definitionen. Som framgår ovan, se avsnitt 5.1, delar regeringen Lagrådets bedömning att det är lämpligt med en bestämmelse tidigt i respektive lag som beskriver tillämpningsområdet för lagen. I stället för att dels ha en övergripande sådan bestämmelse om tillämpningsområdet och sedan längre fram i samma kapitel en definition av begreppet upphandling, framstår det enligt regeringens mening som ändamålsenligt att dessa bestämmelser placeras i en gemensam paragraf i inledningen av lagarna. En sådan utformning överensstämmer också med regleringen i direktiven, som behandlar definitionen av vad som avses med upphandling i artikel 1 om syfte och tillämpningsområde och alltså skiljt från andra definitioner. På detta sätt tydliggörs också att definitionen är av annorlunda karaktär och mer av en beskrivande definition, snarare än en legaldefinition i strikt mening.

Regeringen konstaterar att det, i enlighet med vad Lagrådet har föreslagit, är en fördel att alla tre lagarna innehåller en i huvudsak enhetlig definition av vad som avses med upphandling och regeringen instämmer därför i Lagrådets synpunkt att upphandling bör vara det särskilda begrepp som definieras i alla tre lagarna.

Begreppet kontrakt och dess betydelse för direktivens tillämpningsområde

Kontrakt är ett etablerat upphandlingsrättsligt begrepp som används genomgående i upphandlingsdirektiven. I likhet med tidigare direktiv används begreppet i 2014 års direktiv med delvis olika innebörd beroende på sammanhanget. Kontrakt i formell mening avser det normala sättet att avsluta en upphandling på. Av definitionen av kontrakt framgår bl.a. att det är ett skriftligt dokument med ekonomiska villkor som ingås mellan berörda parter. Kontraktet används även i bestämmelser som avgränsar direktivens tillämpningsområden eller anger undantag, t.ex. genom att det anges att direktiven inte ska tillämpas på kontrakt som avser vissa typer av anskaffning. Termen tilldelning av kontrakt beskriver vidare ett upphandlingsförfarande i allmän mening

Prop. 2015/16:195 men också sådana åtgärder som den upphandlande myndigheten eller enheten vidtar när den utvärderar inkomna anbud.

Genom EU-domstolens praxis är det klarlagt att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet, i samband med en upphandling av något som faller inom det materiella tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven, och som kan ha rättslig verkan, är ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning. När det gäller tidpunkten kan en upphandlande myndighets eller enhets beslut överprövas när myndigheten eller enheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kändedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser (se dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, se även Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 31).

I rättsmedelsdirektiven, i lydelse enligt ändringsdirektivet, finns bestämmelser om möjlighet att i vissa fall ogiltigförklara avtal som faller in under upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Avtal i rättsmedelsdirektivens mening inbegriper bl.a. kontrakt, ramavtal och dynamiska inköpssystem. Av direktiven framgår att följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning. Det är alltså fråga om en civilrättslig ogiltighet. Regeringen bedömde vid genomförandet att skiljelinjen i bestämmelsen om när överprövning av en upphandling inte längre får ske, mellan vad som är ett civilrättsligt giltigt avtal respektive ett kontrakt enligt LOU och LUF, inte behövde upprätthållas (prop. 2009/10:180 del I s. 136 f. och 172 f.). När det i upphandlingslagarnas bestämmelser om överprövning anges att överprövning av en upphandling inte får ske efter att avtal har slutits, avses alltså tidpunkten när ett civilrättsligt giltigt avtal föreligger. Efter att avtal har ingåtts, kan leverantören ansöka om ogiltigförklaring av avtalet.

Av avgörande betydelse för såväl skyldigheten att iaktta upphandlingsreglerna som möjligheterna till rättslig kontroll av en upphandling eller ett ingånget kontrakt är således att den vara, tjänst eller byggentreprenad som anskaffas materiellt faller in under upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Om upphandlingen ska eller har avslutats genom ett dokument som uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt enligt direktivens definition av kontrakt saknar däremot betydelse.

Begreppet kontrakt bör användas i lagarna

Ett antal remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, tar upp frågor som avser begreppet kontrakt och hur det används i lagarna. Frågorna rör dels allmänt om begreppet kontrakt bör användas eller om det bör ersättas med begreppet avtal, dels lämpligheten av att kontraktet ingår som ett moment i lagarnas definition av upphandling. Konkurrensverket framhåller att det vidare begreppet avtal tydliggör att upphandlingslagstiftningen inte kan kringgås genom att upphandlande myndigheter eller enheter underlåter att ingå avtal skriftligen. Verket anser att definitionen av upphandling bör förtydligas så att den beskrivna felaktiga tolkningen av regelverket undviks. Konkurrenskommissionen framhåller

att det enligt svensk rätt kan förekomma civilrättsligt bindande avtal som ingås muntligen eller konkludent mellan en upphandlande myndighet och en leverantör samt, i vissa fall, även rena bytesavtal utan skriftlig dokumentation. Dessa och liknande avtal riskerar vid en snäv tolkning av definitionen av upphandling enligt ordalydelsen att felaktigt hamna utanför lagens tillämpningsområde. Konkurrenskommissionen förordar att den mera neutrala samlingsbeteckningen avtal används i definitionen. Även Advokatfirman Delphi hänvisar till den svenska avtalsrätten och menar att det krav på skriftlighet som framgår av LOU- och LUF-direktivens kontraktsdefinition är olämpligt för den svenska rättsordningen och för en effektiv tillämpning av direktiven. Advokatfirman anför att definitionen av kontrakt saknar rättslig och faktisk betydelse för upphandlingslagarnas tillämpning och föreslår därför att begreppet kontrakt utmönstras ur definitionen och att begreppet offentligt kontrakt används i lagen i övrigt.

Som framgår av avsnitt 5.2 har även *Lagrådet* haft invändningar mot användningen av begreppet kontrakt och konstaterat att detta både till form och till innehåll begränsas i förhållande till vad som allmänt gäller inom civilrätten. Lagrådet har också riktat kritik mot att begreppet används i flera olika betydelser i lagarna. Lagrådet har föreslagit att begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt helt ska utmönstras ur lagarna.

Som en allmän utgångspunkt kan konstateras att definitionen av vad som utgör ett kontrakt i direktivens mening är en EU-rättslig fråga. Enligt EU-domstolens praxis är den rättsliga kvalificeringen av ett avtal i medlemsstaternas rätt inte relevant för att avgöra huruvida detta omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven (se EU-domstolens dom *Auroux m.fl.*, C-220/05, EU:C:2007:31, särskilt p. 40, och dom *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06, EU:C:2007:815, särskilt p. 50). Det kan vidare konstateras att begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt förekommer i många olika sammanhang och på ett stort antal ställen såväl i 2004 års direktiv som i 2014 års direktiv.

Lagrådet har föreslagit en för upphandlingsrätten ny begreppsbyggnad som närmare knyter an till civilrättens terminologi och som leder till genomgående och grundläggande ändringar i flertalet bestämmelser i de förslagna lagarna och därmed betydande avvikelser från direktivens bestämmelser. Enligt regeringens bedömning är det, med hänsyn till direktivens omfattning och komplexitet, mycket svårt att avgöra vilka konsekvenser sådana genomgripande förändringar av terminologin kan komma att få. Redan av det skälet anser regeringen att det är tveksamt att i detta sammanhang föreslå så omfattande ändringar som Lagrådet föreslagit.

Även oavsett detta anser regeringen att betydelsen av att direktivens terminologi sedan länge är inarbetad och etablerad inte ska underskattas. Detsamma gäller fördelarna för tillämparna att grundläggande begreppsbyggnad i den nationella lagstiftningen nära ansluter till de begrepp som EU-domstolen använder vid tolkningen av direktiven. Det kan också konstateras att de negativa konsekvenser regeringen pekar på i avsnitt 5.1 med allt för stora avvikelser från direktivens terminologi blir särskilt påtagliga när det gäller begreppet kontrakt och termen tilldelning

Prop. 2015/16:195 av kontrakt, som förekommer i stor utsträckning i de standardformulär som upphandlande myndigheter och enheter är skyldiga att använda sig av vid annonsering av upphandlingar på EU-nivå. Dessa omständigheter talar enligt regeringens mening för att begreppet kontrakt och tilldelning av kontrakt bör användas i de nya lagarna och att de bör genomföras på ett sätt som nära ansluter till direktiven.

Sammantaget anser regeringen, trots den kritik som kan riktas mot hur begreppet kontrakt och termen tilldelning av kontrakt används i direktiven, att övervägande skäl talar för att som utgångspunkt använda dessa begrepp även i de nya lagarna. Med beaktande av vad Lagrådet har anfört kan regeringen emellertid konstatera att det finns anledning att särskilt överväga om större tydlighet kan åstadkommas i regleringen genom att begreppen används på ett mer enhetligt sätt i lagarna. I flera fall synes detta kunna åstadkommas genom att begreppen ersätts med begreppet upphandling. Denna fråga behandlas vidare nedan, se under rubriken Kontrakt bör i vissa fall ersättas med upphandling.

När det gäller utformningen av begreppet kontrakt har både Konkurrensverket och Advokatfirman Delphi förordat att begreppet offentligt kontrakt bör användas i stället. Det sistnämnda är också det begrepp som används i såväl 2004 års som 2014 års LOU-direktiv. Begreppet kontrakt infördes dock som en enhetlig beteckning för offentligt kontrakt och kontrakt på Lagrådets inrådan i samband med genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 295 och del 2 s. 597). Det finns enligt regeringens mening inte något skäl att nu ändra den bedömning som gjordes i det sammanhanget. Regeringen instämmer därmed i promemorians bedömning att begreppet kontrakt bör användas som enhetlig beteckning även i de nya lagarna. Någon skillnad i sak gentemot direktiven uppkommer inte genom detta.

Konkurrensverket anser vidare att orden ”skriftligt avtal” bör ersättas med ”avtal” i definitionen av kontrakt, för att tydliggöra att även avtal som inte är skriftliga kan omfattas av upphandlingslagstiftningen. Denna fråga hör nära samman med frågan om utformningen av definitionen av upphandling och behandlas därför nedan.

Den närmare utformningen av definitionen av kontrakt behandlas vidare i avsnitt 6.7.4. I samma avsnitt behandlas också definitionen av varu-, tjänste- och byggtreprenadkontrakt samt ramavtal närmare.

Den närmare utformningen av definitionen av upphandling

Regeringen anser att de moment som ingår i direktivens beskrivande definition och som är karakteristiska för upphandling som utgångspunkt bör tas in i lagarnas definition. Härutöver anser regeringen, i likhet med *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, att vissa moment i den nuvarande definitionen i LOU och LUF bör behållas. Det bör nämligen göras tydligt att det är fråga om upphandling i lagarnas mening så snart åtgärder vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att en anskaffning ska göras. Att upphandlande enheters upphandling måste vara avsedd för utförandet av någon av de verksamheter som omfattas av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna följer av att lagen är tillämplig endast vid sådan upphandling. Det behöver därför inte anges särskilt i definitionen.

I direktiven anges att med upphandling avses anskaffning genom ett kontrakt. Även definitionen av offentlig upphandling respektive upphandling i 2007 års LOU och LUF hänvisar till att det ska röra sig om åtgärder som vidtas i syfte att tilldela ett kontrakt. Det väcker frågan om kontraktet bör ingå i lagarnas definition av upphandling eller om detta riskerar att leda till en felaktig tolkning av lagarnas respektive tillämpningsområden.

Som redovisats ovan framför flera remissinstanser synpunkter på utformningen av definitionen av upphandling. Även *Lagrådet* har invänt mot definitionen och bl.a. anfört att på grund av den inskränkta betydelsen av termen kontrakt följer av definitionen att lagen inte är tillämplig om den upphandlande myndighetens avsikt är att ingå ett muntligt avtal. Detta kan enligt *Lagrådet* rimligen inte vara avsikten. Regeringen kan i och för sig instämma i att det kan ifrågasättas vilket berättigande skriftlighetskravet har som en del av definitionen av kontrakt. Det normala är dock att en upphandling, bl.a. för dokumentationens skull, avslutas med ett skriftligt avtal. Enligt regeringens mening bör definitionen, i likhet med hur den genomförts i nuvarande LOU och LUF, genomföras i nära anslutning till direktiven och därmed innehålla ett skriftlighetskrav. I sammanhanget kan nämnas att det i Danmark, Norge och Finland, som alla har avtalslagar med samma huvuddrag som Sveriges, har beslutats eller föreslagits definitioner som innehåller samma skriftlighetskrav som direktiven. Som Advokatfirman Lindahl noterat kan även avtal som inte uppfyller kriterierna för att betraktas som ett kontrakt enligt lagarnas definition bli föremål för överprövning. Det avgörande för rätten till överprövning är alltså, som även konstaterats ovan, om det som anskaffas materiellt faller in under upphandlingslagarnas tillämpningsområden. Regeringen instämmer således i bedömningen att rättsläget är sådant att kontraktet i formell mening saknar betydelse för direktivens tillämpningsområde och att möjligheten att överpröva såväl en upphandling som ett ingånget avtal är beroende av andra faktorer.

Tidigare upphandlingsdirektiv utgår i högre grad än 2014 års direktiv från kontraktet som grund för att beskriva när enskilda upphandlingar omfattas av direktivet. Både det faktum att begreppet upphandling nu definieras och definitionens utformning är uttryck för ett mer funktionellt angreppssätt än tidigare. Det blir än tydligare att direktiven behandlar förfarandet vid upphandling. Även 2014 års direktiv utgår dock i stor utsträckning från kontraktet som begrepp. Kontraktet har också en viktig upphandlingsrättslig betydelse genom att det anvisar hur en upphandling normalt avslutas. Att det som har överenskommit mellan parterna dokumenteras skriftligt ökar transparensen och därmed möjligheten till insyn och kontroll. Direktivens definition av upphandling beskriver moment som typiskt sett karakteriserar en upphandlingssituation. Att kontrakt ingår som ett sådant moment framstår enligt regeringens mening i och för sig som naturligt.

Regeringen kan dock instämma i att hänvisningen i definitionen till att anskaffningen ska ske genom ett kontrakt enligt ordalydelsen felaktigt kan ge intryck av att det för lagarnas tillämplighet krävs att myndigheten eller enheten faktiskt har för avsikt att ingå ett skriftligt avtal. Som *Lagrådet* har noterat följer dock detta redan av direktivens definition. Det

Prop. 2015/16:195 råder enligt regeringens mening inte någon tvekan om att avsikten inte är att definitionen ska ha en sådan inskränkt betydelse. Regeringen konstaterar att den risk för feltolkning av tillämpningsområdet som Lagrådet och remissinstanserna framhåller, finns redan enligt nuvarande reglering genom utformningen av definitionen i 2007 års lagar. Såvitt regeringen kunnat konstatera har detta dock inte gett upphov till några tolkningsfrågor i rättspraxis. Det har inte heller i övrigt framkommit att definitionens utformning i här aktuellt avseende skulle ha vållat några problem i den praktiska tillämpningen av lagarna. Enligt regeringens mening är det mot den bakgrunden i och för sig tveksamt om det finns någon reell risk för kringgående eller felaktig tillämpning till följd av att kontraktet ingår som en del i definitionen.

Regeringen kan dock, i likhet med Lagrådet, konstatera att direktivens definition av upphandling lämnar en del i övrigt att önska när det gäller tydlighet och logik. Trots detta anser regeringen, med beaktande av de allmänna utgångspunkter regeringen har för genomförandet (se avsnitt 5.1), att skälen för att genomföra artikelbestämmelsen på ett i huvudsak direktivnära sätt överväger de nackdelar som eventuellt kan tänkas föreligga. För att minska det som kan uppfattas som en betoning på kontraktet, som alltså är av underordnad betydelse i sammanhanget, föreslår dock regeringen att direktivens uttryck anskaffning genom ett kontrakt ersätts med uttrycket anskaffning genom tilldelning av ett kontrakt. Eftersom det sistnämnda uttrycket även kan sägas innefatta kravet att anskaffningen ska ske från en eller flera valda leverantörer behöver det momentet i direktivens definition inte genomföras särskilt.

Alternativet att ersätta begreppet kontrakt med avtal i definitionen av upphandling, vilket *Konkurrensverket* föreslagit, skulle enligt regeringens mening innebära en avvikelse från direktiven med inte helt överblickbara konsekvenser. En sådan ändring skulle möjliggöra tolkningen att ett muntligt avtal kan vara ett godtagbart sätt att avsluta en upphandling på. Kontraktetsdefinitionens krav på skriftlighet tar emellertid inte sikte på frågan när obligationsrättslig avtalsbundenhet uppkommer mellan parterna i ett avtal.

Kontrakt bör i vissa fall ersättas med upphandling

Lagrådet har, som framgått ovan, både när det gäller kontrakt och tilldelning av kontrakt konstaterat att begreppen används i flera olika betydelser i lagarna. Lagrådet har föreslagit att det i varje enskild paragraf i stället tydligt ska anges vilken företeelse som paragrafen avser, dvs. om det är fråga om att beskriva upphandlingsprocessen, den anskaffning som upphandlingen avser eller det avtal som myndigheten önskar ingå.

Som Lagrådet också har noterat är användningen i de föreslagna lagarna av begreppen kontrakt och tilldelning av kontrakt huvudsakligen en följd av direktiven. Att termen tilldelning av kontrakt i direktiven används i olika meningar, i vissa fall för att beteckna hela upphandlingsprocessen och i andra fall endast för att beteckna själva tilldelningsbeslutet, uppmärksammades redan vid genomförandet av 2004 års direktiv (prop. 2006/07:128 del 1 s. 150). Lagrådet förordade då att beteckningen på hela förfarandet när en myndighet eller enhet handlar

upp även fortsättningsvis skulle vara upphandling och att den i direktiven använda termen tilldelning av kontrakt fick avse myndighetens eller enhetens beslut i fråga om val av leverantör (a. prop. s. 597). Regeringen konstaterade att begreppet upphandling är ett väl inarbetat begrepp hos myndigheter och företag och att det lämpligen kunde användas som ett samlingsuttryck för processen fram till och med slutande av upphandlingskontraktet eller att ett ramavtal finns (a. prop. s. 150).

Även om användningen av de aktuella begreppen i huvudsak följer direktiven kan regeringen, i linje med Lagrådets synpunkter, konstatera att det finns ett utrymme för att förtydliga lagförslagen genom att termen kontrakt i vissa fall ersätts med upphandling. Detsamma gäller termen tilldelning av kontrakt, som så långt möjligt bör förbehållas den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut att välja ut den leverantör vars anbud den avser att anta. I andra fall där termen används i direktiven bör den i lagarnas bestämmelser i vissa fall kunna ersättas med upphandling, som en mer allmän beteckning för förfarandet.

Projekttävlingar ska anges särskilt

Lagrådet har ansett att ett anordnande av en projekttävling är en form av upphandling av en tjänst där syftet är att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning. Det står enligt Lagrådet klart att en projekttävling som syftar till att den upphandlande myndigheten ska förvärva en ritning uppfyller alla faktiska krav på en upphandling. Projekttävlingar behöver därmed enligt Lagrådets uppfattning inte behandlas som en separat företeelse vid sidan om upphandlingar utan utgör en form av tjänsteupphandling.

Som anförts ovan delar inte regeringen Lagrådets uppfattning om hur upphandling ska definieras. Redan av detta skäl finns det anledning att även fortsättningsvis reglera projekttävlingar som en separat företeelse vid sidan av upphandlingar. Regeringen delar förvisso Lagrådets uppfattning så till vida att den projekttävling som anordnas i syfte att ett tjänstekontrakt ska tilldelas kan sägas omfattas av begreppet upphandling. Det finns emellertid även en form av projekttävling som omfattas av direktivets bestämmelser men som inte syftar till att ett tjänstekontrakt ska tilldelas. Sådana projekttävlingar kan enligt regeringens uppfattning inte utan vidare anses utgöra en upphandling i direktivets mening. Därutöver är projekttävlingar behandlade separat i direktiven och bör av systematiska skäl även behandlas på motsvarande sätt i lagstiftningen.

Åtgärder som vidtas i syfte att ingå ett ramavtal

Enligt den nationella definitionen av upphandling i LOU och LUF är de åtgärder som en upphandlande myndighet respektive enhet vidtar i syfte att ingå ramavtal en form av upphandling. Uttrycket att ingå ramavtal ingår däremot inte i de nya upphandlingsdirektivens definition av begreppet upphandling.

Vissa av de övriga bestämmelserna i LOU och LUF bygger på förutsättningen att ingåendet av ett ramavtal är en form av upphandling. Bland annat är bestämmelserna i 16 kap. om överprövning utformade från denna utgångspunkt. Bestämmelserna om överprövning är inte

Prop. 2015/16:195 föremål för någon egentlig översyn i detta lagstiftningsärende utan förs över i de nya lagarna med i detta avseende oförändrad lydelse. I promemorian görs bedömningen att momentet ”åtgärder som vidtas i syfte att ingå ramavtal” bör ingå i lagarnas beskrivande definition av upphandling. Motivet är att utesluta risken för en felaktig tillämpning av de aktuella bestämmelserna om överprövning.

Direktivens definition beskriver upphandling i en funktionell, övergripande mening. En upphandling avslutas enligt direktivens övriga bestämmelser normalt genom ett kontrakt, vilket också anges i definitionen. Det finns i direktiven också bestämmelser, som numera är obligatoriska för medlemsstaterna att införa, som innebär att ramavtal får användas som metod för senare anskaffningar av varor, tjänster eller byggtreprenader genom kontrakt. Detsamma gäller för dynamiska inköpssystem. Redan att det finns sådana bestämmelser tydliggör att de åtgärder som en upphandlande myndighet eller enhet vidtar för att ingå ett ramavtal, eller inrätta ett dynamiskt inköpssystem, är moment i vad som är upphandling i direktivens och de föreslagna lagarnas mening.

Bestämmelserna om överprövning av en upphandling som föreslås föras över från LOU och LUF till 20 kap. i respektive ny lag är alltså tillämpliga t.ex. när en upphandlande myndighet eller enhet ingår ett ramavtal. Regeringen bedömer att det inte är nödvändigt att särskilt ange ramavtal i de nya lagarnas definition.

Ett ramavtal ska, enligt definitionen av ramavtal, ingås med tillämpning av något upphandlingsförfarande. Därmed innefattas t.ex. selektivitet, dvs. ett urval av leverantörer från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida. När en leverantör ansöker om överprövning får domstolarnas kontroll av om ett ingånget avtal har skurit av möjligheten till överprövning av upphandlingen (se 20 kap. 6 § andra stycket i de båda nya lagarna) göras utifrån vilket slags förfarande ansökan gäller – ingående av ett ramavtal eller tilldelningen av ett kontrakt som grundas på ett ramavtal. I praktiken måste domstolarna göra en sådan kontroll redan i dag vid tillämpning av motsvarande bestämmelse i LOU respektive LUF.

6.2 Tillämpningsområde för lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska gälla vid upphandlande myndigheters och enheters upphandling av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. En definition av upphandling av koncessioner som motsvarar definitionen i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska tas in i lagens inledande kapitel.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig över förslaget.

Tjänstekoncessioner och byggkoncessioner

I nuvarande LOU regleras byggkoncessioner i 13 kap., medan dessa undantas från LUF:s tillämpningsområde (1 kap. 11 § LUF). Tjänstekoncessioner är i princip oreglerade i båda lagarna. Tilldelning av tjänstekoncessionsavtal som har gränsöverskridande intresse omfattas därmed i huvudsak enbart av de grundläggande bestämmelserna i EUF-fördraget om bl.a. icke-diskriminering och transparens.

Genom LUK-direktivet åläggs medlemsstaterna att införa bestämmelser som reglerar bygg- och tjänstekoncessioner. LOU-direktivet och LUF-direktivet saknar helt, till skillnad från 2004 års motsvarigheter, bestämmelser om koncessioner. Som framgår av avsnitt 5.4 föreslår regeringen att upphandling av koncessioner uteslutande ska regleras i lagen om upphandling av koncessioner som genomför LUK-direktivet.

LUK-direktivet omfattar enligt artikel 1 upphandlingsförfaranden för tilldelning av tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner som görs av antingen upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter om byggentreprenaderna eller tjänsterna rör sådan verksamhet som anges i bilaga II till direktivet. Vilka kontrakt som omfattas av definitionen av bygg- och tjänstekoncessioner utvecklas närmare i avsnitt 6.8.2. Definitionen av upphandlande myndigheter och enheter behandlas i avsnitt 6.8.3.

Lagrådet har konstaterat att de invändningar som kan riktas mot begreppet kontrakt, se avsnitt 6.1.2 ovan, även kan riktas mot begreppet koncession. Lagrådet har mot den bakgrunden föreslagit att definitionen av koncession som ett avtal med skriftliga villkor ska slopas i lagen på samma sätt som begreppet kontrakt. Regeringen anser dock att samma skäl som anförts ovan för att behålla begreppet kontrakt talar för att behålla även begreppet koncession. Regeringen anser alltså att begreppet koncession som utgångspunkt bör användas i den nya lagen om upphandling av koncessioner. Som Lagrådet har konstaterat används dock begreppet, på motsvarande sätt som kontrakt i LOU- och LUF-direktiven, i flera olika betydelser i LUK-direktivet. I likhet med vad som föreslagits beträffande de båda andra lagarna finns därför även i lagen om upphandling av koncessioner ett utrymme för att förtydliga lagförslaget genom att i vissa fall ersätta begreppet koncession.

En beskrivande definition av upphandling av koncessioner

I LUK-direktivet används begreppet upphandling endast i begränsad omfattning och utan att det definieras. Den formulering som används är i stället tilldelning av koncessioner. Någon definition av upphandling motsvarande den som finns i LOU och LUF direktiven finns inte i LUK-direktivet.

Även om reglerna för förfarandet skiljer sig åt är det i sak inte någon egentlig skillnad mellan att tilldela en koncession och att tilldela ett kontrakt. Det är i båda fallen fråga om en anskaffning som görs genom ett upphandlingsförfarande. Huruvida det är en koncession eller ett kontrakt som tilldelas är beroende av ersättningsformen och vem som bär verksamhetsrisken. Det är alltså fråga om en anskaffning oavsett om den

Prop. 2015/16:195 kallas upphandling eller tilldelning. Mot denna bakgrund och också i enhetlighetens intresse (jfr 2 kap. 1 § den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna) bör lagen om upphandling av koncessioner innehålla en definition som motsvarar den i de två andra lagarna (se avsnitt 6.1.2 ovan). I definitionen bör begreppet upphandling av koncessioner användas i stället för direktivets tilldelning av koncessioner. Definitionen bör placeras i lagens inledande kapitel.

Att upphandlande enheters upphandling av koncessioner måste avse sådana byggtreprenader eller tjänster som är avsedda för utförandet av någon av de verksamheter som anges i bilaga II till direktivet för att omfattas av direktivet följer redan av definitionen av upphandlande enheter. Detta behöver därför inte anges särskilt i paragrafen med definitionen av upphandling.

6.3 Verksamheter som omfattas av tillämpningsområdet för upphandling inom försörjningssektorerna och av koncessioner

Regeringens förslag: Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska i huvudsak omfatta samma verksamheter som nuvarande LUF.

Viss busstransportverksamhet som undantas från LUF:s tillämpningsområde ska inte undantas från den nya lagens tillämpningsområde.

Det ska enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna vara möjligt för ett företag att undanta viss sekundär verksamhet från lagens tillämpningsområde, bestående i en mindre produktion och leverans av gas eller värme, el eller dricksvatten, även när företagets huvudsakliga verksamhet avser postområdet, tillhandahållande av hamnar och flygplatser eller utvinning av olja och gas.

Vissa kontrakt som är posttjänster närstående ska undantas från den nya lagen om offentlig upphandling om de tilldelas av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster.

Lagen om upphandling av koncessioner ska förutom verksamhet inom vattensektorn omfatta samma slags verksamheter som omfattas av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Vilka verksamheter som omfattas av lagen om upphandling av koncessioner ska anges i en bilaga till den lagen.

Regeringens bedömning: Verksamhet som innefattar prospektering av olja och gas ska, till skillnad från LUF, inte omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Vissa tjänster som är posttjänster närstående ska inte heller omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Promemorians samt utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Bestämmelserna i den bilaga som förtecknar verksamheter som utövas av upphandlande enheter

enligt lagen om upphandling av koncessioner ändras dock redaktionellt i regeringens förslag, i syfte att åstadkomma överensstämmelse mellan förteckningen i bilagan och motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar frågan, *Akademikerförbundet SSR*, avstyrker varje förändring som innebär att rätten till dricksvatten begränsas och i stället görs till en vara på marknaden.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Verksamheter som omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Av artiklarna 8–14 i LUF-direktivet framgår att direktivet omfattar i stort sett samma verksamheter som 2004 års LUF-direktiv, t.ex. verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät för dricksvatten och leverans av dricksvatten till sådana nät. Dessa bestämmelser avser vilka försörjningsverksamheter som omfattas av upphandlingsregelverket och inte frågan hur t.ex. dricksvatten tillhandahålls slutkonsumenterna. De bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som genomför artiklarna bör utformas med motsvarande bestämmelser i LUF som förebild. I den mån annat inte sägs nedan får rättsläget bedömas som oförändrat beträffande vilka verksamheter inom försörjningssektorerna som omfattas av lagen.

Prospektering av olja och gas omfattas inte av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Eftersom marknaden för prospektering av olja och gas numera bedöms som konkurrensutsatt har den exkluderats från LUF-direktivets tillämpningsområde. Sådan verksamhet ska därför inte heller omfattas av den nya lagen. Verksamhet som består i utvinning av olja och gas omfattas emellertid även fortsättningsvis.

Vissa tjänster som är posttjänster närstående undantas från den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och från den nya lagen om offentlig upphandling

På området för posttjänster omfattar 2004 års LUF-direktiv bl.a. vissa verksamheter som består i tillhandahållandet av andra tjänster än posttjänster (i 2 kap. 13 § tredje stycket LUF används begreppet närstående posttjänster). I 2014 års LUF-direktiv har emellertid dessa tjänster undantagits från tillämpningsområdet. Enligt uppräknningen av andra tjänster än posttjänster i artikel 13.2 c i LUF-direktivet omfattas verksamhet som består i tillhandahållandet av

- tjänster som innebär förvaltning av posttjänster (tjänster både före och efter försändelsen, inklusive närservice), samt
- tjänster som gäller försändelser som inte innefattas i led a (postförsändelser), till exempel oadresserad direktreklam.

Prop. 2015/16:195 Av artikel 7 i LOU-direktivet går att motsatsvis läsa vilka verksamheter som inte längre ska omfattas av LUF-direktivets tillämpningsområde. De är

- mervärdestjänster som har anknytning till och utförs helt och hållet med elektroniska medel (inbegripet säker överföring av kodade dokument med elektroniska medel, adresshanteringstjänster och överföring av registrerad e-post),
- finansiella tjänster som omfattas av CPV-koderna 66100000-1 till 66720000-3 och i artikel 21 d i LUF-direktivet inbegripet särskilt postanvisningar och postgirobetalningar,
- filatelitjänster, samt
- logistiktjänster (tjänster där fysisk leverans och/eller magasinering kombineras med andra tjänster som inte är posttjänster).

Verksamhet som avser nämnda tjänster anges i 2 kap. 13 § tredje stycket andra, fjärde, femte och sjätte punkten LUF. Eftersom de inte längre ska omfattas av LUF-direktivets tillämpningsområde ska de inte heller omfattas av den nya lagens tillämpningsområde.

I artikel 7 i LOU-direktivet har kontrakt som tilldelas för utförandet av dessa tjänster även undantagits från det direktivets tillämpningsområde. Undantaget gäller om kontrakten tilldelas av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster i den mening som avses i LUF-direktivet. Undantaget är nödvändigt för att förhindra att det uppkommer upphandlingsskyldighet för en upphandlande enhet, som också är en upphandlande myndighet, om den vill anskaffa de aktuella tjänsterna. Ett motsvarande undantag bör därför införas i den nya lagen om offentlig upphandling. Undantaget kan utformas med motsvarande punkter i 2 kap. 13 § tredje stycket LUF som förebild.

När det gäller finansiella tjänster definieras undantaget i artikel 7 i LOU-direktivet dels med angivande av ett intervall av CPV-koder för finansiella tjänster, dels genom en hänvisning till artikel 21 d i LUF-direktivet, som rör det särskilda undantaget för vissa finansiella tjänster. Kommissionen har genom artikel 23.2 i LOU-direktivet befogenhet att anpassa CPV-koderna till följd av ändringar i CPV-nomenklaturen. Koderna kan alltså komma att ändras. Det är emellertid nödvändigt, för att genomförandet ska bli korrekt och för förståelsens skull, att definiera undantaget genom att ange intervallet med CPV-koder direkt i den nu aktuella paragraf som genomför undantaget (se avsnitt 10.7).

Viss busstransportverksamhet undantas inte längre

I artikel 5.2 i 2004 års LUF-direktiv anges att direktivet inte omfattar de enheter som tillhandahåller busstransporttjänster för allmänheten, vilka är uteslutna från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EEG enligt dess artikel 2.4. Det undantaget har tagits in i 1 kap. 22 § LUF. Undantaget torde med tiden ha fått begränsad betydelse. Något motsvarande undantag görs inte i LUF-direktivet och ska därför inte heller göras i den nya lagen.

I artiklarna 8.2, 9.2 samt 10.3 i LUF-direktivet ges vissa möjligheter för en upphandlande enhet, som inte är en upphandlande myndighet, att undanta mindre verksamhet, bestående i produktion och leverans av gas eller värme, el eller dricksvatten. En förutsättning för undantaget är bl.a. att den verksamheten är en konsekvens av en annan, huvudsaklig verksamhet och i den meningen sekundär.

Det finns en motsvarande reglering i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts i 1 kap. 5 och 6 §§ LUF. Enligt dessa bestämmelser får huvudverksamheten inte bestå av någon verksamhet som omfattas av LUF. Till skillnad från den regleringen kan huvudverksamheten numera bestå i sådan verksamhet som avses i artikel 12, 13 eller 14 i LUF-direktivet, dvs. verksamhet som avser hamnar och flygplatser, post-tjänster respektive utvinning av olja och gas samt prospektering och utvinning av kol eller andra fasta bränslen. Undantaget är ändå tillämpligt. Se vidare författningskommentarerna till 2 kap. 4 och 5 §§.

Verksamheter som omfattas av lagen om upphandling av koncessioner

Enligt artikel 1.2 b i LUK-direktivet gäller direktivet för tilldelning av byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner till leverantörer av upphandlande enheter, förutsatt att byggtreprenaderna eller tjänsterna är avsedda för utförandet av en av de verksamheter som avses i bilaga II till direktivet. Den bilagan innehåller en förteckning över verksamheter som en enhet ska bedriva för att utgöra en upphandlande enhet enligt LUK-direktivet. I promemorians förslag fogades en motsvarande förteckning till lagen som en bilaga. *Lagrådet* har ifrågasatt lämpligheten av att bryta ut dessa centrala bestämmelser till en bilaga. Skälet till att genomförandet har skett på detta sätt är att det följer LUK-direktivets ordning. Regeringen kan instämma i *Lagrådets* synpunkt att denna ordning kan ifrågasättas. Att denna lösning valts i LUK-direktivet kan dock förklaras med att förteckningen i bilagan endast aktualiseras för upphandlande enheter, trots att både upphandlande myndigheter och enheter är skyldiga att tillämpa direktivet, samt den strävan som funnits att åstadkomma en reglering med färre bestämmelser. Som regel torde upphandlande enheter som avser att upphandla koncessioner i praktiken vara väl införstådda med vilka verksamheter som omfattas, eftersom sådana enheter normalt har att tillämpa lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Eftersom lagen om upphandling av koncessioner med ett undantag kommer att omfatta samma verksamhetsområden torde det därför inte vara till någon avgörande nackdel att de verksamheter som utövas av upphandlande enheter förtecknas i en bilaga till lagen om upphandling av koncessioner och inte i bestämmelser i själva lagen. Regeringen bedömer därför att dessa verksamheter bör kunna framgå av en bilaga till lagen.

När det gäller den närmare utformningen av bilagan delar dock regeringen *Lagrådets* uppfattning att förteckningen bör utformas enhetligt med motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En skillnad som måste avspeglas i förteckningen, är dock att LUK-direktivet inte omfattar verksamhet inom vattensektorn. Koncessioner inom vattensektorn är nämligen till stor del undantagna

6.4 Tillämpningsområdet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

6.4.1 Lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska gälla för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster endast om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt och hållet av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Bestämmelserna i respektive lag ska i sak motsvara det nuvarande undantaget i LOU respektive LUF för sådana tjänster. Den ska dock inte formuleras som en undantagsbestämmelse, utan som en bestämmelse som anger i vilka fall lagarna är tillämpliga.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens med den skillnaden att i regeringens förslag till lagtext föreslås att CPV-koderna för tjänsterna ska anges i stället för benämningen på respektive tjänst.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser tillstyrker förslaget eller har inget att invända. *Vinnova* anser dock att uttrycket forsknings- och utvecklingsverksamhet inte är helt rättvisande. *Vinnova* menar att, för att ett projekt ska omfattas av bestämmelsen, ska projektet gå ut på antingen forsknings- eller utvecklingsverksamhet.

Skälen för regeringens förslag

Forsknings- och utvecklingstjänster i lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Kontrakt som avser forsknings- och utvecklingstjänster är i princip undantagna från tillämpningen av nuvarande LOU och LUF. Lagarna gäller inte för kontrakt som avser forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten. Bestämmelsen är alltså formulerad som en undantagsbestämmelse och är införd under rubriken Särskilda undantag, vilket följer de bakomliggande direktivens struktur.

Bilaga II A till 2004 års LOU-direktiv och bilaga XVII A till 2004 års LUF-direktiv listar de s.k. A-tjänsterna med angivande av CPV-koder. Kategori 8 i respektive lista avser forsknings- och utvecklingstjänster.

I de nya direktiven regleras forsknings- och utvecklingstjänsterna i artikel 14 i LOU-direktivet respektive artikel 32 i LUF-direktivet. I artiklarna anges CPV-koder som motsvarar koderna i kategori 8 i de nämnda bilagorna till 2004 års direktiv för kontrakt avseende forsknings- och utvecklingstjänster. Koderna är uttömmande angivna. Med ett par

undantag är de forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet som anges i kategori 8 numera inte i något fall upphandlingspliktiga enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet. Det följer av att de inte ingår i uppräknings- i artiklarna (se närmare nedan).

För de forsknings- och utvecklingstjänster som anges i artikeln uppkommer upphandlingskyldighet endast om följande två förutsättningar är uppfyllda. Resultaten ska tillkomma endast den upphandlande myndigheten eller enheten i dess egen verksamhet (villkor a) och den tillhandahållna tjänsten ska betalas helt och hållet av den upphandlande myndigheten eller enheten (villkor b). Om båda villkoren är uppfyllda ska de aktuella tjänsterna upphandlas.

Bestämmelsen är inte formulerad som ett undantag, utan i stället anges när direktivet är tillämpligt. Förändringen av bestämmelsens uppbyggnad innebär emellertid inte någon ändring i sak utan syftet är att åstadkomma ett klagörande. Industrin bör uppmuntras att medfinansiera program för forskning och utveckling, och det bör därför klargöras att direktivet endast är tillämpligt när någon sådan medfinansiering inte förekommer och när utfallet av forsknings- och utvecklingsverksamheten endast kommer berörd upphandlande myndighet eller enhet till godo (skäl 35 i LOU-direktivet och skäl 42 i LUF-direktivet).

Regeringen förordar att bestämmelsen följer det senare alternativet. Då underlättas jämförelser mellan den nationella regleringen och direktiven t.ex. i situationer med gränsöverskridande handel eller när det uppkommer frågor om tolkning av den nationella rätten i förhållande till direktiven. Bestämmelsen om forsknings- och utvecklingstjänster i lagarna bör därför vara formulerad som en positiv bestämmelse, dvs. en bestämmelse som anger i vilka fall respektive lag är tillämplig. Begreppet forsknings- och utvecklingstjänster används i direktiven och bör enligt regeringens mening också användas i lagarna. Till skillnad från vad som föreslagits i promemorian bör CPV-koderna för tjänsterna och inte respektive tjänsts benämning anges i paragrafen. Överväganden om detta finns i avsnitt 10.7.

Det kan noteras att det bara är forsknings- och utvecklingstjänster enligt kategori 8 i bilagorna till 2004 års direktiv som avses i artiklarna i de nya direktiven. Om en upphandlande myndighet eller enhet ska anskaffa exempelvis sådana databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster som omfattas av kategori 7 i nämnda bilagor, eller marknads- och opinionsundersökningar som omfattas av kategori 10, ska dessa upphandlas enligt tillämpliga regler.

Forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet

Bilaga II A till 2004 års LOU-direktiv och bilaga XVII A till 2004 års LUF-direktiv listar de s.k. A-tjänsterna med angivande av CPV-koder. Kategori 8 i respektive bilaga avser forsknings- och utvecklingstjänster. I den kategorin anges vissa CPV-koder som avser forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet. Två slag av forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet – tjänster som omfattas av CPV-koderna 73420000-2 (förberedande genomförbarhetsstudie och teknisk demonstration) samt 73430000-5 (test och utvärdering) – ingår i uppräknings- i artikel 14 i LOU-

Prop. 2015/16:195 direktivet och artikel 32 i LUF-direktivet. I övrigt anges inte några forsknings- och utvecklingstjänster på försvars- och säkerhetsområdet. Följande tjänster regleras alltså inte av de direktiven:

- 73400000-6 Forsknings- och utvecklingstjänster med avseende på säkerhets- och försvarsmateriel
- 73410000-9 Militär forskning och teknik
- 73421000-9 Utveckling av säkerhetsutrustning
- 73422000-6 Utveckling av skjutvapen och ammunition
- 73423000-3 Utveckling av militärfordon
- 73424000-0 Utveckling av örlogsfartyg
- 73425000-7 Utveckling av militära luftfartyg, robotar och rymdfarkoster
- 73426000-4 Utveckling av elektroniska system för militärt bruk
- 73431000-2 Test och utvärdering av säkerhetsutrustning
- 73432000-9 Test och utvärdering av skjutvapen och ammunition
- 73433000-6 Test och utvärdering av militärfordon
- 73434000-3 Test och utvärdering av örlogsfartyg
- 73435000-0 Test och utvärdering av militära luftfartyg, robotar och rymdfarkoster
- 73436000-7 Test och utvärdering av elektroniska system för militärt bruk.

Dessa forsknings- och utvecklingstjänster omfattas i stället av LUFSDirektivets tillämpningsområde. Det framgår av artikel 2 i LUFSDirektivet och dess bilaga I, punkten 14, vilken omfattar CPV-koderna för nämnda tjänster. Eftersom redan 2004 års LOU-direktiv och LUF-direktiv undantar kontrakt som omfattas av LUFSDirektivet gör regeringen bedömningen att de nya direktiven inte innebär någon egentlig ändring av rättsläget på områdena för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

6.4.2 Lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om i vilka fall tjänstekoncessioner för forsknings- och utvecklingstjänster omfattas av lagens tillämpningsområde.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens med den skillnaden att i regeringens förslag till lagtext föreslås att CPV-koderna för tjänsterna ska anges i stället för benämningen på respektive tjänst.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig särskilt, *Stockholms kommun*, ifrågasätter att utredningen förordar en reglering av forsknings- och utvecklingstjänster som utredningen bedömer står i strid med definitionen av koncessioner.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 25 i LUK-direktivet innehåller motsvarande bestämmelser om forsknings- och utvecklingstjänster som artikel 14 i LOU-direktivet respektive artikel 32 i LUF-direktivet men gäller tjänstekoncessioner.

Definitionen av en tjänstekoncession är enligt artikel 5.1 att ersättningen för tjänsterna utgörs av endast rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller dels av en sådan rätt, dels betalning. För det fall den tillhandahållna tjänsten helt och hållet betalas av den upphandlande myndigheten eller enheten består ingen del av ersättningen till leverantören av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet. Någon möjlighet för leverantören att utnyttja forsknings- och utvecklingstjänster i de situationer som artikel 25 syftar på synes inte heller kunna föreligga eftersom hela resultatet av tjänsten uteslutande ska tillkomma den upphandlande myndigheten eller enheten. Ett avtal om sådana tjänster som uppfyller kriterierna i artikeln kan inte heller medföra en övergång av verksamhetsrisken eftersom leverantörer får full ersättning för tjänsten från den upphandlande myndigheten eller enheten och tjänsten utgör sålunda ingen tjänstekoncession.

Som framhålls av Stockholms kommun har utredningen funnit att de kriterier som anges för att LUK-direktivet ska vara tillämpligt vid upphandling av koncessioner avseende forsknings- och utvecklings-tjänster framstår som oförenliga med kriterierna som definierar en koncession. Utredningen har därför övervägt om bestämmelsen i lagen om upphandling av koncessioner – till skillnad från bestämmelsen i direktivet och motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna – bör formuleras som ett undantag för dessa tjänster från lagens tillämpningsområde i stället för att ange att lagen är tillämplig vid upphandling av sådana tjänstekoncessioner endast under vissa förutsättningar. Utredningen har emellertid ansett att det finns ett betydande värde i att motsvarande bestämmelser i de olika upphandlingsdirektiven i så stor utsträckning som möjligt genomförs och utformas på ett liknande sätt i lagarna. Regeringen instämmer såväl i utredningens analys som i dess bedömning. Det är inte valfritt för medlemsstaterna att genomföra artikel 25 i LUK-direktivet. Bestämmelserna om lagens tillämplighet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster ska alltså genomföras och de bör då utformas på samma sätt som bestämmelserna i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det får utvecklas i rättstillämpningen om och i så fall vilket utrymme det finns att använda sig av tjänstekoncession som avtalsform i fråga om forsknings- och utvecklingstjänster utan att upphandlingsplikt inträder.

6.5 Vissa andra bestämmelser i direktiven som rör tillämpningsområdet

6.5.1 Förhållandet till artikel 346 i EUF-fördraget

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna som anger att lagarna ska tillämpas om inte annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget.

Promemorians respektive utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Prop. 2015/16:195 **Remissinstanserna:** De remissinstanser som yttrar sig särskilt i frågan invänder mot bedömningen. *Försvarets Materielverk (FMV)* anser att bestämmelsen bör genomföras och jämför med att artikel 346.1 a i EUF-fördraget har genomförts i LUFSS som ett särskilt undantag. FMV menar att bedömningen att fördragets artikel har företräde i förhållande till LOU givetvis är korrekt men att det förefaller ologiskt om LOU och LUFSS i denna del skulle ha olika systematik. *Advokatfirman Delphi* anser att bestämmelsen bör genomföras då relevanta undantag bör framgå av lagarna.

Skälen för regeringens bedömning

Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

I artikel 1.3 i såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet anges att direktivet ska tillämpas om inte annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget. Artikel 346 i EUF-fördraget innebär i korthet undantag från fördragets bestämmelser med hänsyn till en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen.

Direktivens bestämmelse innebär endast en upplysning om vad som följer av normhierarkin i EU-rätten. Om en viss verksamhet är undantagen från primärrätten, dvs. fördraget, kan den heller inte omfattas av sekundärrätten, dvs. direktiven. EU-rätten har vidare företräde framför den nationella rätten.

Gränslandet mellan upphandlingsdirektiven och artikel 346 i EUF-fördraget regleras främst i LUFSS-direktivet. I artikel 10 i 2004 års LOU-direktiv, i den lydelse artikeln har fått genom artikel 71 i LUFSS-direktivet, finns en föreskrift som motsvarar artikel 1.3 i de nya direktiven. Den föreskriften har inte genomförts särskilt i LOU. Regeringen bedömer det inte som nödvändigt att nu ta in en sådan författningsbestämmelse i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Det kan däremot i specifika upphandlingar enligt de nya lagarna finnas ett behov av att t.ex. undanta t.ex. ett blandat kontrakt, som till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Det kan också finnas behov att undanta ett kontrakt eller en projekttävling om en tillämpning av lagen skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot rikets väsentliga säkerhetsintressen (jfr artikel 346.1 a i EUF-direktivet). Möjligheten till undantag i dessa fall regleras i särskilda bestämmelser i de nya upphandlingsdirektiven och lagarna.

Upphandling av koncessioner

Enligt artikel 1.3 i LUK-direktivet ska tillämpningen av direktivet ske i enlighet med artikel 346 i EUF-fördraget. LUFSS-direktivet är inte tillämpligt vid tilldelning av koncessioner. Vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet ska således LUK-direktivet tillämpas. LUK-direktivet innehåller därför, i artikel 10.5 och 10.6, undantag som i huvudsak är specifika för försvars- och säkerhetsområdet och som i dessa delar motsvarar undantagen i artiklarna 12 och 13 i LUFSS-direktivet (se 1 kap. 8–10 §§ LUFSS).

Nämnda undantag i LUK-direktivet är bl.a. grundade på artikel 346 i EUF-fördraget och regeringen föreslår att de ska genomföras i lagen (se avsnitt 8.10). I likhet med bedömningen vid genomförandet av LUFSDirektivet anser regeringen att det är överflödigt att härutöver ta in en bestämmelse i lagen som allmänt berör förhållandet till artikel 346 (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 156 f.).

Prop. 2015/16:195

6.5.2 Tjänster av allmänt intresse

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna om begreppet tjänster av allmänt intresse.

Promemorians och utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Advokatfirman Lindahl* anser att lagen bör innehålla en definition av begreppet tjänst av allmänt intresse. Remissinstanserna i övrigt delar bedömningen eller har inget att invända mot den.

Skälen för regeringens bedömning

Begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse används i artiklarna 14 och 106.2 i EUF-fördraget och i EUF-fördragets protokoll 26, men det lämnas inte någon legaldefinition av begreppet i vare sig EUF-fördraget eller sekundärrätten. Någon definition finns inte heller i svensk lagstiftning. Med tjänster av allmänt ekonomiskt intresse menas allmännyttiga ekonomiska tjänster vilkas tillgänglighet anses vara så viktig för samhället att den berörda myndigheten kan ålägga leverantören en förpliktelse att utföra. Företaget måste då mot ersättning av allmänna medel erbjuda en tjänst som på förhand har fastställts av myndigheten. Tjänsterna skiljer sig från andra tjänster genom att myndigheterna måste trygga utbudet av dem under alla förhållanden, även om det inte alltid finns ett tillräckligt antal tjänsteleverantörer på marknaden. Ett svenskt exempel är statsstöd för att trygga tillgången till grundläggande betaltjänster på de orter och den landsbygd där behovet inte tillgodoses av marknaden.

I avsaknad av särskilda unionsbestämmelser som fastställer räckvidden för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har medlemsstaterna ett stort utrymme för egna bedömningar av vad de anser vara sådana tjänster. Därför får också den berörda myndigheten välja hur de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som den inrättar ska administreras.

Begreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse får främst sägas vara av konkurrensrättslig natur och kopplat till bestämmelserna i EUF-fördraget om statsstöd. Bestämmelserna om offentlig upphandling ska tillämpas när det finns en skyldighet att tillhandahålla en viss tjänst mot ersättning, oberoende av vilket mål av allmänt intresse som kan kopplas till tjänsten. Detta följer av direktivens definition av upphandling som en anskaffning genom ett kontrakt (se avsnitt 6.1.2).

Om en tjänst är av allmänt intresse innebär det inte i sig någon skyldighet att konkurrensutsätta tillhandahållandet av den. En myndighet kan t.ex. besluta att tillhandahålla tjänsten själv, direkt eller genom en

Prop. 2015/16:195 intern enhet (in house). Den kan också tillhandahålla tjänsten i samarbete med andra myndigheter, enligt de villkor som fastställts i EU-domstolens praxis.

Artiklarna 1.4 i LOU-direktivet och LUF-direktivet samt artikel 4.1 i LUK-direktivet uttrycker att upphandlingsreglerna inte i sig inskränker medlemsstaternas frihet att definiera vilka tjänster de anser vara av allmänt ekonomiskt intresse eller myndigheternas rätt att välja på vilket sätt de vill tillhandahålla tjänster – i egen regi eller genom att lägga ut dem på entreprenad. Regeringen gör bedömningen att det för svensk del inte finns något behov av att införa en bestämmelse i upphandlingslagstiftningen som slår fast detta. Innebörden av bestämmelsen framgår av EUF-fördraget och preciseras genom EU-domstolens praxis. Såväl 2004 års direktiv som de nya direktiven reglerar förfarandet vid upphandling (se artikel 1.1 i LOU-direktivet och LUF-direktivet). Även de nya lagarna föreslås vara en förfarandelagstiftning. Härutöver anger lagarna de närmare förutsättningarna för att kontrakt ska få tilldelas av en upphandlande myndighet till ett internt företag eller till en eller flera upphandlande myndigheter utan konkurrensutsättning. Lagarna ska alltså tillämpas när den berörda upphandlande myndigheten väl har valt att den tjänst som är i fråga ska konkurrensutsättas genom upphandling eller, i förekommande fall, för att avgöra om tjänsten kan tillhandahållas internt eller genom samarbete med annan eller andra myndigheter. En bestämmelse med innehåll motsvarande artikel 1.4 i de nya direktiven bedöms inte vara till någon ledning för myndigheten i det skedet. Av samma skäl som de nyss anförda gör regeringen, till skillnad från advokatfirman Lindahl, bedömningen att det inte är nödvändigt att införa någon definition av begreppet tjänst av allmänt intresse i lagarna.

Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse

I artikel 1.6 i LUF-direktivet och artikel 4.2 i LUK-direktivet anges att icke-ekonomiska tjänster inte ska omfattas av direktivets tillämpningsområde. Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse faller utanför EUF-fördraget, dvs. primärrätten, och de omfattas därmed inte heller av direktiven, dvs. sekundärrätten. Det finns inte något behov av att införa en bestämmelse med sådan innebörd i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna eller i lagen om upphandling av koncessioner.

6.5.3 Lagstiftning på området för social trygghet

<p>Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna som klargör att lagarna inte påverkar lagstiftningen på området för social trygghet.</p>

Promemorians och utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna delar bedömningen eller har inget att invända mot den.

Skälen för regeringens bedömning: Tjänster under CPV-kod 75300000-9 (obligatorisk socialförsäkring) omfattas enligt bilaga

XIV till LOU-direktivet respektive bilaga XVII till LUF-direktivet av direktivens bestämmelser om sociala tjänster och andra särskilda tjänster. För överväganden angående genomförandet av dessa bestämmelser, se avsnitt 32. I bilagan erinras om, beträffande dessa tjänster, att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.

I artikel 1.5 i såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet erinras också om att direktivet inte påverkar hur medlemsstaterna organiserar sin lagstiftning på området för social trygghet. Motsvarande skrivning finns i skäl 7 i LUK-direktivet. Bestämmelsen i LOU- och LUF-direktiven är riktad till lagstiftaren. Av det skälet bedöms det inte finnas något behov av en sådan bestämmelse i upphandlingslagarna.

6.5.4 Överföring av befogenheter och ansvar mellan myndigheter

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna om att lagarna inte gäller för sådan överföring av befogenheter och ansvar mellan upphandlande myndigheter, som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning.

Promemorians och utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Försvarets Materielverk (FMV)* anser att en fördjupad bedömning kan vara påkallad rörande frågan huruvida bestämmelsen i artikel 1.6 i LOU-direktivet bör genomföras i svensk rätt. I övrigt har ingen remissinstans yttrat sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 1.6 i LOU-direktivet och artikel 1.4 i LUK-direktivet anges att överenskommelser, beslut och andra instrument för överföring mellan upphandlande myndigheter eller grupper av upphandlande myndigheter av befogenheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning, ska ses som en del av den berörda medlemsstatens interna organisation och därmed inte på något sätt påverkas av detta direktiv. Bestämmelsen förtydligar visserligen att myndigheterna har denna möjlighet och kan sägas uttrycka principer som ska vägas in vid bedömningen av om en viss tänkt transaktion är upphandlingspliktig eller inte. Men regeringen gör bedömningen att en bestämmelse med sådant innehåll inte behövs i lagen

Regeringens bedömning: Det behövs inte någon bestämmelse i lagen om upphandling av koncessioner som anger en princip om myndigheters självstyre.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 2.1 i LUK-direktivet finns bestämmelser som bl.a. anger att direktivet erkänner principen om nationella, lokala och regionala myndigheters självstyre. Myndigheter är fria att besluta om hur utförande av byggentreprenader och tillhandahållande av tjänster bäst sker. Myndigheterna får därför välja att utföra sina uppgifter av allmänintresse med egna resurser eller i samarbete med andra myndigheter eller genom att delegera dem till ekonomiska aktörer (leverantörer). I artikel 2.2 anges att direktivet inte påverkar medlemsstaternas egendomsordning. Framför allt kräver inte direktivet att offentliga företag som tillhandahåller tjänster till allmänheten privatiseras.

Utredningen har inte föreslagit att bestämmelserna ska genomföras i lagen om upphandling av koncessioner. Inte heller regeringen gör bedömningen att artikeln behöver genomföras. Den princip som kommer till uttryck i artikeln har främst ett unionspolitiskt anslag. Det är inte nödvändigt att principen kommer till uttryck i lagen.

6.6 Tillämpningsområdet vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska bestämmelserna om tillämpningsområdet gälla även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några synpunkter.

Skälen för regeringens förslag: I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör de grundläggande bestämmelserna om lagarnas tillämpningsområde, som i nuvarande lagar, gälla såväl vid upphandlingar på det direktivstyrda området som vid upphandlingar enligt 19 kap. på det icke direktivstyrda området.

6.7 Definitioner i lagen om offentlig upphandling och i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

6.7.1 Definitioner tas in i lagarnas inledande kapitel

Regeringens förslag: Definitioner av olika begrepp ska tas in i lagarnas inledande kapitel. I kapitlet ska också finnas hänvisningar till andra bestämmelser i lagarna där definitioner och förklaringar av olika begrepp finns.

Regeringens bedömning: Bestämmelserna med definitionerna i de nya lagarna bör som utgångspunkt överensstämma med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Försvarmakten* anser att det är bra att bestämmelserna behåller samma struktur och att centrala begrepp behålls. *Göteborgs stad Upphandlings AB* tillstyrker förslaget att definitionerna samlas i ett inledande kapitel förutom när de förekommer någon enstaka gång och att de då förklaras där de förekommer. *Försvarets materielverk (FMV)* anser dock att definitionerna så långt möjligt bör samlas i ett inledande kapitel. I övrigt kommenterar inte remissinstanserna frågan särskilt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: De nya direktiven innehåller en mängd begrepp som i många fall är specifika för upphandlingsområdet. Innebörden av dessa begrepp definieras i en inledande artikel i respektive direktiv. De flesta av direktivens definitioner bör föras in i de nya lagarna. Definitioner bör placeras i lagarnas inledande kapitel.

Vissa begrepp som finns med i de särskilda artiklarna med definitioner i 2004 års direktiv definieras eller förklaras i de nya direktiven i stället i anslutning till de artiklar där de används. Utgångspunkten bör vara att de nya lagarna i detta avseende ska följa den struktur som valts i direktiven. Ett undantag bör dock göras vad gäller definitionen av begreppet ramavtal. I direktiven är denna definition placerad i den inledande delen av artiklarna om ramavtal (artikel 33.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 51.1 andra stycket i LUF-direktivet). Regeringen bedömer att definitionen bör placeras i lagarnas kapitel med definitioner eftersom begreppet återkommer på ett flertal ställen i lagarna.

Begrepp som behöver definieras och som endast används i ett sammanhang eller i ett särskilt kapitel bör i regel också definieras i det kapitel där begreppet förekommer. Härigenom undviks att kapitlet med definitioner blir alltför omfattande. För att det inte ska bli svårt att hitta sådana definitioner och förklaringar bör det i lagarnas inledande kapitel föras in hänvisningar till dem. *FMV* anser att den föreslagna lösningen medför att lagarna blir svåröverskådliga och att definitionerna i stället så långt möjligt bör samlas i ett inledande kapitel. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att tillämpningen av bestämmelserna

Prop. 2015/16:195 och läsningen av EU-domstolens praxis på området underlättas om den nationella lagstiftningens struktur motsvarar direktivens struktur.

Lagrådet har föreslagit vissa språkliga och redaktionella ändringar i definitionerna. Definitionerna har som huvudregel utformats i enlighet med eller huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Beträffande *Lagrådets* synpunkter om definitionen av begreppet kontrakt, se dock avsnitt 6.1.2.

På *Lagrådets* inrådan föreslås vidare i var och en av lagarna en definition av det direktiv som genomförs genom respektive lag. Skälet till detta är att vissa paragrafer i lagarna hänvisar direkt till det bakomliggande direktivet. För att underlätta läsningen av dessa paragrafer är det lämpligt att definiera en kortform av respektive direktiv. Kortformen bör hänvisa till direktiven i deras ursprungliga lydelse.

Förutom de definitioner som finns i direktiven innehåller LOU och LUF definitioner som endast gäller för upphandling som inte omfattas av direktivens tillämpningsområde. Eftersom dessa definitioner endast gäller ett kapitel i respektive lag bör bestämmelserna med dessa definitioner tas in i sak oförändrade i dessa kapitel.

Vissa definitioner behandlas närmare i de följande avsnitten och i de särskilda avsnitt som rör respektive begrepp, se t.ex. avsnitt 6.1.2 beträffande begreppet upphandling och avsnitt 14.4 beträffande inköpscentraler.

6.7.2 Vissa definitioner införs inte

Regeringens bedömning: Direktivens definitioner av begreppen anbudsgivare, innovation, märkeskrav, skriftlig och leverantör av upphandlingstjänster bör inte införas i de nya lagarna. Definitionerna i LOU och LUF av begreppen upphandlarprofil och publikt nät bör inte tas in i de nya lagarna.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Trafikverket* tillstyrker förslaget och anför att de definitioner som inte införs inte framstår som sådana att de skulle ge ökad klarhet. *Försvarets materielverk (FMV)* anser dock att definitioner av samtliga nu aktuella begrepp bör införas i lagarna. Även *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* förordar att flera av de aktuella definitionerna införs i de nya lagarna.

Skälen för regeringens bedömning: De nya direktiven innehåller i likhet med 2004 års direktiv en definition av ”anbudsgivare”. *FMV* och *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* anser att en motsvarande definition bör införas i de nya lagarna. *FMV* anser att termen annars kan förväxlas med ”leverantör”. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att definitionen får anses överflödigt, då vad som avses med termen inte bör kunna missförstås. En definition av anbudsgivare, som inte har tagits in i LOU eller LUF, bör därför inte heller införas i de nya lagarna.

Regeringen gör motsvarande bedömning beträffande definitionen av ”märkeskrav”. Enligt *FMV* finns det utan definitionen en risk att

lagstiftningen kommer att brista i precision. Eftersom begreppet märkeskrav inte används i de nya lagarna anser regeringen dock att någon definition av begreppet inte heller behöver införas.

I artikel 2.1.18 i LOU-direktivet respektive artikel 2.14 i LUF-direktivet definieras begreppet ”skriftlig”. Regeringen har tidigare, med hänvisning till RÅ 2009 ref. 70, gjort bedömningen att det inte finns ett behov av något förtydligande av begreppet eftersom det får anses klarlagt att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas även elektroniskt (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 305 ff.). Regeringen anser, till skillnad från FMV, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet och *Konkurrenskommissionen*, att det inte finns några bärande skäl för att nu göra någon annan bedömning. Någon motsvarighet till direktivens definition av begreppet skriftlig bör därför inte införas i lagarna.

Vidare innehåller direktiven en definition av begreppet ”innovation” (artikel 2.1.22 i LOU-direktivet respektive artikel 2.18 i LUF-direktivet), som saknar motsvarighet i 2004 års direktiv. FMV, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, *Advokatfirman Delphi* och Konkurrenskommissionen anser att definitionen bör införas i de nya lagarna. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att vad som omfattas av begreppet inte kan bestämmas med någon precision. Någon motsvarande definition bör därför inte införas i lagarna.

I artikel 2.1.17 i LOU-direktivet respektive artikel 2.13 i LUF-direktivet finns vidare en definition av begreppet ”leverantör av upphandlingstjänster”. FMV, Konkurrenskommissionen och Advokatfirman Delphi anser att definitionen bör införas i lagarna. Eftersom begreppet inte används i de nya lagarna bör dock någon definition av begreppet enligt regeringens mening inte införas.

I 2 kap. 20 § LOU respektive 2 kap. 15 och 22 §§ LUF finns definitioner av begreppen ”upphandlarprofil” och ”publikt nät”. Begreppen definieras inte särskilt i direktiven och det finns inte något behov av att ta in motsvarande definitioner i de nya lagarna.

6.7.3 Begreppet leverantör ska fortsätta användas

Regeringens förslag: Det i direktiven använda begreppet ekonomisk aktör ska i lagarna ersättas av begreppet leverantör.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i frågan, bl.a. *Försvarsmakten*, *Försvarets materielverk (FMV)* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* föreslår vissa justeringar av definitionen.

Skälen för regeringens förslag: I de nya direktiven finns en definition av begreppet ”ekonomisk aktör”, som är en samlade benämning för dem som erbjuder sig att på marknaden leverera varor, tillhandahålla tjänster eller utföra byggentreprenader eller byggnadsverk (artikel 2.1.10 i LOU-direktivet respektive artikel 2.6 i LUF-direktivet). Vid genomförandet av 2004 års direktiv gjorde regeringen bedömningen att det väl inarbetade begreppet leverantör alljämt borde användas som en samlingsbeteckning

Prop. 2015/16:195 för entreprenörer och leverantörer och beteckna alla som ingår ett upphandlingskontrakt med en upphandlande myndighet eller enhet (prop. 2006/07:128 del 1 s. 149 f.). Regeringen anser att det inte heller vid genomförandet av de nya direktiven finns skäl att frångå det väl inarbetade begreppet leverantör.

Konkurrenskommissionen och *Advokatfirman Delphi* förordar att definitionen av leverantör justeras till att avse den som på marknaden erbjuder sig att tillhandahålla varor eller tjänster eller att utföra byggentreprenader, respektive alla som ingår eller har ett intresse av att ingå upphandlingskontrakt. Syftet med förslaget är att tydliggöra att även nyetablerade aktörer omfattas av begreppet. Regeringen kan konstatera att den föreslagna definitionen är identisk med den som finns i LOU och LUF och att definitionen i detta avseende i allt väsentligt är oförändrad sedan 1992 års LOU. Regeringen anser att även nyetablerade aktörer som ska lämna anbud i en upphandling får anses utgöra aktörer som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader. De omfattas därmed av den nuvarande lydelsen. Enligt regeringens mening finns det således inte skäl att ändra definitionen.

6.7.4 Definitionerna av de olika typerna av kontrakt och av ramavtal

Regeringens förslag: Definitionen av begreppet kontrakt ska inte innehålla något krav på undertecknande eller elektronisk signatur. Definitionerna av begreppen varukontrakt, tjänstekontrakt, byggentreprenadkontrakt och ramavtal ska utformas på ett direktivnära sätt.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanserna som yttrar sig i frågan, däribland *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Göteborgs stad Upphandlings AB* tillstyrker eller har inga invändningar mot förslaget. *Kriminalvården* och *Kronofogdemyndigheten* anser dock att kravet att kontrakt ska undertecknas bör kvarstå.

Skälen för regeringens förslag: I definitionen av kontrakt i 2 kap. 10 § LOU och 2 kap. 10 § LUF anges att ett kontrakt ska undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Definitionen av kontrakt i 2014 års direktiv (artikel 2.1.5 i LOU-direktivet respektive artikel 2.1 i LUF-direktivet) innehåller däremot inte något sådant krav. Direktiven anger endast att det ska vara fråga om skriftliga kontrakt, vilket inte i sig innefattar ett krav på undertecknande. Regeringen instämmer således i promemorians bedömning att det inte kan anses stå klart att undertecknande eller elektronisk signatur är en EU-rättslig förutsättning för att ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening ska kunna föreligga. Vidare finns det skäl att anta att t.ex. kontrakt som ingås genom avrop från ramavtal många gånger inte undertecknas i praktiken. Mot denna bakgrund och för att ge definitionen en direktivnära utformning bör det inte införas något krav på undertecknade eller elektronisk signatur i de nya lagarna.

Diskrimineringsombudsmannen (DO) anför att det är av stor vikt att veta vid vilken tidpunkt avtal har tecknats eftersom möjligheten att begära överprövning faller när detta har skett. I dessa sammanhang har påskriften av avtalet enligt DO haft en avgörande betydelse. *Kronofogdemyndigheten* anser att kravet att kontrakt ska undertecknas bör kvarstå, så att definitionen av kontrakt överensstämmer med gällande svensk avtalsrättslig praxis. Detta skulle enligt Kronofogdemyndigheten också tydliggöra vem som får företräda en myndighet vid ingående av avtal. *Kriminalvården* anför att ett undertecknat kontrakt är ett viktigt bevis om affären. Med anledning av dessa synpunkter vill regeringen understryka att förslaget endast innebär att det inte krävs ett undertecknande eller elektronisk signatur för att ett upphandlingsrättsligt kontrakt i de nya lagarnas mening ska kunna föreligga. Den nya utformningen hindrar givetvis inte att kontrakt även i fortsättningen skrivs under av parterna eller signeras med en elektronisk signatur, vilket bl.a. ur bevissynpunkt är lämpligt i de flesta fall. Som påtalats av *Trafikverket* är det alltså inget som hindrar upphandlande myndigheter eller enheter att uppställa krav på undertecknande.

Definitionerna av varukontrakt och tjänstekontrakt

Definitionerna av varukontrakt och tjänstekontrakt finns i artikel 2.1.8 och 9 i LOU-direktivet respektive artikel 2.4 och 5 i LUF-direktivet. Dessa definitioner har i de nya upphandlingsdirektiven förenklats på så sätt att de inte längre anger hur kontrakt som avser både varor och tjänster eller byggentreprenader (s.k. blandade kontrakt) ska klassificeras. Det framgår i stället av artikel 3.2 i LOU-direktivet respektive artikel 5.2 i LUF-direktivet vilka bestämmelser som ska tillämpas när det gäller sådan blandad upphandling, se vidare avsnitt 7.1.2. Bestämmelserna med definitionerna av varukontrakt och tjänstekontrakt i de nya lagarna bör i detta avseende utformas på samma sätt som i de nya direktiven.

Enligt definitionerna av varukontrakt i direktiven är ett varukontrakt ett kontrakt som avser köp, leasing, hyra eller hyrköp – med eller utan köpoption – av en vara. Texten ”med eller utan köpoption” framstår som överflödigt och bör därför inte tas in i de nya lagarna. Vidare anges det i direktivens definitioner av varukontrakt att ett sådant kontrakt som ett underordnat inslag kan omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten. Denna bestämmelse bedöms inte ha någon självständig betydelse utan endast ha ett förtydligande syfte. Som nämnts ovan framgår det av särskilda artiklar i direktiven vilka bestämmelser som ska tillämpas när det gäller blandade kontrakt. Med hänsyn till att sådana kompletterande monterings- och installationsarbeten som nämns i definitionen även omnämns i andra bestämmelser i direktiven bör dock ett motsvarande förtydligande införas i definitionerna i de nya lagarna. *Västra Götalands läns landsting* anser att det bör nämnas flera exempel på tjänster som är vanliga i samband med upphandling av varor, som produktspecifik utbildning, support och löpande underhåll. Regeringen anser dock att det saknas skäl för att på ett sådant sätt avvika från direktivtexterna.

Definitionerna av byggtreprenadkontrakt i 2.1.6 i LOU-direktivet respektive artikel 2.2 i LUF-direktivet anger i tre punkter vilka typer av kontrakt som omfattas av begreppet. Även i 2004 års direktiv anges tre typer av kontrakt som omfattas av begreppet. I 2 kap. 3 § LOU och 2 kap. 3 § LUF anger bestämmelserna dock endast två typer av kontrakt (närmare bestämt de typer av kontrakt som anges i första och tredje punkten i de nya direktivens definitioner). Även om de tre punkterna i direktivens definitioner kan anses överlappa varandra bör definitionerna av byggtreprenadkontrakt i de nya lagarna, för att underlätta tillämpningen, utformas i enlighet med den nya tydliga strukturen i direktiven. Bestämmelserna med definitionerna av byggtreprenadkontrakt i de nya lagarna bör således innehålla tre punkter som anger de tre typer av kontrakt som enligt direktiven omfattas av begreppet. Den nya utformningen är dock inte avsedd att innebära någon ändring av vilka kontrakt som kan anses utgöra byggtreprenadkontrakt.

Den tredje punkten i bestämmelserna avser kontrakt som, oavsett hur det utformas, medför förverkligande av ett byggnadsverk enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet. För att ett sådant kontrakt ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt krävs enligt 2014 års direktiv att den upphandlande myndigheten eller enheten utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen. Avsikten med bestämmelsen är att kodifiera EU-domstolens praxis (se dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, p. 67).

Begreppen vara, tjänst och byggtreprenad

Lagrådet har föreslagit att definitioner av begreppen ”tjänst” och ”byggtreprenad” förs in i de nya lagarna och har påtalat att ordet ”vara” används utan att det förklaras. I lagen om offentlig upphandling används ordet ”vara” utan att det anges om det som avses är anskaffning av lösa saker eller om ordet också omfattar anskaffning av annan lös egendom, såsom rättigheter, aktier, andelar, optionsrätter, olika slags immaterialrätter samt bostadsrätter. Lagrådet anser att det i det fortsatta arbetet bör utvecklas vilka slag av anskaffning som ska omfattas av lagens regler.

Upphandlingsdirektiven gör åtskillnad mellan köp av vara, tjänst och byggtreprenad genom definitionerna av de olika föremålen för offentlig upphandling. Ett offentligt varukontrakt definieras som ett offentligt kontrakt som avser köp, leasing, hyra m.m. av varor. Ett offentligt byggtreprenadkontrakt har getts en uttömmande bestämning genom verksamheter som omfattas av bilaga II till direktivet samt vissa andra tjänster avseende utförande, projektering och realisering av byggnadsverk. Offentligt tjänstekontrakt är negativt bestämt till offentligt byggtreprenadkontrakt, dvs. ett kontrakt som avser tillhandahållande av andra tjänster än de som anges under punkten offentligt byggtreprenadkontrakt.

Historiskt har EU-direktiven innehållit en definierad åtskillnad mellan varor, tjänster och byggtreprenader. De ursprungliga direktiven, som föregick 2004 års direktiv, behandlade varor, tjänster och

byggtreprenader i separata direktiv: 93/36/EEG upphandling av varor, 93/37/EEG upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och 92/50/EEG upphandling av tjänster. Tjänsteupphandlingsdirektivet innehöll en prioritetsordning mellan kontraktsföremålen. Definitionen av offentliga tjänsteavtal (artikel 1 a) i) gjorde undantag för offentliga varuupphandlingskontrakt enligt varudirektivet och offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten enligt byggdirektivet. Det som inte definierades som ett bygg- och anläggningsarbete eller en vara skulle således anses vara en tjänst.

De tre direktiven inom den klassiska sektorn konsoliderades i ett för sektorn gemensamt direktiv, 2004/18/EG, som behöll en tydlig prioritet mellan de tre typerna av kontraktsföremål. Av artikel 1. 2 a) – c) framgår att offentliga byggtreprenadkontrakt definieras framför allt med stöd av en uttömmande lista av verksamheter och att offentliga varukontrakt är andra offentliga kontrakt än de som inte är att anse som byggtreprenadkontrakt. Vidare definieras offentliga tjänstekontrakt som andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt och som avser sådana tjänster som anges i en bilaga till lagen (bilaga II). Bilagan innehåller dels tjänster som omfattas fullt ut av direktivet (A-tjänster) och sådana som endast till mindre del omfattas (B-tjänster). Kategorin B-tjänster anger som en sista kategori övriga tjänster. Av detta följer att om kontraktet inte är en byggtreprenad, så är det en tjänst om det inte är en vara. Om tjänsten inte är en A-tjänst, så är det en B-tjänst och i sista hand en övrig B-tjänst.

Den i 2004 års direktiv uppställda prioritetsordningen mellan kontraktsföremålen har inte upprätthållits i 2014 års direktiv på annat sätt än som angavs inledningsvis att tjänstekontrakt är negativt bestämt till byggtreprenad. Någon sådan prioritet mellan varu- och tjänstekontrakt finns numera inte i direktiven. Det nya direktivet om offentlig upphandling ger således ingen ledning till definitionen av ”vara”.

Den upphandlande myndigheten är, när det gäller bestämning av föremålet för upphandlingen, hänvisad till CPV-nomenklaturen. Enligt artikel 23.1 i direktiv 2014/24/EU ska alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för offentlig upphandling göras genom användning av den gemensamma terminologin vid offentlig upphandling, Common Procurement Vocabulary (CPV), som fastställts i förordning (EG) nr 2195/2002.

CPV-nomenklaturen ger inte någon klar uppdelning av föremålen varor och tjänster. Nomenklaturen ger således inte svar på frågan huruvida föremålet för en upphandling är att anse som en vara eller en tjänst. Inte heller ger den svar på frågan om ordet ”vara” avser anskaffning av inte enbart lösa saker, utan även omfattar även anskaffning av annan lös egendom, såsom rättigheter, aktier, andelar, optionsrätter, olika slags immaterialrätter samt bostadsrätter. Sådan lös egendom torde falla under undantagsbestämmelsen i artikel 12 i direktiv 2014/24/EU. Rubriken till artikelbestämmelsen är Särskilda undantag för tjänstekontrakt, vilket förefaller vara en reminiscens av den i tidigare direktiv upprätthållna prioritetsordningen mellan kontraktsföremålen.

Regeringen föreslår inte att begreppen ”vara”, ”tjänst ”och ”byggtreprenad” bör definieras särskilt i de nya lagarna.

Lagrådet har föreslagit en definition av ramavtal, som skiljer sig från den som föreslagits i lagrådsremissen. Trots att definitionen inte ändrats sedan 2004-års direktiv finns det enligt regeringens mening anledning att justera definitionen något så att den kommer i bättre överensstämmelse med exempelvis den engelska direktivtexten där det tydligare än i den svenska översättningen framgår att ramavtalets syfte är att fastställa de villkor som ska gälla i de senare kontrakt som tilldelas med stöd av ramavtalet. Definitionen får även med den föreslagna lydelsen anses genomförd i nära anslutning till direktivet och någon ändring i sak är inte avsedd med ändringen.

6.7.5 Centrala, regionala och lokala upphandlande myndigheter

Regeringens förslag: En definition av begreppet central upphandlande myndighet ska införas i den nya lagen om offentlig upphandling. Med en central upphandlande myndighet ska avses en statlig myndighet och en sådan upphandlande myndighet som anges i bilaga I till LOU-direktivet.

Regeringens bedömning: Direktivens definitioner av begreppen upphandlande myndigheter under den centrala nivån, regionala myndigheter och lokala myndigheter bör inte införas.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans motsätter sig förslaget eller bedömningen. *Kriminalvården* anser dock att användningen av begreppen ”central upphandlande myndighet” respektive ”upphandlande myndighet” blir förvirrande.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: I artikel 2.1.2–3 i LOU-direktivet finns definitioner av begreppen ”centrala statliga myndigheter” respektive ”upphandlande myndigheter under den centrala nivån”. Med centrala statliga myndigheter avses de upphandlande myndigheter som förtecknas i bilaga I till direktivet och med myndigheter under den centrala nivån avses alla övriga upphandlande myndigheter. Begreppen används i bestämmelserna om tröskelvärden samt i bestämmelserna där medlemsstaterna ges möjlighet att föreskriva att myndigheter under den centrala nivån får använda s.k. förhandsannonsering och ingå överenskommelser om tidsfrist att komma in med anbud.

Förteckningen över upphandlande myndigheter som finns i bilaga I till det nya direktivet baseras på WTO:s upphandlingsavtal Government Procurement Agreement (WTO-avtalet). Det är således de myndigheter och organ som omfattas av WTO-avtalet som finns upptagna i förteckningen. Det kan konstateras att förteckningen i många delar är inaktuell. Enligt artikel 6.7 i direktivet ges dock EU-kommissionen befogenhet att anta delegerade akter för att ändra bilaga I i syfte att uppdatera förteckningen, om ändringarna är nödvändiga för att det ska gå att korrekt identifiera de upphandlande myndigheterna. I avvaktan på en

sådan uppdatering ska en upphandlande myndighet som är upptagen i bilagan anses omfattas av begreppet även om myndighetens namn skulle vara felaktigt återgivet eller om myndigheten skulle ha bytt namn.

Med hänsyn till att begreppet central statlig myndighet används i ett flertal bestämmelser i LOU-direktivet finns det ett behov av att införa ett motsvarande begrepp. Regeringen gör dock bedömningen att det är mindre lämpligt att använda direktivets term central statlig myndighet. Det främsta skälet för denna bedömning är att förteckningen i bilagan innehåller flera organ som inte är myndigheter enligt svensk rätt. Att sådana organ ändå finns med i förteckningen kan möjligen vara motiverat av att de skulle kunna anses utgöra offentligt styrda organ och därmed omfattas av begreppet upphandlande myndighet. Det är emellertid angeläget att begreppet myndighet så långt som möjligt används på ett enhetligt sätt i svensk rätt och att begreppet förbehålls det som enligt svensk lagstiftning och svenskt språkbruk utgör en myndighet.

Regeringen gör därför bedömningen att ”central upphandlande myndighet” bör användas i lagen i stället för ”central statlig myndighet”. Härigenom knyts begreppet till det upphandlingsrättsliga begreppet upphandlande myndighet, som även omfattar offentligt styrda organ, samtidigt som begreppet i viss mån knyter an till termen som används i direktivet. *Kriminalvården* framför att användningen av begreppen ”central upphandlande myndighet” respektive ”upphandlande myndighet” blir förvirrande och ifrågasätter när ”central upphandlande myndighet” ska användas. Som redogjorts för ovan finns det dock ett behov av en definition av begreppet eftersom det används i bestämmelserna om tröskelvärden, tidsfrister och om förhandsannonser.

I bestämmelsen med definitionen bör, liksom i direktivet, anges att de upphandlande myndigheter som anges i bilaga I till direktivet omfattas av begreppet. Härutöver bör i bestämmelsen anges att begreppet omfattar samtliga statliga myndigheter eftersom bilagan till direktivet inte innehåller en fullständig förteckning över samtliga statliga myndigheter. Begreppet central upphandlande myndighet bör omfatta samtliga statliga myndigheter för att behålla dagens ordning där samtliga centrala statliga myndigheter omfattas av särskilda tröskelvärden, och för att förenkla tillämpningen. Denna konstruktion medför också att förteckningen i bilaga I till direktivet och eventuella inaktuella uppgifter i denna får en begränsad betydelse i praktiken.

LOU-direktivets definition av upphandlande myndigheter under den centrala nivån framstår som obehövlig. Det är tillräckligt att lagtexten i förekommande fall anger att en bestämmelse gäller för andra myndigheter än centrala upphandlande myndigheter. I artikel 2.2 i LOU-direktivet respektive artikel 3.2–3 i LUF-direktivet finns vidare definitioner av begreppen ”regionala myndigheter” och ”lokala myndigheter”. Dessa begrepp används inte i några andra artiklar än i artiklarna med definitionerna och behöver inte heller användas i de nya lagarna. Några motsvarigheter till dessa definitioner bör därför inte heller införas i de nya lagarna.

Regeringens förslag: En definition av begreppet livscykel ska införas i lagarna. Med livscykel ska avses samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår under sin livslängd, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i frågan, däribland *Ekonomistyrningsverket*, *Trafikverket* och *Arbetsförmedlingen*, tillstyrker eller har inga invändningar mot förslaget. *Tillväxtverket* anser dock att definitionen även bör omfatta återanvändning i dess vida bemärkelse, alltså en form av förlängd livscykel.

Skälen för regeringens förslag: I de nya direktiven finns en definition av begreppet "livscykel". Enligt direktivens definition avses med livscykel alla på varandra följande eller inbördes sammankopplade skeden, inklusive forskning och utveckling, produktion, handel och dess villkor, transport, användning och underhåll, som ingår i livslängden för en vara eller ett byggnadsverk eller tillhandahållandet av en tjänst, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

Begreppet livscykel används bl.a. i bestämmelserna om tekniska specifikationer och om tilldelningskriteriernas koppling till kontraktets föremålet. Begreppet används också i bestämmelserna som reglerar att upphandlande myndigheter och enheter får anlägga ett livscykelkostnadsperspektiv när de fastställer vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Eftersom begreppet används återkommande i regleringen bör en definition av begreppet införas i de nya lagarna.

Definitionen av begreppet har inte någon motsvarighet i LOU eller LUF. Däremot finns en liknande definition i LUFs-direktivet. I LUFs-direktivet och LUFs används emellertid termen "livslängd". Regeringen instämmer i promemorians bedömning att definitionen i de nya lagarna bör utformas på ett liknande sätt som definitionen i LUFs. Med livscykel bör därför avses samtliga skeden som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår under sin livslängd, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut. På *Lagrådets* inrådan har det i lagtexten förtydligats att med samtliga skeden även avses forsknings- och utvecklingsskeden. Det finns enligt regeringens mening inte skäl att, som *Tillväxtverket* föreslår, lägga till återanvändning till definitionen eftersom begreppet då skulle få en annan materiell betydelse än i direktiven.

Regeringens förslag: En definition av begreppet upphandlingsdokument ska införas i lagarna. Med upphandlingsdokument ska avses alla dokument som den upphandlande myndigheten eller enheten använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

Regeringens bedömning: Begreppet förfrågningsunderlag bör inte användas i lagarna.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig i frågan. Flertalet av dessa tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det kan vara av värde att behålla det inarbetade begreppet förfrågningsunderlag även i de nya lagarna för att särskilja detta dokument från övriga upphandlingsdokument. *Västra Götalands läns landsting* anser att upphandlingsdokument ska utgöra ett överordnat begrepp och att begreppet förfrågningsunderlag ska finnas kvar.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: I LOU-direktivet respektive LUF-direktivet finns en definition av begreppet ”upphandlingsdokument”. Begreppet är nytt och har införts i direktiven som en samlande beteckning för de olika typer av dokument som en upphandlande myndighet eller enhet tar fram eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen eller förfarandet. Enligt direktiven inbegriper begreppet bl.a. annonser om upphandling, förhandsmeddelanden eller meddelanden om att det finns ett kvalificeringssystem, tekniska specifikationer, det beskrivande dokumentet, förslag till kontraktsvillkor och upplysningar om allmänt tillämpliga skyldigheter samt eventuella kompletterande dokument.

Begreppet upphandlingsdokument används i ett stort antal bestämmelser i direktiven. Regeringen anser därför att det finns ett behov av att införa ett motsvarande begrepp som definieras särskilt i de nya lagarna. Bestämmelsen med definitionen bör utformas på ett direktivnära sätt. Eftersom direktivens uppräknade av olika dokument som omfattas av definitionen är exemplifierande bör den inte tas med i lagtexten.

Lagrådet har föreslagit att definitionen ska avse varje dokument som används för att beskriva eller fastställa ”vad upphandlingen gäller”. Ett sådant uttrycksätt riskerar enligt regeringens mening att ge intryck av att endast de dokument som beskriver själva föremålet för upphandlingen omfattas av definitionen, trots att även andra dokument rimligen måste ingå, t.ex. sådana som rör skyldigheter för leverantörer eller särskilda kontraktsvillkor. Bestämmelsen bör därför ange att med upphandlingsdokument avses varje dokument som den upphandlande myndigheten eller enheten använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen. Därmed kommer definitionen också att omfatta begreppet förfrågningsunderlag som används i LOU och LUF. I den mån en upphandlande myndighet eller enhet samlar t.ex. urvalskriterier, tekniska specifikationer, tilldelningskriterier och särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i ett dokument benämnt förfrågningsunderlag kommer således även detta dokument att omfattas

Prop. 2015/16:195 av begreppet upphandlingsdokument. Att endast använda sig av upphandlingsdokument i vilket även förfrågningsunderlag ska ingå medför enligt *Västra Götalands läns landsting* en otydlighet ifråga om vad som omfattas. Även *Kammarrätten i Göteborg* anser att det kan vara av värde att behålla det inarbetade begreppet förfrågningsunderlag. Regeringen kan instämma i att direktivens användning av begreppet upphandlingsdokument inte bidrar till någon ökad precision i regleringen. Med hänsyn till att begreppet förfrågningsunderlag som sådant helt har utmönstrats ur de nya direktiven instämmer regeringen dock i promemorians bedömning att begreppet inte heller bör användas i de nya lagarna.

6.8 Definitioner i lagen om upphandling av koncessioner

6.8.1 Definitioner som motsvarar definitioner i LOU-direktivet och LUF-direktivet

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla ett inledande kapitel med definitioner av olika begrepp. Definitionerna ska i huvudsak överensstämma med motsvarande definitioner i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna framför inga invändningar mot förslaget. *Kriminalvården* tillstyrker förslaget och anser att samtliga definitioner underlättar tolkning och tillämpning av lagen om upphandling av koncessioner. *Konkurrenskommissionen* förordar att definitionen av begreppet ”innovation” införs i den nya lagen. Konkurrenskommissionen föreslår vissa justeringar av definitionen av ”leverantör”. Även *Svenskt Näringsliv* ifrågasätter denna definition.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 5 i LUK-direktivet definieras flera begrepp som används i direktivet. Begreppen och definitionerna motsvarar till stora delar definitionerna i LOU-direktivet och LUF-direktivet.

Utredningen föreslår att definitionerna i LUK-direktivet som motsvarar dem i LOU-direktivet och LUF-direktivet ska utformas på likartat sätt i lagen om upphandling av koncessioner. Regeringen instämmer i att bestämmelserna bör genomföras på det sättet. De överväganden som görs i avsnitt 6.7 gäller således i tillämpliga delar även för genomförandet av motsvarande bestämmelser i LUK-direktivet. Frågan om införandet av en definition av begreppet ”innovation”, som *Konkurrenskommissionen* tar upp, behandlas i avsnitt 6.7.2. Synpunkterna från *Konkurrenskommissionen* och *Svenskt Näringsliv* om definitionen av begreppet ”leverantör” behandlas i avsnitt 6.7.3. Dessa remissinstanser tar även upp frågor om kontraktsbegreppet som närmast hänför sig till frågan om de nya upphandlingslagarnas tillämpningsområde. Dessa synpunkter tas upp

i avsnitt 6.1.2. Direktivets definitioner av bl.a. ensamrätt och särskild rättighet avviker i viss mån från motsvarande definition i LUF-direktivet. Definitionerna skiljer sig åt på så sätt att det inte är fråga om en ensamrätt eller särskild rättighet enligt LUF-direktivet när rättigheten har beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet har grundats på objektiva kriterier. Något motsvarande undantag finns inte i LUK-direktivet, jfr dock artikel 7.

Regeringen anser att definitionerna i allt väsentligt bör genomföras på det sätt utredningen föreslagit. En motsvarande definition av det bakomliggande direktivet, som på *Lagrådets* inrådan föreslagits i de båda andra lagarna, föreslås också i lagen om upphandling av koncessioner. Angående definitionerna av upphandlande myndighet och upphandlande enhet, se avsnitt 6.8.3.

6.8.2 Definitioner som är specifika för LUK-direktivet

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla definitioner av begreppen koncession, byggkoncession, tjänstekoncession, verksamhetsrisk och vissa andra begrepp som är specifika för LUK-direktivet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock att termen ”marknadens nycker” i direktivet ska ersättas med ”skiftningar på marknaden” i definitionen av begreppet verksamhetsrisk.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Kammarrätten i Stockholm* ifrågasätter bl.a. utredningens förslag att ersätta termen ”marknadens nycker” i direktiven med ”skiftningar på marknaden”. *Kammarrätten* anser att den term utredningen valt inte är mer klargörande än ”marknadens nycker” och noterar att det senare uttrycket bl.a. har använts av EU-domstolen och svenska domstolar. *Strålsäkerhetsmyndigheten* anser att det är positivt att definitionen av koncession förtydligas.

Kammarrätten i Göteborg noterar att utredningen har angett att det är oklart i vilken mån förekommande valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem faller in under definitionen av en tjänstekoncession i direktivet och den nya lagen. En eventuell lagkonflikt bör enligt *kammarrätten* undanröjas.

Skälen för regeringens förslag

Det som skiljer definitionerna av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner från tjänstekontrakt och byggtreprenadkontrakt är ersättningsformen. Ersättningen vid en koncession består helt eller delvis av rätten att utnyttja det som koncessionen avser. Frågor om koncessioner, framför allt tjänstekoncessioner, har behandlats av EU-domstolen i ett antal avgöranden. Utredningen har redogjort för denna praxis (se SOU 2014:69 s. 103 ff.).

I LUK-direktivet definieras koncession, byggkoncession och tjänstekoncession. Med koncession avses enligt artikel 5.1 första stycket byggkoncession eller tjänstekoncession. Med byggkoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtror utförande av byggtreprenad till en eller flera leverantörer, där ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Definitionen av tjänstekoncession enligt artikel 5.1 första stycket b är utformad på ett liknande sätt.

Av LUK-direktivets definition av byggkoncession och tjänstekoncession framgår att ersättningen vid en koncession består helt eller delvis av rätten att utnyttja det som koncessionen avser. Detta innebär att ersättning endast får utgå på två sätt; antingen genom att leverantören får rätt att utnyttja föremålet för koncessionen eller att denne dels får en sådan rätt, dels får betalning. Ersättningen till leverantören får inte utgå endast som betalning från den upphandlande myndigheten eller enheten, eftersom ersättningen då inte till någon del är avhängig av leverantörens egen rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket. I sådana fall utgör kontraktet i stället ett sedvanligt tjänste- eller byggtreprenadkontrakt varigenom myndigheten eller enheten anskaffar en tjänst eller byggtreprenad mot betalning. I kravet att koncessionshavaren ska ha rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket som är föremål för koncessionen ligger även att denne tar över verksamhetsrisken, se vidare nedan. En rätt att utnyttja det som koncessionen avser föreligger t.ex. om leverantören får rätt att uppbära ersättning för tjänsten från tredje man.

Vad som avses i bestämmelserna utvecklas vidare i skäl 11 i direktivet. Där anges att det är fråga om att den upphandlande myndigheten eller enheten anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster eller utförande av byggtreprenader till en eller flera leverantörer. Vidare anges att sådana avtal kan men måste inte innebära en överföring av äganderätt från leverantören till den upphandlande myndigheten eller enheten, men att upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter alltid får utnyttja fördelarna av byggnadsverken eller tjänsterna i fråga. I skäl 18 anges vidare att vissa kontraktsarrangemang som betalas uteslutande av en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet bör anses utgöra en koncession om ersättningen för de investeringar som entreprenören har gjort och de kostnader som denne har haft för att utföra en byggtreprenad eller tillhandahålla en tjänst beror på den faktiska efterfrågan på eller utbudet av en tjänst eller en egendom. I sådana fall, när koncessionshavaren har rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket och tar över verksamhetsrisken, verkar det avgörande inte vara varifrån ersättningen faktiskt kommer.

Överföring av verksamhetsrisk

I artikel 5.1 andra stycket förklaras innebörden av övergång av verksamhetsrisken. Av direktivbestämmelsen framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska överföra verksamhetsrisken till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta

verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av föremålet för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara. Det viktigaste kännetecknet för en koncession är rätten att utnyttja ett byggnadsverk eller en tjänst, vilket alltid innebär en överföring av en verksamhetsrisk av ekonomisk art till koncessionshavaren. Risken innebär att koncessionshavaren kanske inte kommer att få tillbaka de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av ett byggnadsverk eller tillhandahållandet av tjänster under normala verksamhetsförhållanden, även om en del av risken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten.

I EU-domstolens praxis har tidigare uppställts krav på att hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten övergår till leverantören för att det ska vara fråga om en koncession (se t.ex. dom *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130, punkt 29 och där angiven praxis). Artikeltexten innehåller emellertid inte något krav på att en betydande del av verksamhetsrisken ska överföras till koncessionshavaren. Det anges däremot att den överförda risken ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker och att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara. Utredningen gör bedömningen att bestämmelsen, med hänsyn till att den är relativt detaljerad, måste förstås på så sätt att det inte uppställs något krav på att minst en viss andel av risken ska överföras för att en koncession ska föreligga. *Konkurrensverket* instämmer dock inte i denna bedömning utan menar att direktivet inte motsäger EU-domstolens praxis om att en ”betydande del” av risken måste övergå för att det ska kunna vara en koncession. Regeringen konstaterar att det faktum att bestämmelsen inte innehåller något krav på att åtminstone en betydande del av verksamhetsrisken ska övergå innebär att EU-domstolens tidigare praxis med denna innebörd inte har kodifierats i det nya direktivet. Att den risk som överförs ska ”omfatta verklig exponering för marknadens nycker” synes däremot utgöra en kodifiering av EU-domstolens praxis (se domen i ovan nämnda mål C-274/09, punkt 37). Som framgått ovan utgörs EU-domstolens praxis i stor utsträckning av tolkningar av undantagsbestämmelser. Regeringen anser, i likhet med utredningen, att artikel 5.1 andra stycket får förstås på så sätt att det inte uppställs något krav på att minst en betydande del av risken ska överföras för att en koncession ska föreligga. Den närmare innebörden av direktivets krav att risken ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker och att eventuella förluster inte ska vara endast nominella eller försumbara kommer emellertid att få prövas i rättstillämpningen.

Den närmare utformningen av definitionerna

Definitionerna av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner har utvecklats och förtydligats i LUK-direktivet och, motsvarar till stor del

Prop. 2015/16:195 vad EU-domstolen ansett utgör kriterier för att en koncession ska föreligga. Dock uppställs i direktivet inte något uttryckligt krav på att hela eller en betydande del av verksamhetsrisken ska övergå på leverantören. Regeringen instämmer i utredningens förslag att nu nämnda definitioner bör genomföras i lagen på ett sätt som är i nära överensstämmelse med direktivtexten. Ett sådant genomförande leder visserligen till att vissa av bestämmelserna får en svårtillgänglig utformning, men utesluter samtidigt att den nya lagens definitioner i sak avviker från direktivets. Den omfattande praxis som bestämmelserna till stor del är avsedda att kodifiera talar också för att genomförandet bör vara påtagligt direktivnära. Utredningen föreslår att uttrycket ”marknadens nyckel”, som används i artikel 5.1 andra stycket för att klargöra vad den risk som ska överföras till leverantören måste innebära, ska bytas ut mot uttrycket ”skiftningar på marknaden”. Regeringen anser dock, i likhet med *Kammarrätten i Stockholm*, att skiftningar på marknaden inte är en lämplig term. Enligt regeringens mening bör i stället ”förhållanden på marknaden” användas i lagen.

Lagrådet har föreslagit en omstrukturering av de definitioner som tillsammans utgör begreppsbyggnaden kring vad som utgör en koncession. Bland annat förespråkar *Lagrådet* att definitionen av koncession utgår. Regeringen anser också att definitionerna av koncession, byggkoncession och tjänstekoncession i förtydligande syfte bör omstruktureras något i förhållande till direktivet. Omstruktureringen utgör inte någon förändring i sak men innebär att systematiken harmoniseras med de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Det innebär att definitionen av koncession i motsats till vad *Lagrådet* föreslagit kommer att kvarstå och i huvudsak fylla samma funktion som definitionen av kontrakt i de övriga lagarna. De moment som är specifika för en kontraktsformen koncession kommer därmed att ingå i definitionen av koncession medan begreppen byggkoncession och tjänstekoncession definieras utifrån vad som är specifikt för de båda slagen. Även med den föreslagna strukturen får bestämmelserna anses genomförda i nära anslutning till direktivet. *Lagrådet* har även föreslagit att definitionen av verksamhetsrisk ska delas upp i två bestämmelser. Regeringen delar *Lagrådets* bedömning också i denna del.

Utöver de ovan behandlade definitionerna innehåller LUK-direktivet även ett antal definitioner av begrepp som är specifika för detta direktiv, såsom definition av begreppet ”koncessionshavare”. Dessa definitioner bör i allt väsentligt genomföras på det sätt utredningen föreslagit.

Förhållandet mellan lagen om upphandling av koncessioner och valfrihetssystemen

Valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem, förkortad LOV, är ett alternativ till upphandling enligt LOU, som kan tillämpas bl.a. när det gäller omsorgsverksamhet och hälso- och sjukvårdstjänster. LOV reglerar vad som gäller för de kommuner och landsting som vill konkurrensutsätta kommunala och landstingskommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare av stöd-, vård- och omsorgstjänster till brukaren eller patienten. Utöver LOV finns det bestämmelser om

valfrihetssystem bl.a. i lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare, lagen (2010:536) om valfrihet hos Arbetsförmedlingen och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

Grundprincipen i ett valfrihetssystem är att den enskilde väljer vilken av de godkända och kontrakterade leverantörerna som ska utföra en viss tjänst. Samtliga leverantörer som uppfyller uppställda krav och som har godkänts får teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten.

Vid tillkomsten av LOV gjorde regeringen den sammantagna bedömningen att kontrakt inom valfrihetssystem enligt LOV skulle anses utgöra tjänstekoncessioner (prop. 2008/09:29 s. 52 ff.). Frågan har därefter varit föremål för överväganden i flera lagstiftningsärenden. Bedömningarna har utgått från de kriterier som framgår av EU-domstolens praxis på området. Regeringen har vidhållit den ursprungliga bedömningen att kontrakt inom valfrihetssystem får anses utgöra tjänstekoncessioner, men bedömningen har tidigare ifrågasatts av Lagrådet (se prop. 2009/10:60 s. 86 ff. och 211 ff. och prop. 2009/10:146 s. 16 ff. och 33 f.).

I och med genomförandet av LUK-direktivet aktualiseras frågan om de befintliga valfrihetssystemen faller in under det nya direktivets definition av tjänstekoncession. Frågan behandlas av utredningen som dock stannar vid bedömningen att det fortfarande är oklart hur frågan ska besvaras. Även *Kammarrätten i Göteborg* och *TCO* berör frågan.

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att LUK-direktivet inte ger något klart och entydigt svar på frågan. Det kan dock konstateras att de tidigare övervägandena har utgått från frågeställningen om valfrihetssystemen ska betraktas som tjänstekoncessioner eller som ramavtal eller tjänsteavtal enligt LOU. Av skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv framgår emellertid att system där samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet inte ska ses som en upphandling, utan enbart som ett auktorisationssystem. I skäl 4 i LOU-direktivet anges sålunda att unionens regler för offentlig upphandling inte är avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel. I det andra stycket i samma skäl anförs att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster). I skäl 114 anges vidare att medlemsstater och myndigheter har frihet att organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför ingående av offentliga kontrakt, exempelvis genom att bevilja licenser eller tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, förutsatt att ett sådant system tryggar en tillräcklig annonsering och överensstämmer med principerna om öppenhet och icke-diskriminering.

Av LUK-direktivet framgår också att

[A]rrangemang där samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, [bör] inte anses utgöra

koncessioner, även de som grundas på rättsliga överenskommelser mellan myndigheten och de ekonomiska aktörerna. Sådana system brukar grundas på ett beslut av en myndighet som definierar de öppna och icke-diskriminerande villkoren för de ekonomiska aktörernas kontinuerliga tillträde till tillhandahållandet av särskilda tjänster, exempelvis sociala tjänster, så att kunderna får möjlighet att välja mellan sådana aktörer.

Av vad som ovan sagts framgår att syftet med upphandlingsregelverket är att reglera hur den upphandlande myndigheten ska agera när den ska välja ut någon eller några leverantörer vid en anskaffning av en vara eller en tjänst. Bestämmelserna reglerar hur urvalet och tilldelningen ska gå till för att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter agerar på ett öppet, marknadsmässigt och icke-diskriminerande sätt.

I de nya definitionerna av begreppet upphandling i såväl LOU- som LUF-direktivet anges att med upphandling avses en anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av en upphandlande myndighet eller enhet.

I kontrast till detta kan konstateras att ett valfrihetssystem inte innehåller något egentligt urval från den upphandlande myndighetens sida, utan endast en kontroll av att leverantörerna uppfyller uppställda krav. I valfrihetssystem råder det inte någon konkurrenssituation mellan leverantörerna om att få teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten. Några tilldelningskriterier motsvarande "ekonomiskt mest fördelaktiga" och "lägsta pris" som gäller enligt LOU tillämpas inte. Antalet leverantörer kan inte heller begränsas. Ett sådant förfarande resulterar därför inte i en anskaffning i den meningen att någon leverantör väljs ut av myndigheten för att leverera t.ex. en tjänst. Vilken leverantör som ska leverera tjänsten bestäms i stället i ett senare skede av den enskilde som ska bruka tjänsten. Det kan i sammanhanget noteras att den upphandlande myndigheten ska tillhandahålla ett s.k. ickevalsalternativ. Med detta avses att myndigheten i förväg ska bestämma vad som gäller om den enskilde inte gör ett val. Ickevalsalternativet får dock inte innebära att den upphandlande myndighetens handläggare slumpvis väljer bland de leverantörer som tecknat kontrakt med myndigheten eller dylikt. Viktning eller rangordning av leverantörerna är inte tillåtet i ett valfrihetssystem och ickevalsalternativet ska vara konkurrensneutralt mellan de leverantörer som tecknat kontrakt med den upphandlande myndigheten (prop. 2008/09:29 s. 97 ff.).

Slutligen bör understrykas att ett valfrihetssystem hela tiden står öppet för anslutning av leverantörer som uppfyller de krav som ställs och som är beredda att gå med på de villkor som myndigheten uppställer. Det sistnämnda kännetecknet för ett valfrihetssystem tydliggör att ett sådant system inte kan anses utgöra ett ramavtal (se vidare avsnitt 13.2).

Mot denna bakgrund finns det enligt regeringens mening skäl som talar för att ett valfrihetssystem inte ska anses utgöra en upphandlingsrättslig anskaffning, vare sig genom en koncession eller genom något annat kontrakt. Valfärdsutredningen (Fi 2015:01) har i uppdrag bl.a. att klarlägga hur valfrihetssystemen enligt LOV bör klassificeras rättsligt och bedöma om det finns behov av justeringar av LOV utifrån den

rättsliga klassificeringen. Utredningen ska vidare föreslå de författningsändringar och andra åtgärder som utredaren utifrån sitt uppdrag anser vara befogade (dir. 2015:22 tillägsdir. 2015:108). Utredningen ska redovisa uppdraget i de delar som rör ett nytt regelverk för utförande av välfärdstjänster för att säkerställa att offentliga medel används till just den verksamhet de är avsedda för senast den 1 november 2016. Uppdraget i övrigt ska redovisas senast den 2 maj 2017.

I sammanhanget ska nämnas att EU-domstolen i en dom den 2 juni 2016, med anledning av en begäran om förhandsavgörande från en tysk domstol, uttalat sig om ett system inom ramen för vilket ett offentligt organ avsåg att förvärva varor på marknaden genom att under systemets hela giltighetstid ingå avtal med varje leverantör som åtar sig att leverera varorna på i förväg fastställda villkor, utan att organet gör något val mellan intresserade leverantörer. Domstolen konstaterade att det vid ett sådant system, där leverantörer ges möjlighet att ansluta sig under hela systemets giltighetstid inte ska anses föreligga ett offentligt kontrakt i den mening som avses i 2004 års LOU-direktiv. EU-domstolen uttalade vidare att om det står klart att föremålet för ett sådant system är av ett gränsöverskridande intresse, så ska förfarandet utformas och genomföras på ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principerna om förbud mot diskriminering, om likabehandling och om öppenhet (dom Falk Pharma, C-410/14).

Då upphandlingsdirektiven skulle ha varit genomförda i april 2016, kan beslut om denna proposition inte anstå i avvaktan på Välfärdsutredningens redovisning. Utgångspunkten för regeringens förslag är i denna proposition att det inte föreligger någon potentiell normkonflikt mellan å ena sidan regelverken om valfrihetssystem och å andra sidan den nya lagen om upphandling av koncessioner.

6.8.3 Upphandlande myndigheter och enheter

Regeringens förslag: Lagen ska innehålla definitioner av begreppen upphandlande myndighet och upphandlande enhet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår en delvis annorlunda utformning av lagtexten.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Av artiklarna 6 och 7 i LUK-direktivet framgår att direktivet med vissa undantag ska tillämpas på upphandlande myndigheter och upphandlande enheter under samma förutsättningar som följer av LOU-direktivet och LUF-direktivet. Det kan dock noteras att lagstiftningstekniken inte är densamma i LUK-direktivet och LUF-direktivet såvitt gäller definitionen av upphandlande enhet. I LUF-direktivet ingår begreppet upphandlande myndighet som en självständig beståndsdel medan begreppet i LUK-direktivet definieras med de moment som konstituerar en upphandlande myndighet. Det följer vidare av artikel 6.1 i LUK-direktivet att sådana organisatoriska enheter som uppfyller momenten i artikel 7.1 a i direktivet inte är att betrakta som

Prop. 2015/16:195 upphandlande myndigheter. Detta trots att sådana enheter i och för sig uppfyller övriga förutsättningar i artikel 6 för att bedömas som upphandlande myndigheter. Denna lagstiftningstekniska skillnad torde dock inte innebära att det föreligger några materiella skillnader direktiven emellan. Däremot är en betydelsefull konsekvens av skillnaden att redan begreppet upphandlande myndighet i både direktivet och lagen markerar vilken sektor det är fråga om. När det i direktivet och lagen talas om upphandlande myndighet markeras att det handlar om den klassiska sektorn. Begreppet upphandlande myndighet utesluter sålunda att det rör sig om upphandling inom försörjningssektorerna. Därmed använder LUK-direktivet såvitt avser försörjningssektorerna inte konstruktionerna ”upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet” respektive ”upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet”. Dessa konstruktioner används däremot i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se bl.a. reglerna om utslutning av leverantörer i 13 kap. 1–3 §§.

I fråga om försörjningssektorerna fyller begreppet upphandlande enhet samma funktion som det har i LUF och visar att det rör sig om upphandling inom försörjningssektorerna och inte inom den klassiska sektorn. De försörjningssektorer som omfattas av LUK-direktivets tillämpningsområde skiljer sig dock åt jämfört med LUF-direktivet. Koncessioner inom vattensektorn är nämligen till stor del undantagna från LUK-direktivets tillämpningsområde, vilket följer av bilaga II till direktivet. Bilagan innehåller en förteckning över verksamheter som en enhet ska bedriva för att utgöra en upphandlande enhet och i denna finns inte verksamhet inom vattensektorn medtagen.

Med upphandlande enheter avses enligt artikel 7.1 c även enheter som bedriver verksamhet på grundval av en särskild rättighet eller ensamrätt vilken beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som avses i bilaga II till direktivet. Om den särskilda rättigheten eller ensamrätten har beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet har grundats på objektiva kriterier ska enheten dock, enligt artikel 7.2, inte anses utgöra en upphandlande enhet i LUK-direktivets mening.

Regeringen anser att direktivets definitioner bör genomföras i allt väsentligt på det sätt som utredningen föreslår.

Lagrådet har anmärkt på att skillnaderna i vad som avses med upphandlande enhet i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna respektive LUK kan medföra att en företeelse omfattas av den ena lagen men inte den andra. Att definitionen av enhet är något annorlunda i LUK än i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna kan möjligen medföra att en upphandlare betraktas som enhet enligt den ena lagen men inte enligt den andra men det som avgör om LUK blir tillämplig är om avtalsformen som valts är en koncession. Att något oavsiktligt skulle falla mellan lagarnas tillämpningsområden framstår därför inte som troligt.

7.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

7.1.1 En mer utförlig reglering av blandad upphandling

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om blandad upphandling med vilket förstås blandade kontrakt och, i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, även upphandling som rör flera verksamheter.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Till skillnad från promemorian föreslår dock regeringen en inledande bestämmelse som förklarar vad som avses med ett blandat kontrakt. Regeringen föreslår vidare en delvis annorlunda terminologi och utformning av vissa lagförslag.

Remissinstanserna: En remissinstans framför synpunkter på förslaget. *Försvarets Materielverk (FMV)* föreslår att lagtexten utformas mer direktivnära för att tydliggöra reglernas inbördes ordning och sammanhang.

Skälen för regeringens förslag

Nuvarande reglering

I LOU och LUF finns vissa regler om vilka bestämmelser i respektive lag som ska gälla för ett kontrakt som består av flera slag av anskaffningar, dvs. varor, tjänster eller byggentreprenader. Bestämmelserna grundas på den s.k. huvudsaksprincipen. Kontraktets huvudföremål är avgörande för vilka bestämmelser i lagen, t.ex. i fråga om tröskelvärden, som ska tillämpas för upphandlingen. I LUF finns också bestämmelser som reglerar vilken lag som ska tillämpas för kontrakt som rör flera verksamheter.

Det finns härutöver inte några bestämmelser i LOU eller LUF som behandlar s.k. blandad upphandling. Med det förstås allmänt en upphandling som består av delar, vilka omfattas av olika rättsregler varför det finns ett behov att avgöra vilka regler som ska tillämpas för hela eller delar av kontraktet. Även i LUF, som bygger på ett senare antaget direktiv, finns vissa bestämmelser om blandade kontrakt. De innebär i korthet att om en upphandling omfattas av såväl LUF som LOU eller LUF, ska LUF tillämpas och om en upphandling delvis omfattas av LUF, men i övrigt inte av LOU eller LUF, ska LUF inte tillämpas.

Allmänt om direktivens bestämmelser om blandad upphandling

I LOU-direktivet och LUF-direktivet behandlas blandad upphandling mer utförligt än i tidigare direktiv. I vissa delar är bestämmelserna också nya.

Artikel 3 i LOU-direktivet (artikel 5 i LUF-direktivet) har rubriken Blandad upphandling. Bestämmelserna utgår dock i huvudsak från termen blandade kontrakt. *Lagrådet* har genomgående föreslagit att begreppet kontrakt och uttrycket tilldelning av kontrakt ska utmönstras ur lagarna. Som framgår av avsnitt 6.1.2 är regeringens uppfattning att kontrakt och tilldelning av kontrakt som utgångspunkt ska behållas i lagtexten, men att det i vissa fall kan vara motiverat att ersätta dem. Regeringen har övervägt om detta borde göras i bestämmelserna om blandad upphandling, men har funnit att detta inte går att genomföra på ett konsekvent sätt. Därmed bedömer regeringen att en sådan ändring inte heller skulle öka tydligheten eller förståelsen av de lagtekniskt komplicerade bestämmelserna. Av samma skäl anser regeringen att begreppen nyttigheter och anskaffning inte, på det sätt som *Lagrådet* föreslagit, bör introduceras i de bestämmelser som genomför artiklarna. Att EU-domstolen i den praxis som legat till grund för direktivets reglering använder termen blandade kontrakt talar också för att termen bör användas vid genomförandet. Regeringen anser således att bestämmelserna bör genomföras på ett så direktivnära sätt som möjligt.

I artikel 3.1 i LOU-direktivet och artikel 5.1 i LUF-direktivet identifieras två typer av blandad upphandling, dels blandade kontrakt som avser olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) inom ett och samma direktiv, dels blandade kontrakt med delar som rör upphandlingar enligt ett upphandlingsdirektiv och upphandlingar som omfattas av ett annat direktiv eller andra rättsregler. Den första typen behandlas i avsnitt 7.1.2. Den andra typen behandlas i avsnitt 7.1.3. Bestämmelserna i de båda direktiven är till stora delar överensstämmande och där det inte finns skäl för annat utgår övervägandena i dessa avsnitt från regleringen i LOU-direktivet.

Artiklarna 3.1 och 3.3 i LOU-direktivet respektive 5.1 och 5.3 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser som bl.a. anvisar vilka av de övriga bestämmelserna i artikeln eller direktivet som ska tillämpas och i vilka situationer. Som *Lagrådet* föreslagit bör bestämmelserna i artikel 3.1 i LOU-direktivet och artikel 5.1 i LUF-direktivet genomföras genom en inledande paragraf i vardera kapitlet som anger vad som avses med ett blandat kontrakt.

I artikel 6 i LUF-direktivet finns bestämmelser om vad som kan beskrivas som en tredje typ av blandad upphandling, nämligen upphandling inom försörjningssektorerna som rör flera verksamheter. Dessa bestämmelser behandlas i avsnitt 7.1.4.

Uttrycken omfattas av och regleras i

Artikel 3 i LOU-direktivet och artikel 5 i LUF-direktivet skiljer på olika typer av blandade kontrakt bl.a. med utgångspunkt i vilka bestämmelser som upphandlingen eller verksamheten omfattas av. Vad uttrycket omfattas av innebär och hur det måste förstås är inte helt klart. I lagrådsremissen föreslås att uttrycket ska ersättas med uttrycket regleras i, eller – i de bestämmelser i LUF- och LUK-direktiven som behandlar upphandling som rör flera verksamheter – med uttrycket föremål för.

Lagrådet har ifrågasatt lagrådsremissens förslag och bl.a. ansett att det kan betvivlas om det i allmänt språkbruk finns en betydelseskilnad

mellan uttrycken omfattas av och regleras i. Lagrådet har i förslaget till de paragrafer som genomför artiklarna om blandad upphandling, med några undantag, valt att ersätta uttrycket omfattas av med regleras i.

Som framförts ovan utgör bestämmelserna om blandad upphandling ett slags lagvalsbestämmelser. De syftar alltså endast till att reglera vilka bestämmelser eller vilket regelverk som ska tillämpas när upphandlingen avser ett blandat kontrakt. När det gäller kontrakt som avser upphandlingar som omfattas av respektive direktiv och som också omfattas av andra bestämmelser, är det avgörande om kontraktet omfattas av tillämpningsområdet för direktivet eller inte. Det saknar alltså vid prövningen av lagvalsfrågan betydelse om det som kontraktet avser är något som i och för sig är undantaget från tillämpningsområdet. Detta är en fråga som kan avgöras först efter det att frågan om vilket regelverk som ska tillämpas avgjorts. Skälet till detta är att det kan konstateras att en upphandling är undantagen från direktiven först sedan det slagits fast att upphandlingen i och för sig omfattas av tillämpningsområdet. Att en upphandling är undantagen enligt ett visst direktiv kan alltså inte sägas innebära att den inte i och för sig omfattas av det direktivet.

Regeringen anser, i likhet med Lagrådet, att direktivets uttryck omfattas av som utgångspunkt bör ersättas med regleras i, i de bestämmelser som genomför artiklarna om blandad upphandling. I några fall, t.ex. när det gäller kontrakt som innehåller delar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, förefaller det dock, som också Lagrådet föreslagit, mer lämpligt att behålla direktivens uttryckssätt.

7.1.2 Blandade kontrakt som består av olika slag av upphandling enligt en och samma lag

Regeringens förslag: Om ett blandat kontrakt består av flera slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) enligt en och samma lag ska den s.k. huvudsaksprincipen användas för att avgöra vilka bestämmelser i lagen som ska tillämpas vid upphandlingen. I vissa fall ska kontraktets huvudföremål bestämmas med användning av den s.k. överviktsprincipen. Bestämmelserna om detta ska i sak motsvara de bestämmelser som återfinns bl.a. i definitionerna av varu- och tjänstekontrakt i 2 kap. LOU respektive LUF.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att vissa bestämmelser ska genomföras genom rubriker till lagen och att termen upphandlingslag ska användas i lagtexten.

Remissinstanserna: En remissinstans yttrar sig särskilt över förslaget. *Försvarets Materielverk (FMV)* avstyrker att termen upphandlingslag används i lagtexten, eftersom det finns en risk för att den kan förväxlas med upphandlingslag.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 3.2 första stycket i LOU-direktivet (artikel 5.2 första stycket i LUF-direktivet) ska kontrakt som avser två eller flera slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) tilldelas i enlighet med tillämpliga bestämmelser för

Prop. 2015/16:195 den typ av upphandling som karakteriserar huvudföremålet för den berörda upphandlingen. Bestämmelsen innebär att om ett blandat kontrakt avser inköp av en byggtreprenad och en vara, eller en byggtreprenad och en tjänst, ska en huvudsaksprincip användas. EU-domstolen har i flera avgöranden uttalat att det är det huvudsakliga syftet med ett kontrakt som avgör vilka bestämmelser som är tillämpliga, när ett kontrakt innehåller både inslag av byggtreprenad och av en annan typ av kontrakt (se t.ex. dom Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31, dom kommissionen mot Tyskland, C-536/07, EU:C:2009:664 samt dom Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067).

I artikelns andra stycke regleras kontrakt som avser olika slag av tjänster (tjänster som omfattas fullt ut av direktivets bestämmelser och tjänster som endast omfattas av regleringen om sociala tjänster och andra särskilda tjänster), eller tjänster och varor. I fråga om dessa kontrakt ska huvudföremålet bestämmas utifrån vilket av de uppskattade värdena för tjänster respektive varor som är det högsta. Detta är den s.k. överviktsprincipen.

Ett blandat kontrakt kan exempelvis avse en upphandlande myndighets hyra av en befintlig byggnad (icke upphandlingspliktigt) samt ombyggnation av densamma (en byggtreprenad). En sådan situation omfattas av artikel 3.2 i direktivet. Emellertid gäller även den allmänna principen att en upphandling inte får utformas i syfte att undandra den från direktivets tillämpningsområde (se artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet, se även dom kommissionen mot Italien, C-3/88, EU:C:1989:606). Lagvalsregeln i artikel 3.2 avser enligt regeringens bedömning därför bara fall av verklig konflikt mellan direktivets olika bestämmelser. På motsvarande sätt får lagvalsbestämmelsen inte användas om avsikten med att inkludera en social tjänst i en upphandling av en tjänst som omfattas av direktivets fullständiga reglering är att undvika en upphandling enligt dessa regler.

Bestämmelserna i artikel 3.2 i LOU-direktivet (artikel 5.2 i LUF-direktivet) har väsentligen i sak sin motsvarighet i 2004 års direktiv men de kan sägas tydliggöra att huvudsaksprincipen är den grundläggande principen när det gäller att avgöra vilka bestämmelser som ska tillämpas. I vissa fall ska överviktsprincipen användas som metod för att fastställa vad som är det huvudsakliga föremålet för ett kontrakt. Bestämmelserna är vidare mer överskådliga genom att de samlar de principer som i 2004 års direktiv kommer till uttryck på flera olika ställen, bl.a. i definitionerna av olika kontrakt. De nya lagarna bör utformas på samma sätt.

I promemorians förslag till lagtext används termen upphandlingslag. Som *Förvarets Materielverk (FMV)* anför finns en risk för förväxling med upphandlingslag. Regeringen föreslår därför att termen i lagtexten ersätts med slag av upphandling.

Regeringens förslag: Bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, vilka inte har sin motsvarighet i LOU respektive LUF, ska ge anvisningar om vilket eller vilka regelverk som en upphandlande myndighet eller enhet ska eller får tillämpa när ett blandat kontrakt består av flera delar som regleras av olika upphandlingslagar eller andra rättsregler.

Olika bestämmelser ska gälla beroende på om kontraktet är delbart eller odelbart, dvs. om de ingående delarna objektivt sett kan särskiljas eller inte.

Särskilda bestämmelser ska gälla för såväl delbara som odelbara blandade kontrakt som till någon del avser försvars- eller säkerhetsaspekter. Bestämmelserna ska bl.a. innebära att i vissa fall kan ett kontrakt i dess helhet tilldelas enligt LUF eller utan ett upphandlingsförfarande.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock en något annorlunda utformning av vissa bestämmelser.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser behandlar förslaget. De tillstyrker förslaget i stort men *Konkurrensverket*, *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* har synpunkter på den föreslagna utformningen av enskilda lagbestämmelser.

Skälen för regeringens förslag

Artikel 3.3 första stycket i LOU-direktivet anvisar punkten 4 för sådana blandade kontrakt där delarna objektivt sett kan särskiljas och punkten 6 för sådana blandade kontrakt där delarna objektivt sett inte kan särskiljas. I artikel 5.3 första stycket i LUF-direktivet görs motsvarande hänvisningar. Blandade kontrakt som objektivt sett kan delas upp i separata kontrakt bör i lagarna benämnas som delbara blandade kontrakt. Kontrakt som objektivt sett inte kan delas upp bör benämnas som odelbara blandade kontrakt. Artikel 3.3 första stycket i LOU-direktivet och artikel 5.3 första stycket i LUF-direktivet kan genomföras med en paragraf i respektive lag som förklarar begreppen delbara och odelbara kontrakt och anger vilka av de följande paragraferna som ska tillämpas för respektive kategori. På detta sätt kan bestämmelsernas inbördes ordning och sammanhang tydliggöras.

De materiella bestämmelserna om blandade kontrakt som omfattas av flera regelverk finns i artikel 3.4–6 och artikel 16 i LOU-direktivet (artikel 5.4–5 och artikel 25 i LUF-direktivet). Artikel 3 i LOU-direktivet (artikel 5 i LUF-direktivet) rör blandade kontrakt utom sådana kontrakt som till någon del innehåller försvars- eller säkerhetsaspekter. Kontrakt som till någon del innehåller försvars- eller säkerhetsaspekter regleras i stället i artikel 16 i LOU-direktivet (artikel 25 i LUF-direktivet). Motiven finns i skäl 11–13 i LOU-direktivet (skäl 13–15 i LUF-direktivet).

Ett exempel på ett kontrakt som regleras av flera regelverk kan vara en byggtreprenad som avser uppförandet av en byggnad med både civil

Prop. 2015/16:195 och militär användning. Den upphandlingen innehåller delar som regleras av LOU-direktivet eller, i förekommande fall, LUF-direktivet, och LUF-direktivet. Ett kontrakt får alltid delas upp. Den första frågan som måste avgöras är om kontraktet går att dela upp eller inte.

Bedömningen av om ett blandat kontrakt objektivt sett kan delas upp eller inte ska enligt skäl 11 i LOU-direktivet respektive skäl 13 i LUF-direktivet bygga på relevant rättspraxis från EU-domstolen och får avgöras från fall till fall. Som bl.a. *Konkurrensverket* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* berör kan det vara en svår bedömning, särskilt när omständigheterna inte ger någon tydlig vägledning om kontraktets huvudsakliga syfte. Bedömningen ska grundas på sakliga omständigheter som visar att det är motiverat och nödvändigt att ingå ett enda kontrakt. Behovet kan uppstå av såväl tekniska som ekonomiska skäl. Från praxis kan nämnas EU-domstolens dom *Gestión Hotelera Internacional mot Comunidad Autónoma de Canarias m.fl.*, C-331/92, EU:C:1994:155, dom *Club Hotel Loutraki m.fl.*, C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247 och dom *Mehiläinen och Terveystalo Healthcare*, C-215/09, EU:C:2010:807.

När det gäller den andra delen av det blandade kontraktet ska denna enligt artikel 3.1 andra stycket i LOU-direktivet (5.1 andra stycket i LUF-direktivet) bestå av upphandling som omfattas av andra rättsregler. I artikel 3.4 (5.4 i LUF-direktivet) används uttrycket upphandling som inte omfattas av detta direktiv. Att begreppet upphandling används visat, som *Konkurrensverket* framhåller, att bestämmelserna främst tar sikte på upphandlingar som i stället för LOU-direktivet respektive LUF-direktivet till någon del regleras av något annat upphandlingsdirektiv.

Något om skillnaden mellan separata kontrakt och kontrakt som delas upp i separata delar

Det kan möjligen i den praktiska tillämpningen bli svårt att skilja mellan bestämmelserna om delbara blandade kontrakt, som kan delas upp i separata kontrakt, och bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar som innebär att kontrakt kan tilldelas i separata delar (se avsnitt 10.5). En tumregel kan vara att ett blandat kontrakt, såväl delbart som odelbart, avser anskaffningar av flera slag av upphandling eller upphandling som styrs av olika regler. Kontraktet är alltså blandat i den meningen. Frågan är om det kontraktet kan delas upp i separata kontrakt och vilka rättsregler som får eller ska vara styrande för hela eller delar av kontraktet. Sådana kontrakt som avses i bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar kan sägas avse en anskaffning av samma slag av upphandling som styrs av samma regler, och frågan är om den upphandlande myndigheten eller enheten ska dela upp det kontraktet i separata delar.

Upphandlande enheter ska utgå från bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

En upphandlande enhet som också är en upphandlande myndighet kan stå inför situationen att ett och samma kontrakt avser upphandling som regleras såväl i LOU-direktivet som i LUF-direktivet. Artikel 3.5 i LOU-direktivet gäller enligt sin placering enbart när ett sådant kontrakt

objektivt sett är delbart, således inte när kontraktet är odelbart. Bestämmelsen innebär att den upphandlande enheten ska utgå från artiklarna 5 och 6 i LUF-direktivet för att avgöra frågan vilket regelverk som ska vara styrande för ett sådant kontrakt. Eftersom bestämmelserna i LOU- och LUF-direktiven om odelbara blandade kontrakt är likalydande, och en tillämpning av endera bestämmelsen därmed ger samma resultat, är det möjligt att placera en bestämmelse som genomför artikel 3.5 i LOU-direktivet redan i den inledande delen av kapitlet om blandade kontrakt i den nya lagen om offentlig upphandling. Genom bestämmelsen hänvisas upphandlande enheter till lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En upphandlande enhet ska alltså alltid – oavsett om kontraktet är delbart eller odelbart – tillämpa bestämmelserna om blandad upphandling i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna när den har att bedöma vilket regelverk som ska vara styrande i fråga om kontrakt som omfattas av båda lagarna.

Delbara blandade kontrakt

Hur får delbara blandade kontrakt tilldelas?

I artikel 3.4 första stycket i LOU-direktivet (artikel 5.4 första stycket i LUF-direktivet) anges att när det gäller kontrakt som avser både upphandling som omfattas av detta direktiv och upphandling som inte omfattas av detta direktiv, får upphandlande myndigheter välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller att tilldela ett enda kontrakt. När upphandlande myndigheter väljer att tilldela separata kontrakt, ska beslut om vilka regler som ska gälla för de olika kontrakten fattas på grundval av de egenskaper som varje del har. Det står enligt skäl 12 i LOU-direktivet (skäl 14 i LUF-direktivet) alltid en upphandlande myndighet eller enhet fritt att dela upp ett blandat kontrakt och tilldela separata kontrakt för de olika delarna.

I artikel 16.2 första och andra stycket i LOU-direktivet (artikel 25.2 första och andra stycket i LUF-direktivet) uttrycks samma princip när det gäller sådana kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter. De nu nämnda artiklarna bör genomföras genom en författningsbestämmelse.

När ett delbart blandat kontrakt tilldelas som ett enda kontrakt

Enligt artikel 3.4 andra stycket i LOU-direktivet ska, om den upphandlande myndigheten väljer att tilldela ett enda kontrakt, bestämmelserna i LOU-direktivet tillämpas för det blandade kontrakt som ingås om inte annat följer av artikel 16. Det gäller oavsett värdet av de tillagda delarna och vilka rättsregler som de delarna annars skulle ha omfattats av. För ett blandat kontrakt som består av varor, tjänster eller byggtreprenader och av koncessioner ska det blandade kontraktet tilldelas i enlighet med LOU-direktivet när det uppskattade värdet av den del av kontraktet som utgör ett kontrakt som omfattas av LOU-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde. Detta anges i artikel 3.4 tredje stycket. Artikel 5.4 andra och tredje stycket i LUF-direktivet innehåller motsvarande reglering.

Det som sägs i artikel 3.4 tredje stycket i LOU-direktivet (artikel 5.4 tredje stycket i LUF-direktivet) följer även av artikel 20.4 i LUK-

Prop. 2015/16:195 direktivet. Enligt den bestämmelsen ska kontrakt som innehåller inslag av koncessioner och av kontrakt som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet tilldelas i enlighet med LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Enligt artikel 20.3 andra stycket i LUK-direktivet ska LUK-direktivet tillämpas i övriga fall, dvs. om artikel 20.4 inte leder till en tilldelning enligt LOU- eller LUF-direktivet. Om LOU-direktivet eller LUF-direktivet inte är tillämpligt – dvs. om den del som avser LOU eller den del som avser LUF är undantagen eller värdet inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde enligt berört direktiv – men LUK-direktivet är det, ska alltså upphandling ske enligt LUK-direktivet. Den främsta avsikten med bestämmelserna är att tillförsäkra att under förutsättning att LOU-direktivet eller LUF-direktivet är tillämpligt – dvs. så snart värdet av den del som omfattas av LOU-direktivet eller i LUF-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde – ska det blandade kontraktet tilldelas enligt det direktivets bestämmelser. Detta gäller oavsett om värdet av en tillagd koncession skulle vara mångdubbelt större. Principen är alltså att det striktaste regelverket ska tillämpas.

Denna reglering skiljer sig från vad som enligt avsnittet närmast nedan gäller när ett blandat kontrakt delvis regleras av LUF-direktivet. I ett sådant fall får, under förutsättning att det är motiverat av objektiva skäl, den del av kontraktet som omfattas av LUF vara styrande för det blandade kontraktet även när tröskelvärdet inte uppnås eller när den delen är undantagen enligt det direktivet.

Utöver vid koncessioner kan det vara svårt att identifiera i vilka praktiska fall de nu aktuella bestämmelserna är tillämpliga. Som framgår nedan får en upphandlande myndighet eller enhet i vissa fall låta artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet vara styrande för tilldelningen av ett delbart blandat kontrakt i sin helhet. Om förutsättningarna för det inte är uppfyllda, och den upphandlande myndigheten eller enheten ändå vill tilldela ett enda kontrakt, är LOU-direktivet eller, i förekommande fall, LUF-direktivet tillämpligt för hela kontraktet. Den upphandlande myndigheten eller enheten har i en sådan situation givetvis också möjlighet att inte tilldela ett enda kontrakt, utan dela upp kontraktet i separata kontrakt. En upphandlande myndighet eller enhet kan vidare alltid välja att upphandla ett enda kontrakt med tillämpning av LOU-direktivet respektive LUF-direktivets bestämmelser trots inslaget av försvar eller säkerhet.

Delbara blandade kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter och som tilldelas som ett enda kontrakt

I artikel 3.3 andra stycket i LOU-direktivet hänvisas till artikel 16 i LOU-direktivet om en del av ett kontrakt omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller av LUF-direktivet. Artikel 5.3 andra stycket i LUF-direktivet innehåller motsvarande bestämmelse.

I artikel 16 i LOU-direktivet (artikel 25 i LUF-direktivet) finns bestämmelser om blandade kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter. Det rör sig om kontrakt som till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller regleras i LUF-direktivet. Det är i förtydligande syfte som bestämmelserna om försvar och säkerhet har reglerats i egna artiklar i direktiven. Det har dock fått till följd att vissa

bestämmelser i de artiklarna reglerar samma sak som bestämmelser i artikel 3 i LOU-direktivet respektive artikel 5 i LUF-direktivet. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att de nya lagarnas bestämmelser om blandade kontrakt bör struktureras annorlunda än i direktivet, för att undvika nyss nämnda dubbelreglering. Nedan behandlas de särskilda bestämmelser angående försvar eller säkerhet som bör genomföras i lagarna.

För delbara blandade kontrakt gäller enligt artikel 16.2 tredje stycket a och b i LOU-direktivet (artikel 25.2 tredje stycket a och b i LUF-direktivet) särskilda krav för att en upphandlande myndighet eller enhet ska få tilldela ett enda kontrakt och låta antingen artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet vara styrande för hela kontraktet. Det måste i sådana fall vara objektivt motiverat att ett sådant kontrakt inte delas upp.

I artikel 16.2 fjärde stycket i LOU-direktivet (artikel 25.2 fjärde stycket i LUF-direktivet) föreskrivs även att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte får fattas för att förhindra att kontraktet omfattas av LOU-direktivet (LUF-direktivet) eller LUF-direktivet. I den engelska språkversionen uttrycks detta med att beslutet inte får fattas "...for the purpose of excluding contracts from the application of either this Directive or Directive 2009/81/EC". Genom den engelska lydelsen tydliggörs att det inte är tillåtet att fatta beslut om att tilldela ett enda kontrakt med det illojala syftet att undvika de unionsrättsliga upphandlingsreglerna. Bestämmelsen bör därför genomföras på ett sätt som motsvarar den engelska språkversionen.

Det måste alltså finnas objektivt godtagbara skäl för att få tilldela ett enda kontrakt i dessa fall. Anledningen är att resultatet kan bli att hela kontraktet får tilldelas utan upphandlingsförfarande. Om den förutsättningen är uppfylld, får den upphandlande myndigheten eller enheten emellertid tilldela ett enda kontrakt utan tillämpning av LOU-direktivet respektive LUF-direktivet.

Omfattas kontraktet till viss del av artikel 346 i EUF-fördraget, får kontraktet enligt artikel 16.2 tredje stycket a i LOU-direktivet (artikel 25.2 tredje stycket a i LUF-direktivet) tilldelas utan något upphandlingsförfarande.

Enligt följande punkt b gäller att om en del av kontraktet omfattas av LUF-direktivet får kontraktet tilldelas i enlighet med det direktivet. Det anges vidare att detta led inte påverkar de tröskelvärden eller undantag som föreskrivs i LUF-direktivet. Den sistnämnda bestämmelsen förtydligar att om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att tilldela hela kontraktet i enlighet med LUF-direktivet, ska hela kontraktet upphandlas med tillämpning av LUF-direktivet, om värdet av den del som avses i LUF-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde. Kontraktet ska undantas, om den del som regleras i LUF-direktivet omfattas av en undantagsbestämmelse i det direktivet. Om värdet av den del av kontraktet som regleras i LUF-direktivet understiger tillämpligt tröskelvärde är LUF-direktivet inte tillämpligt på det blandade kontraktet. För svenska upphandlande myndigheter och enheter gäller emellertid i dessa fall att upphandlingen i stället ska göras enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i LUF-direktivet.

Prop. 2015/16:195 Avsikten med särregleringen av kontrakt med inslag av försvar eller säkerhet är att en upphandlande myndighet eller enhet inte ska vara skyldig att tillämpa regelverken i LOU-direktivet eller LUF-direktivet till den del ett kontrakt är av så känsligt slag att det är nödvändigt med det särskilda skydd som LUF-direktivet erbjuder eller att någon upphandling inte alls sker.

De nu behandlade bestämmelserna bör genomföras genom särskilda paragrafer i de nya lagarna. När det gäller föreskriften i artikel 16.2 andra stycket b andra meningen LOU-direktivet, om att bestämmelsen inte påverkar de tröskelvärden och undantag som föreskrivs i LUF-direktivet, har *Lagrådet* till skillnad från promemorian inte föreslagit någon motsvarande bestämmelse i lagen. Någon närmare motivering till detta har inte lämnats. Även om bestämmelsen i huvudsak har endast ett förtydligande syfte bör den enligt regeringens mening genomföras i lagen.

Odelbara blandade kontrakt

I artikel 3.6 i LOU-direktivet (artikel 5.5 i LUF-direktivet) regleras situationen att ett blandat kontrakt, som inte innehåller något inslag av försvar eller säkerhet, objektivt sett inte kan delas upp. Kontraktet är alltså en odelbar enhet. Huvudsaksprincipen ska då användas för att avgöra vilket regelverk som är tillämpligt. För objektivt sett odelbara kontrakt som avser försvars- eller säkerhetsaspekter gäller dock andra bestämmelser genom artikel 16.4 i LOU-direktivet (artikel 25.4 i LUF-direktivet).

Odelbara blandade kontrakt utan några inslag av försvars- eller säkerhetsaspekter

Promemorians lagförslag när det gäller odelbara blandade kontrakt utan inslag av försvars- eller säkerhetsaspekter har ändrats redaktionellt efter särskilda synpunkter från *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* om att det felaktigt ger intryck av en möjlighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att välja vilket regelverk som ska tillämpas.

Bestämmelsen om odelbara blandade kontrakt är likadant utformad i de tre nya direktiven. Den innebär att huvudsaksprincipen ska tillämpas om det inte går att lösa regelkonflikten på något annat sätt. Det gäller givetvis i förhållandet mellan de tre direktiven. Störst praktisk betydelse torde bestämmelsen emellertid få i de fall det blandade kontraktet till någon del omfattas av andra rättsregler än något upphandlingsregelverk. Om ett sådant kontrakt objektivt sett inte kan delas upp i separata kontrakt ska huvudsaksprincipen användas för att avgöra om kontraktet ska upphandlas eller – om den icke upphandlingspliktiga delen måste bedömas vara det huvudsakliga syftet med kontraktet – om transaktionen i sin helhet kan genomföras utan upphandlingsförfarande. Detta är ett område där det kan förväntas en rättsutveckling. Se angående hittillsvarande praxis t.ex. EU-domstolens dom *Club Hotel Loutraki* m.fl., C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247.

Odelbara blandade kontrakt som till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet ska som utgångspunkt inte hanteras inom ramen för LOU-direktivet eller LUF-direktivet. I dessa fall följer av artikel 16.4 i LOU-direktivet (artikel 25.4 i LUF-direktivet) att skyldighet att upphandla enligt LOU-direktivet respektive LUF-direktivet inte föreligger. Här ska alltså inte någon huvudsaksprincip tillämpas, utan det är tillräckligt att kontraktet endast till någon del innehåller nämnda delar. Om kontraktet till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget bortfaller alltså upphandlingsskyldigheten helt. Om kontraktet till någon del regleras av LUF-direktivet, får den upphandlande myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet i enlighet med det direktivets bestämmelser. Om den del som avser LUF träffas av en uttrycklig undantagsbestämmelse i LUF-direktivet, kan hela det blandade kontraktet undantas. Om LUF-delen inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde, är direktivet inte tillämpligt på kontraktet. För svenska upphandlande myndigheters och enheters vidkommande ska kontraktet dock i sådana fall upphandlas enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i LUF. En upphandlande myndighet eller enhet kan välja att upphandla ett kontrakt med tillämpning av LOU-direktivet respektive LUF-direktivets bestämmelser trots inslaget av försvar eller säkerhet.

7.1.4 Upphandling som avser flera verksamheter i försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska ge anvisningar om vilket regelverk en upphandlande enhet ska använda när ett kontrakt avser mer än en verksamhet hos enheten. Förutom bestämmelser som har sin motsvarighet i LUF ska det i den nya lagen finnas bestämmelser om vad som ska gälla när ett kontrakt även avser en verksamhet som är föremål för lagen om upphandling av koncessioner och när någon av de berörda verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag

I avsnitten ovan behandlas artikel 5 i LUF-direktivet om blandade kontrakt inom ramen för samma verksamhet. I artikel 6 i LUF-direktivet finns bestämmelser om upphandling som avser flera verksamheter. De bestämmelserna är specifika för försörjningsområdet. De motsvarar delvis 1 kap. 25–28 §§ LUF men är delvis nya. Bestämmelserna om blandade kontrakt i artikel 5 gäller när ett kontrakt avser flera anskaffningar som ska användas inom en och samma verksamhet hos den upphandlande enheten, medan bestämmelserna i artikel 6 gäller när ett

Prop. 2015/16:195 kontrakt avser en eller flera anskaffningar som ska användas inom flera verksamheter hos enheten. Det kan röra sig om verksamheter som omfattas av olika regelsystem i LUF-direktivet, nämligen om den ena verksamheten är föremål för den fulla regleringen i direktivet och den andra är föremål för den särskilda regleringen i artikel 33 för upphandlande enheter som är verksamma på vissa områden i Nederländerna, Tyskland eller Storbritannien. Det kan också röra sig om en verksamhet som omfattas av LUF-direktivet och en annan verksamhet som är undantagen enligt bestämmelserna i artikel 34 om verksamheter som är direkt konkurrensutsatta. Vanligare torde dock vara att den andra verksamheten omfattas av ett annat regelverk, t.ex. LOU-direktivet. Artikel 6 anger i dessa fall vilka bestämmelser eller vilket regelverk som får eller ska vara styrande för upphandlingen av kontraktet.

Bestämmelserna om blandade kontrakt i artikel 5 i LUF-direktivet reglerar exempelvis fallet att en upphandlande enhet avser att installera utrustning för att upptäcka explosiva ämnen i samband med uppförandet av en ny terminal på en flygplats och hur valet mellan bestämmelserna i LUF-direktivet och LUFSD-direktivet då ska göras. Artikel 6 träffar däremot det fallet att en upphandlande enhet vill upphandla en tjänstekoncession för driften av ett närbeläget hotell samtidigt som utbyggnad av terminal, dvs. om kontraktets anskaffningar avser två verksamheter hos enheten.

En utgångspunkt, som numera anges uttryckligen i artikel 6.1 i LUF-direktivet, är att en upphandlande enhet får välja mellan att dela upp ett kontrakt i flera separata kontrakt eller att tilldela ett enda kontrakt. Dock gäller, i likhet med vad som gäller enligt nuvarande reglering, att det valet inte får göras i syfte att undandra kontraktet från upphandlingsskyldighet.

Om enheten väljer att tilldela separata kontrakt, anges numera uttryckligen (artikel 6.1) att beslut om vilka regler som ska gälla för de olika separata kontrakten ska fattas på grundval av de egenskaper som varje verksamhet har.

Om enheten väljer att tilldela ett enda kontrakt ska de bestämmelser tillämpas som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för (artikel 6.2, vilken motsvarar artikel 9.2 i 2004 års LUF-direktiv och 1 kap. 25 § LUF). Om det inte är möjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för, finns en katalog i artikel 6.3 som anger vilket direktiv som ska tillämpas. Katalogen motsvarar i princip bestämmelserna i artikel 9.3 i 2004 års LUF-direktiv och 1 kap. 26 och 27 § i LUF, dock har tillkommit bestämmelser om förhållandet till det nya LUK-direktivet. Bestämmelserna följer principen att striktast möjliga regelverk ska tillämpas.

Särskilda bestämmelser om upphandling som avser flera verksamheter och även innehåller försvars- eller säkerhetsaspekter

I artikel 26 i LUF-direktivet finns särskilda bestämmelser om upphandling som avser flera verksamheter och som även innehåller försvars- och säkerhetsaspekter. Artikeln har samma anslag som artikel 25 (se avsnitten ovan). En upphandlande enhet ska alltså inte vara

skyldig att tillämpa LUF-direktivet till den del det som upphandlas ska användas i en verksamhet på försvars- och säkerhetsområdet och är av så känsligt slag att det är nödvändigt med det särskilda skydd som LUFSDirektivet erbjuder eller att någon upphandling inte alls sker.

I fråga om sådana kontrakt gäller enligt artikel 26.2 tredje stycket sista ledet att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte får fattas i syfte att förhindra att kontraktet omfattas av LUF-direktivet ("for the purpose of excluding contracts from the application of this Directive" i den engelska språkversionen). Med det måste i praktiken avses samma sak som att valet mellan att tilldela ett enda kontrakt eller att tilldela ett antal separata kontrakt inte får göras i syfte att undanta kontraktet eller kontrakten från bl.a. LUF-direktivets tillämpningsområde ("with the objective of excluding the contract or contracts from the scope of this Directive..." i den engelska språkversionen), vilket anges i artikel 6.1 tredje stycket respektive 26.1 andra stycket i LUF-direktivet. Det som samtliga bestämmelser avser att uttrycka är att den upphandlande enheten inte får ha det illojala syftet att undvika att de unionsrättsliga reglerna om upphandling blir tillämpliga för kontraktet eller kontrakten. De tre direktivbestämmelserna kan genomföras i en och samma författningsbestämmelse.

Även i övrigt innebär artikel 26 en viss dubbelreglering av vad som regleras i artikel 6, vilket bör undvikas i den nya lagen som genomför LOU-direktivet. När två bestämmelser i artiklarna i sak överensstämmer med varandra bör de alltså genomföras genom en och samma författningsbestämmelse.

Vissa bestämmelser i artikel 26 bör dock genomföras genom särskilda lagbestämmelser. Av artikel 26.2 tredje stycket första ledet framgår att det måste finnas objektivt godtagbara skäl för att den upphandlande enheten ska få välja att tilldela ett enda kontrakt utan tillämpning av LUF-direktivet, dvs. låta artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSDirektivet vara styrande för hela kontraktet. När det gäller vilka skäl, av tekniskt eller ekonomiskt slag, som är objektivt godtagbara för att på detta sätt låta försvars- eller säkerhetsinslaget vara styrande för hela kontraktet, får detta avgöras från fall till fall efter en helhetsbedömning.

Motivet för att enheten inte fritt får välja att tilldela ett enda kontrakt i dessa fall är att kontraktet då i vissa fall kan komma att tilldelas utan ett upphandlingsförfarande. Av artikel 26.2 andra stycket följer nämligen att om kontraktet till någon del är avsett för en verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget bortfaller upphandlingsskyldigheten för hela kontraktet. Om kontraktet till någon del är avsett för en verksamhet som omfattas av LUFSDirektivet får enheten upphandla med tillämpning av det direktivet. På samma sätt som när det gäller blandade kontrakt påverkar inte detta de tröskelvärden och undantag som föreskrivs i LUFSDirektivet. LUFSDirektivet får alltså vara styrande när den del av kontraktet som avser LUFSDirektivet uppgår till tillämpligt tröskelvärde enligt det direktivet men också när den är undantagen enligt en uttrycklig undantagsbestämmelse i det direktivet och när kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet. I det sistnämnda fallet ska, för svenska upphandlande enheters del, upphandling i stället ske med tillämpning av de icke direktivstyrda bestämmelserna i LUFSDirektivet.

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om blandad upphandling som i huvudsak utformas i överensstämmelse med motsvarande reglering i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens bedömning: De nya upphandlingsdirektivens bestämmelser om blandad upphandling bör inte genomföras på så sätt att den nya lagen om offentlig upphandling tillförs lagvalsregler, med kortfattade hänvisningsbestämmelser i respektive övriga upphandlingslagar.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en något annorlunda utformning av vissa bestämmelser. Utredningen gör även bedömningen att det vore värt att i ett lämpligt sammanhang överväga om inte en bättre ordning skulle vara att lagvalsreglerna koncentreras till den nya lagen om offentlig upphandling med hänvisningsbestämmelser i de övriga lagarna.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser kommenterar inte förslaget. *Konkurrensverket* anser att bestämmelsen om upphandling som avser flera verksamheter bör kompletteras med en bestämmelse som anger förhållandet till den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Några remissinstanser tar upp utredningens resonemang om att lagvalsreglerna kan koncentreras till den nya lagen om offentlig upphandling. Bland andra *Kammarrätten i Stockholm* och *Sveriges Advokatsamfund* instämmer i utredningens uppfattning att det bör övervägas. *Kriminalvården* rekommenderar allmänt att hela kapitlet med blandad upphandling ses över, eftersom kapitlet kräver att författningskommentarerna samtidigt läses för att förstå villkoren i paragraferna. *Förvaltningsrätten i Härnösand* anser att systemet med lagvalsbestämmelser i alla tre lagarna bör behållas.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

I artiklarna 20–23 i LUK-direktivet regleras vilka bestämmelser som ska tillämpas vid tilldelning av olika typer av blandad upphandling. Motiven finns i skälen 29 och 30. Artiklarna anvisar tillämpliga bestämmelser när en upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela olika slags koncessioner eller kontrakt med delar som rör anskaffningar enligt olika upphandlingsdirektiv eller andra regler. I artiklarna 20 och 21 finns bestämmelser som gäller blandade kontrakt för både upphandlande myndigheter och enheter medan det i artiklarna 22 och 23 finns bestämmelser om upphandling som rör flera verksamheter, som enbart riktar sig till upphandlande enheter.

Artiklarna är uppbyggda på samma sätt som artiklarna om blandad upphandling i LOU-direktivet och LUF-direktivet och avser att kodifiera EU-domstolens hittillsvarande praxis på området (se skäl 20 i LUK-direktivet). Utredningen har genomgående föreslagit att bestämmelserna i lagen om upphandling av koncessioner ska utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling

och om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen instämmer i att bestämmelserna bör genomföras på det sättet. De överväganden som görs i avsnitt 7.1 bör därför i tillämpliga delar gälla för genomförandet av motsvarande bestämmelser i LUK-direktivet, och även för hur bestämmelserna bör struktureras. Nedan behandlas vissa frågor som är specifika för LUK-direktivet.

Blandade kontrakt som består av olika typer av koncessioner

I artikel 20.1 första stycket i LUK-direktivet anges att koncessioner som avser både byggtreprenader och tjänster ska tilldelas i enlighet med reglerna för den typ av koncession som utgör huvudföremålet för det berörda kontraktet, dvs. enligt huvudsaksprincipen. I artikel 20.1 andra stycket anges vidare att för blandade koncessioner som består av dels sociala och andra särskilda tjänster vilka förtecknas i bilaga IV, dels andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån den typ av koncession som har det högsta värdet, dvs. enligt överviktsprincipen. Som utredningen föreslår kan begreppet typer av koncessioner användas i lagen för att beteckna de två typerna tjänstekoncessioner och byggkoncessioner.

Förhållandet till de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

I artiklarna 20.3–20.5 och 21 i LUK-direktivet finns bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid upphandling av blandade kontrakt som avser delar som omfattas av direktivet och andra delar.

I artikel 20.4 regleras vilket direktiv som ska vara styrande om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att tilldela ett enda kontrakt med inslag av både koncessioner och kontrakt som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Ett sådant kontrakt ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Utredningen har föreslagit en lagbestämmelse som avviker från direktivets ordalydelse och som innebär att bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska tillämpas om värdet av den del av kontraktet som omfattas av någon av de lagarna överstiger tillämpligt tröskelvärde enligt berörd lag. Detta kan inte anses följa omedelbart av bestämmelsen i LUK-direktivet, utan först genom en läsning mot artikel 3.4 i LOU-direktivet respektive 5.4 i LUF-direktivet. Regeringen anser emellertid att artikel 20.4 i LUK-direktivet kan och bör genomföras på det sätt som utredningen föreslår.

När värdet av den del av kontraktet som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet understiger tillämpligt tröskelvärde, men värdet av den del som omfattas av LUK-direktivet överstiger tillämpligt tröskelvärde, ska kontraktet tilldelas i enlighet med LUK-direktivets bestämmelser. Det följer av artikel 20.3 andra stycket i LUK-direktivet. Vad som bör gälla när ingen del har ett värde som överstiger relevanta tröskelvärden behandlas i avsnitt 7.3.

Blandade kontrakt som utöver koncessioner innehåller delar med försvars- eller säkerhetsaspekter vilka omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSDirektivet regleras i artikel 21 i direktivet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten ska upphandla kontrakt som har inslag av dels koncessioner, dels kontrakt inom försvars- eller säkerhetsområdet, gäller enligt artikel 21.2 tredje stycket a och b särskilda krav för att få tilldela ett sådant kontrakt som ett enda kontrakt. Det måste i sådana fall vara objektivt motiverat att kontraktet inte delas upp.

Om förutsättningarna för att tilldela ett enda kontrakt är uppfyllda får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela ett kontrakt utan tillämpning av LUK-direktivet. Om en del av kontraktet omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får nämligen tilldelning ske utan tillämpning av något upphandlingsdirektiv. Vidare får den upphandlande myndigheten eller enheten, om en del av kontraktet omfattas av LUFSDirektivet, välja att tilldela kontraktet enligt bestämmelserna i LUK-direktivet eller LUFSDirektivet. Det kan innebära att kontraktet tilldelas utan tillämpning av något upphandlingsdirektiv. Enligt artikel 3.2 i LUFSDirektivet (som genomförs genom 1 kap. 5 § LUFSD) ska nämligen ett blandat kontrakt som innehåller en del som omfattas av det direktivet och en del som varken omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet tilldelas utan tillämpning av det direktivet. En del som inte omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet är exempelvis tjänstekoncessioner. I anledning av LUK-direktivets tillkomst faller även byggkoncessioner utanför LOU-direktivets tillämpningsområde. Blandade kontrakt som utöver en koncession till någon del avser försvars- eller säkerhetsaspekter och omfattas av LUFSDirektivet ska alltså, enligt LUFSDirektivets bestämmelser, inte upphandlas enligt det direktivet. De nya bestämmelserna i LUK-direktivet innebär således inte annat än att den upphandlande myndigheten eller enheten ges möjlighet att välja att upphandla med tillämpning av LUK-direktivet som ett alternativ till att underlåta upphandling med stöd av LUFSDirektivets bestämmelser. *Lagrådet* har trots detta ifrågasatt om inte lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska tillämpas vid en blandad upphandling som består av både delar som omfattas av den lagen och av lagen om upphandling av koncessioner. Detta är som framgår inte givet. Det direktiv som den sistnämnda lagen genomför har heller inte ändrats på denna punkt i samband med antagandet av de nya upphandlingsdirektiven. Det saknas därför möjlighet att ändra i den lagen och ytterligare klargöra förhållandet till lagen om upphandling av koncessioner.

När det gäller förhållandet till artikel 346 i EUF-fördraget kan starkt förenklat sägas att LUK-direktivet ska tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet med vissa undantag som motsvarar de som avses i LUFSDirektivet (se artikel 10.6 i LUK-direktivet). Men om kontraktet innefattar en del som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, ska upphandling inte göras i enlighet med något av upphandlingsdirektiven. Detta kommer till uttryck bl.a. i artikel 21.3 som

Upphandling som rör flera verksamheter

I artikel 22 i direktivet finns bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid upphandling av kontrakt som avser dels sådan verksamhet som anges i bilaga II (verksamhet inom försörjningssektorerna), dels andra verksamheter. Dessa bestämmelser ska tillämpas i stället för de i artikel 20 när det som anskaffas genom det blandade kontraktet ska användas inom flera verksamheter. Bestämmelserna är i stora delar likalydande med de i artikel 6 i LUF-direktivet (se avsnitt 7.1.4). I den utsträckning bestämmelserna överensstämmer bör reglerna i LUK-direktivet genomföras på samma sätt som motsvarande artiklar i LUF-direktivet. Detta gäller för artikel 22.1 och 22.2.

De bestämmelser i LUK-direktivet som reglerar upphandling som avser flera verksamheter och där det inte är möjligt att särskilja delarna i kontrakten på objektiva grunder i artikel 22.3, skiljer sig något från motsvarande bestämmelser i artikel 6.3 i LUF-direktivet. Bestämmelserna anger tillämpliga regler vid upphandling av kontrakt där det är omöjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet kontraktet främst avser. Vilka bestämmelser som tillämpas vid en sådan upphandling regleras i artikel 22.3 a.

Av artikel 22.3 a framgår att när den ena verksamheten regleras av de bestämmelser i direktivet som är tillämpliga på upphandlande myndigheter och övriga verksamheter regleras av de bestämmelser som gäller för upphandlande enheter, ska bestämmelserna som gäller för upphandlande myndigheter tillämpas.

Om det odelbara blandade kontraktet avser en verksamhet som omfattas av LOU-direktivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet, framgår av artikel 22.3 b att tilldelning ska ske i enlighet med bestämmelserna i LOU-direktivet.

Om en av verksamheterna i det odelbara blandade kontraktet avser verksamhet som omfattas av LUK-direktivet och övriga verksamheter varken omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet, följer av artikel 22.3 c att kontraktet ska tilldelas i enlighet med bestämmelserna i LUK-direktivet. Dock gäller, som framgår nedan, särskilda bestämmelser enligt artikel 23 om en av verksamheterna avser försvars- eller säkerhetsaspekter.

Situationen att ett odelbart blandat kontrakt avser en verksamhet som omfattas av LUF-direktivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet regleras inte i LUK-direktivet. Men av bestämmelserna i 6.3 b i LUF-direktivet följer att upphandlingen då ska göras enligt reglerna i LUF-direktivet. Det är bara upphandlande enheter som berörs av bestämmelserna i artikel 22 i LUK-direktivet. En upphandlande enhet utgår i den givna situationen från bestämmelserna i LUF-direktivet. Regeringen bedömer det inte nödvändigt att, såsom *Konkurrensverket* föreslår, införa en bestämmelse i lagen om upphandling av koncessioner eftersom en sådan i praktiken skulle reglera samma sak som den bestämmelse i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som genomför artikel 6.3 b i LUF-direktivet.

Prop. 2015/16:195 I artikel 23 i LUK-direktivet finns särskilda bestämmelser om upphandling av kontrakt som avser flera verksamheter när en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSDirektivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet. Som anförs i tidigare avsnitt innebär förekomsten av artikel 346 att ingen upphandlingslag blir tillämplig. Om en av verksamheterna omfattas av LUFSDirektivet råder valfrihet mellan att tilldela kontraktet i enlighet med LUFSDirektivet eller LUK-direktivet. En förutsättning är dock att tilldelningen av ett enda kontrakt motiveras av objektiva skäl och att beslutet att tilldela ett enda kontrakt inte fattas i syfte att förhindra att kontraktet omfattas av direktivet.

Bör bestämmelserna om blandad upphandling koncentreras till den nya lagen om offentlig upphandling?

Alla upphandlingsdirektiv innehåller artiklar som avgör vilket direktiv som är tillämpligt vid blandade kontrakt. För att en sådan fråga ska kunna uppkomma förutsätts alltså att ett kontrakt består av åtminstone två delar som avser olika direktiv eller en upphandling som avser åtminstone två verksamheter. Dessa lagvalsregler genomförs i respektive upphandlingslagar. Utredningen anser att denna lagtekniska lösning visserligen är direktivenlig, men att den inte är lämplig utan leder till oreda och är oöverblickbar. Det vore enligt utredningen värt att i ett lämpligt sammanhang överväga om inte en bättre ordning skulle vara att den nya lagen om offentlig upphandling tillförs lagvalsregler som avser all konkurrens mellan de olika upphandlingslagarna, med kortfattade hänvisningsbestämmelser i respektive övrig upphandlingslag. Några remissinstanser instämmer i utredningens bedömning.

Regeringen konstaterar att de tre direktivens bestämmelser om blandad upphandling är komplexa och svårtillgängliga, både sedda var för sig och som en helhet. Det problemet är svårt att komma åt, vilken lagstiftningsteknik som än används. Regeringen bedömer, i vart fall för närvarande, att det inte är lämpligt med en ordning enligt den modell som utredningen framhåller. En sådan skulle nödvändiggöra en helt annan systematik än direktivens och i sig innebära en viss komplexitet, vilket medför en risk för diskrepans mellan lagstiftningen och direktiven. Vidare bedömer regeringen att det finns ett värde i att den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska kunna tillämpas självständigt av upphandlande enheter. Jämfört med den nya lagen om offentlig upphandling tillkommer här nämligen momentet att en upphandling kan omfatta flera verksamheter hos en upphandlande enhet. De tre nya direktivens bestämmelser om blandad upphandling kan allmänt beskrivas så att LUK-direktivet befinner sig längst ner i hierarkin. Det är därför tänkbart att LUK-direktivets bestämmelser skulle kunna arbetas in i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen bedömer emellertid att ett direktivnära genomförande är att föredra. Därmed regleras direkt i lagen om upphandling av koncessioner sådana fall där den lagen kan vara styrande för en blandad upphandling.

Regeringens förslag: I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska bestämmelserna om tillämpningsområdet och om blandade kontrakt i respektive lag gälla även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Även enligt lagen om upphandling av koncessioner ska bestämmelserna om blandad upphandling tillämpas vid sådana upphandlingar.

En särskild bestämmelse om delbara blandade kontrakt i respektive lag ska ange vad som gäller för kontrakt som avser koncessioner och upphandling enligt någon av de andra två lagarna, om värdet av samtliga ingående delar understiger tillämpliga tröskelvärden i respektive lag.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens i fråga om den nya lagen om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens i fråga om lagen om upphandling av koncessioner.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som framför synpunkter i frågan, *Sveriges advokatsamfund*, ifrågasätter om det är ändamålsenligt att den nya lagen om offentlig upphandling ska äga företräde framför lagen om upphandling av koncessioner i fall av delbara blandade kontrakt där värdet av de ingående delarna understiger tillämpliga tröskelvärden i respektive lag.

Skälen för regeringens förslag

I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör de grundläggande bestämmelserna om lagarnas tillämpningsområde, som i nuvarande lagar, gälla såväl vid upphandlingar på det direktivstyrda området som vid upphandlingar enligt 19 kap på det icke direktivstyrda området. Som framgår nedan bör detta gälla även de delvis nya bestämmelserna om blandad upphandling.

Bestämmelserna om blandad upphandling

Utgångspunkten för regeringens förslag till 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna är att regleringen så långt som möjligt ska motsvara 15 kap. LOU respektive LUF. Det bör därför övervägas särskilt om de delvis nya bestämmelserna om blandad upphandling ska göras tillämpliga också utanför det direktivstyrda området. Det främsta skälet mot detta är att bestämmelserna är tämligen komplicerade. De principer som kommer till uttryck genom de nya direktivens bestämmelser om blandad upphandling är emellertid av grundläggande karaktär. De motsvarar till viss del bestämmelser i de nuvarande lagarna som har gjorts tillämpliga för icke direktivstyrda upphandlingar. I övriga delar är bestämmelserna avsedda att kodifiera EU-domstolens praxis. Samma problem med att identifiera

Prop. 2015/16:195 tillämpligt regelverk som kan uppstå i direktivstyrda upphandlingar, kan givetvis uppstå när en upphandling består av delar som omfattas av de icke direktivstyrda bestämmelserna i olika upphandlingslagar. Som regeringen anfört under avsnitt 7.1.1 måste bestämmelserna om blandad upphandling också förstås så att de anvisar vilket regelverk som ska eller får vara styrande för en blandad upphandling bl.a. i avseende på prövningen gentemot tröskelvärdesbestämmelserna. Det innebär att bestämmelserna också bör gälla för icke direktivstyrda upphandlingar så att regleringen blir heltäckande.

Av samma skäl bör bestämmelserna om blandad upphandling i 2 kap. lagen om upphandling av koncessioner göras tillämpliga vid upphandlingar enligt 15 kap. den lagen.

Artikel 3.4 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 5.4 tredje stycket i LUF-direktivet gäller delbara blandade kontrakt som delvis avser koncessioner. Här anges som en förutsättning för att LOU-direktivet respektive LUF-direktivet ska vara styrande att värdet av den del av kontraktet som utgör ett kontrakt som omfattas av berört direktiv överstiger tillämpligt tröskelvärde. Så har också motsvarande lagbestämmelser utformats. Därför behövs av rent lagtekniska skäl en kompletterande bestämmelse i alla tre lagarna som anger vad som ska gälla när inte någon av de ingående delarna överstiger tillämpligt tröskelvärde. Regeringen anser att den inbördes ordningen mellan regelverken bör vara densamma vid rent nationella blandade upphandlingar som vid direktivstyrda upphandlingar, dvs. följa principen om striktast möjliga regelverk.

I övrigt bedöms de direktivstyrda bestämmelserna om blandad upphandling kunna göras tillämpliga för upphandlingar utanför det direktivstyrda området i alla tre lagarna utan några särskilda bestämmelser.

8 Undantag från lagarnas tillämpningsområden

LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller i huvudsak samma undantag från respektive direktivs tillämpningsområde som 2004 års direktiv. Genomförandet av LOU- och LUF-direktivens bestämmelser behandlas i avsnitt 8.1–8.8. I avsnitt 8.9 behandlas frågan om undantag på det icke direktivstyrda området i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Genomförandet av LUK-direktivets bestämmelser om undantag behandlas i avsnitt 8.10. I stor utsträckning föreskrivs i LUK-direktivet undantag från tillämpningsområdet som motsvarar de undantag som anges i LOU-direktivet eller LUF-direktivet eller i båda direktiven.

Regeringens förslag: Det inbördes förhållandet mellan den nya lagen om offentlig upphandling, den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och LUF ska vara oförändrat i förhållande till gällande rätt. Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för upphandlingar som omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna eller LUF. Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för upphandlingar som omfattas av LUF.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Såväl LOU som LUF innehåller bestämmelser som reglerar det inbördes förhållandet mellan LOU, LUF och LUF och som alltså syftar till att avgöra vilken lag som ska tillämpas för olika slag av upphandling. Bestämmelserna återfinns i 1 kap. 3 § och 3 a § i såväl LOU som LUF. De nya direktiven innebär inte någon ändring av rättsläget.

Av artikel 7 i LOU-direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på kontrakt eller projekttävlingar som tilldelas eller anordnas av upphandlande myndigheter som utövar en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 8–14 i LUF-direktivet och som tilldelas för utförandet av dessa verksamheter, och inte heller på offentliga kontrakt som är undantagna från det direktivets tillämpningsområde enligt artiklarna 18, 23 och 34 i det direktivet.

I artikel 15.1 i LOU-direktivet anges att direktivet ska tillämpas på tilldelning av offentliga kontrakt och anordnande av projekttävlingar på försvars- och säkerhetsområdet, med undantag för sådana kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för LUF-direktivet och kontrakt på vilka LUF-direktivet inte är tillämpligt enligt artikel 8, 12 och 13 i det direktivet. I artikel 24.1 i LUF-direktivet finns ett motsvarande undantag. Artikel 8 i LUF-direktivet anger vilka tröskelvärden som gäller för de kontrakt som direktivet ska tillämpas på. För upphandlingar som omfattas av LUF tillämpningsområde, men där kontraktets värde beräknas vara under tröskelvärdena, gäller de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LUF (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 323).

Förhållandet mellan lagarna kan beskrivas så att den nya lagen om offentlig upphandling är den grundläggande lagen. Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska dock tillämpas för upphandling eller projekttävling som görs inom ramen för sådan verksamhet som regleras i den lagen. Varken den nya lagen om offentlig upphandling eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska tillämpas om ett kontrakt på försvars- och säkerhetsområdet i stället ska upphandlas enligt antingen de direktivstyrda eller icke direktivstyrda bestämmelserna i LUF eller undantas enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § den lagen.

Bestämmelserna i 1 kap. 3 a § LUF, som innebär att lagen inte gäller för upphandling som omfattas av LUF eller ska undantas med stöd av den lagen, är införd under rubriken Lagens tillämpningsområde. Bestämmelsens innebörd är att en anskaffning, som annars skulle ha

Prop. 2015/16:195 omfattats av LUF, inte gör det eftersom karaktären av det som anskaffas gör att upphandlingen faller in under LUF. Motsvarande paragraf i den nya lagen bör därför placeras i kapitlet med undantag från lagens tillämpningsområde, utan att någon skillnad i sak är avsedd.

8.2 Undantag i vissa fall på grund av sekretess

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som möjliggör undantag från respektive lags tillämpningsområde i vissa fall på grund av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

Lagarna ska också innehålla en bestämmelse om undantag från lagens tillämpningsområde i vissa fall på grund av sekretess eller Sveriges väsentliga intressen. Bestämmelsen ska i sak motsvara regleringen i LOU.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag innehåller dock inte det krav på proportionalitet som följer av direktiven.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna har ingen synpunkt på förslaget. *Försvarsmakten* anser att förslaget om sekretess och rikets väsentliga intressen är bra, men att det bör förtydligas när undantaget för sekretess hänförligt till rikets väsentliga säkerhetsintressen kan bli tillämpligt. *Konkurrensverket*, *Gotlands kommun*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Lindahl* anser att det krav på proportionalitet som följer av direktivtexten bör framgå av lagtexten.

Skälen för regeringens förslag

I 1 kap. 5 a § LOU anges att bestämmelserna i lagen inte gäller för upphandlingar som omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen. I 1 kap. 13 a § LUF görs undantag från den lagen för upphandlingar som omfattas av sekretess. Paragraferna genomför artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 21 i 2004 års LUF-direktiv. De gavs aktuella lydelse i samband med ikraftträdandet av LUF (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 323 f.).

I artikel 15 i LOU-direktivet respektive artikel 24 i LUF-direktivet finns bestämmelser som rör försvar och säkerhet. I första punkten finns ett undantag för upphandlingar som omfattas av LUF-direktivet (se avsnittet ovan). Artikel 15.2–3 i LOU-direktivet respektive artikel 24.2–3 i LUF-direktivet överensstämmer inbördes i allt väsentligt. I punkterna medges undantag i vissa situationer för upphandlingar som inte ska undantas till följd av LUF-direktivet men som ändå är av känslig karaktär. Punkt 2 är ny. Regleringen i punkt 3 motsvaras i sak av artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv. Övervägandena nedan utgår från bestämmelserna i LOU-direktivet.

I artikel 15.1 i LOU-direktivet respektive artikel 24.1 i LUF-direktivet finns ett undantag för upphandlingar som omfattas av LUF-direktivet (se avsnittet ovan).

Artikel 15.2 och 3 i LOU-direktivet respektive artikel 24.2 och 3 i LUF-direktivet överensstämmer inbördes i allt väsentligt. I punkterna medges undantag från upphandlingsskyldighet i vissa situationer för upphandlingar som inte ska undantas till följd av LUF-direktivet men som är av känslig karaktär. Punkt 2 är ny. Regleringen i punkt 3 motsvaras av artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv. Övervägandena nedan utgår från bestämmelserna i LOU-direktivet.

Ett nytt undantag hänförligt till Sveriges väsentliga säkerhetsintressen

I artikel 15.2 i LOU-direktivet (artikel 24.2 i LUF-direktivet) finns bestämmelser om undantag från direktivets tillämpningsområde på grund av medlemsstaters väsentliga säkerhetsintressen. Sådana bestämmelser saknas i 2004 års båda direktiv. Avsikten med den nya regleringen synes vara att den ska omfatta sådana anskaffningar på försvars- och säkerhetsområdet som av något skäl inte kan bedömas falla in under LUF-direktivet, men som på grund av att de innehåller känslig information ändå inte lämpar sig för ett upphandlingsförfarande i enlighet med LOU- eller LUF-direktiven. Bestämmelserna har karaktär av säkerhetsventiler och därmed är det svårt att, som *Försvarsmakten* också konstaterar, ange närmare i vilka fall de kan aktualiseras. De synes emellertid vara föranledda bl.a. av EU-domstolens dom *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, EU:C:2012:324, vilken kan tjäna som vägledning. Se även författningskommentaren till 3 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Artikel 15.2 första stycket i LOU-direktivet (artikel 24.2 första stycket i LUF-direktivet) undantar från direktivets tillämpningsområde offentliga kontrakt och projektävlingar, som inte annars omfattas av ett undantag enligt punkt 1, om skyddet av en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder, exempelvis att det ställs krav för att skydda den konfidentiella karaktären för information som den upphandlande myndigheten lämnar ut i ett förfarande för kontraktstilldelning som genomförs enligt direktivet. Artikelbestämmelsens andra stycke rör åtgärden att lämna ut information. De nu aktuella bestämmelserna i första stycket torde dock kunna omfatta uppgifter av annat slag än ren information, t.ex. den fysiska utformningen av lokalerna där en tjänst ska utföras.

Artikelbestämmelsens sista led ger uttryck för proportionalitetsprincipen. Utgångspunkten är att kontraktet i fråga ska konkurrensutsättas genom upphandling. Ett kontrakt får bara undantas från upphandling när det inte är möjligt att garantera det skydd som behövs genom att t.ex. lämna ut handlingar med sekretessförbehåll under upphandlingsförfarandet eller genom att ingå säkerhetsskyddsavtal med berörda leverantörer enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627). Undantag ska tillämpas restriktivt och den upphandlande myndigheten eller enheten måste således noggrant överväga om det går att konkurrensutsätta kontraktet eller om det enda möjliga alternativet är att

Prop. 2015/16:195 undanta det från upphandling. Regeringen anser, i likhet med flera remissinstanser, att direktivens proportionalitetskrav bör tas in i lagarna.

I artikel 15.2 andra stycket (24.2 andra stycket) finns en koppling till artikel 346.1 a i EUF-fördraget, enligt vilken ingen medlemsstat är skyldig att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. Fördragsbestämmelsen är begränsad till åtgärden att lämna ut information. Direktivbestämmelsen kompletterar fördragsbestämmelsen på så sätt att ett kontrakt kan undantas från konkurrensutsättning genom upphandling, om ett genomförande av en upphandling skulle medföra att sådan information som omfattas av fördragsbestämmelsen skulle röjas. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 13 a i LUFs-direktivet, genomförd i 1 kap. 10 § första stycket 1 LUFs. I förarbetena framhålls att bestämmelsen endast ska tillämpas när det är strikt nödvändigt. Bestämmelsen tar endast sikte på sådana inköp av särskilt känslig karaktär som kräver extremt hög sekretess (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 165 f.).

Regeringen anser att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser om undantag på grund av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen vilka utformas med utgångspunkt i direktivens lydelse och med justeringar efter förslag från *Lagrådet*. På Lagrådets inrådan ska uttrycket ”inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder” ersättas med ”inte kan säkerställas om upphandlingen eller projekttävlingen genomförs enligt denna lag”. Någon ändring i sak är inte avsedd.

Sekretess och Sveriges väsentliga intressen

Artikel 15.3 i LOU-direktivet (artikel 24.3 i LUF-direktivet) möjliggör undantag på grund av sekretess eller en medlemsstats väsentliga intressen, vilket också är vad regleringen i artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv tar sikte på (se ovan). Artikel 15.3 har följande lydelse:

Om upphandlingen och fullgörandet av det offentliga kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller måste åtföljas av särskilda säkerhetsåtgärder i enlighet med lagar och andra författningar som gäller i en medlemsstat, ska detta direktiv inte tillämpas, förutsatt att medlemsstaten har fastslagit att de berörda väsentliga intressena inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder, såsom de som avses i punkt 2 första stycket.

Även om artikeln är utformad annorlunda än artikel 14 i 2004 års LOU-direktiv gör regeringen bedömningen att det inte är någon skillnad när det gäller vilket skyddsbehov undantaget är avsett att tillgodose. Att undantaget är tillämpligt även vid projekttävlingar framgår nu direkt av artikeln, och inte som i 2004 års direktiv genom en hänvisning (se artikel 68 b i 2004 års LOU-direktiv). *Lagrådet* föreslår att det i lagtexten uttryckligen ska framgå att skyddsbehovet måste finnas under såväl själva upphandlingsförfarandet som fullgörandefasen. Det torde dock enligt regeringens mening inte vara nödvändigt att skyddsbehovet avser varje moment i upphandlingen eller fullgörandet och därför inte heller båda faserna, för att undantaget ska vara tillämpligt, även om det torde vara det normala. Vidare anges ett proportionalitetskrav genom att det sägs inte bara att det ska vara reglerat att det finns ett behov av skydd,

utan också fastslaget att de berörda väsentliga intressena inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder. Undantaget ska alltså tillämpas restriktivt. Enligt regeringens mening bör direktivens proportionalitetskrav, som flera remissinstanser anför, tas in i lagarna.

Regleringen i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 21 i 2004 års LUF-direktiv är inte helt överensstämmande, vilket avspeglas i LOU och LUF. Bestämmelserna i de nya direktiven är i allt väsentligt likalydande och regleringen i de nya lagarna bör därmed också vara det. Regeringen anser att de nya lagarna bör innehålla en bestämmelse, som utformas med 1 kap. 5 a § LOU som förebild. Bestämmelsen ska föreskriva undantag från lagarnas tillämpningsområde om en upphandling och fullgörandet av det tilldelade kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen. På Lagrådets inrådan ska uttrycket ”och behovet av skydd inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder” ersättas med ”det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling eller en projekttävling enligt denna lag”. Någon ändring i sak är inte avsedd.

8.3 Undantag som är specifika för försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som i huvudsak motsvarar bestämmelserna i LUF om undantag från lagens tillämpningsområde för

1. kontrakt för återförsäljning eller uthyrning till tredje man,
2. verksamhet i tredjeländ, och
3. kontrakt som tilldelas anknutna företag, samriskföretag eller upphandlande enheter som ingår i ett samriskföretag.

Regeringens bedömning: Artikel 33 i LUF-direktivet om kontrakt som omfattas av särskilda bestämmelser och rör förhållandena i Republiken Österrike och Förbundsrepubliken Tyskland bör, i likhet med dess motsvarighet i 2004 års LUF-direktiv, inte genomföras i Sverige.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 18 i LUF-direktivet reglerar undantag från direktivets tillämpningsområde för kontrakt som tilldelas för återförsäljning eller uthyrning till tredje man. Regleringen innebär ingen ändring i sak och en bestämmelse bör införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som motsvarar 1 kap. 12 § LUF. Lagrådet föreslår att författningstexten ska ändras i förhållande till den gällande lydelsen så att uttrycket ”andra” som ska beskriva tredje man i stället uttrycks ”andra upphandlande enheter eller företag”. Avsikten med Lagrådets förslag uppges vara att inte begränsa regeln till andra upphandlande enheter. Enligt Regeringens mening innebär Lagrådets förslag dock en begränsning som saknas

Prop. 2015/16:195 genom uttrycket ”andra”. Regleringen ska därför överföras utan ändring. Av artikel 2.12 andra stycket i LUF-direktivet framgår att artikel 18 i direktivet inte ska tillämpas på upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet. Enligt regeringens mening bör en motsvarande bestämmelse genomföras i lagen och den bör placeras i den paragraf som genomför artikel 18.

Artikel 19 i LUF-direktivet reglerar undantag för kontrakt som tilldelas eller projekttävlingar som anordnas för annat än utövandet av verksamhet som omfattas av direktivet, eller för utövandet av sådana verksamheter i tredjeland. I artikeln sägs bl.a. att detta direktiv inte är tillämpligt på kontrakt som den upphandlande enheten tilldelar för något annat än utövande av de typer av verksamhet som anges i artiklarna 8–14. Detta följer dock redan av den grundläggande bestämmelsen om lagens tillämpningsområde (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 456 f.).

I artikel 28–30 i LUF-direktivet finns bestämmelser om undantag från direktivens tillämpningsområde för kontrakt som tilldelas anknutna företag, samriskföretag eller upphandlande enheter som ingår i samriskföretag. Artikel 29.3 respektive artikel 30 inleds med klargörandet att undantagen gäller utan hinder av de nya bestämmelserna i artikel 28 om kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Innebörden är att de båda undantagsbestämmelserna gäller parallellt och att bestämmelserna i artikel 28 inte har företräde vid tillämpningen – en upphandlande enhet kan alltså välja att tillämpa bestämmelserna om anknutna företag, även om det också skulle vara möjligt att tillämpa bestämmelserna om kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Regeringen bedömer att detta klargörande inte behöver komma till uttryck i lagtexten. LUF-direktivet innebär inte någon ändring av rättsläget och lydelsen av paragraferna i den nya lagen bör därför motsvara 1 kap. 15–18 §§ LUF.

Artikel 33 i LUF-direktivet om kontrakt som omfattas av särskilda bestämmelser rör enbart förhållandena i Republiken Österrike och Förbundsrepubliken Tyskland. Dess motsvarighet i artikel 27 i 2004 års LUF-direktiv har inte genomförts i LUF. Artikeln saknar relevans för svenska förhållanden och bör inte genomföras i den nya lagen.

8.3.1 Verksamheter som är direkt konkurrensutsatta

<p>Regeringens förslag: Bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna om undantag från lagens tillämpningsområde för direkt konkurrensutsatt verksamhet ska i allt väsentligt motsvara bestämmelserna i LUF.</p>

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: I 1 kap. 23 § LUF ges möjlighet att få undantag för en verksamhet, som annars skulle ha omfattats av lagen, om verksamheten är direkt konkurrensutsatt. Paragrafen genomför delar av artikel 30 i 2004 års LUF-direktiv. Innebörden av paragrafen är att LUF inte gäller om det fastställs enligt ett särskilt förfarande att verksamheten

är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde. Ansökan om undantag görs hos kommissionen som prövar om förutsättningarna är uppfyllda. Direktivets utgångspunkt är att ansökan görs av en medlemsstat. Sverige har dock utnyttjat den möjlighet som ges i direktivet att ge upphandlande enheter rätt att själva begära prövning hos kommissionen. Artikel 30 reglerar härutöver närmare de materiella förutsättningarna för undantag och förfarandet hos kommissionen.

I det nya direktivet har bestämmelserna delats upp så att de materiella förutsättningarna för undantag finns i artikel 34 medan förfarandet hos kommissionen regleras i artikel 35, som i sin tur hänvisar till direktivets bilaga IV där de olika tidsfristerna anges.

Upphandlande enheter bör även fortsättningsvis ha möjlighet att själva begära prövning hos kommissionen. Artikel 34.1 första stycket i LUF-direktivet ger möjlighet att föreskriva om detta i den nationella lagstiftningen. Den möjligheten bör enligt regeringens mening utnyttjas även i den nya lagen.

Det finns inte heller skäl att frånga den lösning som har valts att i 1 kap. 23 § LUF endast införa de mer grundläggande bestämmelserna som, i korthet, anger att lagen inte gäller om kommissionen fastställt att verksamheten är direkt konkurrensutsatt. Dessa mer grundläggande bestämmelser återfinns i artikel 34.1 och 35.1 första stycket i LUF-direktivet. Eftersom det är kommissionen som beslutar om undantag från tillämpningen av lagen bör inte artikelbestämmelserna i övrigt genomföras i lagen.

I förhållande till nuvarande ordning anges numera uttryckligen i artikel 34.1 att det är sökanden (berörd medlemsstat eller en upphandlande enhet) som ska visa att förutsättningarna för undantag är uppfyllda. Det är med andra ord sökanden som har bevisbördan. Som tidigare är det två villkor som ska vara uppfyllda – dels att det råder fritt tillträde till den berörda marknaden, dels att det fria tillträdet har resulterat i att verksamheten är konkurrensutsatt. Det sägs nu i artikeln att den berörda verksamheten kan ingå i en större sektor eller utövas endast i vissa delar av den berörda medlemsstaten. Vidare klargörs att bedömningen av konkurrensläget inte påverkar tillämpningen av konkurrenslagstiftningen och att bedömningen görs på grundval av den information som är tillgänglig för kommissionen.

Bedömningen av konkurrensläget ska göras med beaktande av den aktuella marknaden och den s.k. geografiska referensmarknaden, vilken definieras närmare i artikel 34.2.

Av artikel 35.1 framgår att det numera är obligatoriskt att bifoga ett yttrande från en oberoende nationell myndighet med ansvar för den berörda verksamheten till alla ansökningar. Yttrandet ska enligt artikel 35.2 vara motiverat och välgrundat.

Reglerna om tidsfrister i artikel 35.3 har förenklats i flera avseenden och framgår av bilaga IV till direktivet. Det görs inte längre någon skillnad mellan om en ansökan kommer in från en medlemsstat eller från en upphandlande enhet. En tidsfrist om 90 arbetsdagar gäller när det råder en presumtion för fritt tillträde till den aktuella marknaden på grund av att medlemsstaten har implementerat den unionslagstiftning som anges i bilaga III till direktivet. I andra fall gäller en tidsfrist om 130 arbetsdagar.

Prop. 2015/16:195 Kommissionen har inte längre någon möjlighet att själv ta initiativ till ett ansökningsförfarande. Det är alltså medlemsstaten eller den berörda upphandlande enheten som måste ta initiativ till en ansökan. Det bör som *Lagrådet* föreslår klargöras i lagen.

Av artikel 35.3 andra stycket framgår i vilka två fall en verksamhet ska anses som undantagen från direktivet. Det första fallet, punkten a, är när kommissionen har antagit en genomförandeakt inom tidsfristen. I punkten b finns alltså en presumptionsregel (jfr artikel 30.4 tredje stycket i 2004 års LUF-direktiv) som innebär att en viss verksamhet automatiskt ska anses som undantagen om kommissionen inte har fattat beslut inom tidsfristen.

8.4 Elektronisk kommunikationstjänst

Regeringens förslag: Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för kontrakt eller projekttävlingar som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller för att tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst för allmänheten.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag

Den nuvarande lagen undantar telekommunikation

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller inte lagen för kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla teletjänster. Paragrafen genomför artikel 13 i 2004 års LOU-direktiv.

Telekommunikationssektorn omfattades tidigare av upphandlingsregelverket på försörjningsområdet, men genom 2004 års LUF-direktiv togs den sektorn bort från försörjningsdirektivets tillämpningsområde. Avsikten med undantagsbestämmelsen i 2004 års LOU-direktiv och LOU är att sådana upphandlande enheter inom försörjningssektorerna som också är upphandlande myndigheter inte ska omfattas av bestämmelserna i LOU vid upphandling för den uteslutna verksamheten (prop. 2006/07:128 del 1 s. 250).

Undantaget utökas till att avse allmänt kommunikationsnät

I artikel 8 i LOU-direktivet har undantaget från direktivets tillämpningsområde utökats till kontrakt som huvudsakligen syftar till tillhandahållandet eller driften inte enbart av telekommunikationsnät utan av alla former av allmänna kommunikationsnät. Vidare undantas kontrakt som huvudsakligen syftar till att tillhandahålla inte enbart teletjänster utan alla slag av elektroniska kommunikationstjänster. Ändringen innebär en anpassning av terminologin till den som används i Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och

kommunikationstjänster (ramdirektiv), senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/140/EG, härafter förkortat ramdirektivet. I artikel 8 i LOU-direktivet hänvisas också till ramdirektivet när det gäller begreppen allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst. Med elektronisk kommunikationstjänst avses enligt artikel 2 c i ramdirektivet följande.

[...] en tjänst som vanligen tillhandahålls mot ersättning och som helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät, däribland teletjänster och överföringstjänster i nät som används för radio- och tv-sändningar, men inte tjänster i form av tillhandahållande av innehåll som överförs med hjälp av elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster eller utövande av redaktionell kontroll över detta innehåll. Den omfattar inte de av informationshällets tjänster enligt definitionen i artikel 1 i direktiv 98/34/EG som inte helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät.

Definitionen tydliggör att det aktuella undantaget inte omfattar tillhandahållandet av innehåll i t.ex. tv-program, utan kontrakt som rör den elektroniska överföringen av det. För anskaffning, utveckling och produktion m.m. av programmaterial finns ett särskilt undantag från upphandlingskyldighet, se avsnitt 8.8.2 nedan.

Regeringen anser att den bestämmelse som genomför artikel 8 i LOU-direktivet bör, när det gäller betydelsen av begreppen allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst hänvisa till den betydelse begreppen har i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, vilken lag genomför ramdirektivet.

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som i sak motsvarar dagens bestämmelser om att kontrakt eller projekttävling ska undantas från lagens tillämpningsområde om den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att använda vissa andra, internationella bestämmelser för förfarandet.

De nya lagarna ska också innehålla nya bestämmelser som rör frågan om val av tillämpligt regelverk för förfaranden som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut.

Regeringens bedömning: Det saknas behov av en bestämmelse i lagarna om skyldigheter för medlemsstaterna att lämna internationella avtal eller arrangemang till kommissionen. Hänvisningarna i artikel 9.3 LOU-direktivet respektive artikel 17.3 i LUF-direktivet bör inte genomföras i lagarna.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar förslaget, *Försvarets materielverk (FMV)*, efterlyser skälen för att ange EES-stat, och inte direktivtextens medlemsstat, i de lagbestämmelser som genomför artiklarna 9.1 a och 17.1 a i LOU-direktivet.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

LOU och LUF undantar upphandlingar enligt andra internationella regler

I 1 kap. 5 § LOU respektive 1 kap. 14 § LUF finns bestämmelser om undantag från lagarnas tillämpningsområde för upphandlingar som görs enligt vissa internationella regler. Paragraferna genomför artiklarna 15 och 68 b i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 22 och 62.1 i 2004 års LUF-direktiv.

Ett undantag i de nya lagarna för upphandling enligt andra internationella regler

I artikel 9 i LOU-direktivet respektive artikel 20 i LUF-direktivet finns bestämmelser om kontrakt och projekttävlingar på det civila området som tilldelas enligt internationella regler. De artiklarna kompletteras av artikel 17 i LOU-direktivet respektive artikel 27 i LUF-direktivet, som gäller sådana kontrakt och projekttävlingar som avser försvars- eller säkerhetsaspekter. Regleringen i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet överensstämmer i allt väsentligt och övervägandena nedan utgår från LOU-direktivet.

Bestämmelserna i artikel 9.1 i LOU-direktivet (artikel 20.1 i LUF-direktivet) har formulerats på ett annat sätt än i 2004 års direktiv i syfte att tydligare lyfta fram de grundläggande förutsättningarna för att direktivet inte ska vara tillämpligt. Någon skillnad i sak är inte avsedd. Det tydliggörs i den inledande delen av artikeltexten att direktivet inte

ska tillämpas på offentliga kontrakt och projekttävlingar som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att tilldela eller anordna enligt andra upphandlingsförfaranden än de som föreskrivs i direktivet. Det måste alltså röra sig om en reell normkonflikt. De nya lagarna bör enligt regeringen i denna del följa direktivens utformning men med justeringar efter förslag från *Lagrådet*.

Därefter anges i punktform närmare vilka upphandlingsförfaranden som avses. I artikel 9.1 första stycket a i LOU-direktivet (artikel 20.1 första stycket a i LUF-direktivet) anges att undantaget gäller för upphandlingsförfaranden som fastställts genom ett rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter, såsom ett internationellt avtal som i överensstämmelse med fördragen har ingåtts mellan en medlemsstat och ett eller flera tredjeländer eller delar av sådana och som omfattar byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för ett projekt som signatärerna ska genomföra eller utnyttja gemensamt. I 2004 års direktiv, och även i LOU och LUF, anges endast internationellt avtal. I de nya lagarna bör det samlande begreppet rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter användas för att motsvara samtliga de instrument som avses i bestämmelsen.

Direktivens formulering ”en medlemsstat och ett eller flera tredjeländer eller delar av sådana” bör även i de nya i lagarna ersättas med ”någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan”. *Försvarets materielverk (FMV)* efterlyser skälen för detta. EES-avtalet är ett frihandelsavtal som gäller för EU:s medlemsstater och Island, Liechtenstein och Norge. Avtalet ger företag i de deltagande staterna tillträde till EU:s inre marknad. All relevant EU-lagstiftning på området för den inre marknaden är integrerad med EES-avtalet så att den gäller inom hela EES-området. Detta ska säkerställa en enhetlig tillämpning av lagstiftningen. Upphandlingsdirektiven riktar sig till medlemsstaterna (se artikel 94 i LOU-direktivet och artikel 110 i LUF-direktivet). Medlemsstaterna är dock, till följd av EES-avtalet, skyldiga att tillämpa upphandlingslagstiftningen inte bara i förhållande till andra medlemsstater, utan även i förhållande till alla EES-stater.

Av artikel 9.1 första stycket b i LOU-direktivet (artikel 20.1 första stycket b i LUF-direktivet) framgår att ett upphandlingsförfarande kan fastställas av en internationell organisation.

Artikel 17 i LOU-direktivet (artikel 27 i LUF-direktivet) gäller försvars- och säkerhetsområdet. Den är uppbyggd på samma sätt som artikel 9 (artikel 20). De grundläggande förutsättningarna för undantag från direktivens tillämpningsområde är desamma. När det gäller sådana internationella avtal eller arrangemang som avses i artikel 17.1 a (artikel 27.1 a) finns dock inte något krav att avtalet eller arrangemanget ska medföra internationella rättsliga skyldigheter.

I artikel 17.1 b i LOU-direktivet (artikel 27.1 b i LUF-direktivet) anges att ett upphandlingsförfarande kan fastställas genom ”internationellt ingångna avtal eller arrangemang om stationering av trupper och som avser åtaganden i en medlemsstat eller ett tredjeland”. En motsvarighet finns i 1 kap. 5 § 2 LOU respektive 1 kap. 14 § 2 LUF. I likhet med nuvarande lagstiftning bör uttrycket militär personal användas i stället för trupper.

Prop. 2015/16:195 I de motsvarande bestämmelserna i 2004 års direktiv talas om ”företag i en medlemsstat eller tredje land”, vilket dock inte har kommit till uttryck i lagtexten. I motsvarande bestämmelse i LUFs-direktivet, artikel 12, används i den svenska språkversionen lokutionen ”en medlemsstats eller ett tredje lands åtaganden”, vilket i 1 kap. 8 § 2 LUFs anges som ”en stats åtaganden”. Det rör sig om skilda översättningar av det engelska ordet *undertakings*. De nya lagarna bör följa det nya direktivet och ordet *åtaganden* därmed användas. Undantaget synes emellertid avse åtaganden av en medlemsstat eller ett tredjeland (”*undertakings of a Member State or a third country*” i den engelska språkversionen) och inte i en medlemsstat eller ett tredjeland. Eftersom det inte finns några andra stater är det vidare en onödig precisering att ange medlemsstat eller ett tredjeland (jfr prop. 2010/11:150 del 1 s. 160). Sammanfattningsvis bör undantaget utformas på samma sätt som artikel 12 i LUFs-direktivet har genomförts i 1 kap. 8 § 2 LUFs.

Enligt artikel 9.1 andra stycket respektive 17.1 andra stycket i LOU-direktivet (20.1 andra stycket respektive 27.1 andra stycket i LUF-direktivet) är medlemsstaterna skyldiga att lämna de rättsliga instrumenten (avtal respektive arrangemang) till kommissionen. Motsvarande bestämmelse i 2004 års direktiv har inte tagits in i LOU eller LUF, eftersom det bedömdes att det saknades behov av att ta in en sådan bestämmelse i lagarna (prop. 2006/07:128 del 1 s. 288 och 458). Det behovet saknas alltså.

I artikel 9.3 i LOU-direktivet (artikel 20.3 i LUF-direktivet) görs en hänvisning till artikel 17 i LOU-direktivet (artikel 27 i LUF-direktivet) när det gäller kontrakt och projektävlingar som avser försvars- och säkerhetsaspekter. Bestämmelsen, som enbart utgör en hänvisning, bör inte genomföras i lagarna.

Ett nytt undantag som rör finansieringen av internationella förfaranden

I artikel 9.2 och 17.2 i LOU-direktivet (artikel 20.2 och 27.2 i LUF-direktivet) regleras frågan om val av tillämpligt regelverk för förfaranden som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut. Sådana bestämmelser saknas i 2004 års direktiv. Direktivet ska inte tillämpas på kontrakt och projektävlingar som en upphandlande myndighet eller enhet tilldelar respektive anordnar i enlighet med upphandlingsregler som fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när berörda kontrakt eller projektävlingar helt finansieras av den organisationen eller det institutet. När det gäller kontrakt och projektävlingar som till största delen medfinansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna enas om tillämpliga upphandlingsförfaranden.

I artikel 9.2 och 17.2 i LOU-direktivet (artikel 20.2 och 27.2 i LUF-direktivet) ges alltså riktlinjer för vilka regler som ska tillämpas vid upphandlingar eller projektävlingar när kontraktet eller projektävlingen helt eller delvis finansieras av annat, internationellt organ utan att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att följa de andra upphandlingsreglerna. Den sistnämnda situationen regleras i de aktuella artiklarnas första punkt.

Den förmodat praktiskt viktigaste konsekvensen av den nya regleringen är att när det internationella organet finansierar förfarandet inte helt, men till största delen, måste den upphandlande myndigheten eller enheten och det internationella organet se till att komma överens om tillämpligt regelverk.

Bestämmelserna i de nya lagarna bör enligt regeringen huvudsakligen utformas i enlighet med direktiven.

8.6 Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska, i likhet med LOU och LUF, inte gälla för tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig särskilt över förslaget. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget men önskar förtydligande kring hänvisningen till författning i lagbestämmelsen. Enligt Konkurrensverkets mening kan med uttrycket författning i detta sammanhang inte avses annat än sådana rättsregler som i 8 kap. regeringsformen betecknas som föreskrifter men att detta bör framgå. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att ensamrättsundantagets omfattning bör klargöras. I likhet med Konkurrensverket ställer sig SKL frågande till vad begreppet författning innefattar och anser att det är viktigt att Sverige inte har strängare regler än vad LOU-direktivet kräver. Såväl Konkurrensverket som SKL och *Advokatfirman Lindahl* anser att regeringen bör klargöra omfattningen av undantaget.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 11 i LOU-direktivet respektive artikel 22 i LUF-direktivet innehåller ett undantag för tjänstekontrakt som tilldelas en upphandlande myndighet som har ensamrätt att utföra tjänsten. 2004 års direktiv innehåller motsvarande undantag, vilka har genomförts i 1 kap. 7 § LOU respektive 1 kap. 20 § LUF.

Den engelska formuleringen i direktiven, ”a law, regulation or published administrative provision”, har såväl i 2004 års som i 2014 års svenska språkversioner av direktiven översatts till ”lagar eller andra offentliggjorda författningar”. Direktivbestämmelsen är oförändrad. Detta talar för att bestämmelsen i de nya lagarna bör utformas på samma sätt som i 2007 års lagar. Regeringen anser inte att det finns skäl att nu utforma bestämmelsen annorlunda. Med författning får förstås sådana rättsregler som i 8 kap. regeringsformen betecknas som föreskrifter. Kännetecknande för föreskrifter är att de är bindande och att de inte bara avser ett konkret fall utan har generell tillämpbarhet.

Regeringens förslag: Upphandling som är att anse som intern upphandling eller upphandling mellan upphandlande myndigheter ska under vissa förutsättningar undantas från lagarna. Interna upphandlingar ska avse anskaffningar som sker mellan aktörer inom den offentliga sektorn och gälla olika typer av situationer.

För att en upphandling ska anses vara intern och undantas, ska tre förutsättningar vara uppfyllda. För det första ska moderföretaget (myndigheten) utöva en kontroll över motparten eller motparterna som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning (kontrollkriteriet). När moderföretaget (myndigheten) gemensamt med andra myndigheter kontrollerar en motpart, ska kontrollen motsvara den som moderföretaget och myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar. För det andra ska dotterföretaget, i egenskap av upphandlande myndighet eller motpart, utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för moderföretagets räkning eller för andra personer som moderföretaget kontrollerar (verksamhetskriteriet). När dotterföretaget kontrolleras av moderföretaget gemensamt med andra myndigheter, ska dotterföretaget utföra mer än 80 procent av sin verksamhet för moderföretagets och de andra myndigheternas räkning. För det tredje ska det inte finnas något direkt privat ägarintresse i den motpart som är leverantör.

En upphandling mellan upphandlande myndigheter ska undantas från lagarna om två eller flera upphandlande myndigheter upprättar eller reglerar formerna för ett samarbete mellan dem för att uppnå mål som är gemensamma för dessa, samarbetet styrs av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och myndigheterna utövar verksamhet på den privata marknaden som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens förslag om intern upphandling och direkt privat ägarintresse skiljer sig dock från regeringens. Enligt utredningen förutsätter en tillämpning av undantaget att det i avtalsparten inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser är kritiska till bestämmelserna om intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter som innebär att offentliga anskaffningar med stöd av sådana kontrakt får genomföras utan att upphandlingslagarna tillämpas. Sådana synpunkter framförs av *Almega*, *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen*, *Återvinningsindustrierna (ÅI)* och *Stena Metall AB*. Flera remissinstanser är dock uttalat positiva till att undantagen lagfästs i de nya lagarna, däribland *Försvarets materielverk (FMV)*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Vinnova*, *Sandvikens kommun*, *Landstinget i Jönköpings län* och *Advokatfirman Delphi*. FMV påtalar vidare att det finns ett behov av motsvarande regler i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

När det gäller omfattningen av privat ägarintresse som kan accepteras inom ramen för Teckal-undantagen (intern upphandling) är flera remissinstanser kritiska till förslaget. Genom lydelsena i lagförslagen har undantagen getts en omfattning som enligt bl.a. *Konkurrensverket*, *Stockholms universitet*, Konkurrenskommissionen och Advokatfirman Delphi går utöver det som följer av direktivbestämmelserna.

Skälen för regeringens förslag

Bestämmelser om undantag för intern upphandling och för upphandling mellan upphandlande myndigheter

Sedan den 1 januari 2013 undantas vissa typer av avtal från upphandlingsreglerna i LOU genom uttryckliga bestämmelser i samma lag. Dessa bestämmelser finns i 2 kap. 10 a § LOU. Dessförinnan gällde ett liknande undantag enligt samma paragraf temporärt den 15 juli 2010–31 december 2012. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LUF.

Bestämmelserna enligt paragrafens nu gällande lydelse i LOU har som framgår av förarbetena utformats med utgångspunkt från EU-domstolens dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, och flera därefter följande domar (se prop. 2011/12:106 s. 56). Då den praxis från domstolen som inleddes med Teckal-målet dock fortfarande var under utveckling, ansåg regeringen att lagtexten i paragrafen i möjligaste mån borde utformas i enlighet med hur domstolen dittills hade formulerat detta in house-undantag. Begrepp och systematik från Teckal-praxisen borde därför enligt regeringen återspeglas i den svenska lagstiftningen. Regeringen anförde därvid att det således var mer ändamålsenligt att endast grundelementen skulle komma till uttryck i bestämmelsen medan detaljerna fick överlåtas till rättstillämpningen, ytterst genom förhandsavgöranden från EU-domstolen. Lagstiftningstekniken medförde dock, vilket Lagrådet påpekade, att oklarheterna beträffande in house-undantagen fördes över till svensk lagstiftning. Men detta var enligt regeringen (prop. 2011/12:106 s. 57) en effekt som var ofrånkomlig, då den nationella regleringen endast var avsedd att utgöra en länk till EU-domstolens rättspraxis och inte en omskrivning av densamma.

I propositionen (s. 16 och 17) finns en uppräknig av de avgöranden från EU-domstolen som ansågs vara av särskilt intresse när det gällde utvecklingen efter Teckal-domen. I denna uppräknig nämns bl.a. dom i målet kommissionen mot Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357. Till tidigare gjorda uppräknigarna av avgöranden från EU-domstolen kan också läggas följande domar från samma domstol:

- dom Econord, C-182/11 och C-183/11, EU:C:2012:758,
- dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817,
- dom Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385,
- dom Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, och
- dom Centro Hospitalar de Setúbal och SUCH, C-574/12, EU:C:2014:2004.

De bestämmelser som EU-lagstiftaren nu har fört in i 2014 års upphandlingsdirektiv syftar som framgår av skälen i direktiven till att

Prop. 2015/16:195 klargöra vad som gäller i fråga om upphandlingsreglernas tillämplighet för kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn. Ett sådant klargörande ska enligt skälen vägledas av de principer som har fastställts i EU-domstolens relevanta rättspraxis. (Se skäl 31 i LOU-direktivet, skäl 38 i LUF-direktivet och skäl 45 i LUK-direktivet.)

Som framgår av direktiven bör alltså EU-domstolens praxis i fråga om de undantag som behandlas bl.a. i domarna Teckal och Hamburg vara vägledande vid tolkningen av de nya direktivbestämmelserna om offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn (artikel 12 i LOU-direktivet), om kontrakt mellan upphandlande myndigheter (artikel 28 i LUF-direktivet) och om koncessioner mellan enheter i den offentliga sektorn (artikel 17 i LUK-direktivet). Detta ska enligt regeringen gälla även för bestämmelserna i de nya lagar som genomför dessa direktivbestämmelser. Den praxis vilken regeringen hänvisat till ovan, är alltså till ledning även för tillämpningen av bestämmelserna i de nya lagarna.

När det gäller regelverkets övergripande struktur instämmer regeringen i Genomförandeutredningens förslag till genomförande. Strukturen har dock i viss mån justerats på *Lagrådets* inrådan. Den närmare terminologin i reglerna har Lagrådet också framfört synpunkter på och bl.a. föreslagit att interna kontrakt eller avtal mellan upphandlande myndigheter i detta sammanhang ska benämnas intern upphandling. Regeringen instämmer i att terminologin kan behöva ses över. Den typ av samarbeten som reglerna avser att undanta kräver inga avtal eller kontrakt för att vara tillämpliga. Sådana samarbeten kan komma till stånd genom en rad rättshandlingar och åtgärder som kan ta sig formen av beslut och komma till uttryck i kommunala protokoll, i bolagsordningar etc. Begreppen avtal eller kontrakt ger därför inte alltid en rättvisande bild av hur samarbetena som undantas genom den aktuella regleringen konstitueras. Regeringen instämmer därför i att intern upphandling kan användas som beteckning på sådana interna samarbeten som ska regleras i lagarna.

Undantagsregleringen ska kunna tillämpas av en upphandlande myndighet oavsett om det rör sig om en anskaffning genom offentlig upphandling eller genom upphandling inom försörjningssektorerna. Det innebär att en upphandlande enhet enligt bestämmelserna för försörjningssektorerna också kan tillämpa undantaget, under förutsättning att det rör sig om en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet. Om det inte är en sådan enhet, är undantagen alltså inte tillämpliga. En motsvarande ordning ska gälla för upphandling av koncessioner även om den inte uttrycks på samma sätt. Uttrycket ”en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet i den mening som avses i artikel 7.1 a” i artikel 17 i LUK-direktivet fångar nämligen inte in några andra organ än de som enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet definieras som upphandlande myndigheter. Detta gäller för övrigt även sådana kontrakt som avses i artikel 17.4 i LUK-direktivet. Till skillnad mot utredningens förslag till genomförande bör detta uttryckligen framgå av de bestämmelser som genomför artikel 17.4 i LUK-direktivet. I den fortsatta behandlingen i detta avsnitt görs ingen åtskillnad mellan hur de ovan berörda organen beskrivs lagtekniskt i de olika lagarna utan i stället används begreppet upphandlande myndighet som samlande begrepp.

Regelverket bör också i likhet med vad utredningen föreslår delas upp på ett antal olika paragrafer för att återspegla dels den grundläggande skillnaden mellan undantagen som de behandlas i bl.a. domarna Teckal och Hamburg – Teckal-undantagen och Hamburg-samarbeten, dels de olika partsförhållanden som kan aktualiseras inom ramen för Teckal-undantagen. Enligt regeringens uppfattning leder en sådan uppdelning till ett mindre komplicerat regelverk. Regeringen instämmer således inte i *Advokatfirman Delphis* remissynpunkt att utredningens förslag i denna del komplicerar regelverket. Så länge bestämmelserna innehåller samma grundläggande begrepp som direktivtexten innebär uppdelningen inte heller någon omtolkning av direktivens bestämmelser. Den upprepning som uppdelningen med nödvändighet leder till får enligt regeringens accepteras. Detta då alternativet att slå samman bestämmelserna, särskilt de som gäller Teckal-undantagen, leder till en lagtekniskt komplicerad konstruktion.

Som angetts ovan instämmer regeringen i utredningens förslag till genomförande när det gäller regelverkets övergripande struktur. Detta gäller dock inte förslaget att hänvisa till bestämmelserna om Teckal-undantagen i de paragrafer som definierar vad som avses med kontrakt i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Att lagstiftaren när den utan stöd i uttryckliga direktivbestämmelser valde att formulera 2 kap. 10 a § LOU som ett undantag från kontraktbegreppet och placera bestämmelsen närmast efter paragrafen där det anges vad som avses med kontrakt, innebär inte att det i den nu aktuella situationen är nödvändigt med en sådan konstruktion. En av remissinstanserna, *Arbetsförmedlingen*, efterlyser också en mer sammanhållen reglering än den som utredningen föreslår. Någon motsvarande uppdelning finns för övrigt inte heller i utredningens förslag till lag om upphandling av koncessioner. Detta talar också för att terminologin intern upphandling kan ersätta uttrycket interna kontrakt.

De bestämmelser det nu är fråga om, som är relativt detaljerade och omfattande, skiljer sig från de mer allmänt hållna och kortfattade reglerna som i dag återfinns i 2 kap. 10 a § LOU. Denna skillnad talar enligt regeringens för att artiklarna i direktiven bör genomföras materiellt genom bestämmelser som placeras i de nya lagarnas kapitel om undantag från lagens tillämpningsområde. Detta är också en lösning som förordas av utredningen. Däremot menar utredningen, som framgått, att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna dessutom bör innehålla en konstruktion som motsvarar den i 2 kap. 10 a § LOU. Utredningen har löst detta genom att föreslå en bestämmelse av närmast upplysningskaraktär i kapitlet med bl.a. definitioner vilken hänvisar till bestämmelserna om Teckal-undantagen i kapitlet om undantag från lagens tillämpningsområde. Enligt regeringens är en bestämmelse med en sådan karaktär knappast motiverad när undantagen regleras utförligt på annan plats i lagarna. Regeringen anser därför att de bestämmelser som genomför artiklarna bör placeras samlat i de nya lagarnas kapitel om undantag från lagens tillämpningsområde.

Som framgått anser regeringen således att artikel 12 i LOU-direktivet, artikel 28 i LUF-direktivet och artikel 17 i LUK-direktivet bör genomföras med i huvudsak den lagtekniska struktur som utredningen

Prop. 2015/16:195 föreslår. Det innebär att Teckal-undantagen bör genomföras som bestämmelser om undantag för intern upphandling och att undantag för Hamburg-samarbeten bör genomföras som undantag för upphandling mellan upphandlande myndigheter. Regeringen anser vidare, till skillnad mot *Stena Metall AB*, att det inte finns något skäl att begränsa de upphandlande myndigheternas möjligheter att återropa dessa undantag inom någon särskild sektor. Det kan dock här finnas anledning att erinra om att det fortfarande rör sig om undantagsbestämmelser. Att bestämmelserna nu återfinns i direktiven och förs in i lag ändrar inte på detta förhållande. Bestämmelserna bör därmed alltjämt tolkas restriktivt.

I fråga om LUFs-direktivet kan antecknas att nu aktuellt lagstiftningsärende syftar till att genomföra 2014 års upphandlingsdirektiv. Dessa direktiv innebär inte att LUFs-direktivet, vilket huvudsakligen har genomförts genom lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, har tillförts bestämmelser som motsvarar de i artikel 12 i LOU-direktivet, artikel 28 i LUF-direktivet respektive artikel 17 i LUK-direktivet. Departementspromemorian och utredningens betänkanden innehåller på nu aktuellt område inte heller några förslag till ändringar i nämnda lag. Det saknas alltså underlag för att föreslå ett lagfästande i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av bestämmelser om undantag för intern upphandling och för upphandling mellan upphandlande myndigheter som motsvarar förslagen i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Så länge EU-direktivet på försvars- och säkerhetsområdet inte ändras på denna punkt, anser regeringen vidare att det saknas anledning att ändra lagen (jfr även prop. 2011/12:106 s. 52 och 53).

Intern upphandling – Teckal-undantagen

I fråga om bestämmelserna i direktiven som tar sikte på Teckal-undantagen (artikel 12.1–12.3 i LOU-direktivet, artikel 28.1–28.3 i LUF-direktivet och artikel 17.1–17.3 i LUK-direktivet), dvs. intern upphandling, instämmer regeringen i allt väsentligt i utredningens förslag till genomförande i fråga om två av de förutsättningar som ska vara uppfyllda för att undantagen ska kunna tillämpas, nämligen kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet. Vad gäller den tredje förutsättningen, direkt privat ägarintresse, finns det dock enligt regeringen anledning att föreslå regler som inte helt överensstämmer med utredningens förslag till genomförande.

Såvitt avser den första förutsättningen, kontrollkriteriet, kan framhållas att varken upphandlingsdirektiven eller de svenska upphandlingsbestämmelserna ställer några krav på hur kontrollen faktiskt utövas. Så länge kontrollen motsvarar den som den upphandlande myndigheten utövar över sin egen förvaltning, saknar det således betydelse hur denna kontroll närmare ter sig. Detta innebär exempelvis att upphandlingsregelverket inte hindrar att en enskild representant företräder flera eller till och med samtliga deltagande upphandlande myndigheter i en kontrollerad parts beslutsorgan.

Att upphandlingsregleringen, som konstaterats ovan, inte styr hur kontrollen rent faktiskt kan utövas innebär inte att frågan hur kontrollen

utövas är oreglerad. Sådana bestämmelser finns i stället i de författningar som styr respektive organisationsform. Det kan därvid röra sig om privaträttsliga organisationsformer som används i offentlig verksamhet, t.ex. aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar, ideella föreningar eller försäkringsbolag, eller om kommunalrättsliga organisationsformer för samverkan, t.ex. kommunalförbund eller gemensamma nämnder. Dessutom kan det finnas regler som särskilt tar sikte på statens eller på kommuners, landstings eller kommunalförbunds möjligheter att kontrollera olika organisationsformer. Regeringen hänvisar därvid till den redogörelse av de olika organisationsformer som är relevanta för frågeställningen och de bestämmelser som styr organisationsformerna vilken finns i propositionen Offentlig upphandling från eget företag – och vissa andra frågor (se prop. 2011/12:106 avsnitten 4.4.1 och 4.4.2).

I den nys nämnda propositionen gjordes bedömningen att bestämmelserna beträffande berörda privaträttsliga organisationsformer medgav att kontrollkriteriet kunde uppfyllas avseende ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening eller ett försäkringsbolag. När det gällde stiftelser uttalades i propositionen att möjligheterna enligt svensk rätt för en stiftare att utöva ett bestämmande inflytande framstod som små. Därför bedömdes det att kontrollkriteriet sannolikt inte kunde uppfyllas avseende stiftelser. I fråga om de kommunalrättsliga organisationsformerna bedömdes i propositionen att kommuner och landsting skulle kunna skapa möjligheter att uppfylla kontrollkriteriet beträffande kommunalförbund och gemensamma nämnder (se prop. 2011/12:106 s. 40–47).

Det saknas enligt regeringen skäl att nu göra några andra bedömningar än de närmast ovan redovisade avseende kontrollkriteriet. Det bör dock framhållas att bedömningen av om kontrollkriteriet är uppfyllt är en bedömning som måste göras i varje enskilt fall efter en analys av organisationsformen och möjligheterna till kontroll. Ytterst får frågan avgöras i rättstillämpningen. Som framgått ställer sig regeringen också tveksam till att kontrollkriteriet kan uppfyllas avseende stiftelser. Att organisationsformen stiftelse således inte kan antas medge att kontrollkriteriet uppfylls, är enligt regeringen en konsekvens av regleringen av stiftelser som får accepteras. Regeringen kan således inte instämma i vad *Advokatfirman Lindahl* anför beträffande kontrollkriteriet och stiftelser, nämligen att frågan om huruvida en stiftelse kan uppfylla kontrollkriteriet bör bli föremål för en översyn.

Vad gäller den andra förutsättningen, verksamhetskriteriet, anser regeringen att bedömningen av denna inte påverkas av om samma typ av verksamhet bedrivs av olika juridiska personer eller gemensamma nämnder inom en och samma koncern eller koncernliknande organisation. Det avgörande för bedömningen är i stället den kontrollerade partens verksamhet. Det är dennes verksamhet som måste utföras till mer än 80 procent för den eller de kontrollerande parternas räkning. Att det inom en och samma koncern eller koncernliknande organisation kan finnas ytterligare juridiska personer eller gemensamma nämnder som bedriver samma typ av verksamhet men utan att uppfylla verksamhetskriteriet, påverkar enligt regeringens uppfattning inte bedömningen av huruvida verksamhetskriteriet är uppfyllt. Detta följer redan av ordalagen i artiklarna. I den mån en koncerns eller en

Prop. 2015/16:195 koncernliknande organisations verksamhet i det enskilda fallet skulle visa sig ge effekter som hindrar en effektiv konkurrens, är det något som i första hand får hanteras med stöd av annan lagstiftning än den upphandlingsrättsliga, framför allt de konkurrensrättsliga regelverken och reglerna om statsstöd.

När det gäller verksamhetskriteriets närmare tillämpning, finns det i direktiven anvisningar om detta. Av direktivbestämmelserna framgår visserligen att man ska beakta faktorer av kvantitativ art (se artikel 12.5 i LOU-direktivet, artikel 28.5 i LUF-direktivet och artikel 17.5 i LUK-direktivet). Detta följer inte bara av att det i direktivtexten relateras till procentsatser utan även av att verksamhetskriteriet uttryckligen kopplas till omsättning och kostnader. Att dessa kvantitativa faktorer särskilt nämns i artiklarna utesluter emellertid enligt regeringens uppfattning inte att även andra faktorer kan påverka tillämpningen av verksamhetskriteriet. Detta bör enligt regeringen framgå av de bestämmelser som genomför artiklarna. Det bör vidare framgå av de bestämmelser som innehåller närmare anvisningar om vilka faktorer som bör beaktas när verksamhetskriteriet tillämpas, att dessa är tillämpliga oavsett vilket av lagarnas olika interna upphandlingar det är fråga om.

Verksamhetskriteriet ska som utgångspunkt bedömas på grundval av uppgifter som sträcker sig tre år tillbaka i tiden, om det finns sådana uppgifter och de fortfarande är relevanta. Enligt direktivartiklarna ska beräkningen av den tiden utgå ifrån tilldelningen av kontraktet eller koncessionen och enligt lagrådsremissens förslag från kontraktet eller koncessionen. *Lagrådet* anser, med ett i sig logiskt resonemang, att tiden ska beräknas från initiativet till anskaffningen och därför att treårsperioden ska vara den närmast innan upphandlingen påbörjas. Detta skulle enligt regeringens mening innebära en väsentlig förskjutning av tidpunkten i förhållande till direktivtextens som alltså utgår ifrån när upphandlingen avslutas. Att direktiven har den utgångspunkten torde bero på att det är först när det föreligger något som i sig skulle kunna utgöra ett upphandlingspliktigt kontrakt eller koncession som det står klart att direktiven är tillämpliga. Samtidigt är det så att om förutsättningarna enligt de aktuella undantagsbestämmelserna är uppfyllda, det inte föreligger något upphandlingsrättsligt kontrakt eller koncession över huvud taget. Lagrådets resonemang bygger dock på att åtgärderna vidtas som led i ett upphandlingsförfarande. Detta trots att om den upphandlande myndigheten följer reglerna för undantaget, är det inte fråga om en upphandling. Följs de uppställda förutsättningarna för undantag innebär det i stället att ett samarbete inleds utan att den tilldelning som sker inom ramen för samarbetet behöver genomföras enligt bestämmelserna i direktiven. Regeringen instämmer i så måtto med *Lagrådet* i att den upphandlande myndigheten måste överväga om en tilldelning av ett uppdrag att leverera en vara, tjänst eller byggtreprenad ska ske inom ramen för ett samarbete som är undantaget upphandlingsreglerna eller ett som inte är det. I praktiken kan det emellertid inte alltid vara möjligt att redan när ett samarbete inleds, avgöra om det kommer att ske anskaffningar inom samarbetet. Det är först genom anskaffningen, med andra ord tilldelningen, som det går att bedöma om undantaget är uppfyllt eller inte. De upphandlande myndigheterna agerar således på egen risk om det först vid den

tidpunkten visar sig att de inte följt upphandlingsreglerna trots att förutsättningarna för undantag inte varit uppfyllda. Regeringen finner mot denna bakgrund inte skäl att frångå direktivtexten på det sätt Lagrådet föreslagit. Däremot kan det med anledning av Lagrådets synpunkter finnas anledning att överväga om begreppen kontrakt och koncession är lämpliga i sammanhanget. Om undantagen är tillämpliga föreligger ändå inte några sådana. Tidpunkten kan därför lämpligast uttryckas genom direktivtexternas begrepp tilldelningen. Detta beskriver enligt regeringens mening bättre den situation och tidpunkt som är den relevanta vid beräkningen av verksamhetskriteriet oavsett om det fattas ett tilldelningsbeslut med tillämpning av upphandlingsreglerna eller om det sker en faktisk tilldelning genom en anskaffning inom ramen för undantagen.

I fråga om den tredje förutsättningen, direkt privat ägarintresse, uttalar *Konkurrensverket*, *Stockholms universitet*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* i sina remissyttranden att bestämmelserna enligt utredningens förslag till genomförande vidgar undantagen för intern upphandling på ett sätt som varken har stöd i upphandlingsdirektiven eller EU-domstolens praxis. Regeringen instämmer därvid i att det samband som uttrycks i utredningens förslag mellan ett direkt privat ägarintresse och det inflytande ett sådant intresse medför innebär att undantagen ges en omfattning som inte har stöd i direktiven.

I linje med vad några av remissinstanserna anför, däribland *Konkurrensverket*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, bör direktivbestämmelserna i denna del i stället delas upp i två moment.

Det första momentet kan sägas bestå av en regel som innebär att ett direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personen utesluter en tillämpning av undantagen för intern upphandling.

Det andra momentet innehåller ett undantag från denna regel. Undantaget enligt det momentet innebär att ett direkt privat ägarintresse under vissa förutsättningar inte utesluter en tillämpning av undantagen för intern upphandling. Dessa förutsättningar hänger samman med förekomsten av särskilda offentliga organisationsformer med direkta privata ägarintressen vilka intressen enligt nationell lagstiftning är icke-kontrollerande och icke-blockerande. Av *Konkurrensverkets* och *Advokatfirman Delphis* remissyttranden följer att det inte tycks förekomma några sådana ägarformer i Sverige. Med hänsyn till det remissinstanserna anför beträffande förekomsten av sådana organisationsformer i Sverige, får slutsatsen dras att det saknas behov av ett sådant undantag som avses i regelns andra moment. Det finns därmed inte heller någon anledning att tynga lagtexten med bestämmelser som genomför direktivens bestämmelser i denna del. Den del av direktivbestämmelserna som tar sikte på ovan beskrivna särskilda organisationsformer behöver alltså inte genomföras i svensk rätt genom lagstiftning eller genom några andra åtgärder.

Såvitt gäller det första momentet, finns det inget utrymme för att underlåta att genomföra direktivbestämmelserna genom bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner. Det bör sålunda även i dessa lagar finnas bestämmelser av vilka det framgår att

Prop. 2015/16:195 ett direkt privat ägarintresse utesluter en tillämpning av undantagen för intern upphandling. Den närmare betydelsen av ett direkt privat ägarintresse får tolkas i ljuset av EU-domstolens praxis.

När det gäller EU-domstolens praxis, kan noteras att begreppet privat ägarintresse inte tycks ha använts av domstolen som ett självständigt begrepp utan i stället utgjort ett av momenten vid tillämpningen av kontrollkriteriet (se t.ex. EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 49–51, och dom Centro Hospitalar de Setúbal och SUCH, C-574/12, EU:C:2014:2004, p. 36–43). Begreppet synes dock ha haft en särskild betydelse vid tillämpningen av detta kriterium, då förekomsten av sådant ägarintresse hos den leverantör som tilldelas kontrakt har uteslutit ett uppfyllande av kriteriet. Tillägget direkt i anslutning till privat ägarintresse synes dock inte ha använts av domstolen. Huruvida EU-lagstiftaren har avsett att ändra rättsläget genom att markera att det ska röra sig om ett direkt intresse i enheten som tilldelas kontraktet är oklart.

Uttalandena i skälen i direktiven tyder dock på att någon ändring av rättsläget inte har varit avsedd med tillägget direkt i anslutning till privat ägarintresse (se skäl 31 i LOU-direktivet, skäl 38 i LUF-direktivet och skäl 45 i LUK-direktivet). Begreppen bör snarare ses som en anvisning om att det saknas anledning för tillämparen att göra en komplicerad prövning av kontrollkriteriet eller verksamhetskriteriet, om det finns ett direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personen. Även om det inte med någon exakthet går att uttala sig om vad tillägget direkt innebär, får det antas att ett direkt ägande i den kontrollerade juridiska personen är ett sådant direkt privat ägarintresse som avses med formuleringen. Att ett ägarintresse inte är direkt torde dock inte utesluta att intresset kan ha betydelse i sammanhanget. Det är i så fall ett intresse som framför allt kan komma att påverka bedömningen av kontrollkriteriet. Denna och övriga bedömningar i fråga om direkt privat ägarintresse är emellertid något som får bedömas i rättstillämpningen.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter – Hamburg-samarbeten

Regeringen instämmer i utredningens förslag till genomförande som gäller de bestämmelser som rör s.k. Hamburg-samarbeten (artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet), dvs. kontrakt eller upphandling mellan upphandlande myndigheter. Med hänsyn till att något motsvarande undantag inte har varit lagfäst i någon av tidigare upphandlingslagar, finns det enligt regeringens mening anledning att kort ange bakgrunden till undantaget.

Som framgår av EU-domstolens praxis utgör ett bristande uppfyllande av kontrollkriteriet inom ramen för Teckal-undantagen inte med nödvändighet att upphandlingsdirektiven är tillämpliga. Av EU-domstolens praxis följer att ytterligare undantag kan göras från tillämpningen av direktiven, nämligen om det rör sig om Hamburg-samarbeten (se Hamburg p. 36–49 och Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. p. 31–40). Dessa Hamburg-samarbeten är således en av två typer av samarbeten som kan upprättas av upphandlande myndigheter och som inte omfattas av tillämpningsområdet för de EU-rättsliga reglerna om offentlig

upphandling. I EU-domstolens dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., p. 34 och 35, beskrivs undantaget för Hamburg-samarbeten på följande sätt. Prop. 2015/16:195

34. Det är för det andra fråga om avtal genom vilka ett samarbete mellan myndigheter inrättas, vilket syftar till att säkerställa att ett allmännyttigt uppdrag som är gemensamt för dessa myndigheter fullgörs (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juni 2009 i mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-4747, p. 37).

35. I ett sådant fall är unionsreglerna om offentlig upphandling inte tillämpliga i den mån sådana avtal dessutom ingås enbart mellan offentliga organ utan inblandning av någon privat part, så att ingen privat leverantör ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter, och det samarbete som inrättas uteslutande styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, p. 44 och 47).

Med denna bakgrund till bestämmelserna i artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet, kan konstateras att leden a och b i de båda artiklarna med ett undantag överensstämmer med det som anges i ovan citerade punkter. I led a i nämnda artiklar anges nämligen inte bara att det rör sig om kontrakt som inrättat ett samarbete utan också om kontrakt som genomför ett samarbete. Detta synes vara en skillnad i förhållande till hur undantaget formulerades i den ovan citerade domen. En förutsättning för undantagets tillämpning är således att kontraktet inrättat eller genomför ett samarbete. I fråga om led c i artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet är dock skillnaderna större.

Formuleringarna i punkterna 34 och 35 i den ovan citerade domen ger inte någon direkt vägledning beträffande det som enligt Teckal-undantagen benämns som verksamhetskriteriet. Att verksamheten i betydande utsträckning måste utföras på ett offentligt reglerat område och inte på den öppna marknaden kan dock möjligen antas följa av att samarbetet uteslutande ska styras ”av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse”. I led c i artikel 12.4 i LOU-direktivet, artikel 28.4 i LUF-direktivet och artikel 17.4 i LUK-direktivet klargörs emellertid att undantaget för kontrakt mellan upphandlande myndigheter (Hamburg-samarbeten) kan användas endast om verksamheten på den öppna marknaden understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet. Hur detta verksamhetskriterium ska bedömas följer av bestämmelserna i nämnda led och av de bestämmelser som är gemensamma för verksamhetskriteriet för intern upphandling (Teckal-undantagen). Dessa gemensamma bestämmelser finns i artikel 12.5 i LOU-direktivet, artikel 28.5 i LUF-direktivet och artikel 17.5 i LUK-direktivet.

I detta sammanhang bör också några påpekanden göras beträffande förutsättningen att det ska röra sig om kontrakt mellan upphandlande myndigheter. Denna förutsättning påverkar enligt regeringens

Prop. 2015/16:195 uppfattning inte den grundläggande förutsättningen för upphandlingsregelverkets tillämpning att det enligt samma regelverk ska vara fråga om anskaffning från en från den upphandlande myndigheten fristående person som är en leverantör enligt samma regler. Handlar det inte om en sådan anskaffning utan om en anskaffning från en enhet inom samma juridiska person som den upphandlande myndigheten, omfattas ett sådant kontrakt inte av upphandlingsregleringen. Även om det, när det gäller transaktioner mellan enheter inom samma juridiska person, inte klart framgår av EU-domstolens praxis huruvida upphandlingskyldighet föreligger över huvud taget eller under vilka förutsättningar, så gör regeringen bedömningen att rättspraxis inte ger stöd för att kontrakt i upphandlingsrättslig mening uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person. Detta innebär i sin tur att bl.a. samarbeten mellan statliga myndigheter normalt sett inte kan anses vila på kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Detsamma får antas gälla för relationen mellan en enligt 3 kap. 3 a § kommunallagen (1991:900) tillsatt gemensam nämnd och en värdkommun enligt samma lagrum. En sådan gemensam nämnds relationer till övriga samverkande kommuner är däremot sådana att förhållandena kan konstituera upphandlingsrättsliga kontrakt. Samtidigt får det antas att undantaget för Hamburg-samarbeten normalt sett kan åberopas för samarbeten mellan den gemensamma nämnden och övriga samverkande kommuner. De ovan berörda frågorna får dock enligt regeringen ytterst lösas i rättstillämpningen.

I fråga om statliga myndigheters möjligheter att samarbeta, kan vidare antecknas att dessa dessutom bestäms av vad som är möjligt enligt de föreskrifter som styr respektive myndighet, dvs. regler som inte är upphandlingsrättsliga. Detsamma gäller för kommunala myndigheter (se även prop. 2009/10:134 s. 45 och prop. 2011/12:106 s. 15 och 125). De bestämmelser som en av remissinstanserna, *Advokatfirman Lindahl*, tar upp i sitt remissyttrande är exempel på sådana ovan nämnda föreskrifter. Regeringen ser dock inte någon anledning att nu se över de bestämmelser som Advokatfirman Lindahl särskilt framhåller, nämligen lokalisering-principen i kommunallagen (1991:900) och förbudet mot offentlig säljverksamhet i konkurrenslagen (2008:579).

8.8 Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt

Regeringens förslag: De särskilda undantagen från direktivens tillämpningsområde för vissa tjänstekontrakt, som anges i artikel 10 i LOU-direktivet respektive artikel 21 i LUF-direktivet, ska i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna delas upp i flera paragrafer.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig angående uppdelningen i flera paragrafer. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* och *Konkurrensverket* ifrågasätter placeringen i lagen av undantaget för förvärv av fastigheter under rubriken Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt. Detta eftersom en fastighet inte är en tjänst och ett fastighetsförvärv därmed inte avser ett tjänsteköp. *Advokatfirman*

Skälen för regeringens förslag: Artikel 10 i LOU-direktivet och artikel 21 i LUF-direktivet innehåller de särskilda undantagen för tjänstekontrakt. I likhet med 2004 års direktiv räknas undantagen upp i form av en lista. Själva regleringen av undantagen har dock ökat betydligt i omfång. Det är därför redan av lagtekniska skäl nödvändigt att dela upp de särskilda undantagen i flera skilda paragrafer.

Utgångspunkten för LOU- och LUF-direktiven är att alla tjänster ska upphandlas enligt direktivens fulla regelverk om tjänsterna inte är uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet eller är sådana sociala tjänster eller andra särskilda tjänster som omfattas av enklare regler. Att undantaget för förvärv och hyra m.m. av fastighet i direktiven har placerats under rubriken Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt ger vid handen att EU-lagstiftaren betraktar exempelvis fastighetsförvärv som en tjänst som i och för sig skulle kunna upphandlas. I LOU och LUF används på motsvarande ställe rubriken Särskilda undantag. Regeringen instämmer i synpunkten att det är främmande att beskriva fastighetsförvärv som en tjänst. Rubriceringen bör därför ändras.

8.8.1 Förvärv av fastighet

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska liksom nuvarande lagar inte gälla för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Finansiella tjänster (t.ex. lån) som har samband med sådana kontrakt ska inte längre vara upphandlingspliktiga.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* anser att det bör förtydligas i lagtexten att undantaget endast gäller befintliga byggnader, vilket anges i artikelbestämmelsen. Remissinstanserna i övrigt tillstyrker förslaget eller har inte några invändningar.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 10 a i LOU-direktivet respektive artikel 21 a i LUF-direktivet undantas kontrakt som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom. Undantaget motsvarar i huvudsak regleringen i 2004 års direktiv (artikel 16 a i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 24 a i 2004 års LUF-direktiv). I de äldre direktiven anges att varje form av kontrakt om finansiella tjänster som sluts samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet dock ska omfattas av direktivet. Någon sådan inskränkning av undantaget görs inte i de nya direktiven. Såväl enligt 2004 års direktiv som enligt de nya direktiven är kontrakt som avser upptagande av lån undantagna från upphandlingskyldighet, se avsnitt 8.8.4 nedan.

Prop. 2015/16:195 Som *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* påpekar anges i artikeltexten uttryckligen att undantaget avser befintlig byggnad. Villkoret syftar till att klargöra att undantaget inte avser byggtreprenadkontrakt. Detta noterades i förarbetena till 2007 års lagar (prop. 2006/07:128 del 1 s. 290 f.). Villkoret togs inte in i lagtexten. Regeringen anser inte att det finns skäl att nu genomföra bestämmelsen på ett annat sätt. Vad som konstituerar ett byggtreprenadkontrakt, och hur ett blandat kontrakt som har inslag av både byggtreprenad och hyra av fastighet ska bedömas, är frågor som ytterst måste avgöras i rättstillämpningen (se bl.a. EU-domstolens dom *Impreza Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067). I författningskommentaren till 2 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling behandlas den sistnämnda frågan.

Lagrådet har ifrågasatt om inte tjänstekontrakt som avser förvärv av fast egendom avser något annat än själva överlåtelsen av fastigheten och att förvärv av fastighet i själva verket faller utanför lagens regler redan av det skälet att det inte kan anses utgöra vare sig en tjänst eller en vara i lagens mening. Enligt regeringens mening kan undantaget inte rimligen tolkas på annat sätt än att det innefattar även själva förvärvet av fastigheten, även om beteckningen tjänstekontrakt framstår som något missvisande. Regeringen kan konstatera att undantaget har funnits med som ett undantaget tjänstekontrakt även i föregångarna till direktiven. En förklaring kan vara den kategorisering som gjorts i tidigare direktiv, se avsnitt 6.7.4. Regeringen föreslår därför att undantaget som avser förvärv av fast egendom tas in även i de nya lagarna. De överväganden som gjordes vid genomförandet av 2004 års direktiv när det gäller utformningen av lagbestämmelserna äger därför alltså giltighet (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 288 f.). De nya lagarnas bestämmelser bör därmed utformas enligt mönster av LOU och LUF. I överensstämmelse med de nya direktiven bör dock undantaget inte inskränkas när det gäller upphandling av finansiella tjänster.

8.8.2 Radio- och tv-området

Regeringens förslag: Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för upphandling

1. som ska genomföras av en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster, eller

2. som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som ska tillhandahållas av en leverantör av medietjänster.

Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för kontrakt som avser sändningstid eller tillhandahållande av program och som tilldelas en leverantör av medietjänster.

Begreppet leverantör av medietjänster ska i båda lagarna ha samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett par av remissinstanserna kommenterar förslaget särskilt. *Kriminalvården* önskar att undantaget förtydligas. *Sveriges Television AB (SVT)* anser att undantaget bör ges en explicit

dynamisk innebörd som följer tv-mediets fortsatta utveckling. Samtliga programtjänster, oavsett om de är traditionella tv-program, sökbar text-tv eller interaktiva mobil- eller webbapplikationer, som utgör en integrerad del i ett programerbjudande bör uttryckligen omfattas av programundantaget.

Skälen för regeringens förslag

Nuvarande undantag i LOU

Enligt 1 kap. 6 § första stycket 2 LOU gäller inte lagen för kontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och tv-program samt upphandling av sändningstid.

En tydligare uppdelning av undantaget i två delar

I artikel 10 b i LOU-direktivet undantas från direktivets tillämpningsområde kontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för audiovisuella medietjänster eller radioutsändningar som tilldelas av leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster, eller kontrakt för sändningstid eller tillhandahållande av program som tilldelas leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster.

Genom formuleringen av undantaget i LOU-direktivet tydliggörs att den första delen av undantaget (kontrakt avseende programmaterial) avser kontrakt som leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster förvärvar, medan den andra delen av undantaget (kontrakt avseende sändningstid eller tillhandahållande av program) avser kontrakt som tilldelas sådana leverantörer. Lagbestämmelsen i den nya lagen om offentlig upphandling bör enligt regeringen utformas på samma sätt.

Den första delen av undantaget riktar in sig på situationen att en leverantör av medietjänster, som är en upphandlande myndighet, anskaffar programmaterial från leverantörer av sådant material. Sådana anskaffningar ska undantas från lagens tillämpningsområde. Den som levererar programmaterialet kan vara såväl en annan upphandlande myndighet som ett privaträttsligt företag, det är således inte avgörande för undantagets tillämpning. Den andra delen av undantaget riktar in sig på situationen att en upphandlande myndighet vänder sig till en leverantör av medietjänster och anskaffar sändningstid eller program. Sådana anskaffningar ska också undantas från lagens tillämpningsområde. Huruvida leverantören av medietjänsterna själv är en upphandlande myndighet eller ett privaträttsligt företag är inte avgörande för undantagets tillämpning.

Medietjänster som avses i radio- och tv-lagen

Artikel 10 b i LOU-direktivet hänvisar beträffande begreppen audiovisuella medietjänster och leverantörer av medietjänster till definitionerna i artikel 1.1 a respektive d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/13/EU av den 10 mars 2010 om samordning av vissa bestämmelser som fastställs i medlemsstaternas lagar och andra författningar om tillhandahållande av audiovisuella medietjänster,

Prop. 2015/16:195 förkortat AV-direktivet. Vidare anges att med program avses samma sak som i artikel 1.1 b i AV-direktivet, med tillägget att denna term också ska avse radioprogram och radioprogrammaterial. Med program avses samma sak som programmaterial.

Undantagsbestämmelsen i LOU-direktivet har alltså anpassats till AV-direktivets terminologi. I skäl 23 i LOU-direktivet anges att det bör klargöras att undantaget bör tillämpas på både radio- och tv-tjänster och beställtjänster (icke-linjära medietjänster).

I övrigt är skäl 23 identiskt med skäl 25 i 2004 års LOU-direktiv. I skältexten redovisas syftet med undantaget. Det anges att hänsyn bör kunna tas till kulturella eller sociala överväganden som gör att upphandlingsreglerna inte bör tillämpas. Vidare framgår att avsikten är att undantaget ska avse anskaffning, utveckling m.m. av programmaterial som är färdigt för användning ("off-the-shelf programmes" i engelska språkversionen) samt andra förberedande tjänster, t.ex. sådana tjänster som har samband med manuskript eller artistuppträdanden vilka behövs för att genomföra programmet. Den närmare innebörden av den valda lokutionen programmaterial färdigt för användning får sägas vara oklar. Det avgörande måste dock vara att undantaget ska gälla för alla kontrakt som avser förberedelser beträffande själva det materiella innehållet i olika program. När sådana kontrakt ska ingås görs nämligen sådana överväganden av kulturellt slag som gör att kontrakten inte lämpar sig för upphandling. Avslutningsvis framgår av skälet att avsikten inte är att undantaget ska tillämpas på tillhandahållandet av den tekniska utrustning som behövs för produktion, samproduktion och sändning av program.

AV-direktivet är ett s.k. minimidirektiv. Det innebär att direktivet lägger fast en lägsta nivå som medlemsstaterna ska uppfylla. Därutöver får en medlemsstat föreskriva mer långtgående eller strängare regler på de områden som regleras av direktivet under förutsättning att dessa regler överensstämmer med unionsrätten i övrigt. 2010 års direktiv är en konsoliderad version av de två direktiven 89/552/EEG och 2007/65/EG, vilka har genomförts delvis i svensk rätt genom radio- och tv-lagen (2010:696).

Radio- och tv-lagen omfattar, utöver vad som regleras i AV-direktivet, även s.k. sökbar text-tv och ljudradiosändningar. Att ljudradiosändningar omfattas av undantaget från upphandlingsskyldighet framgår redan av LOU-direktivet. Text-tv-sändningar faller in under yttrandefrihetsgrundlagens, YGL, definition av radioprogram (se 1 kap. 1 § tredje stycket YGL). Hänsynen till mediernas redaktionella frihet och oberoende gör sig här gällande. De kulturella och sociala överväganden som gör att upphandlingsreglerna inte bör tillämpas för radio- och tv-program är relevanta också för text-tv. Text-tv har kommit att bli en naturlig del av ett programutbud som i hög grad utnyttjas av tittarna. Text-tv fungerar både som ett självständigt massmedium och som ett komplement till andra programtjänster. I den sistnämnda funktionen kan text-tv vara ett sätt att förbättra tillgängligheten för hörselskadade eller ett annat sätt att tillhandahålla ytterligare material med anknytning till tv-programmen. Det torde inte vara möjligt att dra någon klar gräns mellan de olika funktionerna (se prop. 2009/10:115 s. 209). Med ledning av YGL kan sökbar text-tv omfattas av undantaget från upphandlingsskyldighet såsom radioprogram. Det betyder att samtliga

medietjänster som omfattas av radio- och tv-lagen omfattas av Prop. 2015/16:195 undantaget.

Regeringen anser att begreppet medietjänster bör användas i den paragraf som genomför undantaget i stället för audiovisuella medietjänster eller radiotjänster. Det bör vidare göras en hänvisning till radio- och tv-lagen när det gäller betydelsen av begreppet leverantör av medietjänster. Begreppet definieras där som den som har det redaktionella ansvaret för valet av innehåll i en ljudradio- eller tv-sändning, beställ-tv eller sökbar text-tv, och avgör hur innehållet struktureras (3 kap. 1 § 6). Genom hänvisningen avgränsas undantaget och vilka medietjänster som avses.

Med program avses i radio- och tv-lagen detsamma som i yttrandefrihetsgrundlagen (se prop. 1995/96:160 s.65 och prop. 2009/10:115 s.150). Det är enligt regeringen inte nödvändigt att definiera begreppen program eller programmaterial i den nya lagen.

Teknikutvecklingen på medieområdet har beaktats i LOU-direktivet genom att terminologin har anpassats till AV-direktivet. Det tas om hand i de nya upphandlingslagarna genom hänvisningar till radio- och tv-lagen. Frågan i vilken utsträckning undantaget är teknikoberoende rör således tillämpningsområdet för AV-direktivet och radio- och tv-lagen, och vilken innebörd som t.ex. begreppen medietjänst och programtjänst har inom den rättsliga ramen. Det är inte lämpligt att frångå ett direktivnära genomförande av undantaget i upphandlingsdirektiven och, som *Sveriges Television AB (SVT)* förordar, ge undantaget i lagarna en alternativ utformning. Däremot bör vissa språkliga justeringar ske med anledning av *Lagrådets* förslag.

Upphandling som avser sändningstid eller tillhandahållande av program

LUF innehåller inte någon undantagsbestämmelse på radio- och tv-området. I artikel 21 i) i LUF-direktivet finns ett nytt undantag för kontrakt för sändningstid eller tillhandahållande av program som tilldelas leverantörer av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster. Undantaget motsvarar det senare ledet av undantaget i artikel 10 b i LOU-direktivet. I artikel 21 i) i LUF-direktivet hänvisas till AV-direktivet beträffande begreppet leverantörer av medietjänster.

Undantaget avser den situationen att en upphandlande enhet, inom ramen för sin försörjningsverksamhet, anskaffar sändningstid eller program från en leverantör av audiovisuella medietjänster eller radiotjänster. En bestämmelse bör införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna som genomför undantaget. På samma sätt som i den nya lagen om offentlig upphandling bör omfattningen avgränsas genom en hänvisning till radio- och tv-lagen när det gäller betydelsen av leverantör av medietjänster.

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för upphandling som avser skiljemanna- och förlikningsuppdrag.

De nya lagarna ska inte heller gälla för upphandling som avser vissa andra juridiska tjänster, t.ex. biträde av advokat i vissa rättsliga förfaranden.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock en delvis annan utformning av lagbestämmelsen om undantag för viss juridisk rådgivning.

Remissinstanserna: *Försäkringskassan, Arbetsmiljöverket* och *Sveriges advokatsamfund* tillstyrker att undantag ska göras i lagarna för vissa advokattjänster. *Konkurrensverket* anser dock av konkurrensskäl att detta undantag inte ska genomföras i de nya upphandlingslagarna. *Gotlands kommun* anser att undantaget innebär ett materiellt krav att en advokat faktiskt ska utföra tjänsten i fråga. Om regeringen inte instämmer i den bedömningen, anser kommunen att undantaget, med hänsyn till konkurrensintresset, bör utvidgas till att gälla flera utövare av juridiska tjänster än advokater. *Foyen Advokatfirma AB* anser att advokattjänster inriktade på rådgivning för att förebygga tvister också bör undantas.

Skälen för regeringens förslag

Juridiska tjänster är i dag en s.k. B-tjänst, dvs. de omfattas endast i begränsad omfattning av direktiven och regleras genom de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF. I de nya direktiven omfattas de juridiska tjänster som anges i bilaga XIV till LOU-direktivet respektive bilaga XVII till LUF-direktivet av det enklare systemet, dvs. bestämmelserna om sociala tjänster och andra särskilda tjänster. I bilagorna erinras om att tjänsterna omfattas av det enklare systemet i den mån de inte är undantagna enligt artikel 10 d i LOU-direktivet respektive artikel 21 d i LUF-direktivet. Till den del juridiska tjänster faller in under dessa undantag, som är nya i förhållande till 2004 års direktiv, är de alltså helt undantagna från direktivens tillämpningsområden.

Undantagen behandlas nedan uppdelade på de olika tjänsterna. Direktivens bestämmelser är i allt väsentligt överensstämmande och om inte annat framgår av sammanhanget utgår övervägandena från regleringen i LOU-direktivet.

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

I 1 kap. 6 § första stycket 3 LOU respektive 1 kap. 19 § första stycket 3 LUF anges att lagen inte gäller för kontrakt som avser skiljemanna- och förlikningsuppdrag. De nya direktiven innehåller motsvarande undantag (artikel 10 c i LOU-direktivet och artikel 21 b i LUF-direktivet). Bestämmelser som avser skiljemanna- och förlikningsuppdrag ska tas in i de nya lagarna.

Genom artikel 10 d i) i LOU-direktivet (motsvaras i LUF-direktivet av artikel 21 c i) undantas från direktivets tillämpningsområde kontrakt som avser en advokats företrädande av en klient vid vissa nationella eller internationella rättsliga förfaranden. De rättsliga förfaranden som avses är nationella och internationella skiljemanna- och förlikningsförfaranden samt rättsliga förfaranden inför nationella domstolar, tribunaler eller myndigheter eller inför internationella domstolar, tribunaler eller institutioner.

Beteckningen advokat har enligt artikelbestämmelsen den mening som avses i artikel 1 i rådets direktiv 77/249/EEG av den 22 mars 1977 om underlättande för advokater att effektivt begagna sig av friheten att tillhandahålla tjänster, i lydelsen efter rådets direktiv 2006/100/EG. I artikel 1.2 i direktiv 77/249/EEG anges för Sveriges del att med beteckningen avses varje person som har rätt att utöva sin yrkesmässiga verksamhet just under beteckningen advokat. Undantaget är alltså begränsat till att gälla tjänster som tillhandahålls av advokater.

Konkurrensverket anser att undantaget inte ska genomföras i upphandlingslagarna. Eftersom Sverige, till skillnad från många EU-stater, inte uppställer krav på advokattitel skulle ett sådant undantag innebära att advokatbyråer ges en konkurrensfördel i förhållande till andra företag som erbjuder juridisk rådgivning i de sammanhang som avses. Sveriges advokatsamfund anser dock att undantaget ska genomföras. Samfundet pekar bl.a. på att många advokatbyråer i Sverige bedriver verksamhet i samarbete med internationella advokatbyråer. Denna typ av advokatbyråer skulle gynnas framför svenska advokatbyråer som inte har sådant internationellt samarbete om undantaget inte genomförs i Sverige, men i andra medlemsstater.

Av skäl 25 i LOU-direktivet (skäl 33 i LUF-direktivet) framgår att ett motiv för undantaget är att tjänsteutövarna väljs ut på ett sätt som inte kan underkastas upphandlingsregler. EU-lagstiftaren har alltså tagit hänsyn till att uppdraget att företräda någon i rätten är särpräglat i den meningen att det är knutet till den person som utses, men har valt att begränsa undantaget till att gälla advokater. Det framgår av bestämmelserna i direktiv 77/249/EEG, som har införlivats i svensk rätt i huvudsak genom bestämmelser i 8 kap. rättegångsbalken, att advokater har en särskild ställning i EU-rätten.

Som Konkurrensverket framhåller råder det inte något advokattvång i Sverige. Utgångspunkten är dock att direktivens undantagsbestämmelser ska genomföras eftersom de direktivstyrda upphandlingsreglernas tillämpningsområde bör vara detsamma inom hela unionen. Regeringen anser vidare att de skäl som särskilt har motiverat undantaget i direktiven också motiverar att tjänsterna undantas i den svenska lagstiftningen. På det direktivstyrda området är det inte möjligt att undanta andra slags juridiska tjänster än sådana som uttryckligen undantas i direktiven, eftersom det skulle innebära ett felaktigt genomförande av direktiven. Det gäller både i fråga om vad tjänsterna får avse som vilken leverantör som kan vara kontraktspart. Frågan som *Gotlands kommun* tar upp, om det bör införas ett undantag på det icke direktivstyrda området för juridiska tjänster som tillhandahålls av andra än advokater, kräver

Prop. 2015/16:195 särskilda överväganden. Det saknas förutsättningar att inom ramen för det här lagstiftningsärendet närmare överväga en sådan ändring. Regeringen lämnar därför inte heller något sådant förslag.

En upphandlande myndighet är givetvis fri att kontraktera eller förordna den de önskar som ombud eller biträde, men för att undantaget ska vara tillämpligt krävs att kontraktet tecknas med en advokat. Regeringen bedömer emellertid inte att direktiven innefattar någon föreskrift om hur tjänsten faktiskt ska utföras. Upphandlingsdirektiven kan inte inskränka den kontraktstecknande advokatens möjlighet att genom t.ex. en substitutionsfullmakt sätta någon annan, som inte nödvändigtvis är advokat (t.ex. en biträdande jurist), i sitt ställe. Frågan om en advokat får delegera uppdrag att t.ex. företräda någon i domstol är en fråga för medlemsstaternas nationella rättsordningar. Den får avgöras med tillämpning av bestämmelserna i rättegångsbalken, eller motsvarande reglering för det rättsliga förfarandet i fråga, samt sedvanlig fullmaktslära.

Med tribunal förstås allmänt en domstol som har inrättats för ett speciellt ändamål. I svensk rätt används inte det begreppet. Det finns vissa domstolsliknande organ som funktionellt motsvarar tribunaler, t.ex. hyres- och arrendenämnder och Statens va-nämnd. Dessa faller dock in under begreppet myndighet. Begreppet tribunal bör därför inte användas i författningstexten utom såvitt avser internationella förfaranden. Att, som i direktiven, ange att undantagen gäller för förfaranden i en medlemsstat eller i ett tredjeland är vidare en onödig precisering eftersom det inte finns några andra stater. Härutöver bör lagtexten utformas i nära överensstämmelse med direktiven.

I artikel 10 d ii i LOU-direktivet (artikel 21 c ii i LUF-direktivet) undantas från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant rättsligt förfarande som avses i artikeln. Regeringen bedömer att de nya lagarna därmed inte heller bör gälla för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför sådana förfaranden. Enligt direktiven är undantaget tillämpligt inte bara inför ett konstaterat förfarande, utan även när det finns en ”påtaglig indikation om och en stor sannolikhet för att det ärende som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för sådana förfaranden”. Enligt promemorians föreslagna lagbestämmelse ska undantaget aktualiseras när det är hög sannolikhet för ett förfarande. Direktivens bestämning innebär dels att det ska finnas faktiska omständigheter som talar för ett förfarande, dels att dessa tillsammans med stor sannolikhet kan grunda bedömningen att det kommer att inledas ett förfarande. Regeringen instämmer i Konkurrensverkets synpunkt att detta bör framgå av lagtexten och att lagbestämmelsen bör ges en mer direktivnära utformning än enligt promemorians förslag men med de förslag till språkliga justeringar som *Lagrådet* föreslår.

Notarius publicus

I artikel 10 d iii i LOU-direktivet (artikel 21 c iii i LUF-direktivet) undantas från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser tjänster inom certifiering och autentisering av dokument som måste tillhandahållas av notarier. I Sverige finns notarius publicus, som är en

offentlig institution vars verksamhet går ut på att tillhandahålla allmänheten bl.a. officiella bevis om vissa faktiska förhållanden, t.ex. bestyrka namnunderskrifter, avskrifter, översättningar och andra uppgifter om innehållet i handlingar. Verksamheten utövas av enskilda uppdragstagare som förordnas av länsstyrelsen, se lagen (1981:1363) om notarius publicus och förordning (1982:327) om notarius publicus.

Undantaget avser situationen att en upphandlande myndighet eller enhet, på grund av lag eller annan föreskrift, måste använda sig av notarius publicus tjänster för certifiering av dokument eller äkthetsbevisning. Detta är vanligt i vissa medlemsstater. Regeringen bedömer att undantaget har begränsad betydelse i Sverige. Många gånger torde också värdet av det enskilda kontraktet vara så lågt, och det samlade anskaffningsbehovet så litet, att tjänsten hade kunnat direktupphandlas. En bestämmelse som genomför direktivens undantag bör emellertid enligt regeringens mening ändå tas in i lagarna.

Juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man

Artikel 10 d iv i LOU-direktivet (artikel 21 c iv i LUF-direktivet), första ledet, undantar från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridiska tjänster som tillhandahålls av förvaltare eller förmyndare. Här undantas kontrakt som tilldelas sådana uppdragstagare på det familjerättsliga området vars tjänster visserligen kan sägas vara juridiskt betingade, men vars uppdrag är att bistå eller företräda en enskild person på grund av hans eller hennes personliga eller ekonomiska förhållanden. Som *Lagrådet* har framhållit begränsar sig artikeln inte enbart till det familjerättsliga området. Även uppdragstagare på det förmögensrättsliga området exempelvis gode män som utses enligt lagen (1904:48) om samäganderätt och andra förordnanden, t.ex. enligt lagen (2005:429) om god man för ensamkommande barn omfattas också av bestämmelsen. En sådan uppdragstagare måste inte enligt artikelns ordalydelse vara utsedd av domstol. Familjerättsliga ställföreträdare utses i Sverige i många fall av överförmyndarnämnden även om de också kan utses av domstol. En bestämmelse om detta ska tas in i lagarna. Utöver förvaltare och förmyndare, som anges i direktivtexten, bör det i svensk rätt reglerade institutet god man anges i lagtexten.

Juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller utför uppdraget under överinseende av domstol

Artikel 10 d iv i LOU-direktivet (artikel 21 c iv i LUF-direktivet), andra ledet, undantar från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridiska tjänster vars leverantörer är utsedda av en domstol eller tribunal i medlemsstaten i fråga eller enligt lag är utsedda att utföra särskilda uppgifter under överinseende av sådana tribunaler eller domstolar. I skäl 25 i LOU-direktivet (skäl 33 i LUF-direktivet) anges följande.

Ett visst antal juridiska tjänster utförs av tjänsteleverantörer som utses av en medlemsstats domstol eller tribunal, innefattar advokaters företrädande av klienter i rätten, måste tillhandahållas av notarier eller är förenade med utövandet av offentlig makt. Sådana juridiska tjänster brukar tillhandahållas av organ eller fysiska personer som utses eller

väljs på ett sätt som inte kan underkastas upphandlingsregler, exempelvis utnämningen av åklagare i vissa medlemsstater. Dessa juridiska tjänster bör följaktligen undantas från detta direktivs tillämpningsområde.

Undantaget tar alltså sikte på domstolens eller tribunalens själva beslut att utse någon och de tjänster som den personen därefter utför åt upphandlande myndigheter eller enheter inom ramen för sitt förordnande. En förutsättning för att upphandlingsskyldighet ska uppkomma i ett enskilt fall är att myndigheten kan anses anskaffa en prestation mot vederlag. Myndigheten ska välja ut den leverantör som utför tjänsten, vilket utesluter ren auktorisation eller tillståndsgivning.

När en svensk domstol förordnar någon att utföra ett juridiskt uppdrag är det många gånger huvudsakligen andra än domstolen som har intresse av att utnämningen sker och som använder sig av personens tjänster. Så kan sägas vara fallet i fråga om konkursförvaltare enligt konkurslagen (1987:672). I vissa fall får den förordnande och/eller andra myndigheter nytta av den utsedda personens tjänster. När en domstol förordnar t.ex. ett offentligt biträde för någon i ett mål hos domstolen kan såväl domstolen som den enskilda parten sägas dra nytta av tjänsten. När det gäller vederlag ersätts den förordnade personen ibland av allmänna medel, vilket kan ske genom domstolens försorg men i vissa fall genom beslut av någon annan myndighet. I andra fall får den förordnade personen ersättning av den enskilde helt eller delvis. Avgörande för vem som betalar i ett specifikt fall kan t.ex. vara vilken ekonomisk förmåga den enskilde har. När det gäller valet av vem som ska förordnas görs detta i vissa fall på förslag av den enskilde eller av någon annan myndighet. I andra fall är inslaget av fritt skön för den förordnande domstolen större. Förhållandena varierar alltså stort, i flera avseenden, beroende dels på hur de regelverk som domstolen tillämpar vid förordnandena är utformade, dels på omständigheterna i de enskilda fallen.

Exemplifieringen visar att det är svårt att avgöra om upphandlingsskyldighet uppkommer när en domstol utser någon att utföra en juridisk tjänst, både på ett generellt plan och från fall till fall. Den yttersta uttolkaren av regelverket är EU-domstolen. Det är också sannolikt att medlemsstaternas nationella bestämmelser uppvisar skillnader t.ex. när det gäller vilken grad av inblandning en domstol har efter att den har utsett någon att utföra ett visst uppdrag. En ändamålsenlig tolkning är därför att undantaget avser att träffa alla förordnanden som en domstol eller tribunal gör, när uppdraget är av juridisk natur, oavsett om upphandlingsskyldighet hade kunnat anses uppkomma i det enskilda fallet eller inte. Det bärande skälet bakom undantaget är att valet av vem som ska tillhandahålla tjänsten styrs av överväganden som gör att tjänsten inte lämpar sig för konkurrensutsättning.

En förutsättning för att undantag från tillämpningsområdet ska bli aktuellt är emellertid att kontraktet avser tjänster som är juridiska. Det innebär att tjänster som inte är av juridisk karaktär utan avser annan service – t.ex. tolktjänster – inte kan anses vara omfattade av undantaget.

Regeringen anser att direktivens bestämmelser om undantag för juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller tribunal bör genomföras i de nya lagarna. Eftersom begreppet tribunal inte används i svensk rätt, och detta undantag bara avser nationella förhållanden, bör endast domstol anges i författningstexten. Det finns vissa svenska domstolsliknande organ som faller in under begreppet tribunal utan att vara domstolar, t.ex. hyres- och arrendenämnder och Statens va-nämnd. Sådana organ kan alltså tillämpa undantaget men enligt regeringens bedömning är det inte nödvändigt att det kommer till särskilt uttryck i lagarna. De får i detta sammanhang jämföras med domstol.

Direktiven gör också undantag från tillämpningsområdet för kontrakt som avser juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som enligt lag har att fullgöra vissa uppgifter under överinseende av domstol. Regeringen bedömer att det undantaget är anpassat främst efter förhållandena i andra medlemsstater och att det får en begränsad betydelse i Sverige. Även denna del av undantaget bör dock tas in i de nya lagarna.

Juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning

Artikel 10 d v i LOU-direktivet (artikel 21 c v i LUF-direktivet) undantar från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser juridiska tjänster som i medlemsstaten i fråga är förenade, om än endast tillfälligt, med utövandet av offentlig makt. Undantaget anknäver till artikel 51 i EUF-fördraget. Den artikeln stadgar undantag från fördragets bestämmelser om etableringsfrihet för verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

En bestämmelse som genomför undantaget ska tas in i de nya lagarna. Bestämmelsen bör lämpligen utformas efter mönster av 1 kap. 2 § första stycket 8 lagen (2009:1079) om tjänster på den inre marknaden. I stället för utövandet av offentlig makt bör därmed begreppet offentlig maktutövning användas.

8.8.4 Vissa finansiella tjänster

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för upphandling som avser vissa finansiella tjänster.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock inte någon bestämmelse i den nya lagen om offentlig upphandling om att lagen inte gäller för kontrakt som avser verksamhet som rör förvaltning av statsskulden.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar frågan, *Riksgäldskontoret*, anser att det är positivt att begreppet finansiella instrument får samma innebörd som i övrig lagstiftning och att lån undantas från tillämpningen. Riksgäldskontoret anser emellertid att all verksamhet som rör förvaltning av statsskulden

Skälen för regeringens förslag

I artikel 10 e i LOU-direktivet undantas från direktivets tillämpningsområde kontrakt som avser finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG av den 21 april 2004 om marknader för finansiella instrument och om ändring av rådets direktiv 85/611/EG och 93/6/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG samt upphävande av rådets direktiv 93/22/EEG. Vidare undantas kontrakt som avser centralbankstjänster och insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen. I artikel 21 d i LUF-direktivet finns en bestämmelse med motsvarande undantag. Eftersom en centralbank inte kan vara en upphandlande enhet görs i detta direktiv inte något undantag för centralbankstjänster. I följande punkt, artikel 10 f i LOU-direktivet (artikel 21 e i LUF-direktivet), görs undantag för kontrakt som avser lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument. De två punkterna i direktiven motsvaras av regleringen i artikel 16 d i 2004 års LOU-direktiv och artikel 24 c i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts i 1 kap. 6 § första stycket 4 och 7 i nuvarande LOU respektive 1 kap. 19 § första stycket 3 i nuvarande LUF. Bestämmelser som motsvarar artiklarna 10 e och 10 f i LOU-direktivet samt artiklarna 21 d och 21 e i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarna.

Begreppet finansiella instrument

När det gäller definitionen av begreppet finansiella instrument i artikel 10 e i LOU-direktivet (artikel 21 d i LUF-direktivet) hänvisas i direktiven till direktiv 2004/39/EG, vilket får ses som ett klagörande. Direktiv 2004/39/EG har i svensk rätt genomförts i huvudsak genom lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden. Finansiella instrument definieras i 1 kap. 4 § första stycket 1 nämnda lag. De nya lagarna bör hänvisa till den definitionen.

Statsskuldsförvaltning

I 2004 års LOU-direktiv anges inte uttryckligen att kontrakt som avser verksamhet som rör förvaltning av statsskulden är undantagen från direktivets tillämpning. Statsskuldsförvaltning angavs dock som en undantagen verksamhet i skälen till det numera upphävda tjänstedirektivet 92/50/EEG, och så även i skäl 27 i 2004 års LOU-direktiv. I 1 kap. 6 § första stycket 7 LOU anges att verksamhet som rör förvaltning av statsskulden är undantagen vilket följer utformningen av motsvarande bestämmelse i 1992 års LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 291).

I LOU-direktivet anges inte heller statsskuldsförvaltning uttryckligen som en undantagen verksamhet. Att sådan verksamhet är undantagen

från direktivets tillämpningsområde får i och för sig anses framgå av undantagen för finansiella tjänster och för lån. *Riksgäldskontoret* anför att finansiella instrument, såsom derivat, inte klassas som finansiell tjänst eller lån. Att kontrakt som avser finansiella tjänster i samband med handel med finansiella instrument är undantagna från direktivets tillämpningsområde får dock förstås på det sättet att finansiella tjänster som är nödvändiga för att den upphandlande myndigheten ska kunna bedriva handel med sådana instrument, t.ex. derivatinstrument, är undantagna. Även om det inte, som i 2004 års direktiv, anges i LOU-direktivets skältexter att verksamhet som avser statsskuldsförvaltning är undantagen är det enligt regeringens mening helt klart att direktivet inte är avsett att ändra rättsläget i det avseendet. För att klargöra att rättsläget är oförändrat anser dock regeringen, i likhet med Riksgäldskontoret, att även den nya lagen om offentlig upphandling bör innehålla ett uttryckligt undantag för kontrakt som avser verksamhet som rör statsskuldsförvaltning. Undantag ska, enligt etablerad praxis från EU-domstolen, tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som ska kunna visa att det finns förutsättningar för undantag.

Lån

I artikel 16 c i 2004 års LOU-direktiv och artikel 24 c i 2004 års LUF-direktiv undantas från direktivens tillämpningsområden kontrakt som avser transaktioner för att förse de upphandlande myndigheterna med pengar eller kapital. Det bedömdes inte nödvändigt att särskilt ange i lagarna att lån inte behöver upphandlas (prop. 2006/07:128 del 1 s. 291). I artikel 10 f i LOU-direktivet (artikel 21 e i LUF-direktivet) görs nu undantag för kontrakt som avser lån. Regeringen bedömer att undantaget, sådant det nu har utformats, är tydligt uttryckt och att det ligger ett värde från tillämpningssynpunkt i att det i likhet med direktiven uttryckligen anges i de nya lagarna att kontrakt som avser lån är undantagna. Det tillägg som föreslås i lagarna görs alltså av tydlighetsskäl och syftar inte till att markera någon ändring av rättsläget.

8.8.5 Anställningskontrakt

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte gälla för kontrakt som avser anställning.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 10 g i LOU-direktivet respektive artikel 21 f i LUF-direktivet undantar från direktivens tillämpningsområde kontrakt som avser anställningar. Undantaget motsvarar nuvarande reglering, se 1 kap. 6 § första stycket 5 i nuvarande LOU och 1 kap. 19 § första stycket 4 i nuvarande LUF, och bör enligt regeringens mening tas in i de nya lagarna.

Regeringens förslag: De nya lagarna ska inte gälla för upphandling av vissa tjänster inom områdena civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara om tjänsterna tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och omfattas av vissa s.k. CPV-koder.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag innebär dock inte en anpassning av terminologin efter begrepp som används i lagen (2003:778) om skydd mot olyckor, förkortad LSO, och lagen (1992:1403) om totalförsvar och höjd beredskap.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans invänder mot förslaget men några framför önskemål om att det ska förtydligas. *Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB)* är positiv till förslaget men vill peka på att det är otydligt vilken omfattning undantaget har, bl.a. mot bakgrund av den definition av räddningstjänst som finns i LSO och eftersom det finns närliggande tjänster som omfattas av andra CPV-koder än de som särskilt har pekats ut i undantaget. Det framgår enligt MSB inte av lagförslaget vad de angivna CPV-koderna omfattar, hur de skiljer sig från varandra och från närliggande CPV-koder. *Stockholms läns landsting, Västra Götalands läns landsting, Jönköpings läns landsting* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att undantaget för ambulanstjänster bör förtydligas.

Skälen för regeringens förslag

Vilka tjänster omfattas av undantaget?

I bilaga XIV till LOU-direktivet respektive bilaga XVII till LUF-direktivet listas tjänster som omfattas av det s.k. enklare systemet, dvs. direktivens bestämmelser om sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Bland dessa återfinns tjänster som omfattas av CPV-koderna 75231210-9 till 75231230-5, 75240000-0 till 75252000-7, 794300000-7, 98113100-9, kategoriserade som fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster (se om CPV-koder avsnitt 10.7). I bilagorna erinras om att de tjänsterna omfattas av det enklare systemet i den mån de inte är undantagna enligt artikel 10 h i LOU-direktivet respektive artikel 21 h i LUF-direktivet.

Artikel 10 h i LOU-direktivet (artikel 21 h i LUF-direktivet) innehåller nya undantag för kontrakt som avser civilförsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara som tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och som omfattas av följande CPV-koder:

- 75250000-3 (brandkårs- och räddningstjänster)
- 75251000-0 (brandkårstjänster)
- 75251100-1 (brandsläckning)
- 75251110-4 (brandskyddstjänster)
- 75251120-7 (bekämpning av skogsbränder)

- 75252000-7 (räddningstjänster)
- 75222000-8 (civilförsvartjänster)
- 98113100-9 (nukleära säkerhetstjänster)
- 85143000-3 (ambulanstjänster) utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Skäl 28 i LOU-direktivet och skäl 36 i LUF-direktivet har följande lydelse.

Detta direktiv bör inte tillämpas på vissa räddningstjänster när de utförs av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar, eftersom det skulle vara svårt att bibehålla dessa organisationers särskilda karaktär om tjänsteleverantörerna måste väljas ut i enlighet med de förfaranden som anges i detta direktiv. Detta undantag bör dock inte sträcka sig utöver vad som är absolut nödvändigt. Det bör därför uttryckligen anges att ambulanstjänster för transport av patienter inte bör undantas. I detta sammanhang är det dessutom nödvändigt att klargöra att CPV-grupp 601 "landtransport" inte omfattar ambulanstjänster, som faller under CPV-undergrupp 8514. Det bör därför klargöras att tjänster som omfattas av CPV-kod 85143000-3 som uteslutande består av ambulanstjänster för transport av patienter bör omfattas av det särskilda systemet som gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster (nedan kallat det enklare systemet). Detta innebär att också blandade kontrakt för tillhandahållande av allmänna ambulanstjänster omfattas av det enklare systemet om värdet av ambulanstjänster för transport av patienter är större än värdet av andra ambulanstjänster.

Undantaget för ambulanstjänster

Artikel 10 h i LOU-direktivet (artikel 21 h i LUF-direktivet) undantar från direktivets tillämpningsområde bl.a. tjänster som omfattas av CPV-kod 85143000-3, ambulanstjänster, utom ambulanstjänster för transport av patienter. Som skäl 28 i båda direktiven får förstås ska tjänsten om transportinslaget i tjänsten är det värdemässigt dominerande betraktas som en ambulanstjänst som ska upphandlas i enlighet med reglerna för det enklare systemet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster, men om det medicinska inslaget är större får kontraktet undantas. Transportinslaget gör, enligt skältexten, inte att tjänsten omfattas av CPV-grupp 601 (landtransport). Tjänster som omfattas av den CPV-gruppen omfattas fullt ut av direktivens regler. Ett nyligen meddelat avgörande från EU-domstolen (dom Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440) rörde sjuktransporttjänster och äldre upphandlingsdirektiv. EU-domstolen utgick här från att transportinslaget utgjorde en A-tjänst, dvs. en tjänst som omfattas av direktivens fulla regelverk. Det kan därför inte anses vara helt klart om transportinslaget i en sjuktransporttjänst, som utförs av ambulanser, ska betraktas som en transporttjänst som omfattas av direktivens fulla regelverk eller en ambulanstjänst som omfattas av det enklare systemet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Regeringen konstaterar emellertid att transportinslag i en sjuktransporttjänst inte omfattas av undantaget i artikel 10 h i LOU-direktivet (artikel 21 h i LUF-direktivet). I skäl 28 i LOU-direktivet (skäl 36 i LUF-direktivet) sägs att undantaget

Prop. 2015/16:195 inte bör sträcka sig utöver vad som är absolut nödvändigt varför ambulanstjänster för transport av patienter inte omfattas.

Avsikten synes vara att undantaget inte ska omfatta sådana kontrakt som avser transporttjänster där det saknas ett medicinskt syfte med transporten, utan där transporten i sig är det huvudsakliga syftet med tjänsten. En tjänst av sådant slag skulle exempelvis kunna avse ambulanstransporter av funktionshindrade patienter till sjukhus för dialysbehandling. Undantaget avser därmed att träffa sådana ambulanstransporter där det finns ett medicinskt syfte med transporten i sig och där t.ex. en medicinsk bedömning och behandling vid behov kan påbörjas redan under transporten. Ett exempel kan vara ambulanstransporter av patienter som på grund av sitt hälsotillstånd akut behöver transport till t.ex. sjukhus för fortsatt vård. Om detta slag av tjänst värdemässigt dominerar kontraktet kan undantaget alltså aktualiseras. Frågan om undantagets omfattning får emellertid ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Kontraktet ska tilldelas icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar

En förutsättning för att upphandling som avser de aktuella tjänsterna ska undantas från upphandlingsskyldighet är att kontraktet tilldelas icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar. Av skäl 28 i LOU-direktivet och skäl 36 i LUF-direktivet framgår att just denna karaktär hos de berörda organisationerna är det viktigaste skälet för att tjänsterna undantas. Det skulle enligt skältexten vara svårt att bibehålla organisationernas särskilda karaktär om tjänsteleverantörerna måste väljas ut i ett upphandlingsförfarande. Det sägs inte något ytterligare, vare sig i artikeln eller i skältexterna, om vilka organisationer eller sammanslutningar som avses och hur termen icke vinstdrivande ska tolkas i detta sammanhang. Se dock ovan nämnda dom i mål C-113/13, särskilt p. 61 och 62.

Hur bör undantagen genomföras och vad innebär de i praktiken?

I 1 kap. 2 § lagen LSO finns en definition av räddningstjänst. I lagen (1992:1403) om totalförsvaret och höjd beredskap används begreppet civilt försvar, vilket inte är synonymt med begreppet civilförsvaret.

Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB) anför bl.a. att det är problematiskt att tolka begreppet räddningstjänst i direktivens undantagsbestämmelser i förhållande till bestämmelserna i LSO. I CPV-förordningen (2195/2002) finns andra CPV-koder som är närliggande till de CPV-koder som anges i direktiven men som inte räknas upp i undantagen. Dessa närliggande CPV-koder omfattar tjänster som i svensk rätt utgör räddningstjänst. MSB anger som exempel CPV-koderna 797114100-3 (eftersökning), 79714110-6 (uppspårning av försvunna) och 60443000-6 (flyg- och sjöräddning). MSB anser därför att det bör förtydligas hur begreppet räddningstjänst i upphandlingsdirektiven ska tolkas. Det framgår inte heller av den lagbestämmelse som föreslås i promemorian vad de angivna CPV-koderna omfattar, hur de skiljer sig åt från varandra och från andra närliggande CPV-koder som inte omfattas av undantaget. T.ex. omfattas bekämpning av skogsbränder (CPV-kod

75251120-7) av undantaget, medan bekämpning av skogsbränder från luften (CPV-kod 60442000-8) inte gör det. Otydligheten kring vilka kontrakt som omfattas av de nio CPV-koderna som räknas upp i de föreslagna lagbestämmelserna gör enligt MSB undantaget mycket svårt att tillämpa.

Det är endast sådana tjänster som motsvaras av de CPV-koder som anges i artiklarna som får undantas från upphandling. Sådana tjänster som motsvaras av närliggande CPV-koder får inte undantas, även om de tjänsterna i och för sig faller in under definitionen av räddningstjänst i LSO. Sådana tjänster är upphandlingspliktiga. Eftersom direktiven utgår från CPV-nomenklaturen för att ange de undantagna tjänsterna bör också motsvarande lagbestämmelser göra det. Regeringen bedömer att det är vare sig möjligt eller lämpligt att utgå från något annat i den nationella lagstiftningen eftersom det riskerar innebära ett felaktigt genomförande av direktiven. Dock bör, som MSB föreslår, begreppet civilt försvar kunna användas i lagbestämmelserna i stället för direktivens begrepp civilförsvar. Lagbestämmelsen om undantaget kan även i övrigt, i tydliggörande syfte, utformas enligt det förslag som MSB lämnar.

Regeringen instämmer i MSB:s synpunkt att undantagen ter sig svårtillämpade. Det kan t.ex. vara svårt för upphandlande myndigheter och enheter att avgöra om ett kontrakt enbart avser sådana tjänster som omfattas av undantagsbestämmelsen eller om det också avser sådana närliggande tjänster som inte är undantagna och därmed upphandlingspliktiga. Det kan även förutses svårigheter att avgöra vad som avses med kravet att kontraktet ska tilldelas icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar. Viss vägledning ges här i domen i ovan nämnda mål C-113/13. Den upphandlande myndigheten eller enheten har dock möjlighet att, i tveksamma fall, konkurrensutsätta kontraktet genom upphandling. Allmänt gäller att undantag ska tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten eller enheten som ska kunna visa att förutsättningarna för undantag är uppfyllda. Det är inte möjligt att inom ramen för detta lagstiftningsarbete ge närmare vägledning om vilka tjänster som omfattas av CPV-koderna. Det får utvecklas i tillämpningen.

Kommissionen har enligt artikel 23.2 i LOU-direktivet respektive artikel 41.2 i LUF-direktivet befogenhet att anpassa de CPV-koder som anges i respektive direktiv när ändringar av CPV-nomenklaturen ska införas i direktivet och de inte medför en ändring av direktivets tillämpningsområde. Det rör sig om rena konsekvensändringar. Om CPV-koderna anges i lagarna medför det en risk för att lagstiftningen tidvis skulle kunna bli inaktuell, om koderna i direktiven ändras till följd av ändringar av CPV-nomenklaturen. Av det skälet bör de aktuella tjänsterna återges med sin benämning men utan några direkt angivna koder. Koderna bör i stället tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling (se vidare avsnitt 10.7).

Regeringens förslag: Den nya lagen om offentlig upphandling ska inte gälla för upphandling som avser politiska kampanjer och som omfattas av vissa CPV-koder på området, när de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans kommenterar förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 10 j i LOU-direktivet undantar kontrakt som avser tjänster som avser politiska kampanjer och som omfattas av CPV-koderna 79341400-0, 92111230-3 och 92111240-6, när de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj (se om CPV-koder avsnitt 10.7).

I skäl 29 erinras om att direktiven endast gäller för medlemsstaternas upphandlande myndigheter. Följaktligen omfattas politiska partier i allmänhet inte av direktivets bestämmelser, eftersom de inte är upphandlande myndigheter. Politiska partier i vissa medlemsstater kan emellertid omfattas av begreppet offentligrättsliga organ.

Svenska politiska partier är privata rättssubjekt och inte offentlig-rättsliga organ. Undantaget får därför ingen praktisk betydelse för svenska förhållanden. Regeringens utgångspunkt är dock att direktivens undantagsbestämmelser bör genomföras eftersom tillämpningsområdet bör vara samma inom hela unionen. Regeringen konstaterar att det inte kan uteslutas att det i något fall kan vara en fördel om undantaget finns i svensk rätt och det bör därför genomföras i lagen.

8.9 Bestämmelser om undantag utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om undantag i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans kommenterar förslaget särskilt.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om undantag i LOU och LUF är tillämpliga även vid upphandlingar enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i lagarna. I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna är de direktivstyrda undantagen i huvudsak oförändrade. Till den del undantag har tillkommit eller utökats bör det få genomslag även för upphandlingar utanför direktivens område. Samtliga föreslagna bestämmelser som gäller undantag i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i de föreslagna lagarna.

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla undantag från tillämpningsområdet som motsvarar de undantag som finns i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Lagen ska även innehålla vissa undantag från tillämpningsområdet som är specifika för den lagen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig i frågan lämnar i huvudsak motsvarande synpunkter som beträffande undantagen i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. *Domstolsverket* ställer sig frågande till hur bestämmelserna om undantag i lagen om upphandling av koncessioner förhåller sig till motsvarande bestämmelser i de andra två lagarna, bl.a. avseende det s.k. hyresundantaget. Om avsikten är att bestämmelserna i lagen om upphandling av koncessioner ska ha samma innebörd bör detta enligt *Domstolsverket* kunna lösas genom en hänvisning till relevant bestämmelse i någon av de andra två lagarna. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* framhåller att den ersättningsform som används vid tjänstekoncessioner sannolikt inte är förenlig med Sveriges advokatsamfunds bestämmelser, varför det troligtvis aldrig blir aktuellt att upphandla advokattjänster med den avtalsformen. Det kan därför vara lämpligt att inte införa något undantag.

Skälen för regeringens förslag

Undantag som har motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Genomförandet av bestämmelserna i artikel 17 i LUK-direktivet om koncessioner mellan enheter i den offentliga sektorn behandlas ovan i avsnitt 8.7.

I den utsträckning LUK-direktivet föreskriver undantag från tillämpningsområdet som motsvarar undantag i LOU-direktivet eller LUF-direktivet, bör enligt regeringen undantag föreskrivas i lagen om upphandling av koncessioner på samma sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. I den utsträckning promemorians föreslagna bestämmelser i de sistnämnda lagarna har redigerats föreslås motsvarande redigeringar i lagen om upphandling av koncessioner.

Undantagen är avsedda att träffa samma situationer som motsvarande undantag i de andra två lagarna, dock med den skillnaden att avtalsformen är en koncession. Skillnaden gör, enligt regeringens bedömning, att LUK-direktivets bestämmelser inte bör genomföras genom hänvisningar i lagen om upphandling av koncessioner till de andra två lagarna, som *Domstolsverket* föreslår, utan genom bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner. I vad mån det

Prop. 2015/16:195 finns utrymme att exempelvis förvärva fastigheter genom avtalsformen koncession och därmed åberopa undantaget i lagen om upphandling av koncessioner får utvecklas i rättstillämpningen. Även frågan som *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* tar upp, om det i praktiken är möjligt att anskaffa advokattjänster genom avtalsformen tjänstekoncession, får enligt regeringens mening ytterst avgöras i tillämpningen. Att så kan vara fallet, av de skäl som fakultetsnämnden anför, bör dock inte få till konsekvens att undantaget för vissa advokattjänster inte genomförs i lagen om upphandling av koncessioner.

Ensamrätt

I artikel 10.1 första stycket i LUK-direktivet anges att direktivet inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner som på grund av en ensamrätt tilldelas en upphandlande myndighet eller upphandlande enheter som avses i artikel 7.1 a. Artikeln motsvarar artikel 11 i LOU-direktivet och artikel 22 i LUF-direktivet, vilka genomförs genom 3 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling respektive 3 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

I LUK-direktivet föreskrivs emellertid i artikel 10.1 andra stycket även att undantag från tillämpningsområdet gäller när tjänstekoncessioner tilldelas en leverantör på grundval av en ensamrätt som har beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som avses i bilaga II. I skäl 33 i direktivet framhålls att när en tjänstekoncession tilldelas ekonomiska aktörer på grundval av en ensamrätt som aktören åtnjuter enligt nationella lagar och andra offentliggjorda författningar och som beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på sådana verksamheter som avses i bilaga II, är det inte möjligt att tillämpa ett konkurrensutsatt förfarande för tilldelningen. Därför, sägs det i skältexten, saknas det skäl att tilldela sådana koncessioner enligt bestämmelserna i direktivet. Dock ska, enligt artikel 10.2, bestämmelserna om meddelande om koncessionstilldelning i artikel 32 tillämpas när en koncession tilldelas en leverantör på grund av en ensamrätt om det inte i unionens sektorslagstiftning som avses i artikel 10.1 andra stycket föreskrivs sektorsspecifika regler för öppenhet och insyn.

För att direktivet inte ska vara tillämpligt när en koncession tilldelas en leverantör på grund av en ensamrätt krävs alltså att ensamrätten har beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde och att ensamrätten eller den särskilda rättigheten har beviljats för verksamheter i någon av de försörjningssektorer som omfattas av direktivet. Som exempel på en rättsakt som möjliggör att en sådan rättighet beviljas kan nämnas Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG genom vilken medlemsstater kan bevilja ensamrätt eller särskild rättighet för driften av eldistributionsnät. Ett annat exempel är Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för

naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG. Tjänstekoncessioner för drift av sådana nätverk kan alltså tilldelas en leverantör utan tillämpning av direktivet om leverantören redan tidigare har beviljats en ensamrätt eller särskild rättighet att bedriva sådan verksamhet som tjänsten avser. Om det inte finns särskilda regler om offentliggörande av tilldelningsbeslut avseende en sådan koncession i den lagstiftning som gäller för sektorn i fråga, ska reglerna om annonsering i LUK-direktivet tillämpas. Vidare ska kommissionen enligt artikel 32 underrättas när en leverantör beviljas en ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter i försörjningssektorerna som omfattas av direktivet. Någon sanktion finns inte kopplad till bestämmelsen att kommissionen ska underrättas. Bestämmelserna bör med vissa språkliga justeringar införas i LUK.

Försvars- och säkerhetsområdet

I artikel 10.5 och 10.6 i LUK-direktivet anges att detta inte ska tillämpas på tilldelning av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet i vissa fall. De undantagna situationerna motsvarar i princip de undantag avseende upphandlingar av varor, tjänster och byggtreprenader inom försvars- och säkerhetsområdet som är undantagna från tillämpningsområdet i LUFSDirektivet. Bestämmelser om undantag finns i artikel 12 och 13 i LUFSDirektivet.

De föreskrivna undantagen i LUK-direktivet avviker därigenom från LOU-direktivet och LUF-direktivet i vilka föreskrivs undantag för upphandlingar eller projektävlingar på försvars- och säkerhetsområdet som omfattas av LUFSDirektivets tillämpningsområde eller som ska undantas med stöd av det direktivet. Avvikelsen beror på att LUFSDirektivet inte är tillämpligt vid tilldelning av koncessioner. Vid upphandling av koncessioner inom försvars- och säkerhetsområdet ska LUK-direktivet gälla utom i de fall som särskilt undantagits i artikel 10.5 och 10.6 eller om upphandlingen av något annat skäl är undantagen från LUK-direktivets tillämpningsområde. I de fall upphandlingen inte bara rör koncessioner utan utgör ett blandat kontrakt gäller dock särskilda regler (se avsnitt 7.2).

I artikel 10.5 i LUK-direktivet föreskrivs på motsvarande sätt som i artikel 12 i LUFSDirektivet att direktivet inte är tillämpligt på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet som regleras av särskilda förfaranderegler. Artikeln i LUFSDirektivet har genomförts genom 1 kap. 8 § LUFSD. Delvis liknande bestämmelser finns i LOU- och LUF-direktiven (se avsnitt 8.5). Vidare anges i artikel 10.6 i LUK-direktivet vissa särskilda undantag vilka även är undantagna i LUFSDirektivet i enlighet med artikel 13 i det direktivet, vilken har genomförts genom 1 kap. 10 § LUFSD. Regeringen anser att bestämmelserna i lagen om upphandling av koncessioner i relevanta delar bör utformas på samma sätt som angivna bestämmelser i LUFSD.

Beträffande artikel 10.6 a i LUK-direktivet bör dock anmärkas att bestämmelsen innehåller två delar. Den första delen motsvarar artikel 13 a i LUFSDirektivet, artikel 15.2 andra stycket sista meningen i LOU-direktivet och artikel 24.2 andra stycket sista meningen i LUF-

Prop. 2015/16:195 direktivet. Den andra delen motsvarar artikel 15.3 i LOU-direktivet och artikel 24.3 i LUF-direktivet.

Första delen avser undantag i situationer där tilldelning enligt LUK-direktivet skulle innebära en skyldighet för medlemsstaten att tillhandahålla information vars avslöjande den anser strida mot statens väsentliga säkerhetsintressen. Regeringen bedömer att bestämmelsen i lagen om upphandling av koncessioner bör genomföras på samma sätt som i 1 kap. 10 § första stycket 1 LUF. Andra delen avser undantag för upphandling eller fullgörande av en koncession som omfattas av sekretess eller måste åtföljas av särskilda säkerhetsåtgärder i vissa fall. Det undantaget bör genomföras i LUK på samma sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna (se avsnitt 8.2).

Lufttransporttjänster

Av artikel 10.3 i LUK-direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på tjänstekoncessioner för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av en sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen. Den förordningen innehåller särskilda regler om utfärdande av tillstånd för EG-lufttrafikföretag, deras rätt att utöva lufttrafik inom gemenskapen och prissättning av trafiken. Rätten att utöva sådan trafik ska erbjudas genom anbudsförfarande enligt det direktivet. Undantaget i LUK-direktivet kan antas ha tillkommit för att klargöra vilka regler som ska tillämpas. Regeringen föreslår att undantaget genomförs i lagen.

Vatten

Av artikel 12 i LUK-direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på koncessioner för tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten tjänster i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten samt för leverans av dricksvatten till sådana nät. Enligt samma artikel är direktivet inte heller tillämpligt på vissa verksamheter som har anknytning till sådant tillhandahållande, sådan drift eller leverans. Det rör sig bl.a. om vattenbyggnadsprojekt samt om bortskaftande och rening av avloppsvatten. I den här delen föreligger en skillnad jämfört med LUF-direktivet som är tillämpligt på kontrakt avseende sådan verksamhet. Skälet till att koncessioner inom vattensektorn är undantagna från direktivets tillämpningsområde är enligt motiven till direktivet (skäl 40) att sådana koncessioner ofta omfattas av specifika och komplicerade arrangemang som kräver särskilda hänsynstaganden. Regeringen föreslår att undantaget genomförs i lagen.

Lotteritjänster

I artikel 10.9 i direktivet anges att direktivet inte är tillämpligt på lotteritjänster som omfattas av CPV-kod 92351100-7. Att tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster ska vara undantagna tillämpningsområdet motiveras av att det ansetts nödvändigt att bevara medlemsstaternas möjlighet att reglera spelsektorn på nationell nivå på

8.11 Upphandlingsdirektivens undantag för kollektivtrafik

Regeringens bedömning: Undantagen i LOU- och LUF-direktiven för tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana bör inte nu genomföras. Detsamma gäller undantaget i LUK-direktivet för koncessioner för kollektivtrafik.

Promemorians förslag: Överensstämmer i sak med regeringens bedömning. Förslaget är dock en del av ett mer omfattande förslag om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning, som inte behandlas i denna lagrådsremiss.

Skälen för regeringens bedömning: Artikel 10 i) i LOU-direktivet och artikel 21 g i LUF-direktivet gör undantag från direktivens tillämpningsområden för tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana. I artikel 10.3 i LUK-direktivet görs undantag från det direktivets tillämpningsområde för koncessioner för kollektivtrafik i den mening som avses i EU:s kollektivtrafikförordning.

Promemorian föreslår att LOU- och LUF-direktivens undantag inte genomförs. Promemorian föreslår i stället, sammanfattningsvis, att det tas in bestämmelser i de föreslagna lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som kompletterar bestämmelserna i EU:s kollektivtrafikförordning med anvisningar om hur tilldelning av tjänstekontrakt enligt den förordningen ska gå till. Utredningen föreslår visserligen att undantaget genomförs i den föreslagna lagen om upphandling av koncessioner. Näringsdepartementet har dock i en promemoria (dnr N2014/5126/TE) sammanfattningsvis föreslagit att det undantaget utgår och att det i stället tas in bestämmelser i lagen som på motsvarande sätt som i de två andra föreslagna upphandlingslagarna kompletterar EU:s kollektivtrafikförordning.

Promemorians förslag och det förslag som lämnas i Näringsdepartementets promemoria är delar i ett mer omfattande förslag om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning. Förslag till sådan reglering har lämnats i ett utkast till lagrådsremiss Upphandling av vissa kollektivtrafiktjänster (dnr N/2016/00487/RS), som innehåller bearbetningar av promemoriornas förslag. Regeringen avser alltså att behandla frågan om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning i ett annat lagstiftningsärende. Avsikten är att de kompletterande reglerna ska träda i kraft vid samma tidpunkt som de lagar som föreslås i denna lagrådsremiss. Regeringen lämnar av dessa skäl för närvarande inte något förslag om att genomföra direktivens undantagsbestämmelser i lagarna.

9.1 Allmänna principer

Regeringens förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdena för de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner. Den får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock inte att bestämmelserna om allmänna principer ska genomföras med bestämmelser i de tre nya lagarna som i princip ordagrant motsvarar varandra. Utredningens förslag innebär att ordalagen i en av bestämmelserna som ska gälla för upphandling av koncessioner skiljer sig från motsvarande bestämmelser som ska gälla för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker förslaget eller har inget att invända mot det. *Kammarkollegiet* anser dock att det är oklart vad det som anges om konkurrensbegränsning i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet, artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet och artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet medför för svenskt vidkommande. Då det som anges i denna fråga i dessa artiklar redan följer av de allmänna principerna, bör enligt *Kammarkollegiet* artiklarna i dessa delar inte genomföras. *Rådet för offentlig upphandling, Sif Competence*, anser vidare att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser som motsvarar den i 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Skälen för regeringens förslag: Av artikel 18.1 i LOU-direktivet, artikel 36.1 i LUF-direktivet och artikel 3.1 i LUK-direktivet framgår bl.a. de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet. *Lagrådet* har konstaterat att det i och för sig kan ifrågasättas om det behövs en uttrycklig bestämmelse om att dessa grundläggande principer, som har sitt ursprung i EUF-fördraget, även gäller för medlemsstaternas upphandling. Enligt regeringens mening har emellertid principerna en så central betydelse för upphandlingsområdet att de bör framgå av lagarna.

Utredningen har gjort bedömningen att det som anges i skäl 1 och artikel 18.1 första stycket i LOU-direktivet och skäl 2 och artikel 36.1 första stycket i LUF-direktivet motsvarar den ordning som redan gäller i dag. I likhet med remissinstanserna instämmer regeringen i den slutsatsen. Upphandlingsdirektivens artiklar i dessa delar bör därför genomföras med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF som förebilder.

Bestämmelser som motsvarar de ovan berörda bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet finns i artikel 3.1 första stycket i LUK-

direktivet. Bestämmelserna bör genomföras på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet.

Sammanfattningsvis bör alltså lagarna innehålla bestämmelser som anger att upphandlande myndigheter och enheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.

När det gäller artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet, finns det inte några uttryckliga motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv. Detta innebär dock inte att det som anges i artiklarna inte skulle gälla redan i dag. Artiklarnas bestämmelser om att en upphandling inte får utformas i syfte att undandra den från regelverkets tillämpning eller att begränsa konkurrensen, följer enligt regeringens uppfattning redan av en tillämpning av ovan nämnda allmänna principer. Även om det som anges i artiklarna redan följer av en tillämpning av de allmänna principerna finns det likväl anledning att särskilt tydliggöra gränserna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme. Eventuella oklarheter avseende det tillåtna i att agera med sådana syften som avses i artiklarna undanröjs med nu aktuella bestämmelser.

I artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet finns en bestämmelse som motsvarar de i stycket ovan behandlade bestämmelserna i LOU- och LUF-direktivet. Bestämmelsens lydelse i LUK-direktivet överensstämmer dock inte ordagrant med dess motsvarigheter i nyss nämnda bestämmelser i LOU- och LUF-direktivet. I fråga om den materiella betydelsen av denna skillnad mellan direktiven instämmer regeringen i utredningens bedömning. Det kan alltså för det första antas att den avvikande lydelsen i LUK-direktivet inte leder till någon skillnad i praktiken. För det andra finns det inte heller något som tyder på att någon skillnad i tillämpningen av direktiven på denna punkt har varit avsedd från EU-lagstiftarens sida. Mot denna bakgrund kan konstateras att det finns ett utrymme för att genomföra artiklarna i de tre direktiven med i princip likalydande bestämmelser. Då det i tillämpningshänseende finns ett betydande värde i att utforma regler med samma innebörd så lika som möjligt, anser regeringen att artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet kan genomföras på samma sätt som motsvarande bestämmelser i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet.

En av remissinstanserna, *Rådet för offentlig upphandling, Silf Competence*, anser att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser som motsvarar den i 1 kap. 4 § 1992 års LOU (lagen [1992:1528] om offentlig upphandling). I den delen gör regeringen dock samma bedömning som vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 156 och 157). Att upphandlande myndigheter och enheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet motsvarar alltså de krav som tidigare ställdes i nämnda paragraf i 1992 års lag på konkurrens, affärsmissighet och frånvaro av ovidkommande hänsyn. Till detta kan numera dessutom läggas de ovan behandlade bestämmelserna som

Prop. 2015/16:195 tydliggör gränserna för upphandlande myndigheters och enheters handlingsutrymme.

Det ovan sagda innebär sammanfattningsvis att en upphandling enligt någon av de tre lagarna inte får utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för lagen ifråga. Den får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

9.2 Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter

Möjligheterna att ta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn har getts en mer framträdande roll i 2014 års upphandlingsdirektiv i jämförelse med de äldre. Avsikten med regleringen är att krav på sådana hänsyn bör integreras i offentliga upphandlingar. Detta uttrycks såväl i flera av skälen till direktiven som i flera bestämmelser.

Allmänt om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn

Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn kan få betydelse under olika moment i en upphandling. De kan för det första få betydelse vid beslut om uteslutning av en leverantör från att delta i en upphandling. Ett annat moment under vilket dessa hänsyn kan aktualiseras är för det andra när det i en upphandling används tekniska specifikationer eller tekniska krav och funktionskrav. För det tredje kan övervägas att förkasta ett anbud vars pris är onormalt lågt på grund av att miljö-, social- eller arbetsrättsliga regler inte har följts. För det fjärde kan det i en upphandling ställas särskilda villkor för hur det kontrakt som upphandlingen gäller ska fullgöras. Sådana villkor kan avse särskilda sociala, miljömässiga eller andra villkor för fullgörandet.

Miljöhänsyn och sociala hänsyn i nuvarande reglering

Det finns redan i nuvarande reglering möjlighet att beakta sociala hänsyn i flera av upphandlingsprocedurens faser. De regler som har betydelse för sociala hänsyn är i princip identiska i både LOU och LUF. Både nuvarande LOU och LUF har i 15 kap. bestämmelser om upphandlingar som inte alls, eller endast delvis, omfattas av respektive direktiv. Dessa avser kontrakt som understiger de s.k. tröskelvärdena eller avser oprioriterade tjänster (B-tjänster). Bestämmelserna i det kapitlet hänvisar dock i stor utsträckning till lagens övriga bestämmelser. Den främsta skillnaden är att bestämmelserna i det kapitlet innebär en något enklare procedur. De nuvarande reglerna om sociala hänsyn gäller därför även för dessa kontrakt.

I nuvarande 1 kap. 9 a § LOU anges att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar det. Bestämmelsen är utformad som ett s.k. målsättningsstadgande. Den innehåller ingen skyldighet för upphandlande myndigheter att ställa miljökrav eller sociala krav och inte heller någon möjlighet att med framgång klandra en upphandling för att sådana krav inte har ställts. Bestämmelsen infördes eftersom det ansågs finnas starka skäl att skapa incitament för upphandlande myndigheter och

enheter som ännu inte prövat möjligheten att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar. Detta mot bakgrund av den ökade betoningen av miljöaspekter och sociala aspekter i unionsrätten och Sveriges inställning i dessa frågor.

Utöver målsättningsstadgandet finns möjlighet att beakta sociala hänsyn bl.a. i de nu gällande bestämmelserna om tekniska specifikationer i 6 kap. LOU, uteslutningskriterier i 10 kap. LOU, tilldelning av kontrakt i 12 kap. 1 och 2 §§ LOU och i bestämmelsen om onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § LOU. Det är dock inom ramen för särskilda kontraktsvillkor som det ansetts möjligt att ställa längst gående krav vad gäller sociala hänsyn.

Av 6 kap. 13 § LOU följer att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor på hur ett kontrakt ska fullgöras under förutsättning att villkoren anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Dessa villkor kallas för särskilda kontraktsvillkor. Som sociala anses även arbetsrättsliga villkor. De särskilda kontraktsvillkoren är inte tekniska specifikationer, kvalificeringskrav, urvalskriterier eller tilldelningskriterier. De är förpliktelser som den leverantör som tilldelas kontraktet måste acceptera.

Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn i de nya direktiven

I de nya direktiven finns flera bestämmelser som rör miljö-, social- och arbetsrättsliga krav vid upphandling. En central bestämmelse i detta avseende är den om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (artikel 18.2 i LOU-direktivet, artikel 36.2 i LUF-direktivet och artikel 30.3 i LUK-direktivet). I artikel 18.2 i LOU-direktivet anges följande.

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.

När det gäller sociala krav är även bestämmelserna om villkor för fullgörande av kontrakt relevanta (artikel 70 i LOU-direktivet och artikel 87 i LUF-direktivet). I direktiven finns dessutom flera hänvisningar till bestämmelserna om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Sådana hänvisningar finns i bestämmelserna om ett anbuds överensstämmelse med skyldigheterna (artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet), om skäl för uteslutning (artikel 57.4 första stycket a i LOU-direktivet och artikel 38.7 a i LUK-direktivet), om onormalt låga anbud (artikel 69.2 d och 69.3 i LOU-direktivet och artikel 84.2 d och 84.3 i LUF-direktivet), och om anlitande av underleverantörer (artikel 71.1 och 71.6 i LOU-direktivet, artikel 88.1 och 88.6 i LUF-direktivet och artikel 42.1 och 42.4 i LUK-direktivet).

Flertalet av de nämnda bestämmelserna är knutna till artikel 18.2 i LOU-direktivet och dess motsvarigheter i de andra direktiven. Enligt artikel 57.4 i LOU-direktivet finns möjlighet att utesluta en leverantör

Prop. 2015/16:195 från att delta i en upphandling, om den har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, får den upphandlande myndigheten eller enheten enligt artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet. En leverantör ska kunna förklara att ett anbud förefaller vara onormalt lågt med hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. En upphandlande myndighet eller enhet ska dock förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Det finns således ett antal artikelbestämmelser som alla innebär att ett anbud eller en leverantör kan avfärdas i en upphandling och som därför delvis överlappar varandra. *Lagrådet* har i anslutning till förslaget till reglering av arbetsrättsliga skyldigheter ansett att det ibland är oklart hur bestämmelserna överlappar varandra och att regleringen är svåröverskådlig. Regeringen har förståelse för att det kan uppfattas så. De överlappningar som finns är dock en följd av direktivregleringen. Den metod som regeringen har valt innebär bara att arbetsrättsliga hänsyn får eller ska tas i den utsträckning som direktiven föreskriver det i de olika momenten av en upphandling.

Syftet med direktivens bestämmelser om miljö, sociala och arbetsrättsliga hänsyn framgår bl.a. av skälen i direktiven (se skälen 2 och 37 i LOU-direktivet, skälen 4 och 52 i LUF-direktivet och skälen 3 och 55 i LUK-direktivet). I skäl 37 första stycket i LOU-direktivet uttrycks det på följande sätt (hänvisningen till en av bilagorna till direktivet i citatet nedan bör rätteligen avse bilaga X).

I syfte att på ett lämpligt sätt integrera miljö-, social- och arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingsförfaranden är det av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och som följer av lagar, författningar, dekret och beslut både på nationell nivå och unionsnivå, samt av kollektivavtal, förutsatt att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten. Likaså bör de skyldigheter som följer av internationella avtal som har ratificerats av alla medlemsstater och som förtecknas i bilaga XI tillämpas under fullgörandet av kontraktet. Detta bör dock inte på något sätt hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas.

Av bestämmelserna ovan och skälen i direktiven framgår alltså tydligt att ett av syftena med 2014 års upphandlingsdirektiv är att ge upphandlande myndigheter och enheter bättre möjligheter att använda upphandling till stöd för gemensamma samhällsliga mål. För att uppnå detta syfte är det av vikt att det för upphandlande myndigheter och enheter tydligt framgår vilka typer av krav som kan ställas i en upphandling. Regeringen anser

att en avgörande faktor är att detta så långt möjligt framgår direkt av bestämmelserna i de tre nya lagarna. Prop. 2015/16:195

Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn i de nya lagarna

Genomförandet av bestämmelserna om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn sker i ett flertal avseenden i de nya lagarna. Nedan följer en översikt av dessa.

Allmänt ska den s.k. bör-regeln om miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn gälla (se avsnitt 9.3).

En leverantör ska få uteslutas från att delta i en upphandling, om den har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (se avsnitt 22.1.3).

En leverantör ska kunna förklara att ett anbud förefaller vara onormalt lågt med hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter (se avsnitt 25.3).

En upphandlande myndighet eller enhet ska dock förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt och det beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter (se avsnitt 25.3).

Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, ska den upphandlande myndigheten eller enheten få besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet (se avsnitt 25.4).

Genomförandet av artikel 18.2 i LOU-direktivet, och motsvarigheten i de övriga direktiven, bör göras bl.a. med hänsyn till den svenska arbetsmarknadsmodellen och lämpligast genom bestämmelser om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt (se avsnitt 26.2).

9.3 Målsättningsbestämmelser om miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn

Regeringens förslag: Bestämmelser om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter ska kompletteras med en målsättningsbestämmelse med innebörden att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorians förslag används inte begreppet arbetsrättsliga.

Remissinstanserna: Remissinstanserna tillstyrker förslaget eller har inget att invända mot det. *Konkurrensverket* anför dock att det finns principiella invändningar mot lagstiftningstekniken med en målsättningsbestämmelse. Bestämmelsen uttrycker endast en politisk vilja och ger enligt verket inte någon praktisk vägledning för upphandlande myndigheter eller enheter.

Förslaget i delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal och i utkastet till lagrådsremissen Miljö-, social- och

Prop. 2015/16:195 **arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling** överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Arbetsgivarverket* har inget att erinra mot att det i målsättningsbestämmelsen för de tre upphandlingslagarna införs en föreskrift om att arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling. Detta ligger i linje med intentionerna enligt artikel 18.2 i LOU-direktivet. *Skatteverket* och *Svenskt Näringsliv* avstyrker förslaget att inkludera arbetsrättsliga hänsyn i målsättningsbestämmelsen. *Upphandlingsmyndigheten* anser att det inte föreligger något egentligt behov av att ange att även arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas eftersom sociala hänsyn innefattar också mycket annat, såsom sysselsättningsmöjligheter, social integration, jämställdhet, tillgänglighet, rättvis handel m.m. Om man särskilt vill framhålla möjligheten att ta just arbetsrättsliga hänsyn kan det dock enligt myndigheten vara ändamålsenligt att lyfta fram detta särskilt i målsättningsparagrafen. *Företagarna* kan i sig acceptera en bör-bestämmelse och har i sak inga invändningar mot en sådan bestämmelse i de tre lagarna. *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser att förslaget medför en uppenbar lagkonflikt i förhållande till lagförslaget i 17 kap. 2 och 4 §§ att sociala och arbetsrättsliga krav ska ställas när så är behövligt samt att det bör klargöras hur bör, om upphandlingens art motiverar det förhåller sig till ska, om det är behövligt. *Advokatfirman Delphi* anser att tillägget leder till onödiga tolkningssvårigheter avseende vad begreppet sociala hänsyn i en svensk kontext egentligen innebär.

Skälen för regeringens förslag: Sedan den 15 juli 2010 finns det i 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF en bestämmelse som anger målsättningen vid upphandling för upphandlande myndigheter och enheter. Den anger att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Bestämmelsen genomför inte någon uttrycklig bestämmelse i 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 267–273).

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal anser att för ett fullgott genomförande av artikel 18.2 i LOU-direktivet, i den del som rör arbetsrättsliga skyldigheter, bör det framgå av målsättningsbestämmelsen att även arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling. Som *Upphandlingsmyndigheten* påpekar innefattas arbetsrättsliga hänsyn i begreppet sociala hänsyn. Regeringens avsikt är att detta ska bestå. Regeringen delar dock inte *Advokatfirman Delphis* uppfattning att förslaget leder till tolkningssvårigheter i fråga om vad som är sociala hänsyn. Genom att det tydliggörs att sociala hänsyn omfattar mer än arbetsrättsliga hänsyn finns det enligt regeringens mening bättre möjligheter för rättsutvecklingen att klargöra vad som i övrigt ryms inom sociala hänsyn. Till målsättningsbestämmelsen ska därför föras även arbetsrättsliga hänsyn.

Konkurrensverket och *Lagrådet* ifrågasätter behovet av den s.k. bör-regeln. Regeringen anser, att en målsättningsbestämmelse erinrar om att upphandlande myndigheter och enheter när de överväger vad som ska upphandlas, vilka krav som ska ställas på leverantören och hur upphandlingsföremålet ska specificeras, bör ta miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn. Bestämmelsen framhåller alltså att

upphandling bör användas för att uppnå miljömässiga och sociala mål om upphandlingens art motiverar detta. Detta ligger också väl i linje med ett av syftena med 2014 års upphandlingsdirektiv, nämligen att myndigheter och enheter i större utsträckning bör använda upphandling till stöd för att uppnå gemensamma samhällliga mål.

Regeringen föreslår i denna proposition konkreta åtgärder i de olika stadierna av en upphandling som kompletterar målsättningsbestämmelsen för att säkerställa att leverantörerna uppfyller miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. De konkreta åtgärderna innebär i vissa fall både möjligheter och skyldigheter för de upphandlande myndigheterna och enheterna att ta miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn. I dessa delar kan det emellertid, som *Konkurrenskommissionen* gör, rättsligt ifrågasättas om det finns ett behov av att därutöver bibehålla den s.k. bör-regeln. *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser dessutom att bör-regeln kommer i konflikt med de föreslagna bestämmelserna om skyldigheten att ta arbetsrättsliga hänsyn. Regeringen instämmer i att behovet av bör-regeln i enskilda fall kommer att minska och i vissa fall kommer att saknas, bl.a. när de särskilda bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor blir tillämpliga. Lagrådet har efterfrågat vad som gäller i förhållande till bestämmelser om att hänsyn får tas. I det sammanhanget ska framhållas att bör-regeln har generell tillämpning, dvs. den gäller inte endast för särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Den är tillämplig i alla faser av en upphandling och vid alla åtgärder som kan vidtas. Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn bör således generellt beaktas vid upphandling, om upphandlingens art motiverar det. När det föreligger skyldigheter att ta sådana hänsyn enligt de bestämmelser som föreslås har dessa förstås företräde framför den icke-förpliktande bör-regeln. Är det inte fråga om en situation då det föreligger en skyldighet att ställa sådana villkor tillämpas i stället bör-regeln. I denna proposition föreslås dessutom ett antal regler som genomför direktiven som ska tillämpas vid vissa specifika moment av en upphandling. Även i fråga om miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn gör de särskilda reglerna bör-regeln i vissa fall överflödig. I vilken utsträckning det gäller för de bestämmelser enligt vilka hänsyn får tas är mera oklart. De föreslagna reglerna täcker dock inte in samtliga situationer då miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn kan tas. Som exempel kan pekas på att redan vid ställningstagandet om vad kontraktsföremålet i en upphandling ska vara, kan sådana hänsyn tas trots att det inte finns bestämmelser som reglerar den situationen. Det kommer därför fortsättningsvis att utöver de föreslagna reglerna finnas behov av en bör-regel. Hur stort det behovet är får tillämpningen utvisa. Bör-regeln utgör dessutom en svensk reglering som omfattar såväl de direktivstyrda som de icke direktivstyrda områdena. En eventuell översyn av regeln bör därför hellre ske i samband med att de nationella bestämmelserna ses över. En sådan översyn har aviserats av regeringen (se prop. 2015/16:1, utg. omr. 2 s. 99). Sammanfattningsvis anser regeringen således att den s.k. bör-regeln tills vidare ska kvarstå och förtydligas på det sätt som föreslås genom att arbetsrättsliga hänsyn uttryckligen förs in.

Även de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner bör enligt regeringens mening innehålla bestämmelser som motsvarar

Prop. 2015/16:195 bestämmelserna i 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF. Det bör i sammanhanget framhållas att kraven som ställs med sikte på miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn givetvis ska vara förenliga med de allmänna principerna som dessa har uttolkats av EU-domstolen och EU-rätten i övrigt. Av domstolens praxis (se redogörelserna av relevant praxis i SOU 2006:28 s. 180–186, prop. 2009/10:180 del 1 s. 267–273, 317 och 376 samt SOU 2014:51 s. 33, 40 och 41) följer att kraven ska vara relevanta samt möjliga att följa upp och kontrollera. Kraven bör dessutom rent faktiskt följas upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten.

9.4 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om principer för upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner ska även tillämpas på det icke direktivstyrda området.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I utredningens förslag finns dock bestämmelser som motsvarar bestämmelserna i det regelkomplex som behandlas i avsnitt 9.2.

Remissinstanserna invänder inte mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna om principer för upphandling i 1 kap. 9 och 9 a §§ LOU och 1 kap. 24 och 24 a §§ LUF ska enligt 15 kap. 2 § i både LOU och LUF tillämpas vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Samma ordning bör gälla enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner. De nya lagarnas bestämmelser om principer för upphandling ska alltså tillämpas även vid upphandling på det icke direktivstyrda området.

10 Allmänna bestämmelser

I de tre upphandlingsdirektiven finns, förutom allmänna principer för upphandling (se avsnitt 9), andra bestämmelser som är allmänna i den meningen att de ska beaktas av upphandlande myndigheter och enheter i varje upphandling. Sådana bestämmelser behandlas i detta avsnitt.

10.1.1 De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser som i huvudsak motsvarar regleringen i LOU och LUF om rätten att få delta i en upphandling.

En upphandlande myndighet respektive enhet ska få ange i upphandlingsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kvalificeringskraven, om det är berättigat av objektiva skäl.

En upphandlande myndighet respektive enhet ska få ställa upp särskilda villkor för hur grupper av leverantörer ska fullgöra kontraktet, om det är berättigat av objektiva skäl.

Regeringens bedömning: Det finns inte något behov av att författningsreglera standardvillkor för hur grupper av leverantörer ska uppfylla krav på teknisk kunskap och yrkeskunskap respektive villkor för kvalificering.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans invänder mot förslaget eller bedömningen.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 19 i LOU-direktivet och artikel 37 i LUF-direktivet om ekonomiska aktörer motsvarar till stor del regleringen i 2004 års LOU- och LUF-direktiv, som har genomförts genom bestämmelserna om rätten att få delta i en upphandling i 1 kap. LOU respektive LUF. I dessa delar bör författningstexten i de nya lagarna i huvudsak utformas i överensstämmelse med lydelsen av motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. I artikel 19.1 andra stycket i LOU-direktivet och korresponderande bestämmelser i de andra direktiven anges att en juridisk person kan åläggas att ange namn och yrkeskvalifikationer på berörd personal. I motsvarande bestämmelser i LOU och LUF används ordet uppmånas. Ordet åläggas har en skarpare innebörd. Det ordet bör användas i de nya lagarnas bestämmelser.

I artikel 19.2 andra stycket i LOU-direktivet om grupper av ekonomiska aktörer finns en ny bestämmelse om att de upphandlande myndigheterna vid behov får klargöra i upphandlingsdokumenten hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap som avses i artikel 58 i LOU-direktivet. Motsvarande bestämmelse i artikel 37.2 andra stycket i LUF-direktivet riktar in sig på de kriterier och krav avseende kvalificering och urvalsbedömning som avses i artiklarna 77–81 i LUF-direktivet.

Det är oklart om det ligger någon avsedd begränsning i att de klargöranden som får göras enligt artikel 19.2 andra stycket i LOU-direktivet får avse teknisk och yrkesmässig kunskap. Sådana krav behandlas inte särskilt i artikel 58.4 i LOU-direktivet, som gäller krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Regleringen får emellertid antas ha

Prop. 2015/16:195 sin grund i att det i vissa fall, t.ex. i fråga om större projekt, kan vara nödvändigt för den upphandlande myndigheten, eller enheten, att klargöra t.ex. att vissa åberopade nyckelpersoner måste komma från en och samma leverantör. Det är inte möjligt att ställa upp andra villkor för grupper av leverantörer än för enskilda deltagare, men bestämmelsen får förstås som att det finns ett utrymme för klargöranden av nämnda slag. Lagtexten bör utformas i överensstämmelse med direktivet.

En förutsättning för att den upphandlande myndigheten ska få vidta denna åtgärd är enligt direktivet att det är motiverat av objektiva skäl och är proportionellt. Kravet på proportionalitet följer redan av de grundläggande principerna för upphandling och behöver inte anges särskilt i den paragraf som genomför denna bestämmelse (se även avsnitt 5.5).

Medlemsstaterna får fastställa standardvillkor för hur grupper av ekonomiska aktörer ska uppfylla de aktuella villkoren. Bestämmelsen har förmodligen sin grund i förhållanden i någon eller några andra medlemsstater. Regeringen bedömer att det inte finns något behov av författningsbestämmelser med standardvillkor i Sverige. Det är en fråga för berörda marknadsaktörer att vid behov ta fram sådana villkor.

I artikel 19.2 tredje stycket i LOU-direktivet och 37.2 tredje stycket i LUF-direktivet finns en likaledes ny bestämmelse om att villkor för grupper av ekonomiska aktörers fullgörande av ett kontrakt som skiljer sig från dem som gäller för enskilda deltagare också ska motiveras av objektiva skäl och vara proportionella. Den upphandlande myndigheten eller enheten får alltså ställa upp andra särskilda kontraktvillkor för grupper av leverantörer än för enskilda deltagare. Kravet på proportionalitet följer redan av de grundläggande principerna för upphandling och behöver inte anges särskilt i den paragraf som genomför denna bestämmelse (se även avsnitt 5.5).

10.1.2 Lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om rätten att få delta i en upphandling som utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans behandlar frågan särskilt.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 26 i LUK-direktivet finns bestämmelser som i huvudsak motsvarar artikel 19 i LOU-direktivet respektive artikel 37 i LUF-direktivet. Regeringen anser, i likhet med utredningen, att de paragrafer som genomför den artikeln bör utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens förslag: Bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid offentlig upphandling ska i huvudsak överensstämma med nuvarande reglering.

Även vid innovationspartnerskap ska det vid offentlig upphandling vara möjligt att begränsa antalet anbudssökande på samma villkor som vid förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog.

Vid upphandling inom försörjningssektorerna ska det även vid innovationspartnerskap och konkurrenspräglad dialog vara möjligt att begränsa antalet anbudssökande.

En bestämmelse om begränsning av antalet anbudssökande ska införas i lagen om upphandling av koncessioner.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår en annan placering av bestämmelserna i lagen.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag

Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regleringen av begränsning av antalet anbudssökande har behållits i princip oförändrad i de nya direktiven och återfinns i artikel 65 i LOU-direktivet och artikel 78.2 i LUF-direktivet. De förändringar som gjorts i de nya direktiven inskränker sig beträffande offentlig upphandling till att innovationspartnerskap har lagts till de upphandlingsformer som tidigare omfattats av reglerna. De förändringar som gjorts vid upphandling inom försörjningssektorerna är en följd av att regelverket tillförts två nya upphandlingsförfaranden nämligen innovationspartnerskap och konkurrenspräglad dialog.

Regleringen bör genomföras med nuvarande bestämmelser som förebild. Däremot anser regeringen att bestämmelserna bör få en annan placering i lagen än den promemorian föreslagit. I såväl den nya lagen om offentlig upphandling som den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande införas i kapitlet om allmänna bestämmelser.

Lagen om upphandling av koncessioner

Av artikel 37.3 i LUK-direktivet framgår att antalet anbudssökande eller anbud får begränsas till en lämplig nivå under förutsättning att detta sker på ett öppet sätt och på grundval av objektiva kriterier. Bestämmelsen liknar regleringen om begränsning av antalet anbudssökande eller anbud som kan göras vid upphandling genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap i LOU och LUF. Vid koncessionsupphandling är det alltid tillåtet med en begränsning av antalet anbudssökande och anbud. Eftersom förfarandet vid upphandling av koncessioner inte är reglerat följer naturligtvis att den upphandlande myndigheten eller enheten är fri att i den utsträckning den finner lämpligt begränsa antalet anbudssökande eller anbud. Bestämmelsen i artikel 37.3 får ses som en sätt att säkerställa att

Prop. 2015/16:195 myndigheten vid ett sådant förfarande iakttar de grundläggande principerna och beaktar behovet av tillräcklig konkurrens. Det är emellertid lämpligt att strukturen i den nya lagen om upphandling av koncessioner så långt det är möjligt följer den som finns i de båda andra upphandlingslagarna. Bestämmelsen bör därför placeras i de allmänna bestämmelserna i kapitel 4.

Något lägsta antal anbudsgivare eller anbud anges inte i artikeln. Vid upphandling av kontrakt i den klassiska sektorn gäller enligt artikel 65.2 i LOU-direktivet att antalet anbudssökande inte får bestämmas till färre än fem vid selektivt förfarande eller färre än tre vid bl.a. förhandlat förfarande under konkurrens. I artikel 78.2 i LUF-direktivet ges inget bestämt lägsta antal anbudssökande men det föreskrivs att antalet ska bestämmas till vad som anses rimligt med tanke på speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det. Vidare framgår att minskningen inte får leda till att konkurrensen inte blir tillräcklig. Regeringen bedömer att detta innebär att antalet inte bör minskas till färre än tre.

LUK-direktivets bestämmelse om begränsning av anbudssökande och anbud är vagare formulerad än motsvarande i LUF-direktivet. Här gäller att begränsningen får göras till en ”lämplig nivå” baserat på objektiva kriterier. Antalet ska dock vara tillräckligt för att garantera verklig konkurrens. Med hänsyn till de speciella förhållanden som gäller för koncessioner, där det ofta är fråga om omfattande och långsiktiga projekt, är det enligt regeringens mening inte lämpligt att vid upphandling av koncessioner föreskriva ett lägsta antal anbud eller anbudsgivare som begränsningen får avse. Vilket antal som är lämpligt får bestämmas i det enskilda fallet och får rimligen göras beroende av vad koncessionen avser och hur marknaden för denna ser ut. Om en begränsning av antalet anbudsgivare gjorts på ett sätt som garanterar verklig konkurrens är enligt EU-domstolens praxis beroende av vad som kännetecknar upphandlingen och vad det är som upphandlas (se dom Hochtief och Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627). Antalet måste vara sådant att den upphandlande myndigheten eller enheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier (se dom Sintesi, C-247/02, EU:C:2004:593, p. 37 och dom Fracasso och Leitschutz, C-27/98, EU:C:1999:420, p. 31).

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om vad som ska gälla om en leverantör som är anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av upphandlingen. Bestämmelserna ska innebära en rätt för de övriga anbudsgivarna och anbudssökandena att få information om upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats till leverantören under förberedelserna. Bestämmelserna ska vidare erinra om i vilka fall leverantören får uteslutas från upphandlingen med anledning av att ha deltagit i förberedelserna av upphandlingen och vad den upphandlande myndigheten eller enheten då ska iaktta.

Regeringens bedömning: Det behövs inte bestämmelser i de nya lagarna om att en upphandlande myndighet eller enhet får genomföra förberedande marknadsundersökningar. Vidare behövs det inte bestämmelser om att den upphandlande myndigheten ska vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen i upphandlingen inte snedvrids när en anbudssökande eller anbudsgivande leverantör har deltagit i förberedelserna. Det behövs inte heller några bestämmelser om tidsfrister för mottagande av anbud i dessa fall eller bestämmelser om att åtgärderna som vidtas ska dokumenteras.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som berör frågan tillstyrker promemorians förslag eller har inget att invända. *Konkurrensverket* och *SKL Kommentus* tillstyrker också promemorians bedömning. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Trafikverket*, *Stockholms läns landsting* och *Swedish Medtech* anser dock att direktivens bestämmelser om förberedande marknadsundersökningar ska genomföras. *Trafikverket* och *Stockholms läns landsting* vill även se ett genomförande av bestämmelserna om att den upphandlande myndigheten ska vidta lämpliga åtgärder för att jämställa konkurrensen när en anbudssökande eller anbudsgivande leverantör, eller anknutna företag, har deltagit i förberedelserna.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Förberedande marknadsundersökningar är tillåtna – men det behövs inte uttryckliga bestämmelser om det i lagarna

Innan en upphandlande myndighet eller enhet inleder ett upphandlingsförfarande både kan och får den undersöka marknaden för att förbereda upphandlingen. En sådan förberedande marknadsundersökning kan i många fall vara ett effektivt sätt för myndigheten eller enheten att tydliggöra sitt behov och vilka möjligheter det finns för marknaden att tillgodose detta. Detta kan resultera i en bättre utformad upphandling. Att marknadsundersökningar är tillåtna följer emellertid inte av någon bestämmelse i 2004 års direktiv. I skäl 8 i 2004 års LOU-

Prop. 2015/16:195 direktiv anges att den upphandlande myndigheten, innan ett upphandlingsförfarande inleds, genom en teknisk dialog får söka eller godta råd som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen.

I LOU- och LUF-direktiven har rådande rättsläge kodifierats genom uttryckliga bestämmelser i artikel 40 i LOU-direktivet och artikel 58 i LUF-direktivet. Första stycket föreskriver att marknadsundersökningar får genomföras. I andra stycket upplyses om hur en marknadsundersökning genomförs. Där sägs att i syfte att förbereda upphandlingar och informera om dem får den upphandlande myndigheten eller enheten till exempel rådfråga eller godta råd från oberoende experter eller myndigheter eller från marknadsaktörer. Dessa råd får användas vid planering och genomförande av upphandlingsförfarandet, under förutsättning att råden inte snedvrider konkurrensen eller bryter mot principerna om icke-diskriminering och öppenhet.

Försvarets materielverk (FMV) anför att rättsläget inte är entydigt och odiskutabelt och att direktivens bestämmelser klargör de ramar som gäller för förberedande marknadsundersökningar. *SKL Kommentus* uttalar å andra sidan att om det förberedande stadiet inför en upphandling tyngs med ytterligare bestämmelser kommer det att leda till färre kontakter mellan upphandlande myndigheter eller enheter och leverantörer. *Konkurrensverket* instämmer i promemorians bedömning att reglerna inte behöver införas i lag.

Som nyss konstaterats innebär de nya direktiven inte någon ändring av rättsläget. Bestämmelserna kan inte heller bedömas innebära något tydliggörande av rättsläget. De är inte i egentlig mening några handlingsregler. De är närmast en upplysning om att det är tillåtet att genomföra marknadsundersökningar, och en påminnelse om att de grundläggande principerna om icke-diskriminering och öppenhet måste beaktas. Regeringen instämmer i den uppfattning som de remissvar som kommenterar bestämmelserna ger uttryck för, dvs. att det är önskvärt att upphandlande myndigheter och enheter genomför förberedande marknadsundersökningar när det är lämpligt. Men det behöver inte tydliggöras i lagen att det är tillåtet. Det kan inte uteslutas att det finns en risk för att lagregler om detta i praktiken skulle få en hämmande effekt. Som Konkurrensverket pekar på kan det informeras om möjligheten att genomföra förberedande marknadsundersökningar på andra sätt, t.ex. genom Upphandlingsmyndigheten. Regeringen gör därför bedömningen att bestämmelser om marknadsundersökningar inte ska tas in i lagarna.

Swedish Medtech har i sitt remissvar berört frågan när en upphandling ska anses påbörjad. Frågan är relevant för att dra gränsen mellan vad som utgör just förberedande marknadsundersökningar och vad som är en del av ett upphandlingsförfarande. Här kan erinras om Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 31, i vilket domstolen uttalar bl.a. att den tidpunkt när en upphandling anses påbörjad bör sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta

beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Enligt regeringens mening tydliggör domstolens uttalanden att det såväl kronologiskt som rent praktiskt finns ett utrymme för upphandlande myndigheter och enheter att genomföra förberedande marknadsundersökningar. Det som krävs är att myndigheten eller enheten strukturerar sitt arbete så att det är tydligt för samtliga involverade i vilket skede man befinner sig.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

De nya direktiven tydliggör vad som gäller om en leverantör som har varit involverad i förberedelserna av upphandlingsförfarandet deltar som anbudssökande eller anbudsgivare i det förfarandet. Det anges att om en anbudssökande eller anbudsgivare eller anknutna företag till en anbudssökande eller en anbudsgivare har bistått den upphandlande myndigheten eller enheten med rådgivning eller på annat sätt har deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, ska den upphandlande myndigheten eller enheten vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvids till följd av att den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren deltar (artikel 41 första stycket i LOU-direktivet respektive artikel 59 första stycket i LUF-direktivet). Några särskilda bestämmelser av denna innebörd behöver dock inte tas in i de nya lagarna, då detta följer av likabehandlingsprincipen.

I de nya direktiven anges vidare, något förenklat uttryckt, att sådana anbudssökande och anbudsgivare som inte har deltagit i förberedelserna av upphandlingen ska erhålla samma information som sådana som deltagit i förberedelserna och att lämpliga tidsfrister för mottagande av anbud ska fastställas (artikel 41 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 59 andra stycket i LUF-direktivet). Kravet att andra anbudssökande och anbudsgivare ska erhålla samma information som sådana som deltagit i förberedelserna är ett utflöde av likabehandlingsprincipen. Kravet är emellertid så pass specifikt att uttryckliga bestämmelser av denna innebörd bör tas in i de nya lagarna. Det andra kravet, att lämpliga tidsfrister för mottagande av anbud ska fastställas, får ses som en erinran om att den upphandlande myndigheten eller enheten, när tidsfristen bestäms, ska beakta att dessa leverantörer behöver tid att bearbeta informationen. Detta följer dock redan av det generella kravet att den upphandlande myndigheten eller enheten, när tidsfristen bestäms, ska ta hänsyn till hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbuden (12 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, 11 kap. 1 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Några bestämmelser om lämpliga tidsfrister i detta specifika fall behöver därför inte tas in i de nya lagarna.

I de nya direktiven erinras, i motsats till 2004 års direktiv, också om i vilken utsträckning en anbudssökande eller anbudsgivare som har varit involverad i förberedelserna av ett upphandlingsförfarande kan delta i samma förfarande (artikel 41 andra och tredje styckena LOU-direktivet respektive artikel 59 andra och tredje styckena LUF-direktivet). Det anges att en sådan anbudssökande eller anbudsgivare endast ska uteslutas från förfarandet på grund av deltagandet i förberedelserna om det inte

Prop. 2015/16:195 finns något annat sätt att garantera att principen om likabehandling följs. Det anges vidare att innan en anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet på grund av att de varit involverade i förberedelserna av det, ska de få möjlighet att bevisa att deras deltagande inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen. Bestämmelserna innebär, allmänt uttryckt, att den upphandlande myndigheten eller enheten ska beakta såväl kravet att vidtagna åtgärder ska vara proportionerliga som principen om likabehandling. De är så pass detaljerade och specifika att de uttryckligen bör framgå av de nya lagarna. Bestämmelser av denna innebörd bör således tas in i dessa lagar. Som *Lagrådet* påpekat är den aktuella uteslutningsgrunden emellertid reglerad i artikel 57 som en fakultativ uteslutningsgrund som ger den upphandlande myndigheten möjlighet men inte skyldighet att utesluta leverantören. Det bör därför även här uttryckas att myndigheten har en fakultativ möjlighet att utesluta leverantören på grund av dennes deltagande i förberedelserna.

Av direktiven framgår också att de åtgärder som vidtas i detta sammanhang ska dokumenteras så att kontroll i efterhand är möjlig. Detta framgår dock beträffande den nya lagen om offentlig upphandling klart av bestämmelserna om individuella rapporter och får även anses omfattas av den skyldighet att bevara information som följer av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

10.3 Grundläggande bestämmelser om vissa centrala moment i en upphandling

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla grundläggande bestämmelser som reglerar vilka bestämmelser som en upphandlande myndighet respektive enhet ska tillämpa vid kvalificering av leverantör och tilldelning av kontrakt.

Regeringens bedömning: Det finns inte någon anledning att utnyttja den möjlighet som direktiven ger att begränsa den ordning enligt vilken, i öppna förfaranden, den upphandlande myndigheten eller enheten får utvärdera anbudet innan den kontrollerar leverantören.

Det är inte nödvändigt att genomföra bestämmelsen i artikel 76.3 i LUF-direktivet om att en upphandlande enhet inte får särbehandla leverantörer, eller kräva redan tillgängliga prover och bevis, när den väljer ut deltagare till ett upphandlingsförfarande.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser berör frågan. *Trafikverket* har vissa synpunkter angående hur bestämmelserna bör placeras i lagarna.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

I artikel 56 i LOU-direktivet och artikel 76 i LUF-direktivet finns bestämmelser som, i likhet med bestämmelserna i artikel 44.1 i 2004 års LOU-direktiv och artiklarna 51 och 52.1 i 2004 års LUF-direktiv

beskriver några av de centrala momenten under en upphandling. Bestämmelserna i artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv är dock mer omfattande än motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv. På samma sätt finns vissa liknande bestämmelser i artikel 37 i LUK-direktivet.

Artiklarna i LOU- och LUF-direktiven är rubricerade Allmänna principer. Det handlar dock inte om de principer för upphandling som behandlas i artikel 18 i LOU-direktivet och artikel 36 i LUF-direktivet (se avsnitten 9.1 och 9.2). Det handlar i stället om grundläggande bestämmelser om de formella kraven för urval av deltagare, utvärdering av anbud samt tilldelning av kontrakt.

Genom artiklarna har de allmänna övergripande bestämmelserna samlats i en och samma artikel i respektive direktiv. Motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv är inte samlade på samma sätt. Ett genomförande av artiklarna i 2014 års upphandlingsdirektiv handlar därför i praktiken om att överföra den ordning som redan gäller i dag.

De bestämmelser som riktar sig till kommissionen (artikel 56.4 i LOU-direktivet och artikel 76.8 i LUF-direktivet) föreslås inte genomföras i lagarna (se avsnitt 5.8).

I LUK-direktivet har artikel 37 rubricerats Förfarandegarantier och de flesta av bestämmelserna rör grundläggande bestämmelser för upphandlingen. Flertalet av bestämmelserna i artikel 37 i LUK-direktivet har placerats i ett eget kapitel om förfarandet vid upphandling och behandlas under avsnitt 12.3 (upphandlingsförfarandet). En bestämmelse om kontroll av anbudet innan kontrakt tilldelas har emellertid placerats under allmänna bestämmelser.

Grundläggande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling

I artikel 56.1 första stycket a och b i LOU-direktivet finns bestämmelser om tillvägagångssättet när en upphandlande myndighet utifrån inlämnade anbud ska avgöra vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet. Sammanfattningsvis innebär bestämmelserna att myndigheten innan den tilldelar kontraktet ska kontrollera att anbudet uppfyller de krav m.m. som uppställts i upphandlingsdokumenten, att leverantören inte ska uteslutas i enlighet med artikel 57 och att leverantören uppfyller de kvalificeringskrav som myndigheten har ställt upp i enlighet med artikel 58 och, i förekommande fall, artikel 65. I artikel 56.2 första stycket finns vidare en bestämmelse som innebär att den upphandlande myndigheten, i ett öppet förfarande, får besluta att utvärdera anbuden innan den kontrollerar den leverantör som enligt den gjorda utvärderingen har lämnat det bästa anbudet. *Trafikverket* har föreslagit att de paragrafer som genomför de nu nämnda artiklarna ska placeras i kapitlet Val av leverantörer (motsvarande kapitlet Kvalificering i propositionens förslag) i den nya lagen om offentlig upphandling. Regeringen anser emellertid att bestämmelserna bör placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser, eftersom de har en grundläggande karaktär och rör flera moment i den s.k. utvärderingsfasen. Det finns vidare enligt regeringens mening inte någon anledning att med stöd av artikel 56.2 andra stycket i LOU-direktivet begränsa tillämpningen av den ordning som följer av första stycket.

Prop. 2015/16:195 Artikel 56.3 i LOU-direktivet rör fallet att information eller dokumentation som ska lämnas av leverantörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig, eller att särskilda dokument saknas. Bestämmelserna behandlas i avsnitt 10.4.1.

Grundläggande bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Artikel 76.1 och 76.5 i LUF-direktivet innehåller grundläggande bestämmelser om de villkor en leverantör ska uppfylla och som den upphandlande enheten ska pröva innan den tilldelar ett kontrakt. Bestämmelserna innebär sammanfattningsvis att en upphandlande enhet ska tillämpa sådana regler och kriterier för uteslutning av anbudssökande eller anbudsgivare som den har fastställt. Därefter ska enheten välja ut anbudssökande eller anbudsgivare på grundval av de objektiva regler och kriterier för detta ändamål som den har fastställt. De innebär vidare att enheten ska kontrollera att anbuden från anbudsgivarna som valts ut på detta sätt stämmer överens med de regler och krav som gäller för anbud och tillämpa bestämmelserna om tilldelning av kontrakt. Artikel 76.7 innehåller bestämmelser som motsvarar artikel 56.2 första stycket i LUF-direktivet om att ett anbud i öppna förfaranden kan prövas innan leverantören som har lämnat anbudet kontrolleras. LUF-direktivets bestämmelser bör, enligt samma resonemang som förts beträffande LOU-direktivets bestämmelser, placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns, i överensstämmelse med regeringens bedömning avseende artikel 56.2 andra stycket i LOU-direktivet, inte någon anledning att med stöd av artikel 76.7 andra stycket begränsa tillämpningen av den ordning som följer av första stycket.

Artikel 76.2 rör situationen att en anbudsinfördran görs med hjälp av ett meddelande om kvalificeringssystem. Artikel 76.2 motsvaras av artikel 51.2 i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts i 11 kap. 3, 4 och 6–10 §§ LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 533). Enligt regeringens mening saknas skäl att genomföra artikel 76.2 i LUF-direktivet på något annat sätt. Det innebär att artikeln får anses genomförd genom de bestämmelser som genomför artiklarna 77 och 78 i LUF-direktivet om kvalificeringssystem och kvalitativa urvalskriterier.

Artikel 76.3 rör situationen att en upphandlande enhet väljer ut deltagare till ett selektivt eller förhandlat förfarande, en konkurrenspräglad dialog eller ett innovationspartnerskap. Den upphandlande enheten får då inte ställa upp administrativa, tekniska eller ekonomiska villkor för vissa ekonomiska aktörer som inte gäller för andra. Den får heller inte kräva prover eller bevis som redan finns i tillgängligt objektiva material. Artikel 76.3 motsvaras av artikel 52.1 i 2004 års LUF-direktiv. Artikel 76.3 i 2004 års direktiv genomfördes inte särskilt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 530). Artikel 76.3 i 2014 års direktiv kan hanteras på samma sätt.

Bestämmelserna i artikel 76.4 överensstämmer med artikel 56.3 i LOU-direktivet och behandlas i avsnitt 10.4.1.

I artikel 37.1 första stycket a–c i LUK-direktivet finns en bestämmelse som påminner om artikel 56.1 första stycket i LOU-direktivet. I bestämmelsen anges att tilldelning ska ske med hänsyn tagen till de kriterier som ställts upp under förutsättning att vissa andra villkor är uppfyllda. Villkoren innefattar att anbudsgivaren inte ska vara utesluten från deltagande i tilldelningsförfarandet enligt bestämmelserna om uteslutning och att anbudet står i överensstämmelse med villkoren för deltagande i fråga om leverantörens yrkesmässiga och tekniska kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning. Vidare ska anbudet överensstämma med de minimikrav som i tillämpliga fall uppställts.

En bestämmelse om att uppställda krav på anbudsgivare och anbud måste vara uppfyllda innan en koncessionshavare väljs ut, som motsvarar bestämmelsen i artikel 56.1 i LOU-direktivet, bör därför införas i lagen. Den bör utformas på liknande sätt som i den nya lagen om offentlig upphandling och bör placeras i kapitlet Allmänna bestämmelser.

Något om bestämmelserna om begränsad kontroll i LOU och LUF

Lagrådsremissens lagförslag innehåller inte några bestämmelser som direkt motsvarar de nationella bestämmelserna i 11 kap. 17 § LOU och 11 kap. 13 § LUF om begränsad kontroll. Flera av de bestämmelser som föreslås syftar emellertid till att underlätta för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer och kommer att ge samma resultat som nämnda paragrafer i nuvarande lagar. Angående motiven till dessa paragrafer, se prop. 2009/10:180 del 1 s. 279–283, 341 och 384.

10.4 Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

10.4.1 De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören.

Myndigheten eller enheten ska också få tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En rättelse, ett förtydligande eller en komplettering ska endast få göras om principerna om likabehandling och öppenhet iakttas.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens bestämmelse är dock mer direktivnära utformad och placerad i det kapitel i lagarna som reglerar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser uttalar sig särskilt i frågan. *Foyen advokatfirma* motsätter sig inte förslaget, som beskrivs som en redaktionell ändring. Det är enligt advokatfirman fråga om den svåraste och mest tvistedrivande bestämmelsen i LOU. Advokatfirman anser inte att lagstiftaren bör förtydliga bestämmelsen utan att det måste vara en fråga för rättstillämpningen. *Göteborgs stad Upphandlings AB*

Prop. 2015/16:195 tillstyrker utredningens förslag och vill särskilt betona att några striktare regler än vad som följer av direktiven inte bör införas. Göteborgs stad Upphandlings AB menar att bestämmelsen innebär en stor förändring i förhållande till den restriktiva domstolspraxis som råder i dag.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 56.3 i LOU-direktivet och artikel 76.4 i LUF-direktivet regleras situationen att information eller dokumentation som ska lämnas av de ekonomiska aktörerna är eller verkar vara ofullständig eller felaktig eller att särskilda dokument saknas. I en sådan situation får den upphandlande myndigheten eller enheten, såvida inte annat föreskrivs i nationell rätt som genomför direktiven, begära att de berörda ekonomiska aktörerna lämnar, kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation inom en lämplig tidsfrist, förutsatt att en sådan begäran görs i full överensstämmelse med principerna om likabehandling och öppenhet.

Regleringen i artikel 56.3 i LOU-direktivet avviker något från regleringen i 2004 års LOU-direktiv. I artikel 51 i detta direktiv föreskrivs endast att den upphandlande myndigheten får anmoda de ekonomiska aktörerna att komplettera eller förtydliga vissa typer av inlämnade certifikat och handlingar. 2004 års LUF-direktiv saknar en motsvarande bestämmelse.

I 9 kap. 8 § LOU respektive LUF finns bestämmelser om rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Bestämmelserna har sitt ursprung i 1 kap. 21 § i 1992 års LOU (jfr prop. 1992/93:88 s. 70 f., prop. 1997/98:170 s. 17 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 376 f.). Enligt bestämmelsernas första stycke får en upphandlande myndighet eller enhet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv. Enligt andra stycket i bestämmelserna får den upphandlande myndigheten eller enheten begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten eller enheten får enligt andra stycket också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i lagarnas 10 och 11 kap. (t.ex. registerutdrag och bevis om leverantörens ekonomiska eller tekniska kapacitet).

Utredningen har föreslagit ett direktivnära genomförande av artikel 56.3 i LOU-direktivet och artikel 76.4 i LUF-direktivet. I lagrådsremissen har bestämmelserna utformats i huvudsaklig enlighet med utredningens förslag. *Lagrådet* har anmärkt att bestämmelsernas innebörd är oklar. Enligt *Lagrådet* behöver paragrafernas innebörd klargöras, om de alls ska behållas. *Lagrådet* har pekat på den möjlighet som direktiven ger att föreskriva annat i nationell rätt. Regeringen har förståelse för *Lagrådets* synpunkt. LOU- och LUF-direktivens bestämmelser är svårbegripliga. De båda remissinstanserna som yttrar sig särskilt över utredningens förslag gör också olika tolkningar av bestämmelsernas innebörd.

Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut. Det torde därför stå klart att avsikten med direktivbestämmelserna inte är att tillåta materiella ändringar av lämnade anbud. De åtgärder som kan vidtas enligt

artikel 56.3 i LOU-direktivet och artikel 76.4 i LUF-direktivet kan enligt regeringens mening sammanfattas med begreppen rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Gemensamt för dessa åtgärder är att de inte innebär att anbudet ändras i sak. I direktiven talas även om färdigställande av relevant information eller dokumentation. Enligt regeringens bedömning har detta begrepp ingen självständig betydelse utan omfattas av begreppet komplettering.

Enligt regeringens mening uttrycker direktivbestämmelserna att handlingar som har getts in av leverantörer får rättas, kompletteras eller förtydligas, om det är förenligt med principerna om öppenhet och likabehandling. Bestämmelserna torde därmed i huvudsak motsvara de nuvarande bestämmelserna i LOU och LUF. En avgörande skillnad är dock att rättelse av fel får göras enligt direktivbestämmelserna även om felet inte är uppenbart för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Den begränsade möjligheten till rättelse enligt de nuvarande bestämmelserna har kritiserats såväl av leverantörer som av upphandlande myndigheter och enheter. Enligt Upphandlingsutredningen (SOU 2011:73 s. 44) minskar stödet för regelverket bland aktörerna, om konkurrenskraftiga anbud utesluts på grund av mindre formella fel. Lagstiftningen bör enligt regeringens mening inte sätta snävare gränser än vad som följer av principerna om öppenhet och likabehandling. Regeringen anser därför att möjligheterna till rättelse av fel, förtydligande och komplettering enligt de nya lagarna bör motsvara vad som gäller enligt direktivbestämmelserna.

Det nuvarande uttryckssättet i LOU och LUF bör användas för att ange vad som avses med en rättelse. Bestämmelserna bör således innefatta uttrycken felskrivning, felräkning eller något annat fel i handlingen. I LOU och LUF anges att en upphandlande myndighet eller enhet får tillåta en rättelse medan den får begära ett förtydligande eller en komplettering. Enligt regeringens mening bör det dock inte spela någon roll vem som tar initiativ till åtgärden. De nya bestämmelserna bör därför ange att den upphandlande myndigheten eller enheten får tillåta eller begära en sådan åtgärd som avses.

De nya bestämmelserna bör sammanfattningsvis innebära att en upphandlande myndighet eller enhet ska få tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten eller enheten ska också få tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd som avses i bestämmelserna ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Förutsättningarna för förtydligande och komplettering av handlingar enligt de nya bestämmelserna motsvarar vad som gäller enligt LOU och LUF. I likhet med vad som gäller enligt nuvarande bestämmelser ska sådana åtgärder vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet som dessa principer uttolkas i EU-domstolens praxis.

Lagrådet har anmärkt att bestämmelsernas plats i regelsystemet behöver klargöras. De aktuella artiklarna i direktiven har rubriken Allmänna principer. Bestämmelserna tar inte sikte på något särskilt upphandlingsförfarande. Enligt regeringens mening bör bestämmelserna därför placeras i det kapitel i lagarna som innehåller allmänna bestämmelser (4 kap.). Som Lagrådet har påpekat finns det i lagarnas

Prop. 2015/16:195 6 kap. särskilda bestämmelser som medger att anbud får ändras i vissa fall vid förfaranden som bygger på förhandlingar eller dialog. Sådana bestämmelser utgör lex specialis i förhållande till de allmänna bestämmelserna om rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Som exempel kan nämnas bestämmelsen i 6 kap. 26 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap. 19 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt bestämmelserna får anbudsgivaren vid konkurrenspräglad dialog, på den upphandlande myndighetens eller enhetens uppmaning, klarlägga, precisera eller optimera sitt slutgiltiga anbud. En optimering av anbudet innebär – till skillnad från en rättelse, ett förtydligande eller en komplettering – att anbudet ändras materiellt.

10.4.2 Lagen om upphandling av koncessioner

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om rättelse av fel, förtydligande och komplettering bör inte införas i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: LUK-direktivet innehåller inte någon allmän bestämmelse om rättelse, förtydligande och komplettering av handlingar som getts in av leverantörer. Någon bestämmelse om detta föreslås därför inte i den nya lagen om upphandling av koncessioner, vare sig på eller utanför det direktivstyrda området. Frågan om en åtgärd av aktuellt slag är tillåten får därför bedömas enligt principerna om likabehandling och öppenhet.

10.5 Uppdelning av kontrakt i delar

Regeringens förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska, enligt bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, överväga att dela upp större kontrakt i separata delar och ska vara skyldiga att motivera de fall ett kontrakt inte delas upp. Myndigheten eller enheten ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar. Myndigheten eller enheten ska få begränsa antalet delar som får tilldelas en och samma leverantör. Myndigheten eller enheten ska också ha möjlighet att förbehålla sig rätten att tilldela kombinerade delar av kontrakt.

Regeringens bedömning: Uppdelning av kontrakt i delar bör inte göras obligatoriskt.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen bedömer dock att bestämmelserna om möjlighet att tilldela kombinerade delar av kontrakt inte bör genomföras.

Remissinstanserna: De remissinstanser som behandlar frågan instämmer, med något undantag, i utredningens bedömning att uppdelning av kontrakt inte ska göras obligatoriskt, bl.a. *Domstolsverket*,

Konkurrensverket, Kammarkollegiet, Kommerskollegium, Trafikverket, Svenskt Näringsliv och Sveriges Kommuner och Landsting (SKL). Ett antal remissinstanser, bl.a. Trafikverket, Konkurrensverket, Arbetsförmedlingen och SKL, anser till skillnad från utredningen att direktivens bestämmelser om möjlighet att tilldela kombinerade delar av kontrakt ska genomföras. Några remissinstanser, bl.a. Trafikverket, Stockholms läns landsting, SKL, Svenskt Vatten och Svensk Energi avstyrker utredningens förslag att inte bara upphandlande myndigheter utan också upphandlande enheter ska vara skyldiga att motivera varför ett kontrakt inte delas upp. *Företagarna* tillstyrker dock det förslaget.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

En skyldighet att överväga uppdelning av vissa kontrakt – men ingen skyldighet att dela upp kontrakt

I 2004 års upphandlingsdirektiv och i LOU och LUF finns inga bestämmelser som rör skyldigheter för upphandlande myndigheter eller enheter att dela upp större kontrakt i delar eller att överväga detta. Regelverket om beräkning av ett kontrakts värde kan dock sägas förutsätta att kontrakt ska kunna delas upp i mindre delar. Ett än tydligare uttryck för att uppdelning är möjlig finns i punkt 7 under rubriken Meddelande om upphandling i bilaga VII A till 2004 års LOU-direktiv (jfr även motsvarigheterna i delarna A–C bilaga XII till 2004 års LUF-direktiv). Enligt punkten ska följande information finnas i ett meddelande om upphandling. ”Om kontrakten är uppdelade i delar skall det anges om de ekonomiska aktörerna kan lämna anbud på en eller flera och/eller alla delar.”

Ett av syftena med den omarbetning som har lett fram till 2014 års LOU- och LUF-direktiv har varit att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. De nya bestämmelserna i artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet om uppdelning av kontrakt i delar är ett uttryck för denna målsättning.

Lagrådet har föreslagit att uttryckssättet ”tilldelning av kontrakt i separata delar” ersätts med ”separata avtal i en upphandling”. Lagrådet har föreslagit liknande uttryckssätt genomgående i bestämmelserna om uppdelning av kontrakt. Regeringen har emellertid valt att behålla begreppen tilldelning och kontrakt. Närmare överväganden om detta finns i avsnitt 6.1.2.

I artikel 46.1 i LOU-direktivet respektive artikel 65.1 i LUF-direktivet slås fast den existerande möjligheten för upphandlande myndigheter respektive enheter att dela upp kontrakt i delar. Myndigheten eller enheten får vidare även bestämma storleken på och föremålet för delarna. Efter de ovanstående inledande bestämmelserna skiljer sig regleringen i första punkten i LOU-direktivet från den i LUF-direktivet. Enligt artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet ska en upphandlande myndighet ange huvudskälen till varför ett kontrakt inte har delats upp i delar. Det åligger sålunda myndigheten att förklara varför den har valt att inte dela upp ett kontrakt (apply or explain). I LUF-direktivet saknas en motsvarande bestämmelse som ålägger en upphandlande enhet att förklara varför den har valt att inte dela upp ett kontrakt. Regeringen instämmer i utredningens bedömning att denna skillnad är en följd av att

Prop. 2015/16:195 LUF-direktivet i allmänhet medger ett något större handlingsutrymme för upphandlande enheter än LOU-direktivet medger för upphandlande myndigheter.

Regeringen anser, i likhet med utredningen, att artikel 46 i LOU-direktivet och artikel 65 i LUF-direktivet ska genomföras med föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna med samma utformning. Det innebär att även upphandlande enheter i förekommande fall ska vara skyldiga att motivera varför ett kontrakt inte har delats upp. Direktiven kräver att en upphandlande myndighet eller enhet seriöst överväger konsekvenserna av en uppdelning. Detta får anses gälla för kontrakt enligt båda direktiven. Syftet med regleringen i LOU-direktivet och LUF-direktivet är alltså detsamma. Regeringen instämmer i utredningens uppfattning att det till och med är eftersträvansvärt med en likadan utformning av de båda lagarna, då det torde underlätta tillämpningen. Att införa en motiveringsskyldighet även i försörjningssektorerna kan inte bedömas innebära någon mer betydande ökad administrativ börda för de upphandlande enheterna. Med denna utgångspunkt för genomförandet får uttalandena i de något fylligare skälen i LOU-direktivet, skälen 78 och 79 i LOU-direktivet även relevans för hur artikel 65 i LUF-direktivet bör tolkas.

Att dela upp kontrakt i delar, och på så sätt anpassa storleken efter små och medelstora företag, är ett sätt att underlätta tillträde till upphandlingar för sådana företag. De nya direktiven kan sägas lägga fast en miniminivå när det gäller vad upphandlande myndigheter och enheter ska göra eftersom regelverket ska kunna tillämpas i alla medlemsstater. Det finns medlemsstater som redan har föreskrifter med olika långt gående skyldigheter för myndigheter och enheter angående uppdelning av kontrakt. Därmed finns också enligt artikel 46.4 i LOU-direktivet och artikel 65.4 i LUF-direktivet en möjlighet för medlemsstaterna att gå längre och göra det obligatoriskt att tilldela kontrakt i separata delar. Den möjligheten bör inte utnyttjas i svensk rätt. Tilldelning av kontrakt i delar bör inte vara obligatoriskt.

Bestämmelserna i de nya direktiven och de föreslagna lagarna innebär alltså inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter eller enheter att faktiskt dela upp kontrakt. Bestämmelserna syftar enbart till att uppmuntra upphandlande myndigheter och enheter att göra det. Direktiven går i detta avseende inte längre än att det i LOU-direktivet föreskrivs en skyldighet för upphandlande myndigheter att åtminstone överväga saken och motivera ett ställningstagande att inte dela upp. Lagrådet har ansett att regleringen är ett exempel på *lex imperfecta* men har ansett att lagregleringen kan godtas då den följer av direktiven. Direktivens bestämmelser på området bör enligt regeringens mening läsas i ljuset av att den upphandlande myndigheten eller enheten har ett betydande handlingsutrymme när den närmare bestämmer föremålet för upphandlingen och därmed också när det gäller utformningen av den. I skäl 78 i LOU-direktivet anges att skyldigheten för en upphandlande myndighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar gäller samtidigt som det står myndigheten fritt att självständigt fatta sitt beslut på de grunder den anser vara relevanta. Det sägs även att detta

kan ske utan att myndigheten underkastas administrativ eller rättslig kontroll (se närmare nedan).

När det gäller omfattningen av motiveringsskyldigheten är det enligt ordalydelsen av artikel 46.1 andra stycket i LOU-direktivet huvudskälen till valet att inte dela upp ett kontrakt som ska anges. Några remissinstanser, bl.a. *Domstolsverket*, anser att denna lokution bör användas i lagtexten. Lokutionen förekommer inte, med något undantag, i svensk lagstiftning. Regeringen anser, i likhet med utredningen, att begreppet skälen bör användas i lagtexten. Det får anses följa av sammanhanget att någon mer ingående beskrivning av skälen inte behöver lämnas. Regeringen delar således inte Domstolsverkets uppfattning att den valda lokutionen innebär att det läggs en större börda på upphandlande myndigheter och enheter.

Vilka kontrakt kan delas upp och hur beräknas upphandlingens värde?

Som konstaterats ovan har den upphandlande myndigheten eller enheten ett betydande handlingsutrymme när den bestämmer vad den ska anskaffa. Bestämmelserna om uppdelning av kontrakt varken utökar eller minskar det utrymmet. Myndigheten eller enheten har därför stor frihet att utforma sitt anskaffningsbehov, t.ex. uppdelat på flera upphandlingstillfällen eller ett enda. Ett exempel kan vara att en upphandlande myndighet har ett behov av olika typer av möbler. Produktkategorin möbler delas upp i flera kvalitativa delområden men varje del annonseras var för sig och resultatet blir ett kontrakt inom respektive produktkategoridel men flera kontrakt inom den övergripande produktkategorin möbler. En sådan paketering kan myndigheten göra i dag och även fortsättningsvis, oavsett bestämmelserna om uppdelning av kontrakt. Givetvis kan intresset av att få in anbud från små och medelstora företag påverka hur myndigheten väljer att tillgodose sitt behov.

Bestämmelserna om uppdelning av kontrakt kan beskrivas som ett särskilt system som aktualiseras när det i en upphandling – efter sedvanlig paketering – finns kontrakt som lämpligen skulle kunna delas upp i särskilt syfte att öka små och medelstora företags möjlighet att lämna in anbud i upphandlingen.

Med ledning av skältexterna (skäl 78 och 79 i LOU-direktivet och skäl 87 och 88 i LUF-direktivet) kan sägas att det ska röra sig om att det, antingen som en hel upphandling eller som en del av en upphandling, görs en större anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad. Den aktuella anskaffningen kan i och för sig göras genom tilldelning av ett enda kontrakt, men det finns en möjlighet att dela upp kontraktet på antingen kvantitativ eller kvalitativ grund. Exempelvis kan en planerad anskaffning av ett visst antal enheter av en vara delas upp på kvantitativ grund, dvs. i delar som är mindre sett till antalet enheter. Ett exempel på kvalitativ uppdelning kan vara att en planerad byggentreprenad, som skulle kunna upphandlas genom tilldelning av ett enda kontrakt som en totalentreprenad, i stället delas upp i en del som avser arkitektarbeten, en del som avser byggkonstruktionen och en del som avser inredning. Det går inte att säga något mer exakt om när det kan sägas inträda en skyldighet att överväga uppdelning av ett kontrakt. Ytterst måste det vara

Prop. 2015/16:195 den upphandlande myndigheten eller enheten som tar ställning till detta utifrån omständigheterna, såsom vad det är som anskaffas, storleken på det aktuella kontraktet och hur den aktuella marknaden ser ut.

Avsikten med direktivens bestämmelser synes vara att de separata delar som blir resultatet av en uppdelning var för sig ska betraktas och behandlas som självständiga kontrakt inom ramen för en och samma upphandling. I fråga om beräkning av upphandlingens värde blir bestämmelserna om s.k. delkontrakt tillämpliga. Här följer av huvudregeln i 5 kap. 8 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 7 § första stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna att värdet av delkontrakten ska läggas ihop. I vissa fall kan undantagsbestämmelserna i andra stycket i nämnda paragrafer aktualiseras för något eller några av delkontrakten (jfr skäl 78 andra stycket, första meningen i LOU-direktivet och skäl 87 första stycket, sista meningen i LUF-direktivet).

När bör en uppdelning göras?

Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som självständigt avgör om ett kontrakt lämpligen bör delas upp. Den givna utgångspunkten för övervägandena är att myndigheten eller enheten ska sträva efter att underlätta för små och medelstora företag att delta i den förestående upphandlingen. Övervägandena torde i övrigt kunna grundas på myndighetens eller enhetens eget behov och en analys av hur den aktuella marknaden ser ut. I skäl 78 i LOU-direktivet lämnas exempel på omständigheter som kan leda till beslutet att inte dela upp ett kontrakt. Myndigheten eller enheten kan enligt skältexten komma fram till att en uppdelning riskerar att begränsa konkurrensen, eller att kontraktets genomförande blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt, eller att behovet av att samordna de olika leverantörerna av delarna allvarligt kan riskera att underminera ett korrekt genomförande av kontraktet.

Svenskt Näringsliv framhåller att en uppdelning av ett kontrakt förutsätter att den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt axlar ansvaret som projektledare eller samordnare, och därmed tar ett ansvar för helheten. Ett sätt att förebygga den av Svenskt Näringsliv befarade risken för brister i kvalitet och funktionalitet vid en uppdelning kan i vissa fall vara att låta uppdraget som projektledare eller samordnare ingå som ett moment i något av delkontrakten.

Hur kan kontrakt delas upp?

Bestämmelserna om att en upphandlande myndighet eller enhet ska ange om anbud får lämnas för enbart en eller flera delar eller för samtliga delar av ett uppdelat kontrakt (artikel 46.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 65.1 andra stycket i LUF-direktivet) medger att en upphandling anpassas med hänsyn till förutsättningarna i varje enskild situation. Myndigheten eller enheten bestämmer själv vilken ordning som är lämpligast i det enskilda fallet.

En upphandlande myndighet eller enhet kan, om anbud får lämnas på fler än en av det uppdelade kontraktets separata delar, begränsa antalet delar som kan tilldelas en och samma leverantör. Om myndigheten eller enheten väljer en sådan begränsning, ska det anges i något av

upphandlingsdokumenten. Av dessa ska då framgå hur myndigheten eller enheten avser att hantera situationen att en leverantörs anbud på olika separata delar är sådana att leverantören bör tilldelas kontrakt för fler delar än vad den valda begränsningen medger. I artikel 46.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 65.2 i LUF-direktivet uttrycks det på det sättet att myndigheten eller enheten ska ”ange de objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som de avser att tillämpa när de fastställer vilka delar som ska tilldelas om tillämpningen av tilldelningskriterierna skulle leda till att en anbudsgivare tilldelas fler delar än det högsta tillåtna antalet delar”.

Som har framgått ska alltså möjliga konflikter mellan en vald begränsning och resultatet av en tillämpning av tilldelningskriterierna i en upphandling hanteras genom objektiva och icke-diskriminerande regler som anges i upphandlingsdokumenten. Med tanke på att kravet på objektiva och icke-diskriminerande regler är allmänt hållet, kan man tänka sig en mängd konstruktioner som skulle kunna anses uppfylla kravet i fråga. Vad det närmare innebär får dock bedömas i rättstillämpningen.

Även om den närmare betydelsen av kravet får utvecklas i rättstillämpningen, avser regeringen att i det följande framhålla en åtgärd som enligt regeringens mening får bedömas uppfylla kravet på objektiva och icke-diskriminerande regler. Denna åtgärd innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som har beslutat att en och samma leverantör får tilldelas endast ett begränsat antal separata delar av ett uppdelat kontrakt ska ange att en leverantör, om den lämnar anbud på fler delar än vad begränsningen tillåter tilldelning för, ska rangordna de anbud som den lämnar.

Ett exempel på metoden enligt stycket ovan skulle kunna vara att en myndighet eller enhet har delat upp ett kontrakt i sex separata delar och samtidigt har begränsat antalet delar som en och samma leverantör kan tilldelas till två. Om en leverantör lämnar anbud på delarna 1–4 och 6 och en tillämpning av tilldelningskriterierna leder till att leverantören bör tilldelas kontrakt för delarna 1, 2 och 6, aktualiseras den rangordning som leverantören ska ha angett. Om denna rangordning anger delarna 6, 4, 2, 1 och 3, ska leverantören således tilldelas kontrakt för delarna 6 och 2. Tilldelningen av övriga delar av kontraktet, delarna 1 och 3–5, kan vid ytterligare konflikter följa samma procedur med den skillnaden att redan tilldelade delar stryks från de rangordningar som angetts av respektive aktuell leverantör.

Göteborgs stad Upphandlings AB har påpekat att en tillämpning enligt ovan kan få till resultat att det i och för sig finns anbud för en eller flera delar men att begränsningen av antalet delar, tillsammans med leverantörernas rangordning, innebär att något kontrakt inte kan tilldelas för dessa delar. Detta är inte möjligt att förutse redan när upphandlingen utformas. Det beror nämligen av dels hur anbudsutvärderingen utfaller, dels vilken rangordning av de olika delarna som anbudsgivarna har gjort. Enligt regeringens bedömning bör det emellertid vara möjligt att föreskriva i upphandlingsdokumenten att det, i händelse av ett sådant resultat, ska kunna vara möjligt att med avvikelse från begränsningsregeln tilldela kontrakt till den leverantör som lämnat det

Prop. 2015/16:195 bästa anbudet för den eller de aktuella delarna och som annars skulle stå utan kontraktspart.

En möjlighet att tilldela kombinerade delar av kontrakt

Reglerna om tilldelning av kombinerade delar av kontrakt i artikel 46.3 i LOU-direktivet och artikel 65.3 i LUF-direktivet medger att en upphandlande myndighet eller enhet kombinerar flera delar av ett uppdelat kontrakt och tilldelar en och samma leverantör en sådan kombination av delar. En förutsättning för bestämmelsernas tillämpning är att myndigheten eller enheten i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse har angivit dels att den förbehåller sig rätten att kombinera olika delar, dels vilka delar eller grupper av delar som kan kombineras. Av punkten framgår att medlemsstaterna avgör om punktens bestämmelser ska genomföras.

Utredningen har föreslagit att dessa bestämmelser inte ska genomföras. Regeringen anser dock, i likhet med ett antal remissinstanser, att bestämmelserna bör genomföras. Bestämmelserna om uppdelning av kontrakt innebär att en upphandlande myndighet eller enhet seriöst ska överväga lämpligheten av en uppdelning i de fall det i en upphandling finns kontrakt som lämpligen kan delas upp. Det är då, enligt regeringens bedömning, nödvändigt att myndigheten eller enheten har möjlighet att tilldela uppdelade kontrakt i kombinerade delar. Utan den flexibiliteten kan resultatet bli att upphandlande myndigheter och enheter, med hänvisning till t.ex. de affärsrättsliga riskerna, i större utsträckning än annars väljer att avstå från att dela upp större kontrakt som i och för sig hade kunnat delas upp. I skäl 79 i LOU-direktivet hålls också fram att målet att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentlig upphandling kan hämmas om upphandlande myndigheter förpliktas att tilldela kontraktet del för del även när detta skulle innebära att man måste godta avsevärt mindre fördelaktiga lösningar jämfört med en tilldelning som slår samman flera eller samtliga delar. Sedd för sig kan bestämmelsen om kombinerade delar synas motverka syftet att underlätta för små och medelstora företag, särskilt om man i detta läser in den näraliggande målsättningen att dessa företag också ska tilldelas separata kontrakt. Men bestämmelsen måste alltså ses i sitt sammanhang. Regeringen bedömer att ett införande får gynnsamma effekter för möjligheterna att ta hänsyn till de små och medelstora företagens intresse att delta i upphandlingar. Eftersom det ska anges i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse om och i så fall hur kombinationer av delar kan komma att göras är det vidare möjligt för alla intresserade leverantörer att anpassa anbudsgivningen efter detta.

En upphandlande myndighet eller enhet bör alltså ha möjlighet att förbehålla sig möjligheten att kombinera delar t.ex. när det kan identifieras en risk att en tilldelning av enbart separata kontrakt kan resultera i en omotiverat dyrare affär för myndigheten eller enheten. Bestämmelserna kan utformas i enlighet med det alternativa lagförslag som utredningen har lämnat.

I skäl 78 i LOU-direktivet uttalas att en upphandlande myndighets beslut i fråga om huruvida ett kontrakt ska delas upp i delar inte kan ”underkastas administrativ eller rättslig kontroll”. Utredningen har ifrågasatt om uttalandet avser att inskränka den rätt till överprövning av åtgärder under en upphandling som följer av EU-domstolens praxis (se EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5). Utredningen tolkar uttalandet som en påminnelse om att en rättslig kontroll i praktiken mycket sällan kommer leda till något annat konstaterande än att myndigheten eller enheten har hållit sig inom det handlingsutrymme som myndigheten eller enheten har. Några remissinstanser, bl.a. *Migrationsverket*, *Konkurrensverket* och *Sveriges Television AB (SVT)*, invänder mot utredningens tolkning. Ytterligare några framför att saken bör övervägas ytterligare. Migrationsverket befarar att för det fall besluten kan bli föremål för prövning av domstol, kommer det att leda till ett stort antal ytterligare överprövningsmål.

Upphandlande myndigheter och enheter ska självständigt bestämma upphandlingsföremålet och har inte enligt direktiven någon skyldighet att dela upp kontrakt. Regeringen instämmer i Konkurrensverkets uppfattning att ett beslut i fråga om uppdelning eller inte är ett sådant förberedande, internt övervägande som inte i sig kan bli föremål för en ansökan om överprövning (jfr nämnda avgörande från EU-domstolen, p. 35). Som SVT framhåller är det emellertid så att alla åtgärder, även i fråga om uppdelning av kontrakt, måste vara i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling. Om en upphandlande myndighet eller enhet i något fall skulle använda bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i ett otillbörligt syfte att styra utfallet i upphandlingen på ett konstgjort sätt (jfr artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet, se avsnitt 9.1), måste detta kunna kontrolleras inom ramen för en rättslig prövning av upphandlingen som sådan.

10.6 Reserverad upphandling

10.6.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

<p>Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska ha möjlighet att reservera deltagandet i upphandlingsförfaranden för vissa s.k. sociala företag, alternativt föreskriva att kontrakt ska fullgöras inom ramen för program med skyddad anställning.</p>

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en delvis annan utformning av lagparagrafen om reserverad upphandling.

Remissinstanserna: Ett flertal remissinstanser, bl.a. *Försäkringskassan*, *Konkurrensverket*, *Tillväxtverket*, *Arbetsförmedlingen*, *Landsorganisationen i Sverige (LO)*, *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)*, *Tjänstemännens central-*

Prop. 2015/16:195 *organisation (TCO)* och ett antal kommuner tillstyrker att direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt genomförs. Konkurrensverket anser att eventuella marknadsstörande effekter som reserverade kontrakt kan medföra bör följas upp. *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv* tillstyrker även de att bestämmelserna genomförs. De framhåller dock att direktivens bestämmelser innehåller vaga begrepp, t.ex. missgynnade personer, och att det bör förtydligas under vilka omständigheter kontrakt ska kunna reserveras. De remissinstanser, bl.a. *Skatteverket*, *Kommerskollegium* och *Almega*, som avstyrker ett genomförande anger som skäl för detta huvudsakligen att bestämmelserna är vaga samt att det finns en risk för marknadsstörande effekter. *Kammarrätten i Göteborg* föreslår att andra begrepp än direktivens begrepp arbetstagare respektive missgynnade personer används i lagtexten. LO, SACO och TCO anser till skillnad från utredningen att det ligger i begreppet arbetstagare att dessa ska vara anställda hos leverantören. De anser vidare att det s.k. andelskravet om 30 procent ska förstås i relation till de arbetstagare hos leverantören som arbetar inom ramen för det som ska upphandlas, och inte leverantörens hela verksamhet.

Skälen för regeringens förslag

Reserverade kontrakt i 2014 års upphandlingsdirektiv

De bestämmelser om reserverade kontrakt som finns i 2004 års upphandlingsdirektiv genomfördes inte i svensk rätt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 186 f.). I 2014 års upphandlingsdirektiv återfinns bestämmelser om reserverade kontrakt i artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet. De innebär liksom tidigare motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv att medlemsstaterna kan föreskriva att vissa leverantörer av sociala hänsyn får positivt särbehandlas inom ramen för upphandlingsregleringen. Möjligheterna att särbehandla leverantörer enligt de nya direktiven har dock utvidgats i förhållande till 2004 års regler. Den nya regleringen tar sikte inte enbart på personer med funktionsnedsättning utan innehåller också begreppet missgynnade personer. I regleringen framhålls också att den verksamhet som leverantörerna bedriver ska syfta till social och yrkesmässig integration.

I de nya direktiven har det dessutom preciserats hur stor andel av de personer som leverantören sysselsätter som ska vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer i direktivens mening. Enligt artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet är en förutsättning för att en leverantör ska kunna särbehandlas enligt nämnda artiklar att minst 30 procent av leverantörens arbetstagare är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. Den beskrivna preciseringen i fråga om andelen hos leverantören sysselsatta personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, 30 procent, innebär också en utvidgning i förhållande till 2004 års regler. Ordalydelsen i 2004 års direktiv kan tolkas som att minst hälften av de hos leverantören sysselsatta ska vara personer med funktionsnedsättning.

Den särbehandling som artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet medger kan göras på två olika sätt. För det första kan deltagandet i ett upphandlingsförfarande reserveras till vissa leverantörer, nämligen s.k. skyddade verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är

social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer. För det andra kan ett kontrakt villkoras med att det ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. För båda varianterna gäller den grundläggande förutsättningen att minst 30 procent av dem som leverantören sysselsätter i nämnda verksamheter är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

I skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv (skäl 36 i LOU-direktivet och skäl 51 i LUF-direktivet) betonas betydelsen av anställning och sysselsättning som grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla. Enligt skälen kan skyddade verkstäder och andra sociala företag vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättningar och missgynnade personer spela en väsentlig roll i detta sammanhang. Missgynnade personer exemplifieras i skälen med arbetslösa, missgynnade minoriteter och på annat sätt marginaliserade grupper av personer. Då verksamheter av nu aktuellt slag kan sakna möjligheter att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden, är det enligt skälen lämpligt att ge medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva regler om reserverade kontrakt.

Det anges uttryckligen i artikel 20.2 att det i meddelandet om upphandling ska hänvisas till artiklarna om reserverade kontrakt.

Direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt genomförs i svensk rätt

Varje medlemsstat har möjlighet att själv avgöra om direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt ska genomföras i den nationella lagstiftningen. Remissutfallet över utredningens delbetänkande, tillsammans med 2010 års Upphandlingsutredning och remissutfallet beträffande den utredningens del- och slutbetänkande (SOU 2011:73 och 2013:12) tyder på att det i dag finns ett behov av bestämmelser om reserverade kontrakt i svensk rätt. Som *Lagrådet* dock påpekat är det mer rättvisande att tala om reserverad upphandling varför det uttrycket bör användas i stället.

Mot ett genomförande talar främst att det, som bl.a. *Konkurrensverket* har framhållit, inte kan uteslutas att systemet med reserverade kontrakt skulle kunna få mer betydande marknadsstörande effekter. Den risken bör dock enligt regeringens mening inte överdrivas och är inte skäl att underlåta att införa bestämmelserna. Regeringen anser därför att bestämmelserna bör genomföras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna och, som framgår av avsnittet nedan, i lagen om upphandling av koncessioner. Om det i tillämpningen framkommer skäl för det, får det övervägas om en översyn av bestämmelserna bör göras.

Upphandlingsdirektivens regler om reserverad upphandling innebär emellertid inte att en svensk upphandlande myndighet eller enhet kan vända sig till en inhemsk leverantör och tilldela kontrakt utan upphandling. Bestämmelserna innebär enbart att myndigheten eller enheten får reservera deltagandet i ett i övriga delar ordinärt upphandlingsförfarande för vissa slag av företag, och i det avseendet göra ett avsteg från en full konkurrensutsättning.

Prop. 2015/16:195 Myndigheten eller enheten kan alternativt föreskriva som ett särskilt kontraktsvillkor att kontraktet ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning. För det fall en myndighet eller enhet utöver reglerna om reserverad upphandling önskar precisera de sociala hänsyn eller mål en leverantör ska ta eller uppnå, är den hänvisad till att tillämpa upphandlingsreglerna i övrigt. Handlingsutrymmet i det hänseendet bestäms således av hur sociala krav i allmänhet kan användas i en upphandling för att exempelvis gynna särskilt utsatta personer i samhället.

Direktivens begrepp arbetstagare och missgynnade personer

Utredningen och några remissinstanser har framhållit att vissa begrepp i direktivens artiklar om reserverade kontrakt framstår som vaga och att de i tillämpningshänseende möjligen skulle tjäna på att preciseras i den svenska lagtexten. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det är bättre att använda begreppet de som är sysselsatta i stället för direktivens arbetstagarbegrepp. *LO* m.fl. fackliga organisationer anser att det ligger i begreppet arbetstagare att dessa personer ska vara anställda. Regeringen uppfattar, i ljuset av skältexterna, att ett syfte med bestämmelsen om reserverad upphandling är att möjliggöra för sådana skyddade verkstäder och andra sociala företag som åsyftas att tilldelas kontrakt som de annars skulle sakna möjlighet till att få under normala konkurrensförhållanden. Som utvecklas närmare nedan verkar ofta dessa leverantörer inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program och då inte enbart genom att anställa personerna. Regeringen anser därför att det är mer ändamålsenligt att i lagtexten använda det av kammarrätten föreslagna begreppet de som är sysselsatta.

Kammarrätten i Göteborg föreslår också att begreppet socialt och ekonomiskt utsatta personer används i lagarna i stället för direktivens begrepp missgynnade personer. Regeringen instämmer i att direktivens begrepp är vagt. Det är även olämpligt i en svensk kontext. Lagtexten bör därför ges en annan utformning som i sak motsvarar direktiven. Bestämmelserna om reserverad upphandling syftar i nu aktuell del till att stödja integration eller återintegration av personer som bl.a. på grund av vissa omständigheter som t.ex. arbetslöshet eller etnicitet har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Regeringen anser att uttrycket personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden ger en tydligare och bättre anvisning än direktivens begrepp om vilka personer som avses. Det uttrycket bör därför användas i lagtexten. Uttrycket ska i fråga om personkretsen förstås som motsvarande direktivens begrepp missgynnade personer. I uttrycket ligger även en anvisning om att de personer som sysselsätts ska ha ett faktiskt behov av integrerande insatser för att leverantören ska kunna komma i fråga för deltagande i en reserverad upphandling (se nedan).

Det finns inte någon definition av begreppet missgynnade personer i direktiven. I skäl 36 i LOU-direktivet lämnas emellertid exemplen arbetslösa, missgynnade minoriteter eller på annat sätt marginaliserade befolkningsgrupper. Ytterligare vägledning kan hämtas i kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt

Enligt artikel 2 (3) ska med arbetstagare med funktionshinder förstås personer som

- a) erkänns som arbetstagare med funktionshinder i nationell lagstiftning, eller
- b) har varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar som i samspel med olika hinder kan hindra dem från att fullt och effektivt delta i en arbetsmiljö på lika villkor med andra arbetstagare.

Enligt artikel 2 (4) ska med arbetstagare med sämre förutsättningar förstås personer som

- a) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under de senaste sex månaderna, eller
- b) är mellan 15 och 24 år, eller
- c) inte har gymnasiekompetens eller yrkesutbildning (International Standard Classification of Education, nivå 3) eller som för senast två år sedan har avslutat en utbildning med heltidsstudier och som ännu inte fått sin första reguljära avlönade anställning, eller
- d) är över 50 år, eller
- e) lever ensamma och har vårdnaden om ett eller flera barn, eller
- f) arbetar inom en sektor eller ett yrke i en medlemsstat där obalansen mellan könen är minst 25 procent högre än den genomsnittliga könsobalansen inom alla ekonomiska sektorer i den berörda medlemsstaten och som tillhör den underrepresenterade könsgruppen, eller
- g) tillhör en etnisk minoritet inom en medlemsstat och måste förbättra sin profil när det gäller språkkunskaper, yrkesutbildning eller arbetslivserfarenhet för att förbättra sina möjligheter att få fast anställning.

Enligt artikel 2 (99) ska med arbetstagare med kraftigt sämre förutsättningar förstås personer som

- a) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under minst 24 månader, eller
- b) inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under minst tolv månader och tillhör en av de kategorier b–g som anges i definitionen av arbetstagare med sämre förutsättningar.

Regeringen bedömer att sådana personkategorier som beskrivs i artikel 2 (4) och 2 (99) i förordningen kan falla in under direktivens begrepp missgynnade personer. Till exempel kan sådana personer som är arbetslösa i den meningen att de inte har haft en ordinarie avlönad anställning under de senaste sex månaderna anses omfattade.

Förordningen ger enligt regeringens mening en vägledning om vilken den unionsrättsliga ramen är, dvs. vilka personkategorier som EU-lagstiftaren anser bör kunna omfattas av begreppet missgynnade personer. Eftersom upphandlingsdirektiven saknar en definition kan det tänkas att begreppet avser även andra personer. I ljuset av

Prop. 2015/16:195 direktivbestämmelsernas syfte, att möjliggöra positiv särbehandling av vissa leverantörer, får betydelsen dock inte utsträckas i tillämpningen utan grund i bestämmelserna.

Det kan också påminnas om att ett syfte med direktivens bestämmelser om reserverad upphandling är att stödja social och yrkesmässig integration av de berörda personerna. Det är därmed inte ensamt avgörande, för att en leverantör ska komma i fråga för deltagande i en reserverad upphandling, att leverantören kan visa att den sysselsätter en tillräcklig andel personer vars förhållanden motsvarar någon av beskrivningarna ovan. Personerna ska även ha ett faktiskt behov av integrerande insatser. Om det bedöms nödvändigt bör leverantören kunna visa på vilket sätt de som sysselsätts behöver integrerande insatser och även hur detta tillgodoses.

Vilka leverantörer kan komma i fråga?

Artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet innehåller två villkor för att en leverantör ska vara aktuell för deltagande i en reserverad upphandling. För det första ska det främsta syftet med verksamheten vara social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer. För det andra ska minst 30 procent av arbetstagarna vara personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

Utredningen har i sitt delbetänkande (SOU 2014:51, avsnitt 3.3.3) utförligt gått igenom leverantörer i Sverige som i dagsläget bedriver sådan verksamhet som avses med bestämmelserna om reserverad upphandling. Sammanfattningsvis finner utredningen att det i flera fall rör sig om leverantörer som i varierande utsträckning verkar inom ramen för olika statliga arbetsmarknadspolitiska program. Det statligt helägda bolaget Samhall AB anställer personer med funktionshinder och nedsatt arbetsförmåga i skyddat arbete. En annan kategori leverantörer som utredningen identifierar är de som sysselsätter personer inom ramen för kommunala åtgärder för att särskilt utsatta personer ska få sysselsättning och arbete. Det kan handla om att en socialnämnd fullgör sin skyldighet enligt 4 kap. 4 § socialtjänstlagen (2001:453) i syfte att stärka en individs möjlighet att komma in på arbetsmarknaden eller enligt 5 kap. 7 § socialtjänstlagen att medverka till att en individ med funktionshinder får en meningsfull sysselsättning.

En grupp av aktörer som bör nämnas särskilt i detta sammanhang är de s.k. arbetsintegrerande sociala företagen. Med sådana företag avses enligt regeringens handlingsplan för arbetsintegrerande sociala företag den 22 april 2010 (N2010/1894/ENT) företag som driver näringsverksamhet, dvs. producerar och säljer varor eller tjänster, och företag

- med övergripande ändamål att integrera människor som har stora svårigheter att få och/eller behålla ett arbete, i arbetsliv och samhälle,
- som skapar delaktighet för medarbetarna genom ägande, avtal eller på annat väl dokumenterat sätt,
- som i huvudsak återinvesterar sina vinster i den egna eller liknande verksamheter, och
- som är organisatoriskt fristående från offentlig verksamhet.

Här bör också nämnas Kriminalvårdens s.k. arbetsdrift som är en del i Kriminalvårdens uppdrag att förebygga att intagna återfaller i brott och tillgodose de intagnas behov av sysselsättning (se 2, 3 och 5 §§ förordningen [2007:1172] med instruktion för Kriminalvården). Kriminalvårdens arbetsdrift både levererar varor och utför tjänster.

Utredningen finner att de leverantörer som sysselsätter personer inom ramen för nämnda insatser inte låter sig beskrivas på något mer precist eller samlat sätt. Det rör sig om aktörer av olika storlek och i olika associationsrättsliga former som sysselsätter aktuella personer i varierande antal och i varierande proportion till övriga anställda. Det som förenar dem är dock att syftena med deras verksamheter – hela eller delar av dem – och de personer som de sysselsätter är sådana att kraven i dessa delar för deltagande i en reserverad upphandling kan anses uppfyllda.

Verksamhetsinriktning och andelskravet

När det gäller leverantörens syfte med verksamheten kan det konstateras att direktivet inte uppställer något krav på att leverantören ska ha en särskild associationsrättslig form eller företagsstruktur. Det finns inte heller något krav på auktorisation. Enligt direktivet ska social och yrkesmässig integration vara leverantörens främsta syfte. Det som ordvalet torde syfta till är att markera att det inte får råda några tveksamheter om att verksamhetens övergripande syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Regeringen anser det inte lämpligt eller nödvändigt att, som *Domstolsverket* föreslår, införa ett nationellt register eller ett system med auktorisation av s.k. sociala företag. Det måste i alla händelser ytterst vara den upphandlande myndigheten eller enheten som i varje enskilt fall vid en kvalificeringsprövning bedömer om kravet beträffande verksamhetsinriktning är uppfyllt eller inte. Detsamma gäller i fråga om andelskravet.

När det gäller andelskravet kommer det, som framgår ovan, till uttryck i artikel 20.1 i LOU-direktivet och artikel 38.1 i LUF-direktivet på så sätt att en tillämpning av bestämmelserna om reserverad upphandling kräver att minst 30 procent av de hos leverantören sysselsatta personerna är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Såväl när det gäller verksamhetsinriktning som andelskravet ska ställningstagandet till om leverantören uppfyller kraven grundas på dennes förhållanden vid tidpunkten då anbudsansökan eller anbudet lämnas in. Det är endast den leverantör som vid denna tidpunkt uppfyller villkoren som har rätt att delta i en reserverad upphandling. Så som direktivbestämmelserna är formulerade bör denna tidpunkt vara avgörande inte bara när det rör sig om en reserverad upphandling, utan också när den upphandlande myndigheten eller enheten väljer alternativet att föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning. En annan sak är att leverantörens förhållanden får förväntas bestå under tiden för kontraktets fullgörande. Det synes lämpligt att villkora detta i kontraktet. I händelse av att leverantören ändrar inriktning på sin verksamhet eller inte längre

Prop. 2015/16:195 uppfyller andelskravet bör den upphandlade myndigheten eller enheten kunna göra gällande att det rör sig om en väsentlig ändring av kontraktet (se angående bestämmelserna om ändring av kontrakt under löptiden avsnitt 26.4.1). Kontrollen av att leverantören alltjämt uppfyller villkoren kan ingå som ett moment i den löpande avtalsuppföljningen.

Bedömningen av om de båda villkoren är uppfyllda ska göras utifrån det underlag som leverantören har gett in. Beträffande verksamhetsinriktningen kan t.ex. leverantörens bolagsordning eller stadgar vara relevant dokumentation. I praktiken torde prövningen av om andelskravet är uppfyllt vara det viktigaste men också svåraste momentet vid kvalificeringsprövningen. Det är leverantören som ska visa, med lämplig dokumentation, att andelskravet är uppfyllt. Kravet gäller i förhållande till leverantörens verksamhet i dess helhet.

Regeringen anser att det inte, så som *LO* m.fl. fackliga organisationer gör gällande, går att i direktivbestämmelserna läsa in ett krav om att just personerna med funktionsnedsättning eller de personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden faktiskt ska delta i produktionen eller utförandet av de varor eller tjänster som upphandlas. Så länge andelskravet för leverantörens verksamhet i dess helhet är uppfyllt saknar det alltså betydelse vem hos leverantören som utför de arbetsuppgifter som är kopplade till det som upphandlas.

Sammanfattningsvis kan sägas att i frågan vilka leverantörer som typiskt sett kan anses uppfylla kravet på verksamhetsinriktning och andelskravet kan vägledning hämtas av redogörelsen ovan och av den genomgång som görs i utredningens delbetänkande (utredningens avsnitt 3.3.3). Ytterst måste dock ställningstagandet till om en viss leverantör uppfyller kraven eller inte göras i varje enskilt fall. I detta sammanhang har, som *Konkurrensverket* framhåller, upphandlingsstödet en viktig funktion när det gäller att stödja och underlätta tillämpningen för upphandlande myndigheter och enheter som önskar använda sig av möjligheten att reservera deltagande i en upphandling.

10.6.2 Reserverad upphandling vid upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om reserverad upphandling som motsvarar regleringen i de två andra lagarna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig i frågan lämnar motsvarande synpunkter som beträffande reserverade kontrakt.

Skälen för regeringens förslag: I LUK-direktivet finns på motsvarande sätt som i LOU-direktivet och LUF-direktivet bestämmelser om reserverade koncessioner. I likhet med artiklarna 20 och 38 i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet är artikel 24 i LUK-direktivet utformad så att det står medlemsstaterna fritt att införa särskilda bestämmelser om reserverade kontrakt/koncessioner. Det finns inte skäl att beträffande reserverad upphandling vid upphandling av koncessioner göra någon annan bedömning än den som görs i avsnittet ovan angående

10.7 CPV-nomenklaturen

Regeringens förslag: Alla hänvisningar till nomenklatur inom upphandling ska göras med användning av CPV-nomenklaturen. De paragrafer i lagarna som genomför artiklar i direktiven med hänvisningar till CPV-koder ska innehålla sådana hänvisningar. Även den bilaga till lagarna som förtecknar sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska innehålla hänvisningar till CPV-koder.

Regeringens bedömning: Bilagan till lagarna med en förteckning över byggtreprenadkontrakt, bör inte innehålla CPV-koder. Dessa koder, såsom de för varje tid har beslutats av kommissionen, bör i stället tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling.

Promemorians och utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. Till skillnad från den bedömning som gjorts i promemorian och av utredningen anser regeringen att de artiklar i direktiven som innehåller hänvisningar till CPV-koder genomgående bör genomföras genom bestämmelser i lagarna som hänvisar till dessa CPV-koder.

Remissinstanserna: De remissinstanser som berör frågan i sina remissvar över promemorian instämmer i promemorians förslag och bedömning. *Västra Götalands läns landsting* noterar dock att det i promemorians lagförslag förekommer alternativa sätt att hänvisa till CPV-koder och önskar att man i lagtexten ska välja ett enhetligt sätt att hänvisa till CPV-koderna. Flera remissinstanser, bl.a. *Arbetsförmedlingen* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* framhåller att CPV-nomenklaturen är föråldrad och behäftad med allvarliga brister. *Boverket* anför i sitt remissvar över utredningens slutbetänkande att begreppet "Nace Rev. 1" i bilaga 1 bör få en förklaring jämförbar med den förklaring som akronymen CPV har fått i promemorians förslag till paragraf om CPV-nomenklaturen.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Något om CPV-nomenklaturen

Common Procurement Vocabulary, CPV-nomenklaturen, är ett klassificeringssystem med numeriska koder för varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten, som regleras i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 (förkortad CPV-förordningen). CPV-nomenklaturen standardiserar de referenser som upphandlande myndigheter och enheter ska använda för att beskriva föremålet för upphandlingen (skäl 3 i CPV-förordningen). Syftet med att ha en gemensam nomenklatur är att öka tillgängligheten och öppenheten för leverantörerna. Hänvisningar till CPV-nomenklaturen och koderna i denna (CPV-koder) finns i alla tre direktiv.

Prop. 2015/16:195 De bestämmelser som är nödvändiga för revideringen av CPV-nomenklaturen ska, enligt artikel 2 i CPV-förordningen, antas av kommissionen.

CPV-nomenklaturen ska användas vid all upphandling

Av artikel 23.1 i LOU-direktivet respektive artikel 41.1 i LUF-direktivet och artikel 27.1 i LUK-direktivet följer att alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för offentlig upphandling ska göras genom användning av CPV-nomenklaturen, som fastställs i CPV-förordningen.

När det gäller den s.k. Nace-nomenklaturen på området för byggtreprenader anges i bilaga II till LOU-direktivet respektive bilaga I till LUF-direktivet att om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och NACE, ska CPV-nomenklaturen tillämpas. I 2004 års LOU- och LUF-direktiv och i LOU och LUF anges det motsatta förhållandet, se vidare nedan.

En bestämmelse bör tas in i respektive lag som motsvarar artikel 23.1 i LOU-direktivet, artikel 41.1 i LUF-direktivet och artikel 27.1 i LUK-direktivet. Bestämmelsen bör tas in i lagarnas kapitel med allmänna bestämmelser. Enligt *Lagrådet* kan utöver detta en definition också vara på sin plats i det inledande kapitlet i varje lag. Med hänsyn till att CPV-nomenklaturen och CPV-koderna förklaras genom den direkt tillämpliga CPV-förordningen, bedömer dock regeringen att en sådan definition inte är nödvändig vid sidan av den allmänna bestämmelsen.

Hur används CPV-koder i upphandlingsdirektiven och hur kan de ändras?

CPV-koder används på ett flertal ställen i direktiven och dess bilagor för att benämna tjänster och byggtreprenader och därigenom avgränsa direktivens tillämpningsområden när det gäller dessa. Det är dock viktigt att notera att CPV-kodernas funktion endast är att benämna varor, tjänster och byggtreprenader, i syfte att skapa enhetlighet och bättre öppenhet för leverantörer. Koderna har alltså inte någon rättslig verkan i sig utan är endast ett hjälpmedel för att korrekt kunna identifiera vilka varor, tjänster och byggtreprenader som avses.

Genom artikel 23.2 i LOU-direktivet, artikel 41.2 i LUF-direktivet och artikel 27.2 i LUK-direktivet har kommissionen fått befogenhet att anpassa de CPV-koder som anges i direktiven genom s.k. delegerade akter, till följd av ändringar i CPV-nomenklaturen. Ändringarna får inte medföra en ändring av direktivens tillämpningsområden.

I artikel 7 i LOU-direktivet undantas vissa kontrakt som avser tjänster som är posttjänster närstående från direktivets tillämpningsområde. När det gäller finansiella tjänster avgränsas undantaget i första stycket bl.a. med angivande av ett intervall av CPV-koder.

I artikel 14 i LOU-direktivet, artikel 32 i LUF-direktivet och artikel 25 i LUK-direktivet om forsknings- och utvecklingstjänster används CPV-koder för att ange vilka tjänster på forsknings- och utvecklingsområdet som omfattas av upphandlingsskyldighet i vissa fall.

I artikel 10 h i LOU-direktivet, artikel 21 h i LUF-direktivet och artikel 10.8 g i LUK-direktivet används vidare CPV-koder i det nya undantaget för civilförsvartjänster m.m. I artikel 10 j i LOU-direktivet

och artikel 10.8 h i LUK-direktivet används CPV-koder i undantaget för politiska kampanjer.

I artikel 10.9 i LUK-direktivet används CPV-koden för lotteriverksamhet för att ange vilka lotteritjänster som undantas från direktivets tillämpningsområde.

När det gäller byggtreprenader framgår av definitionen av byggtreprenadkontrakt i respektive direktiv att direktiven är tillämpliga för sådan verksamhet som finns angiven i bilaga II till LOU-direktivet, bilaga I till LUF-direktivet och bilaga I till LUK-direktivet. I dessa bilagor redovisas verksamheterna med angivande dels av undergrupper enligt den s.k. NACE-nomenklaturen, dels med CPV-koder.

I bilaga XIV till LOU-direktivet, bilaga XVII till LUF-direktivet och bilaga IV till LUK-direktivet anges vilka sociala tjänster och andra särskilda tjänster som omfattas av endast ett mindre antal regler i direktiven. Tjänsterna anges med CPV-koder.

Lagarnas paragrafer bör innehålla motsvarande hänvisningar till CPV-koder som i direktivens artiklar

Bestämmelserna i CPV-förordningen är bindande och direkt tillämpliga. De upphandlande myndigheterna och enheterna ska använda CPV-nomenklaturen vid all upphandling. Därmed ska de också tillämpa de eventuella ändringar av CPV-förordningen som kommissionen, med stöd av sin befogenhet att ändra i denna, kan komma att besluta. Nackdelen med att CPV-koder används i lagarna för att benämna t.ex. undantagna tjänster är att dessa benämningar kan bli inaktuella. Det finns en risk att nödvändiga konsekvensändringar av lagstiftningen inte är möjliga att genomföra i tid innan ändringar av CPV-förordningen träder i kraft.

Utgångspunkten i lagrådsremissens förslag var att CPV-koderna i möjligaste mån inte skulle tas med i lagarna och dess bilagor utan att dessa i stället skulle tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling. I vissa fall bedömde dock regeringen att det för en korrekt tillämpning inte gick att undvika att ange CPV-koderna. *Lagrådet* har anfört att lagrådsremissens förslag är inkonsekvent, eftersom två olika metoder används. *Lagrådet* anser också att de överlappningar som förekommer i CPV-nomenklaturen blir mindre i ögonfallande om CPV-koderna används i stället för benämningarna i nomenklaturen.

När det gäller genomförandet av artiklar i direktiven kan regeringen godta *Lagrådets* synpunkt att ett enhetligt genomförande är att föredra. Regeringen anser också, liksom *Lagrådet*, att den nackdel det innebär att lagarna måste ändras när koderna ändras får accepteras. Detta gäller särskilt eftersom nu gällande CPV-förordning hittills endast ändrats vid två tillfällen sedan den trädde i kraft. I enlighet med *Lagrådets* synpunkter bör alltså de artiklar som anger CPV-koder genomföras på så sätt att CPV-koderna, men inte de enskilda tjänsternas benämningar, tas in i paragraferna. En följd av detta blir alltså att en lagändring måste göras om eventuella framtida ändringar av CPV-förordningen nödvändiggör detta, på grund av kommissionens konsekvensändringar av motsvarande bestämmelser i och bilagor till upphandlingsdirektiven. Det finns visserligen en risk för att lagändringar inte hinner ske i tid och att

Prop. 2015/16:195 därmed en osäkerhet kan uppstå på grund av skillnaderna i förhållande till CPV-förordningen. Regeringen vill dock framhålla att för det fall en sådan situation skulle uppstå så följer det av normhierarkin att CPV-förordningen, som är bindande och direkt tillämplig för upphandlande myndigheter och enheter, ska tillämpas framför lagens bestämmelser.

Lagarnas bilagor bör innehålla CPV-koder endast när det framstår som helt nödvändigt

Som framgår av avsnitt 5.6 föreslår regeringen att två av bilagorna till direktiven, som innehåller CPV-koder, ska genomföras genom bilagor till lagarna. Dessa bilagor innehåller dels en förteckning över byggtreprenadkontrakt, dels en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

När det gäller bilagan med en förteckning över byggtreprenadkontrakt har *Lagrådet* framhållit att CPV-koderna är den avgörande informationen och att dessa därför måste framgå. En motsvarande bilaga, utan angivande av CPV-koder, finns till nuvarande LOU och LUF. När 2004 års direktiv genomfördes angavs CPV-koderna i bilagan. I samband med genomförandet av LUFs-direktivet upphävdes emellertid dessa bilagor och ersattes med nya bilagor som inte innehåller uppgifter om CPV-koder. Samtidigt infördes en upplysningsbestämmelse i lagarna om att de aktuella CPV-koderna skulle tillkännages i Svensk författningssamling. Som skäl för denna ändring anförde regeringen att CPV-förordningen, som innehåller reviderade bilagor till direktiven, i alla delar är bindande och direkt tillämplig och därför inte bör tas in i lagen (prop. 2010/11:150 del 1 s. 329). När det gäller bilagan med byggtreprenadkontrakt finns det enligt regeringens mening inte skäl att nu ändra på den gällande ordningen. Bilagan bör därför utformas på motsvarande sätt som bilagorna i nuvarande LOU, LUF och LUFs, vilket också innebär en enhetlighet mellan samtliga lagar.

Lagrådet har vidare ansett att om bilagan behålls så bör bestämmelsen om förhållandet mellan Nace och CPV framgå av en paragraf i respektive lag. De s.k. Nace-koderna härrör från Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1893/2006 av den 20 december 2006 om fastställande av den statistiska näringsgrensindelningen Nace rev. 2 och om ändring av rådets förordning (EEG) nr 3037/90 och vissa EG-förordningar om särskilda statistikområden. Av artikel 1 i förordningen framgår att den endast ska tillämpas på användningen av klassifikationen för statistikändamål. Syftet med förordningen är att öka jämförbarheten mellan nationell statistik, gemenskapsstatistik och internationell statistik. I 2004 års direktiv anges att Nace ska ha företräde framför CPV-nomenklaturen vid eventuella skillnader (artikel 1.14 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv och artikel 1.15 andra stycket i 2004 års LUF-direktiv). Bestämmelserna har genomförts i 2 kap. 5 § andra stycket LOU och LUF, men inte i LUFs. Genom 2014 års direktiv har, som nämnts ovan, prioriteringsordningen mellan CPV och Nace ändrats. Detta framgår av att någon motsvarande artikelbestämmelse som den i 2004 års direktiv om företrädet för Nace inte längre finns och av en upplysning i den aktuella bilagan om att CPV-nomenklaturen ska tillämpas om CPV och Nace skiljer sig åt. Eftersom CPV-förordningen är direkt tillämplig

och uttryckligen föreskriver att CPV-nomenklaturen ska tillämpas vid offentlig upphandling följer det enligt regeringens mening redan av normala lagtolkningsmetoder att CPV-förordningen ska tillämpas före Nace, om inte annat har föreskrivits. Det som anges i bilagan måste därför närmast ses som en upplysning om det som redan gäller. Något skäl att reglera detta i en paragraf i lagen finns därför inte enligt regeringens mening. Däremot kan det, med hänsyn till vad som tidigare gällt, vara lämpligt av tydlighetsskäl att denna upplysning finns i bilagan till lagen. Regeringen anser emellertid inte att det är nödvändigt att, som *Boverket* föreslår, ta in en bestämmelse i lagarna som särskilt förklarar begreppet Nace.

När det gäller bilagan som förtecknar sociala tjänster och andra särskilda tjänster har utredningen i sitt del- och slutbetänkande föreslagit att de aktuella tjänsterna ska anges med CPV-koder. I detta fall har det alltså inte bedömts möjligt att undvika att ange CPV-koderna. Regeringen gör inte någon annan bedömning än Genomförandeutredningen. Att de aktuella bilagorna därmed kommer att genomföras på ett inkonsekvent sätt får i detta avseende godtas.

När det gäller den närmare utformningen av bilagan har Lagrådet riktat skarp kritik mot förteckningen och bl.a. anfört att den är påfallande osystematisk och inte ens motsvarar lågt ställda krav på fullständighet, enhetlighet eller överlappningsfri kategoriindelning. Lagrådet har också förordat att förteckningen, om den inte ersätts med lagtext, ges en mer välordnad form.

Regeringen har förståelse för Lagrådets kritik mot bilagan i lagrådsremissens förslag. Regeringen konstaterar också att förteckningen – som har utformats helt i överensstämmelse med motsvarande bilaga till direktiven – bör kunna ges en mer strukturerad och välordnad form. I enlighet med vad som föreslagits när det gäller genomförandet av de paragrafer som innehåller CPV-koder, bör det vidare vara tillräckligt att CPV-koderna för respektive tjänst anges och inte även benämningen. Detta gäller särskilt eftersom den motsvarande förteckningen i direktiven endast anger benämningen för vissa av tjänsterna.

Som Lagrådet konstaterat innehåller inte bilagan till lagarna någon motsvarighet till upplysningen i bilagan till direktiven om att vissa juridiska tjänster samt vissa säkerhets- och räddningstjänster är undantagna. Regeringen konstaterar att detta är ett förbiseende i lagrådsremissens förslag och att en motsvarande upplysning därför bör framgå av bilagorna till lagarna. Syftet med denna upplysning är endast att erinra om att vissa tjänster är helt undantagna från lagarnas tillämpningsområde.

Regeringens förslag: För koncessioner som löper på längre tid än fem år ska särskilda krav gälla om hur lång löptiden får vara.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den remissinstans som särskilt berör frågan, *Hudiksvalls kommun*, anser att förslaget ska ändras så att en koncession ska kunna löpa i minst åtta år om inget annat anges.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 18 i LUK-direktivet anges att koncessioner ska vara tidsbegränsade. Motivet till bestämmelsen är att det anses finnas en risk för att marknaden annars avskärmas och konkurrensen begränsas (skäl 52). Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bedöma löptiden för en koncession utifrån vilken typ av tjänst eller byggtreprenad som efterfrågas. En koncession kan alltid pågå upp till fem år. Om myndigheten eller enheten bedömer att koncessionens löptid bör vara längre än fem år får den inte bestämmas till längre tid än vad som rimligen behövs för att göra det möjligt för koncessionshavaren att återfå de investeringar som planerats för att utföra koncessionen och få avkastning på det investerade kapitalet (se t.ex. EU-domstolens dom Engelman, C-64/08, EU:C:2010:506, p. 48). I sådana fall är den upphandlande myndigheten eller enheten skyldig att göra en beräkning av hur lång tid som behövs för att uppnå detta. Tiden ska då bestämmas på så sätt att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet, med beaktande av de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt avtalet. De särskilda målen kan enligt skälen exempelvis avse avtalat pris och avtalad kvalitet. Bedömningen ska ske utifrån normala driftförhållanden. Såväl inledande investering som investeringar som görs under tiden koncessionen pågår ska beaktas. Som exempel på investeringar under koncessionens varaktighet anges i skälen särskilda utgifter för infrastruktur, upphovsrätt, patent, utrustning, logistik samt anställning och utbildning av personal.

Några kommentarer kring vilken avkastning myndigheten eller enheten bör räkna med att koncessionshavaren ska kunna få finns inte i direktivet. Med hänsyn till hur bestämmelsen är utformad i övrigt bör det dock vara frågan om en rimlig avkastning. *Lagrådet* har anmärkt på att det inte framgår av lagtexten till 9 § vad den bedömning som ska göras enligt andra stycket innebär eller syftar till. Med anledning av det anser *Lagrådet* att paragrafernas utformning bör övervägas ytterligare under den fortsatta beredningen. Bestämmelserna innebär att överväganden kring vilken tid som är tillräcklig för en rimlig avkastning endast behöver göras om koncessionen löper på mer än fem år. Avkastningens storlek är alltså inte en faktor som behöver inverka på bedömningen av hur lång löptid en koncession ska ha som löper på kortare tid än fem år. Av detta skäl anser regeringen att bestämmelserna ska utformas enligt lagrådsremissens förslag med vissa justeringar i enlighet med *Lagrådets* förslag.

En koncession kan enligt skälen i direktivet alltid tilldelas för en kortare tid än den tid som behövs för att få tillbaka investeringarna så

länge ersättningen inte bestäms på ett sådant sätt att verksamhetsrisken elimineras. Detta följer också av att det i artikeln endast finns begränsningar i frågan om den maximala varaktigheten och att en verklig överföring av verksamhetsrisken måste vara för handen för att ett kontrakt ska anses utgöra en koncession.

Det följer av LUK-direktivet att särskilda krav ska gälla för koncessioner som varar längre än fem år. Enligt regeringens mening är det därför inte förenligt med ett korrekt genomförande av direktivbestämmelserna att, som *Hudiksvalls kommun* föreslår, i lagstiftningen ange den löptiden till åtta år.

10.9 Jäv i upphandlingsförfaranden

10.9.1 LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om intressekonflikter

Regeringens bedömning: Sverige uppfyller de krav på medlemsstaterna som bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 24 i LOU-direktivet respektive artikel 42 i LUF-direktivet ställer. Det är inte nödvändigt eller lämpligt att ta in särskilda föreskrifter om jäv i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Stockholms läns landsting*, *Sveriges offentliga inköpare (SOI)* och *Svensk kollektivtrafik* instämmer i utredningens bedömning. *Gotlands kommun* anser dock att behovet av en reglering behöver belysas ytterligare och påpekar att i kommunal verksamhet gäller för jäv bestämmelserna i kommunallagen och inte bestämmelserna i förvaltningslagen. *Lantbrukarnas riksförbund* vill att det i upphandlingslagstiftningen införs tydliga proaktiva regler, motsvarande de som finns i direktiven, för hur intressekonflikter kan förhindras. Även *Advokatfirman Delphi*, *Foyen advokatfirma* och *Advokatfirman Lindahl* anser att direktivens bestämmelser bör genomföras i upphandlingslagarna. Advokatfirman Delphi framhåller att det finns upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av förvaltningslagens bestämmelser.

Skälen för regeringens bedömning

Regleringen i de nya direktiven

I LOU-direktivet anges allmänt hållna bestämmelser om intressekonflikter i artikel 24. Av skäl 16 i LOU-direktivet framgår endast att upphandlande myndigheter bör utnyttja alla medel som står till deras förfogande enligt nationell rätt för att förhindra att snedvridningar uppstår i offentliga upphandlingsförfaranden till följd av intressekonflikter. Detta kan inbegripa att lägga fast förfaranden för att upptäcka, förhindra och avhjälpa intressekonflikter.

Prop. 2015/16:195 Detta uttrycksätt återkommer i stort sett ordagrant i artikeln men har där tillförts ytterligare moment. Där sägs i första stycket att medlemsstaterna ska se till att upphandlande myndigheter vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter ”som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena” i syfte att undvika snedvridning i konkurrensen och säkerställa lika behandling av alla ekonomiska aktörer.

I artikelns andra stycke anges vad som kan sägas vara en begränsad definition av begreppet intressekonflikt. I det sägs att begreppet minst ska omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar, som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt, har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för opartiskheten och oavhängigheten under förfarandet.

Motsvarande skäl och artikel finns i LUF-direktivet, skäl 26 och artikel 42. Artikel 42 i LUF-direktivet tar endast sikte på upphandlande myndigheter. Artikeln ställer alltså inte några krav på hur upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter hanterar nu aktuella frågor.

Befintlig lagreglering av jävsfrågor

Direktiven ålägger medlemsstaterna att se till att upphandlande myndigheter förebygger, identifierar och avhjälper intressekonflikter som uppstår under ett upphandlingsförfarande. Det finns inte något krav att detta ska ske genom bestämmelser i upphandlingslagarna som uttryckligen genomför direktivens bestämmelser. De situationer med otillåtna intressekonflikter som direktiven identifierar måste dock vara omhändertagna i den nationella rätten. Omhändertagandet behöver inte nödvändigtvis ske genom lagstiftning, utan även andra åtgärder är möjliga. En naturlig utgångspunkt är dock att undersöka befintlig svensk lagreglering av jävsfrågor för att se om den motsvarar direktivens krav.

Först ska sägas att varje upphandlande myndighet ska iaktta de grundläggande principerna för upphandling. Dessa härleds ur EUF-fördraget och sammanfattas genom särskilda bestämmelser i såväl befintliga upphandlingslagar som de som föreslås i detta lagstiftningsärende. Dessa principer, främst likabehandlingsprincipen, innefattar bl.a. ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn. De intressekonflikter som förutses i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet utgör just ovidkommande hänsyn. En upphandlande myndighet eller enhet ska ha en aktiv roll vid tillämpning av likabehandlingsprincipen. Det följer av denna princip att myndigheten är skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter och att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa (se EU-domstolens dom eViglio, C-538/13, EU:C:2015:166, p. 42 och 47).

Det har i svensk rätt tidigt funnits uttryckliga regler till förebyggande av intressekonflikter, nämligen i den statliga upphandlingsförordningen och det kommunala upphandlingsreglementet. I upphandlingsdirektiven

har det däremot saknats sådana artiklar. Varken tidigare eller nu gällande nationella upphandlingslagar har därför tillförts regler som avser intressekonflikter. I 2007 års lagstiftningsärende har regeringen uttryckt uppfattningen att förvaltningslagens regler om bl.a. jäv är tillämpliga i en myndighets hantering av upphandlingsärenden och har därför inte sett det behov Lagrådet då antydde, nämligen av att komplettera upphandlingsförfattningarna med bl.a. regler som motsvarar förvaltningslagens regler om jäv (prop. 2006/07:128 del 1 s. 142 f. och s. 598).

En jämförelse mellan bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet och förvaltningslagens regler visar att det finns vissa skillnader. Medan artikeln tar sikte på intressekonflikter av specifik art – finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse – tar förvaltningslagens regler ett bredare grepp. Där är det fråga om sakägarjäv, intressejäv, släktskapsjäv, ställföreträdarjäv, tvåinstansjäv, ombuds- och biträdesjäv. Dessa olika slags jävsgrunder är redovisade och utförligt diskuterade i betänkandet En ny förvaltningslag (SOU 2010:29, avsnitt 16.2). Där diskuteras även verkan av jäv. Det finns därför inte någon anledning att här närmare redogöra för jävsgrunderna och verkan av jäv. Det kan i stället räcka med att konstatera att de nu angivna jävsgrunderna finns i 11 § förvaltningslagen och reglerna om verkan av jäv i 12 § samma lag. Det framgår redan av den kortfattade redovisning som nu gjorts att förvaltningslagens regler med råge täcker de situationer som enligt direktiven anses ligga inom området för otillåtna intressekonflikter.

Begreppet ”leverantör av upphandlingstjänster” i artikel 24.2 i LOU-direktivet och artikel 42.2 i LUF-direktivet bör dock beröras. Begreppet bör inte medföra något ändrat ställningstagande i frågan om förvaltningslagens jävsbestämmelser motsvarar artikelns krav. Att en upphandlande myndighet upphandlar med hjälp av en leverantör av upphandlingstjänster fråntar nämligen inte myndigheten dess ansvar att agera i enlighet med förvaltningslagens jävsbestämmelser. Också förhållanden hos leverantören av upphandlingstjänsten som är jävsgrunder enligt förvaltningslagen torde aktivera en skyldighet för myndigheten att agera för att undanröja jävets skadliga effekter. Även om den eller de personer som tillhandahåller tjänsten i formell mening inte faller in under begreppet ”den som skall handlägga ett ärende” (11 § förvaltningslagen), torde det av såväl regeringsformens krav på opartiskhet som de allmänna principerna följa att myndigheten inte kan underlåta att agera (för liknande resonemang se JO 1990/91 s. 224 samt ovan nämnda dom eViglio, p. 36).

Skyddet mot ovidkommande hänsyn enligt förvaltningslagens bestämmelser om jäv kompletteras också genom mutbrottslagstiftningen.

Kommunallagens jävsbestämmelser och upphandlingsstödjande åtgärder

Som *Gotlands kommun* och *Advokatfirman Delphi* konstaterar, finns det upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagens jävsbestämmelser i sin verksamhet.

Prop. 2015/16:195 Först ska sägas att även sådana upphandlande myndigheter som nu är i fråga har att iaktta de allmänna principerna för upphandling, som likabehandlingsprincipen. Vidare är mutbrottslagstiftningen tillämplig.

Den största gruppen som kan identifieras här är kommunala myndigheter, som i stället för förvaltningslagen har att tillämpa bestämmelserna om jäv i kommunallagen (1991:900). Bestämmelserna är anpassade efter kommunala förhållanden och motsvarar därför inte helt förvaltningslagens bestämmelser. Regeringen bedömer emellertid att kommunallagen, när det kommer till handläggningen av ärenden som avser upphandling, tillgodoser direktivens krav på bestämmelser som tar sikte på ”finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan anses komprometterande för [myndighetens] opartiskhet och oavhängighet under upphandlingsförfarandet”.

Regeringen avser härutöver att särskilt uppdra åt Upphandlingsmyndigheten att synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. På så sätt kan det tillförsäkras att överväganden om eventuella jävssituationer är en naturlig och integrerad del i upphandlande myndigheters handläggning av upphandlingsförfaranden. Genom detta anser regeringen också att direktivens krav uppfylls i fråga om sådana upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagens eller kommunallagens jävsbestämmelser, t.ex. statliga och kommunala bolag som är upphandlande myndigheter.

Bör direktivens bestämmelser om intressekonflikter ändå genomföras i upphandlingslagarna?

Frågan uppkommer då om det ändå är nödvändigt eller lämpligt att bestämmelserna i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet återfinns i de nya upphandlingslagarna.

Regeringen instämmer i utredningens uppfattning att så inte är fallet. Oavsett artiklarna om intressekonflikter har varje upphandlande myndighet att iaktta de allmänna principerna för upphandling, särskilt likabehandlingsprincipen, som kommer till uttryck i särskilda bestämmelser i upphandlingslagarna. Redan av likabehandlingsprincipen följer en skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera, förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa (se ovan nämnda dom eViglio, p. 47).

Förvaltningslagens jävsbestämmelser är tillämpliga i en stor del av förekommande upphandlingsärenden och är mer omfattande än vad som tydligt framgår av direktivtexterna. Det skulle vara olyckligt att begränsa utrymmet för att anse att intressekonflikter föreligger till endast vad som anges i artiklarna i fråga. Vidare skulle det vara olyckligt om jävsfrågor skulle regleras annorlunda just beträffande upphandling än vad som i övrigt gäller – och har gällt under lång tid – med stöd av förvaltningslagens jävsbestämmelser. Det skulle kunna orsaka osäkerhet hos tillämpande instanser om bestämmelserna om intressekonflikter skulle genomföras enligt ordalydelsen, eftersom förvaltningslagen är subsidiär i förhållande till avvikande bestämmelser i annan lag eller i förordning (se 3 § förvaltningslagen). Det skulle bl.a. framstå som oklart om reglerna enbart kompletterar eller om de helt ersätter förvaltningslagens jävsbestämmelser. När det gäller kommunallagen bedömer regeringen,

som framgår ovan, att dess jävsreglering motsvarar direktivens krav när det kommer till handläggningen av upphandlingsärenden. Även i detta fall vore det olyckligt med en annorlunda reglering i upphandlingslagstiftningen. En bättre ordning är att Upphandlingsmyndigheten vägleder de kommunala myndigheterna om hur kommunallagens jävsbestämmelser bör tillämpas i upphandlingsärenden, t.ex. i förekommande fall när det gäller förhållandet mellan kommunala nämnder och bolag.

Ett uppdrag åt Upphandlingsmyndigheten att genom vägledning synliggöra frågor om jäv kan ha särskild betydelse i fråga om sådana upphandlande myndigheter som i dag saknar jävsreglering. Det kan övervägas alternativet att utsträcka förvaltningslagens jävsbestämmelser till att omfatta även sådana upphandlande myndigheter. Det finns inte något fullgott beredningsunderlag för att nu lägga ett sådant förslag men det kan finnas anledning att återkomma till den frågan.

Regeringen bedömer sammanfattningsvis att det vare sig är nödvändigt eller lämpligt med särskilda jävsbestämmelser i upphandlingslagarna som motsvarar direktivbestämmelserna om intressekonflikter. Regeringen anser att befintlig lagstiftning, kompletterat med uppdraget till Upphandlingsmyndigheten, innebär att Sverige uppfyller direktivens krav.

10.9.2 LUK-direktivets bestämmelser om intressekonflikter

Regeringens bedömning: Sverige uppfyller de krav på medlemsstaterna som ställs i bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 35 i LUK-direktivet. Det är inte nödvändigt eller lämpligt att ta in särskilda föreskrifter om jäv i lagen om upphandling av koncessioner.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Några remissinstanser invänder mot bedömningen. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* föreslår att lagförslaget kompletteras med bestämmelser om intressekonflikter och jäv vid upphandling av koncessioner. Fakultetsnämnden påpekar att ett flertal av de organisationer som omfattas av bestämmelserna i direktivet om koncessioner inte omfattas av bestämmelserna i förvaltningslagen. Att inte införa motsvarande bestämmelser i koncessionslagen skulle således kunna innebära att Sverige inte uppfyller sina skyldigheter som medlemsstat i EU.

Skälen för regeringens bedömning: I LUK-direktivet finns bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 35 och har försetts med underrubriken *Korruptionsbekämpning och förebyggande av intressekonflikter*. I skäl 61 anges bl.a. att medlemsstaterna bör vidta lämpliga åtgärder för att motverka bedrägeri, särbehandling och korruption och för att förhindra intressekonflikter. Det kan vidare antecknas att artikel 35 uttryckligen avser både upphandlande myndigheter och upphandlande enheter.

Prop. 2015/16:195 Även i LUK-sammanhang uppkommer alltså behov av att ta ställning till hur artikeln om intressekonflikter ska iakttas. Den diskussion som förts ovan har bärkraft även vad avser artikel 35 i LUK-direktivet, eftersom de tre direktiven uppenbart avser samma sak. Den skillnad direktiven emellan som nu kan konstateras ändrar inte det grundläggande resonemanget.

Det är angeläget att en så central fråga som den nu aktuella hanteras på samma sätt i alla upphandlingsförfattningarna. Det kan då för övrigt konstateras att det i LUF-direktivet inte finns någon motsvarande artikel och att LUF således inte innehåller någon uttrycklig bestämmelse. Den skillnad mellan LUK-direktivet och LUF-direktivet beträffande vad som ska gälla för en upphandlande enhet som inte är en myndighet, eller motsvarande enhet enligt artikel 7.1 b och c i LUK-direktivet, som nämnts i föregående avsnitt framstår som en oavsiktlig skillnad och ändrar inte uppfattningen att frågan bör hanteras enhetligt i alla upphandlingsförfattningarna.

Regeringen anser att skälen för den bedömning som gjorts i avsnittet ovan är giltiga också vad avser motsvarande artikel i LUK-direktivet, såväl när det gäller sådana upphandlande myndigheter som ska tillämpa förvaltningslagens eller kommunallagens jävsbestämmelser som sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte är skyldiga att göra det.

10.10 Villkor som rör WTO-avtalet och andra internationella avtal

Regeringens bedömning: Villkoren i direktiven som rör WTO-avtalet och andra internationella avtal behöver inte genomföras i de nya lagarna.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans behandlar frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 25 i LOU-direktivet respektive artikel 43 i LUF-direktivet behandlas WTO-avtalet och andra internationella avtal. Artiklarna har följande lydelse.

I den mån de omfattas av bilagorna 1, 2, 4 och 5 samt de allmänna anmärkningarna i Europeiska unionens tillägg I till WTO-avtalet och andra internationella avtal som unionen är bunden av ska de upphandlande myndigheterna bevilja byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer som har undertecknat dessa avtal en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas byggtreprenader, varor, tjänster och ekonomiska aktörer i unionen.

Bestämmelsen anger vilka skyldigheter upphandlande myndigheter och enheter har när det gäller behandlingen av aktörer i tredjeland. Motsvarande bestämmelser i nuvarande direktiv (artikel 5 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 12 i 2004 års LUF-direktiv) har inte tagits in i LOU respektive LUF (se SOU 2005:22 s. 203 och 403, saken berördes inte särskilt i prop. 2006/07:128 del 1). Motsvarande bestämmelser fanns även i äldre direktiv men togs inte in i 1992 års LOU.

Upphandlingslagstiftningen är generell och samma regler som gäller i förhållande till medlemsstater gäller vid upphandling från företag i medlemsstater och tredjeland. Det finns inte något behov av att föra in bestämmelsen om WTO-avtal och andra internationella avtal i de nya lagarna.

10.11 Allmänna bestämmelser utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: De allmänna bestämmelser som föreslås i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska i huvudsak tillämpas vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området.

Bestämmelserna om tilldelning av kontrakt i separata delar ska dock inte tillämpas. Inte heller ska bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande och val av anbud tillämpas.

Promemorians och utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast en remissinstans, *Foyen advokatfirma*, yttrar sig särskilt i frågan. Advokatfirman föreslår att en bestämmelse införs för det icke direktivstyrda området som ger den upphandlande myndigheten eller enheten större frihet att begära in kompletterande information i anbudsskedet.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda allmänna bestämmelserna i LOU och LUF gäller även vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. De allmänna bestämmelserna i de föreslagna lagarnas 4 kap. bör därför i huvudsak göras tillämpliga vid upphandling enligt bestämmelserna i 19 kap. i lagarna. Det sagda innebär exempelvis att bestämmelserna om rättelse av fel, förtydligande och komplettering av handlingar från leverantörer bör gälla även på det icke direktivstyrda området. De föreslagna bestämmelserna ger den upphandlande myndigheten eller enheten möjlighet att begära kompletterande information i anbudsskedet, så länge principerna om likabehandling och öppenhet iaktas. Regeringen ser inte något behov av att ytterligare reglera denna fråga på det icke direktivstyrda området. Som *Lagrådet* påpekat bör det emellertid regleras att en upphandlande myndighet eller enhet som önskar att reservera deltagandet i en upphandling i enlighet med bestämmelserna om reserverad upphandling ska ange detta i annonsen.

De nya bestämmelserna i direktiven om uppdelning av kontrakt i delar tar främst sikte på större kontrakt. Regeringen bedömer att bestämmelserna inte tillför något på det icke direktivstyrda området och de bör därför inte göras tillämpliga där. De bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande och val av anbud, som föreslås i kapitlet Allmänna bestämmelser i de nya lagarna, beskriver gången vid upphandlingar som omfattas fullt ut av direktiven. Det är enligt

Prop. 2015/16:195 regeringens mening inte nödvändigt att göra dem tillämpliga vid andra slag av upphandlingar.

Som framgått (se avsnitt 9.4) föreslår regeringen inte nu några bestämmelser på det icke direktivstyrda området som motsvarar artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet.

11 Tröskelvärden

Upphandlingsdirektiven är tillämpliga endast om upphandlingens värde uppgår till minst de tröskelvärdesbelopp som anges i respektive direktiv. Bestämmelserna om tröskelvärden i LOU-direktivet och LUF-direktivet är inte föremål för några mer genomgripande förändringar i förhållande till 2004 års LOU- och LUF-direktiv. Vissa ändringar och nyheter finns dock. Bestämmelsernas innehåll och lydelse i de båda direktiven har också anpassats till varandra så att direktiven i största möjliga utsträckning överensstämmer. Övervägandena nedan rör främst de förändringar som gjorts och hur de bör få genomslag i den nya lagstiftningen.

För upphandling av koncessioner gäller enligt LUK-direktivet ett och samma tröskelvärde oavsett om det är en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som tilldelar koncessionen och oavsett om upphandlingen avser tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner. När det gäller beräkningen av en koncessions värde finns vissa bestämmelser som är specifika för LUK-direktivet men också bestämmelser som i huvudsak har sin motsvarighet i LOU- och LUF-direktivet.

På *Lagrådets* inrådan har de inledande bestämmelserna om tröskelvärden strukturerats om. Dels har en grundläggande bestämmelse om tröskelvärdenas funktion placerats i 1 kap, dels har i den inledande bestämmelsen i 5 kap. en hänvisning gjorts till direktivets bestämmelser om tröskelvärden.

11.1 Tröskelvärden i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

Regeringens förslag: Bestämmelserna om tröskelvärden i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska i huvudsak motsvara dagens reglering. En hänvisning ska göras i den inledande bestämmelsen i respektive lag till aktuellt direktiv i stället för som i dag räkna upp de olika kategorier av upphandling för vilka tröskelvärden ska gälla. Några belopp ska inte anges direkt i författningstexten, utan en hänvisning görs till beloppen sådana de anges i upphandlingsdirektiven eller kommissionens beslut och meddelanden. Tröskelvärdabeloppen ska tillkännages av regeringen.

Ett särskilt tröskelvärde ska gälla för den nya kategorin sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I förhållande till promemorians förslag har de inledande paragraferna fått en annan utformning.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans kommenterar förslaget särskilt.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 4 i LOU-direktivet och artikel 15 i LUF-direktivet finns bestämmelser om tröskelvärden. Direktiven ska tillämpas på upphandlingar vars värde, exklusive mervärdesskatt, beräknas uppgå till minst vissa belopp, som anges i fasta tal i artiklarna. Precis som i 2004 års direktiv görs en uppdelning utifrån de olika slagen av upphandling (byggtreprenader, varor och tjänster) samt, i LOU-direktivet, olika typer av upphandlande myndigheter. När det gäller det sistnämnda har vissa förenklingar gjorts. I artikel 4 i LOU-direktivet har det särskilda tröskelvärdet för centrala statliga myndigheters upphandling av B-tjänster tagits bort, som en konsekvens av att tjänster inte längre delas in i A-tjänster och B-tjänster. Vidare har det särskilda tröskelvärdet för sådana myndigheters upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster och vissa tjänster på telekommunikationsområdet tagits bort. En liknande enklare reglering av tröskelvärdena gäller redan i dag på försörjningsområdet.

De tröskelvärden som gäller från och med 1 januari 2016 är enligt LOU-direktivet 5 225 000 euro för byggtreprenadkontrakt (artikel 4 a), 135 000 euro för varu- och tjänstekontrakt som tilldelas och projektävlingar som anordnas av centrala statliga myndigheter (artikel 4 b), 209 000 euro för varu- och tjänstekontrakt som tilldelas och projektävlingar som anordnas av myndigheter under den centrala nivån (artikel 4 c) och 750 000 euro för sådana tjänster som avses i bilaga 2 (artikel 4 d). De värden som gäller enligt artikel 4 och c gäller även för artikel 13 a och b. Aktuella tröskelvärden enligt LUF-direktivet är 418 000 euro för varu- och tjänstekontrakt (artikel 15 a), 5 225 000 euro för byggtreprenadkontrakt (artikel 15 b) och 1 000 000 euro för sådana tjänster som avses i bilaga 2 (artikel 15 c).

Prop. 2015/16:195 Bestämmelserna om tröskelvärden i 2014 års direktiv utgår från värdet av en upphandling, i stället för som i 2004 års direktiv värdet av ett kontrakt. Det hänger samman med att 2014 års direktiv introducerar en definition av begreppet upphandling (se avsnitt 6.1.2). En upphandling avslutas normalt genom ett eller flera kontrakt. Såväl ramavtal som dynamiska inköpssystem och inrättande av innovationspartnerskap är moment i vad som är upphandling i direktivens mening. Regeringen bedömer att det är i förtydligande syfte som begreppet används i tröskelvärdesbestämmelserna. Någon ändring av rättsläget är inte avsedd. De nya lagarna bör utformas i överensstämmelse med direktiven. Det bör i lagstiftningen konsekvent uttryckas att värdet av en upphandling ska uppskattas på visst sätt.

Tröskelvärdena för projekttävlingar har arbetats in i artikel 4 i LOU-direktivet och artikel 14 i LUF-direktivet om tröskelvärden och anges inte längre i en särskild artikel (jfr artikel 67.1 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 61 i 2004 års LUF-direktiv). Genom den lagstiftningsteknik som nu används i den inledande bestämmelsen i kapitlet med hänvisning till direktivet kommer tröskelvärdet för projekttävlingar att omfattas av bestämmelsen.

I artikel 6 i LOU-direktivet och artikel 17 i LUF-direktivet finns bestämmelser om revidering av tröskelvärdena. De motsvarar i princip nuvarande reglering (se artiklarna 78 och 79 första stycket 2 a i 2004 års LOU-direktiv respektive artiklarna 69 och 70.2 g i 2004 års LUF-direktiv). Sammanfattningsvis ges kommissionen befogenhet att vid behov revidera tröskelvärdena vartannat år efter en avstämning gentemot WTO-avtalet. Befogenheten avser de olika tröskelvärdena för bygg-entreprenader och varor och tjänster (artikel 4 a–4 c i LOU-direktivet och artikel 15 a–15 c i LUF-direktivet). Däremot gäller befogenheten inte det nya tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster (artikel 4 d i LOU-direktivet och artikel 15 d i LUF-direktivet), eftersom det tröskelvärdet inte omfattas av WTO-avtalet.

Artikel 6.3 i LOU-direktivet och artikel 17.2 i LUF-direktivet reglerar kommissionens befogenhet att fastställa motvärden till de reviderade tröskelvärdena när det gäller de medlemsstater som, likt Sverige, inte har euro som valuta. I andra stycket finns en särskild reglering beträffande omräkning till nationella valutor av tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Syftet med den regleringen är att kommissionen vid behov ska kunna korrigera för eventuella valutakursförändringar mellan euro och de nationella valutorna.

Bestämmelserna om tröskelvärden och revidering av dessa bör enligt regeringen genomföras i de nya lagarna med delvis samma lagtekniska lösning som i de nuvarande lagarna. Paragrafen i respektive lag med bestämmelser om tröskelvärden bör som i nuvarande reglering inte innehålla några direkta belopp. I stället bör en hänvisning göras till relevant upphandlingsdirektiv, de eventuella beslut eller meddelanden från kommissionen genom vilken de i direktiven angivna värdena har reviderats samt till regeringens särskilda tillkännagivanden. I den nya lagen om offentlig upphandling bör även hänvisas till tillkännagivanden från regeringen beträffande de försvarsprodukter som omfattas av bilaga III till LOU-direktivet. *Lagrådet* har föreslagit att en bestämmelse om tröskelvärdenas funktion ska tas in i 1 kap. och att den inledande

bestämmelsen i kapitlet om tröskelvärden endast ska hänvisa till direktivets bestämmelse. Regeringen delar Lagrådets uppfattning om att det skapar en tydligare struktur och mer lättförståelig lagtext. I stället för att de olika kategorierna av tröskelvärden räknas upp som i nuvarande lag ska endast en hänvisning göras till direktivet. Bestämmelsen i 1 kap. bör ange att upphandling eller en projekttävling som uppgår till minst ett visst tröskelvärde ska genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap. medan en upphandling eller en projekttävling vars värde understiger tröskelvärdet ska genomföras med tillämpning av 19 kap. Även en upphandling som avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2 ska upphandlas enligt 19 kap. Bestämmelsens syfte ska vara att i ett tidigt skede peka ut vilken uppsättning regler som är tillämpliga på en viss upphandling eller projekttävling. Denna förändring i förhållande till nuvarande reglering är inte avsedd att medföra någon ändring i sak.

I likhet med nuvarande ordning (se artikel 8 i 2004 års LOU-direktiv) finns i LOU-direktivet en särskild bestämmelse i artikel 13 om direktivets tillämplighet för kontrakt som rör uppförande av vissa slag av byggnader, bl.a. sjukhus, och som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet. Bestämmelserna i artikeln är oförändrade i sak. I artikeln anges vissa tröskelvärdesbelopp. Artikel 6.2 i LOU-direktivet innebär att kommissionen även ska revidera dessa tröskelvärden. Artikel 8 i 2004 års LOU-direktiv har genomförts i 3 kap. 2 § LOU, dvs. i kapitlet om tröskelvärden. I den paragrafen hänvisas beträffande tröskelvärdesbeloppen till kommissionens beslut och meddelanden samt regeringens tillkännagivanden. Den paragraf i den nya lagen om offentlig upphandling som genomför artikel 13 i LOU-direktivet, och som kan sägas röra tillämpningsområdet för lagen i en särskild situation, ska i stället placeras i 1 kap. för att passa in i den nya struktur som föreslagits av Lagrådet. På motsvarande sätt som beträffande andra kategorier av tröskelvärden ska en bestämmelse som hänvisar till tröskelvärdesbeloppen, till kommissionens beslut och meddelanden samt regeringens tillkännagivanden tas in i kapitlet om tröskelvärden.

11.2 Uppskattning av värdet av en upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om uppskattning av värdet av en upphandling som i huvudsak motsvarar nuvarande bestämmelser.

Lagarna ska innehålla bestämmelser om uppskattning av värdet av ett dynamiskt inköpssystem och ett innovationspartnerskap.

En bestämmelse om uppskattning av värdet av en projekttävling ska tas in i kapitlet om tröskelvärden.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock en delvis annan utformning av paragraferna om uppskattning av värdet av delkontrakt. Promemorian föreslår vidare att bestämmelser om uppskattning av värdet av en projekttävling ska tas in i kapitlet om projekttävlingar.

Remissinstanserna: Några remissinstanser framför synpunkter på utformningen av förslaget. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget att införa skrivningen ”som anges i upphandlingsdokumenten” i lagen i fråga om options- och förlängningsklausuler. *Kammarrätten i Göteborg* lyfter fram svårigheter att beräkna värdet av innovationspartnerskap och *SKL Kommentus* gör detsamma beträffande ramavtal. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det i lagarna, i likhet med direktiven, bör anges att det är fråga om ett uppskattat värde. *SKL Kommentus* anser att uttrycket planeras, i bestämmelsen om beräkning av ramavtals värde, bör ersättas med uttrycket uppskattas. *SKL Kommentus* anför vidare att det i lagtexten bör förtydligas att någon volym inte kan garanteras vid ramavtal eller dynamiska inköpssystem. *Advokatfirman Delphi* invänder mot utformningen av promemorians föreslagna bestämmelser när det gäller bestämmelsen om beräkning av värdet av varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas.

Skälen för regeringens förslag

Bestämmelser om metoder för uppskattning av värdet av en upphandling finns i artikel 5 i LOU-direktivet och i artikel 16 i LUF-direktivet. De motsvarar i huvudsak bestämmelserna i 2004 års direktiv. Dock finns en ny bestämmelse (artikel 5.2 i LOU-direktivet respektive 16.2 i LUF-direktivet) om uppskattning av värdet av en upphandling när en upphandlande myndighet eller enhet är strukturerad i ett antal separata operativa delar. Den bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 11.2.1. I artiklarna 5.5 och 5.6 i LOU-direktivet (artiklarna 16.5 och 16.6 i LUF-direktivet) finns bestämmelser om beräkning av värdet av ett dynamiskt inköpssystem respektive ett innovationspartnerskap. I LOU och LUF finns inte sådana bestämmelser eftersom det saknas reglering av dynamiska inköpssystem och innovationspartnerskap i de lagarna.

Bestämmelserna om uppskattning av värdena för projekttävlingar återfinns liksom i 2004 års direktiv i särskilda artiklar i direktiven (artikel 78 i LOU-direktivet respektive artikel 95 i LUF-direktivet). Regeringen anser emellertid att samtliga bestämmelser om uppskattning av värden ska samlas i ett kapitel i de nya lagarna, således även bestämmelsen om uppskattning av värdet av en projekttävling.

Artikel 5.4 i LOU-direktivet respektive artikel 16.4 i LUF-direktivet reglerar vid vilken tidpunkt det beräknade värdet ska gälla. Bestämmelserna motsvarar i sak gällande rätt. I konsekvens med terminologin i de nya direktiven används här begreppet anbudsinfordran, i stället för meddelande om upphandling. Vidare innebär regleringen en viss nyansering beträffande värdetidpunkten i sådana fall en anbudsinfordran inte krävs, t.ex. vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Värdetidpunkten är i dessa fall enligt direktiven den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten inleder upphandlingsförfarandet. De nya lagarna bör utformas i enlighet med detta. *Lagrådet* har ansett att den alternativa regeln bör gälla när en anbudsinfordran inte görs då en sådan mycket väl kan göras även om det inte krävs och det även i sådana fall är rimligt att räkna värdetidpunkten från anbudsinfordran. Regeringen anser emellertid att en sådan reglering avviker från direktivet i för sto utsträckning och att det finns en risk för att värdetidpunkten i något fall kan komma att bli en annan än den som anges i direktivet. Regeringen konstaterar att värdetidpunkten enligt alternativregeln i de fall en anbudsinfordran görs normalt sett kommer att sammanfalla med tidpunkten då anbudsinfordran görs.

Den allmänna bestämmelsen om beräkning av värdet av en upphandling

Artiklarna 5 i LOU-direktivet och 16 i LUF-direktivet är rubricerade ”Metoder för beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling”. Motsvarande artiklar i 2004 års direktiv är rubricerade ”Metoder för beräkning av det uppskattade värdet på [offentliga] kontrakt, ramavtal och dynamiska inköpssystem”. Den allmänna bestämmelsen i artikel 5.1 i LOU-direktivet och 16.1 i LUF-direktivet om beräkning av det uppskattade värdet utgår också från värdet av en upphandling och inte värdet av ett kontrakt. Som regeringen konstaterat ovan hänger detta samman med att begreppet upphandling definieras i 2014 års direktiv. De nya lagarna bör utformas i överensstämmelse med direktiven.

Som *Lagrådet* har påpekat reglerar bestämmelsen emellertid inte metoder för beräkning i egentlig mening utan snarare vad som ska ingå i det belopp som ska uppskattas. Den allmänna bestämmelsen innebär sålunda att värdet av en upphandling är det totala beloppet exklusive mervärdesskatt som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas i upphandlingen. Detta inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och de eventuella klausuler om förlängning av kontrakten som uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten. Om den upphandlande myndigheten eller enheten planerar för premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare ska den beakta dessa när den uppskattar upphandlingsvärdet.

I artikeln föreskrivs således, i fråga om options- och förlängningsklausuler, att sådana ska ingå i det värde som uppskattas men också att

Prop. 2015/16:195 de uttryckligen ska anges i upphandlingsdokumenten. Den sistnämnda föreskriften är ett tillägg i förhållande till 2004 års direktiv. I promemorian föreslås att en sådan föreskrift tas in i de direktivstyrda bestämmelserna i lagarna om värdet av en upphandling men också i den motsvarande nationella bestämmelsen i lagarnas 19 kap. *Konkurrensverket* anser att föreskriften inte bör tas in i lagarna. Som framgår av avsnitt 11.2.4 kan regeringen instämma i verkets synpunkt såvitt gäller den nationella bestämmelsen. Föreskriften bör dock tas in i lagarnas direktivstyrda bestämmelser. EU-lagstiftaren synes vilja tydliggöra att det bara är när options- och förlängningsklausuler anges i upphandlingsdokumenten som de får ingå i upphandlingen och t.ex. kan åberopas som grund för en tillåten ändring av ett kontrakt (artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet, se avsnitt 26.4). Föreskriften bör läsas som en anvisning till upphandlande myndigheter och enheter om en skärpt reglering.

Uppskattning av värdet i särskilda situationer

Artiklarna 5 i LOU-direktivet och 16 i LUF-direktivet anger i punkter bestämmelser om uppskattning av värdet i särskilda fall av upphandling – t.ex. beträffande ramavtal och dynamiska inköpssystem (femte punkten) och det nya förfarandet innovationspartnerskap (sjätte punkten). Direktivbestämmelserna anger i dessa fall att det är det högsta uppskattade värdet som ska beräknas. Beräkningsbestämmelserna i 2004 års direktiv är utformade på samma sätt. 2004 års bestämmelser har genomförts i LOU och LUF utan att det i paragraferna har angetts att beräkningen avser ett uppskattat värde. Regeringen anser att bestämmelserna, liksom övriga bestämmelser i kapitlet, ska uttrycka att värdet av upphandlingen ska uppskattas på visst sätt. Att det rör sig om en uppskattning och inte en beräkning framgår också av den allmänna bestämmelsen (5 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna).

Det bör dock inte införas en bestämmelse i lagarna om att någon volym inte kan garanteras vid ramavtal och dynamiska inköpssystem, som *SKL Kommentus* föreslår. Regeringen konstaterar att det inte finns någon sådan bestämmelse i upphandlingsdirektiven. Frågan får enligt regeringen bedömas som i huvudsak avtalsrättslig och den bör inte regleras i upphandlingslagarna.

Bestämmelserna om uppskattning av värdet i särskilda situationer i artikel 5 i LOU-direktivet och artikel 16 i LUF-direktivet är omstrukturerade jämfört med ordningen i 2004 års direktiv. Regeringen anser att bestämmelserna i de nya lagarna bör ha samma struktur som i 3 kap. LOU respektive LUF. Det bedöms vara bäst från tillämpningssynpunkt eftersom den nuvarande lagstrukturen är inarbetad och, såvitt framkommit, inte ifrågasatt.

Artikel 5.11 i LOU-direktivet (artikel 16.11 i LUF-direktivet) avser uppskattning av värdet i fråga om varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas (5 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 10 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Direktivbestämmelsen är oförändrad i förhållande till 2004 års direktiv. *Advokatfirman Delphi*

föreslår ett tillägg i lagbestämmelsen som innebär att det bara är värdet av sådan upphandling som inte har annonserats som ska beaktas vid värdeberäkningen. Direktivbestämmelsen kan dock enligt regeringen inte förstås på annat sätt än att det är det samlade värdet av såväl annonserade som icke annonserade upphandlingar som ska beaktas. *Lagrådet* har framfört omfattande kritik mot bestämmelsens utformning och anser att det är oklart hur den ska tillämpas, dock utan att föreslå någon annan utformning. Bestämmelsen är utformad i nära anslutning till direktivets lydelse och lydelsen var densamma i 2004 års direktiv. Regeringen delar *Lagrådets* uppfattning att bestämmelsen visserligen möjliggör olika tolkningar men anser likväl att den i likhet med nuvarande bestämmelse bör utformas i enlighet med direktiven. Det har inte framkommit i remitteringen eller på annat sätt att bestämmelsen skulle vålla några praktiska tillämpningsproblem.

Särskilt om upphandling av delkontrakt

I artikel 5.8–5.10 i LOU-direktivet (artikel 16.8–16.10 i LUF-direktivet) finns bestämmelser som rör delkontrakt. De är oförändrade i förhållande till motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv med ett undantag. I punkten 9 i 2014 års direktiv, om beräkningen av det uppskattade totala värdet vid planerad anskaffning av likartade varor, anges inte längre som en förutsättning för att bestämmelsen ska aktualiseras att de olika delkontrakten ska upphandlas samtidigt. Regeringen föreslår därför inte, till skillnad från promemorian, någon sådan föreskrift.

I artikel 5.10 i LOU-direktivet (artikel 16.10 i LUF-direktivet) finns en bestämmelse om att delkontrakt uppgående till vissa angivna värden får tilldelas utan tillämpning av de förfaranden som anges i direktivet. Regeringen föreslår, i likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF, att 19 kap. ska gälla för upphandling av kontrakt som på detta sätt undantas från de direktivstyrda bestämmelserna.

Särskilt om värdet av en projekttävling

Bestämmelserna i LOU-direktivet som reglerar hur värdet av en projekttävling ska uppskattas finns i artikel 78 och i LUF-direktivet i artikel 95. I båda direktiven regleras hur värdena för de två slagen av projekttävlingar ska uppskattas i separata stycken. I nuvarande lagstiftning regleras detta emellertid genom en gemensam bestämmelse. De separata styckena i artikel 78 respektive artikel 95 bedöms ha samma innehåll varför regleringen även fortsättningsvis kan finnas i en gemensam bestämmelse i respektive lag.

11.2.1 Uppskattning av värdet när en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i separata operativa enheter

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla nya bestämmelser om när värdet av en upphandling ska uppskattas särskilt för separata operativa enheter hos en upphandlande myndighet eller enhet.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans motsätter sig förslaget men flera har synpunkter på utformningen av regleringen. *Konkurrensverket* instämmer delvis i promemorians förslag men föreslår att det i lagbestämmelsen även bör ges exempel på vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om en separat operativ enhet är tillräckligt självständig. Även *Strömsunds kommun* anser att detta måste förtydligas. *Konkurrensverket*, *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* och *Advokatfirman Delphi* anser att det måste klargöras vem som är motpart vid en eventuell rättsprocess avseende en upphandling. *Svensk Energi* vill ha klargjort om reglerna om separata operativa enheter ska gälla även utanför det direktivstyrda området, vilket *Svensk Energi* förordar. Även *Swedish Medtech* anser att metoden för beräkning bör vara lika både över och under tröskelvärdet.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 5.2 i LOU-direktivet (artikel 16.2 i LUF-direktivet) finns bestämmelser som reglerar uppskattningen av värdet av en upphandling när en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i ett antal separata operativa enheter. Bestämmelserna saknar motsvarighet i 2004 års direktiv.

I artikel 5.2 första stycket i LOU-direktivet (artikel 6.2 första stycket i LUF-direktivet) sägs att om en upphandlande myndighet består av ett antal separata operativa enheter ska det uppskattade totala värdet för alla enskilda operativa enheter beaktas. Enligt bestämmelsens andra stycke får, trots vad som sägs i första stycket, värdena uppskattas för den berörda enheten om en separat operativ enhet självständigt ansvarar för sin upphandling eller vissa kategorier av denna.

När det gäller direktivens term separat operativ enhet kan det övervägas om något annat ord än enhet bör användas i lagarna eftersom det ordet redan används i sammansättningen upphandlande enhet. Regeringen bedömer dock att uttrycket separat operativ enhet sett för sig tydligast beskriver vad som avses. Det uttrycket bör därför användas.

Huvudregeln är att värdet av samtliga separata operativa enheters upphandling av t.ex. en viss vara ska läggas samman. Det kan dock finnas separata operativa enheter som hanterar hela eller delar av sin upphandling självständigt. En sådan enhet hanterar sin upphandling som om den vore en egen upphandlande myndighet, utan att vara det i formell mening. EU-lagstiftaren har i förenklande syfte velat göra det möjligt för sådana självständiga operativa enheter att inte behöva kontrollera övriga enheters anskaffningar när de beräknar värdet av sin självständigt genomförda upphandling.

De nya lagarna bör innehålla bestämmelser som genomför direktivens bestämmelser med en direktivnära utformning. Regeringen anser det inte lämpligt att, som *Konkurrensverket* och *Strömsunds kommun* förordar, ge

exempel i lagtexten på vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om en separat operativ enhet är självständig. I skäl 20 i LOU-direktivet (skäl 30 i LUF-direktivet) ges viss vägledning för hur den analysen bör göras. Se författningskommentaren till 5 kap 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, där en utförligare redovisning lämnas.

En upphandlande myndighet eller enhet torde regelmässigt vara organisatoriskt indelad i t.ex. flera kontor, avdelningar eller enheter. Sådana organisatoriska delar får enligt regeringens mening presumeras vara osjälvständiga. Det är enbart sådana separata operativa enheter som de facto genomför upphandling självständigt, i den mening som beskrivs ovan, som har möjlighet att beräkna tröskelvärdet separat. I alla andra fall gäller huvudregeln, dvs. att värdet av den separata operativa enhetens anskaffning ska läggas samman med värdet av samma slag av anskaffning hos övriga delar av den upphandlande myndigheten eller enheten. Ett exempel kan vara en separat operativ enhet som normalt tillgodoser sitt behov av en viss vara genom att avropa från ramavtal som den upphandlande myndigheten som sådan har ingått eller använder. En sådan enhet bör enligt regeringen inte anses som självständig i aktuell mening.

En berörd upphandlande myndighet eller enhet bör därför avgöra frågan om en separat operativ enhet är självständig eller inte efter en analys av om den separata enheten självständigt ansvarar för sin upphandling eller vissa kategorier av denna. Det förutsätts att den upphandlande myndigheten eller enheten vid behov kan redogöra för hur analysen har utförts och visa att förutsättningarna för tillämpning av bestämmelsen är uppfyllda.

Genom lagstiftning 2010 infördes en fast direktupphandlingsgräns i upphandlingslagarnas kapitel med bestämmelser för upphandlingar som inte omfattas av direktiven. I samband med det infördes även en bestämmelse i det kapitlet om beräkning av värdet av ett kontrakt. Motsvarande bestämmelser föreslås av regeringen tas in i de nya lagarna (se avsnitt 11.2.4). Den nationella bestämmelsen tar sikte på när en upphandlande myndighet eller enhet uppskattar värdet av ett kontrakt som den överväger att direktupphandla. Avsikten är att samtliga upphandlingar av samma slag inom en och samma upphandlande myndighet eller enhet ska läggas till grund för uppskattningen av upphandlingens värde (prop. 2009/10:180 del 1 s. 292 f.).

Svensk Energi och *Swedish Medtech* tar upp frågan hur de föreslagna direktivstyrda bestämmelserna om separata operativa enheter förhåller sig till nyss nämnda nationella bestämmelser. Det saknas dock beredningsunderlag för någon mer genomgripande förändring av bestämmelserna för upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Regeringen föreslår därför att den ordning som enligt ovan gäller i dag, ska fortsätta att gälla. Självständiga operativa enheter inom en myndighet eller enhet bör således ta hänsyn till värdet av samtliga upphandlingar av samma slag inom myndigheten eller enheten när den avgör om kontraktet kan direktupphandlas eller inte. Enheten kan exempelvis planera att upphandla en viss vara vars värde, uppskattat för enheten för sig, understiger direktupphandlingsgränsen. Om en sammanläggning med värdet av samtliga upphandlingar av samma slag inom myndigheten eller

Prop. 2015/16:195 enheten innebär att direktupphandlingsgränsen överskrids, får varan inte direktupphandlas. Den självständiga operativa enheten får däremot upphandla varan genom konkurrensutsättning enligt något annat förfarande i 19 kap. i de föreslagna lagarna, oavsett värdet av övriga operativa enheters upphandling. Det kan finnas anledning att återkomma till frågan om utrymmet för separata operativa enheter att direktupphandla i samband med den utvärdering av direktupphandlingsgränserna som regeringen aviserade i samband med att direktupphandlingsgränserna höjdes (prop. 2013/14:133 s. 21).

Konkurrensverket tar upp frågan om förhållandet mellan begreppen juridisk person, upphandlande myndighet och separata operativa enheter. Bestämmelserna om separata operativa enheter tar endast sikte på vad som är självständiga respektive osjälvständiga delar av en upphandlande myndighet eller enhet. De avser inte frågan vad som konstituerar en upphandlande myndighet eller enhet. Den saken får avgöras med tillämpning av lagarnas definitioner av upphandlande myndigheter respektive enheter och ytterst i rättstillämpningen.

En anslutande fråga, som har tagits upp av ett par remissinstanser, är vem från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida som har att svara i ett mål om överprövning. Bestämmelserna om överprövning utgår från att det är den upphandlande myndighet eller enhet vars beslut sätts i fråga som har att svara i en överprövningsprocess. Vem som har behörighet att företräda myndigheten eller enheten i en sådan process får i första hand ses som en intern organisatorisk fråga. Om den upphandlande myndigheten eller enheten vid en analys enligt ovan kommer fram till att någon eller några av dess enheter kan betraktas som självständiga, bör den i det sammanhanget också slå fast vem som svarar för den upphandlande myndigheten eller enheten i eventuella överprövningsprocesser. Detta bör också tydliggöras för berörda leverantörer på lämpligt sätt. Ett sätt kan t.ex. vara att det anges i något av upphandlingsdokumenten i upphandlingar som den självständiga enheten genomför.

11.2.2 Uppskattning av värdet av kontrakt som avser både varor och tjänster

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse i de nya lagarna motsvarande nuvarande bestämmelser om att värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska omfatta det totala värdet av kontraktet, inklusive monterings- och installationsarbeten.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans berör frågan.

Skälen för regeringens bedömning: I artikel 17.8 i 2004 års LUF-direktiv finns en bestämmelse om att värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska omfatta det totala värdet av kontraktet och att i det totala värdet även värdet av monterings- och installationsarbeten ska räknas in. Den bestämmelsen i 2004 års LUF-direktiv har genomförts genom 3 kap. 5 § LUF. En motsvarande bestämmelse togs på Lagrådets inrådan in i 3 kap. 6 § LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 316).

Artikel 17.8 i 2004 års LUF-direktiv motsvaras enligt jämförelsetabellen i LUF-direktivet (bilaga XXI) av den allmänna bestämmelsen i artikel 16.1 i LUF-direktivet, vars motsvarighet återfinns i artikel 5.1 i LOU-direktivet. Sammanfattningsvis innebär den bestämmelsen att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala värdet av upphandlingen.

Det finns inte någon bestämmelse i något av de nya direktiven som specifikt reglerar hur värdet av kontrakt som avser både varor och tjänster ska uppskattas. Det får anses följa av den allmänna bestämmelsen att uppskattning av värdet av en upphandling som avser anskaffning av både varor och tjänster även fortsättningsvis ska omfatta det totala värdet av upphandlingen och att i det totala värdet även värdet av monterings- och installationsarbeten ska räknas in. Någon motsvarighet till 3 kap. 6 § LOU respektive 3 kap. 5 § LUF bör därför enligt regeringens bedömning inte tas in i de nya lagarna.

11.2.3 Förbud mot kringgående

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla ett generellt förbud mot att välja en metod för att uppskatta en upphandlings värde i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

Det ska också anges att det endast är tillåtet att dela upp en byggtreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir i tillämpliga om det är motiverat av objektiva skäl.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse i de nya lagarna med ett uttryckligt förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå bestämmelserna i den särskilda situationen med varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller förnyas.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock en delvis annan utformning av lagbestämmelserna.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar förslaget, *Advokatfirman Delphi*, anser att promemorians förslag till bestämmelse om förbud mot uppdelning av kontrakt är olämpligt då det ger intryck av att det kan vara tillåtet att dela upp en upphandling i syfte att kringgå lagens bestämmelser.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 9.3 i 2004 års LOU-direktiv (genomförd genom 3 kap. 5 § LOU) respektive artikel 17.2 i 2004 års LUF-direktiv (genomförd genom 3 kap. 4 § LUF) innebär ett förbud mot att dela upp en byggtreprenad eller ett planerat köp av en viss mängd varor eller tjänster i avsikt att kringgå tillämpningen av direktivet. Artikel 17.2 i 2004 års LUF-direktiv innehåller härutöver, till skillnad från artikel 9.3 i 2004 års LOU-direktiv, ett generellt förbud mot att använda speciella metoder för att beräkna kontraktets värde i avsikt att kringgå bestämmelserna i direktivet. Med

Prop. 2015/16:195 hänsyn till att denna del av bestämmelsen omfattades av det allmänna kravet i 1 kap. 24 § LUF att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt bedömdes den överflödig och togs därför inte in i LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 481). Bestämmelserna i 3 kap. 4 § LOU och 3 kap. 5 § LUF är därför likalydande och föreskriver ett förbud mot att dela upp en byggtreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i respektive lag.

I artikel 5.3 i LOU-direktivet och artikel 16.3 i LUF-direktivet föreskrivs i första meningen ett förbud mot att välja metod för beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling i syfte att undanta upphandlingen från direktivets tillämpningsområde. I andra meningen sägs att en upphandling inte får delas upp för att förhindra att upphandlingen omfattas av direktivet, såvida inte detta motiveras av objektiva skäl.

Det rör sig om två förbud. De nya lagarna bör enligt regeringen innehålla motsvarande förbud. Regeringen konstaterar att direktivbestämmelsen ger intryck av att det i vissa fall är tillåtet att dela upp en upphandling i syfte att direktivet inte ska bli tillämpligt. Som *Advokatfirman Delphi* påpekat kan detta inte vara syftet med bestämmelsen. Orsaken till att en upphandlande myndighet eller enhet tillåts dela upp en upphandling är att det finns objektivt godtagbara skäl för det. Ett syfte att kringgå bestämmelserna utgör inte sådana skäl. Objektiva skäl synes exempelvis kunna vara när tröskelvärdena kan beräknas särskilt för en självständig operativ enhet (skäl 20 i LOU-direktivet och skäl 30 i LUF-direktivet) eller när något av delkontrakten efter en uppdelning får ett sådant lägre värde att artikel 5.10 i LOU-direktivet respektive artikel 16.10 i LUF-direktivet blir tillämplig (se avsnitt 11.2 ovan, jfr skäl 78 andra stycket i LOU-direktivet och skäl 87 första stycket i LUF-direktivet). Om de objektiva skälen medför att en upphandling delas upp är således inte syftet med uppdelningen att kringgå bestämmelserna. Den paragraf som genomför direktivbestämmelsen bör enligt regeringen utformas i enlighet med *Lagrådets* förslag som en regel om att det endast är tillåtet att dela upp en upphandling så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen inte blir tillämpliga, om det är berättigat av objektiva skäl. Av detta följer att om objektiva skäl saknas är det förbjudet att dela upp upphandlingen på ett sådant sätt att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga. Direktivets andra förbud, angående metod för att uppskatta värdet av upphandlingen, bör genomföras som ett förbud mot att välja metod för att uppskatta värdet av upphandlingen i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

Artikel 9.7 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv, som behandlar beräkningen av värdet av varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som förnyas, innehåller – till skillnad från motsvarande bestämmelse i artikel 17.7 i 2004 års LUF-direktiv – ett förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå direktivets bestämmelser. Det förbudet har förts in i 3 kap. 10 § andra stycket LOU och en motsvarande bestämmelse har förts in i 3 kap. 9 § andra stycket LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 484). I 2014 års direktiv återfinns bestämmelserna

om beräkning av regelbundet återkommande varu- och tjänstekontrakt m.m. i artikel 5.11 i LOU-direktivet respektive 16.11 i LUF-direktivet. Artikeln innehåller inte något särskilt förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå direktivets bestämmelser. Regeringen bedömer, i likhet med promemorian, att en sådan bestämmelse inte heller bör tas in i de nya lagarna. Behovet av reglering tillgodoses genom det allmänna förbudet mot att välja sådana beräkningsmetoder.

11.2.4 Direktupphandling och beräkning av värdet av upphandlingar utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om direktupphandling och uppskattning av värdet av en upphandling som motsvarar nuvarande reglering.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår dock en delvis annan utformning av paragrafen om uppskattning av värdet av en upphandling.

Remissinstanserna: Ett fåtal remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget att i paragrafen om beräkning av värdet av en upphandling införa skrivningen ”som anges i upphandlingsdokumenten” i fråga om options- och förlängningsklausuler. *Konkurrenskommissionen* förordar att lagtexten förtydligas med en regel om hur kontrakt som löper på obestämd tid ska beräknas.

Skälen för regeringens förslag: I 15 kap. LOU respektive LUF finns bestämmelser om de närmare förutsättningarna för när direktupphandling får ske och om beräkning av värdet av ett kontrakt. Regeringen föreslår att motsvarande bestämmelser tas in i de nya lagarnas kapitel med bestämmelser om upphandling som inte omfattas av direktiven. I linje med de direktivstyrda bestämmelserna bör begreppet upphandling användas i bestämmelsen om uppskattning av värdet i stället för begreppet kontrakt. Någon ändring i sak är inte avsedd. De nya direktivens tröskelvärdesbestämmelser har en föreskrift om att options- och förlängningsklausuler ska anges i upphandlingsdokumenten (se avsnitt 11.2). Promemorian föreslår en motsvarande föreskrift i den nationella bestämmelsen. Det kan, som *Konkurrensverket* tar upp, tänkas fall av otillåtna direktupphandlingar där det saknas upphandlingsdokument. I den mån det i ett sådant fall skulle kunna påvisas överenskomna options- och förlängningsklausuler som inte har dokumenterats torde det enligt regeringens bedömning i och för sig inte finnas något hinder mot att inkludera värdet av dessa vid en uppskattning av upphandlingens värde i t.ex. ett mål om upphandlingsskadeavgift. Regeringen bedömer dock att det inte finns något behov av föreskriften i detta sammanhang och föreslår därför inte någon sådan.

Bestämmelsen om uppskattningen av värdet av en upphandling rör situationen att den upphandlande myndigheten eller enheten avser att direkttilldela ett kontrakt. Bestämmelsen är inte föremål för någon materiell översyn i detta lagstiftningsärende. Det bör därför inte nu tas in

Prop. 2015/16:195 en kompletterande bestämmelse om hur en upphandlande myndighet eller enhet ska uppskatta värdet av kontrakt som löper på obestämd tid, som *Konkurrenskommissionen* föreslår.

11.3 Tröskelvärde för koncessioner och beräkning av en koncessions värde

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om tröskelvärde och hur koncessioners värde ska beräknas.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en annan struktur på de inledande bestämmelserna. Utredningen föreslår också en delvis annan utformning av paragrafen om beräkning av värdet av delkontrakt.

Remissinstanserna: Instämmer i förslaget eller har inget att invända. *Kammarrätten i Göteborg* anser att av bestämmelsen i föreslagna 2 kap. 1 § tredje stycket lagen om upphandling av koncessioner bör framgå att lagens 15 kap. gäller också för upphandling av sådana delkontrakt som avses i 5 kap. 8 § andra stycket.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna i direktivet är tillämpliga endast om värdet på en koncession uppgår till minst det tillämpliga tröskelvärdet. Tröskelvärdet i LUK-direktivet är detsamma oavsett om det är en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som tilldelar koncessionen och oavsett om upphandlingen avser tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner. Bestämmelserna om tröskelvärde och uppskattning av en koncessions värde finns i artikel 8 i direktivet och motiven anges i skäl 23. Tröskelvärdet fastställs av kommissionen och kan revideras på motsvarande sätt som gäller för tröskelvärdena vid upphandling avseende kontrakt om varor, tjänster eller byggentreprenader (se artikel 9 i LUK-direktivet). Aktuellt tröskelvärde från och med den 1 januari 2016 enligt LUK-direktivet är 5 225 000 euro.

Hur värdet på en koncession ska uppskattas skiljer sig från hur värdet på en upphandling av avseende varor, tjänster eller byggentreprenader enligt de övriga upphandlingslagarna ska bestämmas. En koncessions värde är den upphandlande myndighetens eller enhetens uppskattning av den sammanlagda omsättningen som koncessionen genererar under den tid som koncessionen varar, exklusive mervärdesskatt. De intäkter som koncessionshavaren får som ersättning för de tjänster och byggentreprenader som koncessionen avser, samt värdet på varor som följer med sådana byggentreprenader och tjänster utgör alltså koncessionens värde. Det är alltid frågan om en förhandsbedömning av värdet eftersom det slutliga värdet inte kan vara känt förrän koncessionen är avslutad. Uppskattningen måste dock ske på ett omsorgsfullt sätt och vara så korrekt som möjligt. *Lagrådet* har ansett att lagrådsremissens förslag och direktivets bestämmelse om hur värdet av en koncession ska uppskattas är delvis obegriplig och att den bör utformas i enlighet med vad som kan antas vara avsett. Regeringen delar *Lagrådets* uppfattning

delvis beträffande innebörden av direktivet. Värderingen av en koncession ska grunda sig på det sammanlagda beloppet av den rätt att utnyttja byggnadsverket eller tjänsten och den eventuella betalning och som enligt definitionen av koncessionen ska utgöra ersättning till koncessionshavaren. Beloppet av rätten att utnyttja byggnadsverket eller tjänsten utgörs av koncessionshavarens omsättning till följd av koncessionen under dess löptid. Vid uppskattningen av värdet ska även varor som följer med koncessionen räknas in.

Den upphandlade myndigheten eller enheten ska vid inledandet av ett upphandlingsförfarande avseende koncessioner göra en uppskattning av koncessionens värde. Uppskattningen ska grundas på en objektiv metod som ska anges i något av koncessionsdokumenten.

I artikel 8.3–8.6 i direktivet anges vilka hänsyn som ska tas vid uppskattningen av värdet och i övrigt vad som gäller när en koncessions värde ska uppskattas. Bestämmelserna motsvarar delvis bestämmelserna om uppskattning av värdet av en upphandling avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. Artikel 8.3 i direktivet, som anger vilka faktorer som måste beaktas vid uppskattningen, har dock ingen direkt motsvarighet i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Uppräkningen anger de faktorer som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att ta hänsyn till vid uppskattningen. Det görs ingen skillnad mellan tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. Uppräkningen i artikeln är inte uttömmande.

Det som ska ingå i det uppskattade värdet är bl.a. värdet på varje form av optionsrätt och möjlighet till förlängning av koncessionens löptid samt intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter utom de som tagits ut på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar. Vidare ska ersättningar och varje form av ekonomisk fördel som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet beaktas. Alla former av ersättningar och ekonomiska fördelar från myndigheter eller enheter till koncessionshavaren ska alltså tas med i uppskattningen, även om de inte utgör direkt ersättning för utförandet av de tjänster eller byggentreprenader som koncessionen avser. Det måste dock vara möjligt att på något sätt koppla ersättningen till koncessionen i fråga. Vidare ska värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar som koncessionshavaren får från tredje part beaktas oavsett vilken form dessa har. Vidare ska intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen beaktas, vilket innebär att försäljningsintäkter som uppkommer vid försäljning av t.ex. begagnade maskiner som köpts in för utförandet av koncessionen ska tas med i beräkningen. Värdet av varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av den upphandlande myndigheten eller enheten ska också tas med i uppskattningen i den utsträckning varorna och tjänsterna är nödvändiga för att utföra byggentreprenaderna eller tjänsterna. Som exempel kan nämnas att värdet av tillgångar som ursprungligen tillhör den upphandlande myndigheten eller enheten men som kommer att tillhöra koncessionshavaren efter utgången av koncessionen ska beaktas. I den utsträckning koncessionshavaren ger kompensation för tillgången ska avdrag göras för detta. Härutöver ska beaktas premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare. Det värde som räknas fram på

Prop. 2015/16:195 detta sätt kallas det uppskattade värdet och ska vara giltigt vid den tidpunkt som koncessionsmeddelandet skickas ut, eller, då ett sådant meddelande inte krävs, när förfarandet för koncessionstilldelning inleds.

Den tidpunkt vid vilken förfarandet inleds beror på hur myndigheten eller enheten väljer att gå till väga, men kan exempelvis vara tidpunkten när den upphandlande myndigheten eller enheten låter annonsera om koncessionen i en lokaltidning, när myndigheten eller enheten kontaktar utvalda leverantörer eller när förhandlingar påbörjas med en leverantör som den avser teckna kontrakt med.

Det uppskattade värdet ska ligga till grund för om den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att följa de direktivstyrda reglerna på grund av att värdet eventuellt överstiger tröskelvärdet. Om det vid tilldelningen av en koncession visar sig att koncessionens värde är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet, ska emellertid det senare värdet användas för att avgöra om bestämmelserna i direktivet är tillämpliga. En upphandlande myndighet eller enhet som har beräknat en koncessions uppskattade värde till ett belopp som understiger tröskelvärdet och av den anledningen valt att inte följa de direktivstyrda bestämmelserna måste sålunda avbryta förfarandet och göra om upphandlingen, om det vid tilldelningen, efter att myndigheten eller enheten tagit del av anbuden, visar sig att värdet överstiger tröskelvärdet och det dessutom är minst 20 procent högre än den ursprungliga uppskattningen av värdet. Exempelvis kan priser eller avgifter höjas under den tid förfarandet pågår, vilket myndigheten eller enheten kan ha saknat anledning att räkna med i den första uppskattningen av värdet. Lagrådet har ifrågasatt hur bestämmelsen ska tillämpas med tanke på att några regler om tilldelning inte finns vid upphandling av koncessioner under tröskelvärdena. En upphandlande myndighet eller enhet har emellertid alltid skyldighet att överväga om de direktivstyrda bestämmelserna kan bli tillämpliga vid något tillfälle i förfarandet. Om någon bestämmelse i 5 kap. medför att koncessionen ska upphandlas enligt bestämmelserna över tröskelvärdena så gäller den oavsett vilka bestämmelser som finns för upphandlingar under tröskelvärdena.

Om värdet vid tilldelningen i och för sig överstiger tröskelvärdet men inte är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet, finns enligt direktivet ingen skyldighet att tillämpa direktivets bestämmelser. Det kan dock anmärkas att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att koncessionens värde är sådant att direktivet inte är tillämpligt (jfr t.ex. dom kommissionen mot Italien, C-157/06, EU:C:2008:530, p. 23).

I den utsträckning bestämmelserna om beräkningen av det uppskattade värdet av koncessioner överensstämmer med bestämmelserna om beräkningen av det uppskattade värdet av kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet, ska paragraferna i LUK utformas på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF. Övriga bestämmelser ska utformas i nära anslutning till motsvarande bestämmelser i LUK-direktivet.

Artiklarna 8.5 och 8.6 i LUK-direktivet rör uppskattning av värdet av delkontrakt. Utredningen har föreslagit att den paragraf som genomför bestämmelserna ska kompletteras med ett andra stycke som anger att

lagens 15 kap. om upphandling som inte omfattas av direktivet ska tillämpas för sådana delkontrakt som undantas enligt första stycket. Eftersom det – till skillnad från motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven – inte finns något undantag föreskrivet i första stycket behövs emellertid inte någon sådan komplettering. Därmed blir det inte aktuellt med någon hänvisning i lagens 2 kap. som *Kammarrätten i Göteborg* föreslår.

12 Upphandlingsförfaranden

12.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Vid offentlig upphandling och vid upphandling inom försörjningssektorerna ska, under de förutsättningar och på det sätt som närmare anges i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, något av följande upphandlingsförfaranden få användas:

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
5. konkurrenspräglad dialog, och
6. förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser är positiva till att varken öppet eller selektivt förfarande lyfts fram som huvudförfaranden. *Trafikverket* och *SKL Kommentus* anser dock att förhandlat förfarande med föregående annonsering fortfarande är ett undantag i förhållande till ett öppet eller selektivt förfarande.

Skälen för regeringens förslag: Av de nya direktiven följer att vid tilldelning av varu-, tjänste- eller byggentreprenadkontrakt ska en upphandlande myndighet eller enhet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med de nya direktiven (artikel 26.1 i LOU-direktivet respektive artikel 44.1 i LUF-direktivet). De förfaranden som medlemsstaterna enligt direktiven ska föreskriva att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får tillämpa är öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog, eller innovationspartnerskap (artikel 26 punkterna 2–4 i LOU-direktivet respektive artikel 44 punkterna 2 och 3 i LUF-direktivet).

Medlemsstaterna har även möjlighet men ingen skyldighet att föreskriva att upphandlande myndigheter eller enheter ska få tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering (artikel 26.6 i LOU-direktivet respektive artikel 44.5 i LUF-direktivet). *Konkurrenskommissionen* anser att denna möjlighet inte bör utnyttjas. Bestämmelser om förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Prop. 2015/16:195 finns emellertid redan i de nuvarande upphandlingslagarna. Det har inte framkommit annat än att det fortfarande finns ett behov av ett sådant förfarande. Regeringen gör bedömningen att bestämmelser om detta bör tas in i de båda nya lagarna.

Vid offentlig upphandling gäller vid alla upphandlingsförfaranden, med undantag för förhandlat förfarande utan föregående annonsering, att leverantörerna efter en anbudsinfordran antingen ansöker om att få delta eller lämnar anbud. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling (artikel 26.5 första stycket LOU-direktivet). Om kontraktet tilldelas genom ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får medlemsstaterna föreskriva att upphandlande myndigheter under den centrala nivån (se avsnitt 6.7.5) eller specifika kategorier av dessa får göra anbudsinfordran genom en förhandsannons (artikel 26.5 andra stycket LOU-direktivet).

Av 44.4 a–c LUF-direktivet framgår att en anbudsinfordran vid upphandling inom försörjningssektorerna får göras på något av följande sätt:

1. genom en förhandsannons om kontraktet tilldelas genom ett selektivt eller ett förhandlat förfarande,
2. genom en annons om att det finns ett kvalificeringssystem om kontraktet tilldelas genom ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande eller genom en konkurrenspräglad dialog eller ett innovationspartnerskap, eller
3. genom en annons om upphandling.

Bestämmelserna om vad som kan utgöra en anbudsinfordran bör i de nya lagarna placeras i kapitlen om annonsering och inte i kapitlen om upphandlingsförfaranden.

Regleringen av upphandlingsförfarandena i direktiven överensstämmer i stort med den nuvarande regleringen. I några avseenden har det dock skett förändringar. Framför allt har möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog utvidgats i det nya direktivet i förhållande till 2004 års LOU-direktiv.

Den nya regleringen av offentlig upphandling lyfter i motsats till vad som följer av 2004 års LOU-direktiv inte fram öppet eller selektivt förfarande som huvudförfaranden i förhållande till förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog. Utgångspunkten är i stället att den upphandlande myndigheten vid varje upphandling ska använda sig av det förfarande som är bäst lämpat för just den enskilda upphandlingen. I likhet med vad som gäller enligt nuvarande reglering får emellertid andra förfaranden än öppet eller selektivt förfarande enligt direktivet fortfarande bara användas under särskilt angivna förutsättningar. Dessa förutsättningar är medlemsstaterna tvungna att införa i sina nationella rättsordningar.

En stor förändring i förhållande till gällande rätt är också att ett nytt upphandlingsförfarande införs, innovationspartnerskap. En annan stor förändring är att upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog, som enligt gällande rätt bara får användas vid offentlig upphandling, i och med LUF-direktivet nu införs som ett upphandlingsförfarande även vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens förslag: Regleringen av öppet förfarande respektive selektivt förfarande ska i sak i allt väsentligt överensstämma med den nuvarande regleringen.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Regleringen av öppet förfarande respektive selektivt förfarande (artiklarna 27 och 28 i LOU-direktivet och artiklarna 45 och 46 i LUF-direktivet) har behållits i princip oförändrad i de nya direktiven. I likhet med vad som i dag gäller uppställs inte några begränsningar för när ett öppet eller selektivt förfarande får användas.

12.1.2 Förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog

Regeringens förslag: Möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog vid offentlig upphandling ska utökas i förhållande till vad som hittills gällt. Regleringen av själva förfarandet i sig ska dock i allt väsentligt motsvara den nuvarande regleringen.

Regleringen av förhandlat förfarande med föregående annonsering vid upphandling inom försörjningssektorerna ska i allt väsentligt överensstämma med den nuvarande regleringen av förhandlat förfarande som föregås av annonsering.

Konkurrenspräglad dialog införs som ett upphandlingsförfarande vid upphandling inom försörjningssektorerna.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget är positiva till att möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering vid offentlig upphandling utvidgas i förhållande till gällande rätt. *Trafikverket* ifrågasätter dock lämpligheten i att förfarandet betecknas på samma sätt i den nya lagen om offentlig upphandling och i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Några av remissinstanserna har lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Konkurrensverket*, *Trafikverket*, *Konkurrenskommissionen*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Foyen*.

Skälen för regeringens förslag

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Förhandlat förfarande som föregås av en anbudsfordran kallas i LOU-direktivet "förhandlat förfarande under konkurrens" och i LUF-direktivet "förhandlat förfarande med föregående anbudsfordran". I princip är det dock fråga om ett och samma förfarande. Enligt LOU-direktivet får det förhandlade förfarandet emellertid bara användas om vissa förutsättningar är uppfyllda samtidigt som det direktivet innehåller fler detaljföreskrifter för förfarandet än LUF-direktivet. Själva förfarandet i

Prop. 2015/16:195 sig motsvarar i allt väsentligt det nuvarande förfarandet ”förhandlat förfarande med föregående annonsering” i LOU.

Regleringen i LUF-direktivet av förhandlat förfarande med föregående anbudsinfordran överensstämmer i sak med den nuvarande regleringen i LUF av förhandlat förfarande som föregås av annonsering. Det innebär bl.a. att det i motsats till vad som gäller enligt LOU inte uppställs några krav på att vissa förutsättningar måste vara uppfyllda för att förfarandet ska få tillämpas.

I promemorian görs bedömningen att ovan nämnda skillnader mellan direktiven vad gäller förutsättningarna för när förfarandet får användas, inte motiverar att det betecknas på ett sätt i den nya lagen om offentlig upphandling och på ett annat sätt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. *Trafikverket* ifrågasätter lämpligheten i denna bedömning. Verket menar att regleringen i de två direktiven skiljer sig åt på avgörande punkter. Verket pekar på att flexibiliteten för förfarandet i LOU-direktivet är klart beskuren genom fler föreskrifter för förfarandet än vad som är fallet för förfarandet i LUF-direktivet. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att förfarandet bör betecknas på samma sätt i de två nya lagarna. Den omständigheten att LOU-direktivet innehåller fler detaljföreskrifter för förfarandet än LUF-direktivet och att det senare direktivet medger större flexibilitet vid utformningen av förfarandet innebär enligt regeringens mening inte att de i grunden är olika förfaranden. Lämpligen kan den nuvarande beteckningen på förfarandet i LOU, dvs. ”förhandlat förfarande med föregående annonsering”, användas för att beteckna förfarandet i såväl den nya lagen om offentlig upphandling som i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, en bedömning som *Försvarets materielverk (FMV)* och *Konkurrensverket* instämmer i. Som FMV anför är det begreppet mer informativt, då just annonseringen är den springande punkten för att kunna möta direktivens krav på konkurrensutsättning. Konkurrens är möjligt att uppnå även inom ramen för direktupphandlingar genom att upphandlande myndigheter genom skrivelser eller dylikt inforrdrar anbud från flera anbudsgivare varför begreppet förhandlat förfarande under konkurrens kan leda till missuppfattningar.

Förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog vid offentlig upphandling

I skäl 42 till LOU-direktivet anges att det finns ett stort behov av att upphandlande myndigheter får större flexibilitet att välja ett upphandlingsförfarande enligt vilket förhandlingar ska föras än vad som gäller enligt nuvarande reglering. Det anges vidare att en ökad användning av dessa förfaranden också troligtvis ökar den gränsöverskridande handeln, eftersom en utvärdering utförd av kommissionen har visat att kontrakt som tilldelas genom förhandlat förfarande med föregående annonsering har en särskilt hög frekvens framgångsrika anbudsgivare från andra länder (se Europeiska kommissionens utvärderingsrapport *Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, SEC[2011]853 final). Det anges också att medlemsstaterna bör kunna föreskriva användning av förhandlat

förfarande med föregående annonsering under konkurrens eller konkurrenspräglad dialog i olika situationer där öppna eller selektiva förfaranden utan förhandlingar sannolikt inte skulle leda till tillfredsställande upphandlingsresultat.

Mot bakgrund av det anförda får förfarandena användas i fler fall enligt LOU-direktivet än enligt 2004 års LOU-direktiv. Regleringen av hur förfarandena ska genomföras motsvarar dock, som redan angivits, i allt väsentligt den nuvarande regleringen (se artiklarna 29 och 30 i LOU-direktivet).

Av artikel 26.4 a i LOU-direktivet framgår att medlemsstaterna ska föreskriva att de upphandlande myndigheterna får tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog för varor, tjänster eller byggtreprenader som uppfyller ett eller flera av ett antal kriterier som räknas upp i artikeln. De kriterier som räknas upp i artikeln bör således framgå av den nya lagen om offentlig upphandling och det bör framgå att de upphandlande myndigheterna får tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog om något av de angivna kriterierna är uppfyllda.

Konkurrenskommissionen och *Svenska Teknik & Designföretagen* vill att det förtydligas vad som avses med kriterierna i punkterna 1 och 2. Konkurrenskommissionen vill att förtydligandena tas in i lagen. Några förtydliganden av den art som nu efterfrågas ges emellertid inte i direktivet och bör därför enligt regeringens mening inte heller tas in i den nya lagen om offentlig upphandling. Det måste överlämnas till rättstillämpningen att närmare utveckla vad som avses med kriterierna i punkterna. Vad avser tolkningen av dessa kriterier kan dock vägledning hämtas från skäl 43 i LOU-direktivet som anger situationer när förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog bör få användas. Således torde byggtreprenadkontrakt som inte avser standardbyggnader eller som inbegriper formgivning eller innovativa lösningar omfattas av punkterna. I skältexten anges vidare att för tjänster eller varor som kräver anpassning eller formgivning ger användning av ett förhandlat förfarande under konkurrens eller en konkurrenspräglad dialog sannolikt mervärde. Sådana krav på anpassning eller formgivning är enligt vad som anges i skälet nödvändiga särskilt då det gäller komplexa inköp, såsom inköp av sofistikerade varor, intellektuella tjänster, t.ex. vissa konsult-, arkitekt- eller ingenjörstjänster, eller större projekt i fråga om informations- och kommunikationsteknik.

Svenska Teknik & Designföretagen är tveksam till att uttrycket ”formgivning” i punkten 2 används i den nya lagen om offentlig upphandling. Organisationen anför att det uttryck som används i den engelska versionen av direktivet är ”design”, och att det begreppet förordas eftersom det är vidare. Båda termerna synes förekomma i samma kontext. Formgivning är emellertid det begrepp som används i den svenska språkversionen av LOU-direktivet. Av den anledningen bör det begreppet också användas i de nya lagarna.

Det fall att endast ”ogiltiga anbud” har lämnats enligt ett öppet eller selektivt förfarande kvarstår fortfarande som en grund för att få tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering vid offentlig

Prop. 2015/16:195 upphandling (se artikel 26.4 b). Denna grund utvidgas i och med det nya direktivet till att gälla som grund även för att få tillämpa konkurrenspräglad dialog. Vidare får förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog även tillämpas om endast ”oacceptabla anbud” har lämnats. Den nuvarande uppräknningen i artikel 30.1 a i 2004 års LOU-direktiv (jfr 4 kap. 2 § 1 a–h LOU) av i vilka fall ett anbud vid ett öppet eller selektivt förfarande inte kan godtas har slopats. I stället innehåller artikel 26.4 b andra stycket exempel på när i synnerhet anbud ska anses vara ogiltiga. Av dessa exempel framgår bl.a. att anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokument ska anses vara ogiltiga. I samma stycke ges också exempel på när i synnerhet anbud ska anses vara oacceptabla. Exemplen i stycket har inte tagits med i lagtexten. *Konkurrensverket* ser detta som problematiskt mot bakgrund av hur begreppen ”ogiltiga anbud”, ”anbud som inte kan godtas” och ”olämpliga anbud” används i dag. Begreppen ”ogiltiga” och ”olämpliga” används både i nuvarande och i föreslagen lagstiftning, men med skillnad i innebörd och rättsföljder. Det är därför av synnerlig vikt enligt verket att innebörden av dessa begrepp klargörs. *Trafikverket*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* vill också att exemplen ska framgå av lagtexten. Regeringens uppfattning är emellertid att exemplen lämpligast anges i författningskommentaren och inte direkt i lagtexten. Genom att de återges i kommentaren ges nödvändigt stöd till rättstillämparen för hur begreppen ”ogiltiga anbud” respektive ”oacceptabla anbud” ska tolkas.

Konkurrenskommissionen anför också att i anslutning till den bestämmelse som genomför artikel 26.4 b behöver det klargöras att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att kriterierna för att få tillämpa förfarandena faktiskt är uppfyllda. Regeringen har ingen annan uppfattning om bevisbördans placering än den som Konkurrenskommissionen ger uttryck för. Något behov av att ange i lagtexten var bevisbördan ska placeras bedöms dock inte föreligga. Däremot instämmer regeringen inte i Konkurrenskommissionens uppfattning att förfarandena utgör undantag. En konsekvens av Konkurrenskommissionens tolkning skulle vara att man skulle vara tvungen att tolka kriterierna för att få tillämpa förfarandena restriktivt. Förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog är dock, som redogjorts för i avsnitt 12.1, enligt LOU-direktivet inte några undantagsförfaranden. Något krav på att tolka förutsättningarna för att få tillämpa förfarandena restriktivt föreligger således inte.

Lagrådet har anmärkt på paragrafen som genomför artikel 29.5 första stycket tredje och fjärde meningen om ändringar i upphandlingsdokumenten. Lagrådet anser att paragrafens avsedda innebörd bör klargöras i det fortsatta beredningsarbetet. Regeringen delar Lagrådets uppfattning att bestämmelsen har fått en oklar utformning som inte heller är helt i överensstämmelse med direktivet. Paragrafen bör utformas i närmare anslutning till direktivet. Det blir då tydligt att bestämmelsen handlar om när kraven i upphandlingsdokumenten ändras under förhandlingarna och hur den upphandlande myndigheten då ska förfara.

I skäl 60 till LUF-direktivet anges att erfarenheten har visat att den konkurrenspräglade dialogen, som föreskrivs enligt LOU-direktivet, har varit användbar i de fall då upphandlande myndigheter inte kan specificera hur deras behov kan tillgodoses eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska, finansiella eller rättsliga lösningar. Denna situation kan särskilt uppkomma i samband med innovativa projekt, genomförandet av större integrerade infrastrukturprojekt på transportområdet, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering. Medlemsstaterna bör därför ha rätt att ge upphandlande enheter tillgång till detta verktyg.

LUF-direktivet anger följaktligen att medlemsstaterna ska föreskriva att upphandlande enheter får tillämpa konkurrenspräglad dialog (artikel 44.3). Några särskilda förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en upphandlande enhet ska få tillämpa förfarandet uppställs inte. Regleringen i direktivet (artikel 48) av förfarandet motsvarar den som återfinns i artikel 30 i LOU-direktivet. Regeringen förordar att konkurrenspräglad dialog bör tas in som ett upphandlingsförfarande i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

12.1.3 Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Regeringens förslag: De förutsättningar som uppställs i direktiven för när det ska vara tillåtet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska genomföras i svensk rätt.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I förhållande till promemorian föreslås en ny paragraf med ett förtydligande av vad som kan utgöra olämpliga anbud.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget tillstyrker det med undantag för *Konkurrenskommissionen* som inte vill att möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering införs. Några av remissinstanserna framför lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Trafikverket*, *Konkurrensverket* och *Konkurrenskommissionen*.

Skälen för regeringens förslag: I skäl 50 till LOU-direktivet respektive skäl 61 till LUF-direktivet anges att med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling (annonsering), vilket i princip är samma sak som direktupphandling, endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Av artikel 32 i LOU-direktivet respektive artikel 50 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna i de särskilda fall och under de särskilda omständigheter som anges i artiklarna, bl.a. om ”inga lämpliga anbud” eller ”lämpliga anbudsansökningar” lämnats, får föreskriva att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Dessa fall och omständigheter motsvarar i huvudsak de som uppställs för att förfarandet ska få användas enligt 2004 års LOU-direktiv respektive 2004 års LUF-direktiv.

Av artikel 26.4 b första stycket LOU-direktivet följer att i de fall förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas på grund av att endast ogiltiga eller oacceptabla anbud har lämnats enligt ett öppet eller selektivt förfarande, är den upphandlande myndigheten under vissa förutsättningar inte skyldig att offentliggöra en annons om upphandling.

I artikel 32.2 a andra stycket utvecklas något vad som avses med ”inga lämpliga anbud” eller ”inga lämpliga anbudsansökningar”. Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten. En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda ekonomiska aktören ska eller kan uteslutas eller inte uppfyller de urvalskriterier som fastställts av den upphandlande myndigheten.

Konkurrenskommissionen anför att för det fall bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering genomförs bör det vad gäller grunden ”inga lämpliga anbud” i lagtexten uttömmande uppräknas vad som avses med sådana anbud utifrån vad som anges i artikel 32.2 a andra stycket. *Trafikverket* anser att det stycket ska införas i den nya lagen om offentlig upphandling. Att utifrån vad som anges i andra stycket uttömmande uppräknas vad som avses med olämpliga anbud som Konkurrenskommissionen vill är dock inte lämpligt utan det måste överlämnas till rättstillämpningen att närmare utveckla vad som avses med ”inga lämpliga anbud” eller ”inga lämpliga anbudsansökningar”. Däremot finns det skäl för att som *Trafikverket* förespråkar ta med förtydligandena i stycket i den nya lagen om offentlig upphandling och följaktligen motsvarande förtydliganden i LUF-direktivet (artikel 50 a andra stycket) i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen vill också framhålla att bestämmelserna om under vilka förutsättningar förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas ska tolkas restriktivt.

Konkurrenskommissionen anser också att det bör klargöras vad relationen mellan grunden ”oacceptabla anbud” (artikel 26.4 b första stycket LOU-direktivet) och grunden ”inga lämpliga anbud” är (artikel 32.2 a i LOU-direktivet) och hur dessa grunder ska tillämpas. Enligt *Konkurrensverket* förefaller det olyckligt att introducera det nya begreppet ”oacceptabla anbud” då det av föreslagen lagtext inte framgår vad skillnaden är i förhållande till ”ogiltiga anbud” (artikel 26.4 b första stycket). Begreppet ”oacceptabla anbud” härrör emellertid från direktivet. Vad som avses med det begreppet och vad som avses med ”inte lämpliga anbud” samt ”ogiltiga anbud” utvecklas något i ovan nämnda artiklar och i författningskommentarerna till de paragrafer som genomför dem. Med ledning av vad som där sägs måste det överlämnas till rättstillämpningen att närmare klarlägga hur grunderna ska tillämpas och hur de förhåller sig till varandra.

Konkurrensverket förespråkar att bestämmelserna om när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas i de nya lagarna i vissa avseenden utformas i närmare överensstämmelse med direktivens ordalydelse. Av direktiven framgår bl.a. att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas om varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna endast kan tillhandahållas av en viss leverantör på

grund av skydd av ensamrätt, inklusive immateriella rättigheter. Att ensamrätter inkluderar immateriella rättigheter anges inte i lagtexten i promemorians författningsförslag utan enbart i författningskommentaren. Konkurrensverket vill att detta ska framgå direkt av lagtexten. Regeringens uppfattning är emellertid att det inte behöver anges särskilt i lagtexten att immateriella rättigheter faller in under begreppet ”ensamrätt”. Det är tillräckligt att det upplyses om detta i författningskommentaren.

Konkurrensverket anför också att det, som i promemorians lagförslag, kan vara missvisande att ange rubriken ”Vid tilldelning av varukontrakt” vid den bestämmelse som genomför artikel 32.3 i LOU-direktivet, då den avser både köp av varor och tjänster. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning, dvs. att artikeln endast gäller för varukontrakt. Med stöd av artikel 32.3 kan tjänster visserligen under vissa förhållanden upphandlas. Detta gäller dock endast om det sker samtidigt som ett inköp av varor och om inköpet av varorna räknas som huvudföremålet för upphandlingen, varvid det aktuella kontraktet som helhet ska klassificeras som ett varukontrakt enligt artikel 3.2 i LOU-direktivet.

Konkurrensverket finner vidare att de föreslagna bestämmelserna om att förfarandet får användas vid upprepning av tidigare tjänster eller byggentreprenader är oklara. Det förefaller enligt verket som om regleringen inte avser nya kontrakt utan närmast beslut om utnyttjande av ensidiga optioner, vilka ingår i det ursprungliga kontraktet. Det kan emellertid konstateras att bestämmelserna om upprepning av tidigare tjänster är utformade nära direktivens ordalydelse, jfr 32.5 i LOU-direktivet. Enligt regeringens mening ska direktivet tolkas så att det är fråga om tilldelning av ett nytt kontrakt. Att det är fråga om nya kontrakt bör enligt regeringens mening, som *Advokatfirman Foyen* påpekar, uttryckas tydligt i den svenska lagtexten. I förhållande till promemorians lagförslag bör därför uttrycket ”kompletterande tjänster eller byggentreprenader” ersättas med ”nya tjänster eller byggentreprenader” i enlighet med vad advokatfirman föreslår.

12.1.4 Innovationspartnerskap

Regeringens förslag: Direktivens bestämmelser om innovationspartnerskap ska införas i svensk rätt. Förfarandet ska benämnas förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. En upphandlande myndighet eller enhet får ingå ett innovationspartnerskap, om den har behov av en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad, och behovet inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggentreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Enligt utredningens tolkning av direktivet tilldelas dock kontraktet efter att partnerskapsavtalet har ingåtts. Utredningen föreslår en delvis annan lagteknisk struktur och förfarandet benämns enbart innovationspartnerskap.

Prop. 2015/16:195 **Remissinstanserna:** De remissinstanser som yttrar sig över utredningens förslag är positiva till att innovationspartnerskap införs i svensk rätt. Flera av remissinstanserna är kritiska till kravet att leverantörer som deltar i ett innovationspartnerskap ska bedriva separat forsknings- och utvecklingsverksamhet, bl.a. *Verket för innovationssystem (Vinnova)*, *Företagarna* och *Almega*. Några remissinstanser framför också lagtekniska synpunkter.

Skälen för regeringens förslag

Ett nytt upphandlingsförfarande för innovationer

Något särskilt förfarande för upphandling av innovationer finns inte i gällande upphandlingslagstiftning. Detta innebär dock inte att det inte finns förfaranden som kan användas för sådan upphandling. De förfaranden som ligger närmast till hands när innovativa lösningar ska upphandlas är ett förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog. Dessa förfaranden har emellertid inte tillkommit enbart för framtagande av innovationer. I syfte att främja innovationer har därför ett helt nytt upphandlingsförfarande införts i LOU- och LUF-direktiven. Syftet med det nya förfarandet är att kunna upphandla sådant som ännu inte finns på marknaden.

Det nya förfarandet ska resultera i tilldelning av ett kontrakt om innovationspartnerskap med en eller flera leverantörer. Det utmärkande för ett kontrakt om innovationspartnerskap är att det omfattar såväl utvecklingen och framtagandet av den innovativa lösningen som efterföljande köp av den färdigutvecklade produkten, förutsatt att den kan levereras till överenskomna kapacitetsnivåer och kostnader. Efter att innovationspartnerskapet har ingåtts tilldelas inte något ytterligare kontrakt utan förfarandet är avslutat.

I skälen (skäl 49 i LOU-direktivet och skäl 59 i LUF-direktivet) anges att förfarandet för inrättande av innovationspartnerskapet bör baseras på de förfaranderegler som tillämpas på det förhandlade förfarandet under konkurrens, och kontrakten bör endast tilldelas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, vilket är det lämpligaste sättet att jämföra anbud som rör innovativa lösningar. Oavsett om det rör sig om mycket stora eller mindre innovationsprojekt bör innovationspartnerskapet struktureras på ett sådant sätt att det kan ge det nödvändiga efterfrågetrycket på marknaden som ger incitament till utveckling av en innovativ lösning utan att marknaden för den skall sättas ur spel. En upphandlande myndighet bör därför inte använda innovationspartnerskap på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. I vissa fall kan inrättandet av innovationspartnerskap med flera partner bidra till att undvika sådana effekter.

Begreppet innovation

I artikel 2.1.22 i LOU-direktivet respektive i artikel 2.18 i LUF-direktivet finns en definition av begreppet innovation. Av definitionen framgår att en innovation är genomförande av en ny eller väsentligt förbättrad vara, tjänst eller process. Definitionen har inte förts in i de nya lagarna, då direktivens definition inte bidrar till något egentligt klargörande av

begreppet i förhållande till normalt språkbruk. Definitionen medför inte heller att vad som omfattas av begreppet kan bestämmas med någon precision. Byggtreprenader nämns vidare över huvud taget inte i definitionsartiklarna i LOU-direktivet och i LUF-direktivet men en innovativ byggtreprenad kan ligga till grund för ett innovationspartnerskap enligt direktiven.

Undantaget för forsknings- och utvecklingstjänster

Det nuvarande regelverket, dvs. 2004 års LOU- och LUF-direktiv medger att en upphandling av själva tjänsten att utveckla en innovativ lösning, s.k. förkommersiell upphandling, görs utanför tillämpningsområdena för direktiven och lagarna. När det sedan gäller upphandlingen av den produkt som har utvecklats genom den förkommersiella upphandlingen, blir däremot direktiven och lagarna tillämpliga. Undantagen för forsknings- och utvecklingstjänster gäller dock inte för sådana tjänster vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och tjänsterna betalas av myndigheten eller enheten. Sådana tjänster omfattas alltså av den nuvarande lagstiftningen.

I likhet med vad som gäller enligt 2004 års direktiv är forsknings- och utvecklingstjänster också undantagna från tillämpningsområdena för de nya direktiven (artikel 14 i LOU-direktivet och artikel 32 i LUF-direktivet). Undantagen motsvarar i sak de nuvarande undantagen. Det innebär att sådana kontrakt för forsknings- och utvecklingstjänster som uteslutande är till nytta för och helt bekostas av den upphandlande myndigheten eller enheten också omfattas av de nya direktivens tillämpningsområden och följaktligen även av tillämpningsområdena för de nya lagarna (se avsnitt 6.4.1).

Upphandlingsdokumenten och graden av innovation

De särskilda reglerna om förfarandet för innovationspartnerskap finns i artikel 31 i LOU-direktivet respektive artikel 49 i LUF-direktivet. Artiklarna innehåller vissa bestämmelser om hur ett innovationspartnerskap ska struktureras och genomföras. Av första stycket i punkten 1 i respektive artikel framgår att förfarandet inleds med en annons om upphandling.

I andra stycket i första punkten i respektive artikel preciseras det som myndigheten eller enheten ska ange i upphandlingsdokumenten. Enligt stycket ska behovet av den innovativa produkten identifieras. I punkten uttrycks det på det sättet att myndigheten eller enheten ska ”identifiera behovet av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad”. Därefter följer en redogörelse av innovationsgraden. Det anges att det ska röra sig om ett behov som inte kan tillgodoses genom inköp av något som redan finns tillgängligt på marknaden.

Andra stycket i första punkten avslutas med föreskrifter om att myndigheten eller enheten dels ska fastställa vilka minimikrav som varje anbud ska uppfylla, dels ska lämna tillräckligt precis information för att leverantörerna ska kunna ta ställning till om de ska ansöka om att delta i förfarandet.

Prop. 2015/16:195 I sista stycket i sjätte punkten i respektive artikel föreskrivs att immaterialrättsliga frågor ska regleras i upphandlingsdokumenten.

Urval av leverantörer

Av artikel 31.1 första stycket i LOU-direktivet respektive i artikel 49.1 första stycket i LUF-direktivet framgår att alla leverantörer får ansöka om att delta i ett innovationspartnerskap efter en annons om upphandling genom att lämna de upplysningar som den upphandlande myndigheten eller enheten kräver för urvalet. I fjärde stycket i första punkten anges att endast sådana leverantörer som får en inbjudan får delta i förfarandet.

I sjätte punkten i respektive artikel framhålls att en upphandlande myndighet eller enhet vid urvalet särskilt ska tillämpa kriterier för de anbudssökandes kapacitet på forsknings- och utvecklingsområdet och i fråga om att utveckla och genomföra innovativa lösningar. I punkten erinras vidare om att en leverantör endast efter inbjudan får lämna in forsknings- och innovationsprojektet, vilket utgör leverantörens anbud i förfarandet.

Sveriges Offentliga Inköpare (SOI) ser en risk i att kriterier för att kvalificera till innovationspartnerskap särskilt betonar resurser för forskning och utveckling. Detta riskerar att förfördela små- och medelstora företag. SOI anser därför att det bör ytterligare betonas att det också är möjligt att använda andra kriterier för kvalificering, och att direktivtexten alltså inte utesluter detta. Regeringen instämmer i bedömningen att även andra kriterier än resurser för forskning och utveckling kan beaktas, men vill understryka att det följer av direktiven att dessa kriterier särskilt ska beaktas.

Tilldelning av kontrakt

De anbud som lämnas ska bli föremål för förhandlingar enligt artikel 31.3 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.3 i LUF-direktivet med undantag för minimikraven och tilldelningskriterierna, som inte får bli föremål för förhandling.

När det gäller frågan om vid vilken tidpunkt ett anbud lämnas i ett innovationspartnerskap, kan det noteras att bestämmelserna i artikel 54.1 första stycket i LOU-direktivet förutsätter att utvalda leverantörer samtidigt bjuds in att lämna anbud. I artikel 74.1 första stycket i LUF-direktivet anges att utvalda leverantörer samtidigt ska bjudas in att lämna anbud eller att ”förhandla”.

Bestämmelserna om hur en förhandling i övrigt bör te sig finns i artikel 31.4 och 31.5 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.4 och 49.5 i LUF-direktivet. Dessa bestämmelser motsvarar vad som enligt LOU-direktivet gäller för förhandlingar vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, jfr artikel 29.5 och 29.6 i LOU-direktivet. Det anförda innebär bl.a. att förhandlingarna under vissa förutsättningar får genomföras i successiva steg för att minska antalet anbud som ingår i förhandlingarna.

Tredje stycket i första punkten innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet eller enhet får besluta att inrätta innovationspartnerskapet med en eller flera partner som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Flera remissinstanser invänder

mot utredningens förslag till genomförande av bestämmelserna i tredje stycket.

Bland de kritiska remissinstanserna återfinns *Företagarna* och *Almega*. De ifrågasätter om de aktuella direktivbestämmelserna verkligen ska tolkas såsom i utredningens förslag, dvs. som ett krav på att ett partnerskap endast får ingås med en leverantör som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Regeringen instämmer emellertid i utredningens bedömning att det är fråga om ett krav. Kravet följer av direktivet och måste enligt regeringens mening genomföras i svensk rätt. Det kan däremot ifrågasättas vad som menas med separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. Rimligtvis kan denna verksamhet inte vara en del av den löpande produktionen. Att forsknings- och utvecklingsverksamheten bedrivs i nära anslutning till denna produktion borde dock inte diskvalificera en leverantör från att komma ifråga för ett innovationspartnerskap. Regeringen bedömer vidare att det inte är ett krav att leverantören måste bedriva den separata forsknings- och utvecklingsverksamheten redan innan partnerskapet ingås.

Kemikalieinspektionen beklagar att det av bestämmelserna om innovationspartnerskap inte framgår att miljö- och kemikalieperspektiv bör beaktas vid innovationsupphandlingar. Regeringen anser emellertid att detta är något som bör gälla oavsett vilket förfarande som används och framgå av de allmänna bestämmelserna i lagarna. Att miljöhänsyn bör beaktas om upphandlingens art motiverar det framgår av 4 kap. 3 § i förslagen till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom försörjningssektorena.

Av fjärde stycket i punkten 1 i respektive artikel framgår att det enda kriteriet för tilldelning av kontrakt ska vara det anbud som har bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anser att det inte är möjligt att begränsa utvärderingsgrunden i innovationspartnerskapsprocessen till att enbart omfatta ”bästa förhållande mellan pris och kvalitet”. Regeringen kan emellertid konstatera att det är den grund för utvärdering som direktivet föreskriver. När det gäller innovativa lösningar ligger det emellertid i sakens natur att det är svårt att på förhand avgöra vad som är en kvalitativ slutprodukt. Det bör med hänsyn till förfarandets speciella karaktär enligt regeringens mening finnas utrymme för den upphandlande myndigheten eller enheten att väga in aspekter som exempelvis graden av innovation även om detta kanske medför ett större risktagande.

Innovationspartnerskapets syfte och struktur

Reglerna i artikel 31.2 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.2 i LUF-direktivet beskriver syftet med ett innovationspartnerskap och innehåller bestämmelser om avtalets struktur och genomförandet av det.

Av bestämmelserna om syftet framgår att innovationspartnerskapet ska syfta till utvecklingen av en innovativ vara, tjänst eller byggentreprenad och därpå följande inköp av dessa varor, tjänster eller byggentreprenader, under förutsättning att de motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som de upphandlande myndigheterna eller enheterna och deltagarna kommit överens om.

Prop. 2015/16:195 Av bestämmelserna i artikel 31.2 andra stycket LOU-direktivet och motsvarande stycke i 49.2 i LUF-direktivet om innovationspartnerskapets struktur framgår att det ska delas upp i successiva etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna kan också inkludera inköpsfasen. Utöver kravet på etapper anges även att innovationspartnerskapet ska ha delmål som parterna ska uppfylla och se till att betalning av ersättningen sker i lämpliga delar.

I artikel 31.2 sista stycket knyts kraven på etapper och delmål samman. Efter varje avslutad etapp ska myndigheten på grundval av tillämpligt delmål ta ställning till om partnerskapet ska avslutas eller, i förekommande fall, om antalet partner i partnerskapet ska minskas. Ordningen förutsätter att det i upphandlingsdokumenten har angetts att så kan bli fallet och att det vidare där angetts under vilka villkor dessa åtgärder kan vidtas.

Utredningen har funnit att kontrakt tilldelas vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap först i ett senare skede, efter att avtal om innovationspartnerskap ingåtts. Enligt regeringen är det däremot innovationspartnerskapet som är resultatet av upphandlingen. Som framgått ovan innefattar innovationspartnerskapet både utvecklingen av en produkt och köp av den färdiga produkten. Kontrakt tilldelas således en eller flera anbudsgivare redan innan utvecklingen av produkten påbörjas och i och med att kontraktet eller kontrakten tilldelas så avslutas själva upphandlingsförfarandet och innovationspartnerskapet ingås. Av detta skäl anser regeringen att själva förfarandet bör benämnas förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Därefter fullgörs kontraktet under innovationspartnerskapet. Vissa av kontrakten kommer att kunna avslutas vid de olika etapperna.

Famna och HSB omsorg anför att skrivningarna utgår från innovationsmodeller och strukturer som inte möjliggör för den idéburna sektorn att delta på ett likvärdigt sätt. Det är enligt dem oklart om detta förfarande bör användas för sociala innovationer. Enligt regeringens bedömning är det ingenting som hindrar att en idéburen organisation deltar i ett innovationspartnerskap. Hur innovationspartnerskapet i detalj ska struktureras måste naturligtvis bestämmas från fall till fall, beroende just på att stegen i en forsknings- och innovationsprocess kan se olika ut beroende på område och vad det är som ska tas fram. Inspiration till hur ett partnerskap kan struktureras kan erhållas från kommissionens meddelande, KOM (2007) 799 slutlig, där kommissionen utvecklar sin syn på förkommersiell upphandling, men andra strukturer kan som nämnts användas. I meddelandet beskrivs processen att utveckla en innovation och efterföljande introduktion av innovationen på marknaden. Med inspiration från vad som sägs i meddelandet skulle ett innovationspartnerskap kunna delas upp i följande steg: 1) undersökningar av lösningar, 2) framtagande av prototyper och 3) utveckling av en begränsad första serie produkter eller tjänster i form av en testserie. Dessa steg följs sedan av produktionen eller tillhandahållandet för kommersiella syften.

En upphandlande myndighet respektive enhet ska enligt artikel 31.7 i LOU-direktivet respektive i artikel 49.7 i LUF-direktivet se till att partnerskapets struktur, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika

etapperna, avspeglar graden av innovation hos den föreslagna lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en innovativ lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. I punkten anges vidare att värdet av de beställningar av den utvecklade lösningen som görs, inte ska vara oproportionerligt i relation till investeringarna i utvecklingen av lösningen.

För frågor om sekretess vid förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, se avsnitt 21.

12.2 Upphandlingsförfarandet på det icke-direktivstyrda området

Regeringens förslag: Konkurrenspräglad dialog ska införas som ett upphandlingsförfarande vid upphandling inom försörjningssektorerna, även utanför det direktivstyrda området.

Bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid konkurrenspräglad dialog ska göras tillämpliga på upphandlingar på det icke direktivstyrda området vid såväl offentlig upphandling som upphandling inom försörjningssektorerna.

I övrigt ska regleringen av upphandlingsförfarandena utanför det direktivstyrda området överensstämma med den nuvarande regleringen.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Med undantag för *Advokatfirman Foyen* som vill att direktupphandlingsgränsen för entreprenadupphandling ska höjas, yttrar sig inte remissinstanserna särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I 15 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om förenklat förfarande och urvalsförfarande. Motsvarande bestämmelser bör tas in i de föreslagna lagarnas kapitel med bestämmelser om upphandling som inte omfattas av direktivet.

De direktivstyrda bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i LOU är i dag tillämpliga även vid offentlig upphandling utanför det direktivstyrda området genom hänvisning i 15 kap 2 §. Även bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid konkurrenspräglad dialog har gjorts tillämpliga på upphandlingar på det icke direktivstyrda området. De nya bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog och begränsning av antalet anbudssökande vid konkurrenspräglad dialog bör därför i den nya lagen om offentlig upphandling göras tillämpliga på upphandlingar inom det icke direktivstyrda området.

I linje med ovan nämnda principer bör när konkurrenspräglad dialog genom LUF-direktivet nu införs som ett upphandlingsförfarande för upphandlingar inom försörjningssektorerna, förfarandet göras tillämpligt även vid upphandling inom försörjningssektorerna utanför det direktivstyrda området. Detta för att regleringen ska överensstämma med den som gäller vid offentlig upphandling. I konsekvens med detta bör även bestämmelserna om begränsning av antalet anbudssökande vid

12.3 Förfaranderegler vid upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla en bestämmelse om att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att själva organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna och bestämmelserna i övrigt i lagen följs.

Lagen ska även innehålla bestämmelser med grundläggande regler för förfarandet.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget är i huvudsak positiva. *Advokatsamfundet* och *Advokatbyrån Delphi* tillstyrker hela förslaget. Flera remissinstanser, däribland *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Tillväxtverket* och flertalet kommuner tillstyrker att den upphandlande myndigheten eller enheten ska vara fri att organisera förfarandet. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* framför lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag

I LUK-direktivet finns, till skillnad från i LOU-direktivet och LUF-direktivet, inte några bestämmelser om olika upphandlingsförfaranden som anger proceduren för genomförandet av en upphandling. Bakgrunden till det är enligt skäl 68 att koncessioner oftast är långsiktiga och komplicerade arrangemang där koncessionshavaren tar de risker som traditionellt tas av upphandlande myndigheter eller enheter och tar ansvar för sådant som ingår i myndigheternas eller enheternas ansvarsområde. Upphandlande myndigheter och enheter bör därför enligt skälen ges avsevärd flexibilitet när det gäller att organisera förfarandet vid val av koncessionshavare, så länge principerna om öppenhet och likabehandling och bestämmelserna i direktivet om tilldelningsförfarandet garanteras. I artikel 30.2 första meningen i direktivet anges som en allmän princip att utformningen av tilldelningsförfarandet måste följa principerna i artikel 3 om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet. I artikel 37 i direktivet uppställs därutöver ett antal grundläggande garantier avseende vissa centrala moment som måste iakttas under upphandlingsförfarandet. Syftet med dessa är framför allt att säkerställa att principerna om likabehandling och öppenhet inte överträds under någon del av tilldelningsförfarandet (skäl 68 i direktivet). Bestämmelserna ska samlas i ett kapitel om förfarandet vid upphandling av koncessioner.

I artikel 30.1 i LUK-direktivet anges att en upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare förutsatt att direktivet följs. Mot bakgrund av att det i direktivet inte finns någon särskild reglering för hur upphandling av koncessioner ska genomföras och med hänsyn till koncessionernas särdrag med behov av individuella lösningar bör LUK inte innehålla några detaljerade regler om hur upphandlingsförfarandet ska genomföras. Liksom i direktivet bör det i lagen i stället anges att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att organisera förfarandet så länge principerna och bestämmelserna i lagen i övrigt följs.

Information

Av artikel 37.1 första stycket a och andra stycket följer att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp vissa minimikrav som anbudena måste uppfylla. Med sådana krav avses enligt bestämmelsen villkor och egenskaper som alla anbud måste uppfylla eller inneha. Vidare anges att egenskaperna i synnerhet kan avse tekniska, fysiska, funktionella och rättsliga egenskaper.

I artikel 37.2 anges vilken information som upphandlande myndigheter och enheter måste tillhandahålla under förfarandet. Det rör sig om en beskrivning av koncessionen och de villkor som ska gälla för deltagandet. Beskrivningen och villkoren ska anges i annonsen, som också är det dokument som innehåller information om koncessionsupphandlingen. Regeringen väljer att i lagstiftningen i stället för att använda det begrepp som används i direktivet, koncessionsmeddelande, använda termen annonsering. Utöver det ska den upphandlande myndigheten eller enheten beskriva tilldelningskriterierna och i förekommande fall minimikraven. Tilldelningskriterierna kan anges i annonsen, i inbjudan att lämna anbud eller i något annat koncessionsdokument. En bestämmelse om detta bör tas in i lagen.

Tidsplan

Av artikel 37.4 framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en beskrivning av det planerade förfarandet med en preliminär tidsfrist för slutförandet av upphandlingen. Alla deltagare ska få del av planeringen. Om det görs ändringar i planeringen ska deltagarna även få del av dessa. Ändringar som rör sådant som anges i annonsen måste offentliggöras på marknaden. Detta är ett sätt att säkerställa att insyn blir möjlig. En anledning till att det är viktigt är att den marknad som uppsöks ska få en möjlighet att reagera på ett adekvat sätt. En annan anledning är att det ska vara möjligt att kontrollera upphandlingar. Regeringen anser att bestämmelsen bör införas som en grundläggande garanti för förfarandet.

För koncessionsupphandlingarnas del kan det antas att informationskravet kommer att vara särskilt viktigt. Ett skäl för detta antagande är att upphandlande myndigheter eller enheter har ett stort handlingsutrymme för att lägga upp förfarandet. Eftersom det också kan vara fråga om komplicerade projekt är det sannolikt att just planeringen

Prop. 2015/16:195 av förfarandet är av utomordentlig betydelse för den som är intresserad av att anmäla sitt intresse av upphandlingen. Om ett förfarande exempelvis är upplagt på ett sådant sätt att någon potentiell anbudsgivare bestämmer sig för att avstå kan vederbörande ändå vara intresserad av förändringar av planeringen ifall dessa förändringar är sådana att leverantören har möjlighet att delta. Vilken effekt en ändring kan tänkas få är beroende av bedömningar i det enskilda fallet.

Upphandlande myndigheter eller enheter har generellt ett stort ansvar för att upphandlingarna följer de förfaranden som uppställs, vilka har som ett av många syften att säkerställa att potentiella anbudsgivare har en möjlighet att lägga anbud och alltså att upphandlingen genomförs i konkurrens. Det stora handlingsutrymme som upphandlande myndigheter eller enheter har för att bestämma hur förfarandet för tilldelning av en koncession ska genomföras medför att de får ett särskilt stort ansvar att själva i första hand bedöma vilka ändringar som måste offentliggöras för en bredare krets och vilka som är så obetydliga att de inte har någon betydelse för det konkurrensuppsökande skedet. Men det är dock oundvikligt att bedömningar kommer att sättas i fråga och att gränserna för bedömningsutrymmet i sista hand kommer att behöva göras genom rättstillämpningen.

Förhandlingar

Förhandlingar får alltid föras under upphandlingsförfarandet. Förhandlingarna får dock enligt artikel 37.6 inte leda till att föremålet för koncessionen, tilldelningskriterierna eller minimikraven ändras. Även detta bör regleras i de grundläggande bestämmelserna för förfarandet.

Det kan här anmärkas att det i direktivet saknas bestämmelser om komplettering och förtydligande av anbud. Detta kan antas bero på att myndigheterna och enheterna har stor frihet att själva bestämma detaljerna i förfarandet. Några regler om detta införs därför inte i lagen.

13 Ramavtal

I LOU-direktivets respektive LUF-direktivets andra avdelning om offentliga kontrakt respektive om upphandling finns ett kapitel med rubriken Tekniker och instrument för elektronisk och gemensam upphandling (kapitel II). Här finns bestämmelser bl.a. om ramavtal (artikel 33 i LOU-direktivet och artikel 51 i LUF-direktivet).

LUK-direktivet saknar bestämmelser om ramavtal och det direktivet behandlas därför inte i avsnitt 13.

Regeringens bedömning: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör inte innehålla nationella bestämmelser om ramavtal som går utöver vad som anges i direktiven.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser föreslår att de nya lagarna i förtydligande och klargörande syfte ska kompletteras med olika nationella bestämmelser som motsvarar skrivningar i de nya direktivens skältexter eller annars reglerar sådant som inte följer direkt av direktivens artiklar, utan av en tolkning av rättsläget. Det gäller särskilt i fråga om skrivningarna i skäl 61 i LOU-direktivet om att en berörd fysisk persons val eller behov kan vara en fördelningsgrund vid avrop från ramavtal. Flera remissinstanser, bl.a. *Arbetsförmedlingen*, ett antal kommuner och landsting, *SKL Kommentus*, *Sveriges Offentliga Leverantörer* och *Kommunal* anser att en lagbestämmelse bör utformas med nämnda skältext som grund. Vissa remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, har ingen erinran mot promemorians bedömning att så inte bör ske. Ytterligare andra instanser, som *Almega* och *Företagarna*, tillstyrker uttryckligen promemorians bedömning.

Skälen för regeringens bedömning: Genom LOU- och LUF-direktiven behålls instrumentet ramavtal i stort sett som det är. I båda direktivens artiklar har dock vissa förtydliganden gjorts. Vidare har skältexterna utökats i omfång. Skältexterna innehåller flera uttalanden i förtydligande syfte. I Sverige används ramavtal i stor omfattning som en metod att upphandla. Bestämmelserna om ramavtal berör därmed många aktörer.

Ett flertal remissinstanser yttrar sig om promemorians förslag till genomförande av direktivens bestämmelser om ramavtal. Remissinstanserna är generellt positiva till de förtydliganden som gjorts i de nya direktiven och den analys av dem som görs i promemorian. Flera föreslår emellertid att de nya lagarna ska innehålla bestämmelser som motsvarar olika skrivningar i skältexterna eller annars går utöver direktivens artiklar. *Trafikverket* anser att en bestämmelse ska tas in i lagen som återger exemplet i skäl 61 i LOU-direktivet på villkor som kan användas i valet mellan avrop och förnyad konkurrensutsättning i sådana ramavtal där det finns en möjlighet att välja mellan metoderna. *Arbetsförmedlingen* och *Sveriges Television AB (SVT)* föreslår att det ska anges i lagen att löptiden för enskilda kontrakt som grundas på ramavtal inte behöver sammanfalla med ramavtalets löptid. *Gotlands kommun* anser att det vore önskvärt med ett klargörande i lag i fråga om bundenhet vid ramavtal. *Affärsverket svenska kraftnät* efterlyser lagregler som närmare anger vilka villkor en s.k. fördelningsnyckel kan innehålla.

Remissinstansernas olika förslag om kompletterande bestämmelser i lagen bottnar i en önskan att lagtexten, för att underlätta tillämpningen, ska vara så tydlig som möjligt. Det finns även remissinstanser som, utan

Prop. 2015/16:195 att förorda kompletterande lagstiftning, önskar förtydligande förarbetsuttalanden om hur olika bestämmelser ska tillämpas. Förslagen är förståeliga mot bakgrund av ramavtalens frekventa användning och därmed regelverkets stora praktiska betydelse.

Regeringen anser emellertid att det inte är lämpligt att ta in några bestämmelser om ramavtal i de nya lagarna som går utöver vad som anges i direktivens artiklar om ramavtal. Det skulle innebära ett avsteg från den övergripande principen att lagstiftningen bör vara direktivnära utformad (se avsnitt 5.1).

13.2 Ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling

Regeringens förslag: Bestämmelserna om ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling ska, med vissa förtydliganden och klargöranden, i huvudsak motsvara bestämmelserna i den nuvarande lagen.

Det ska tydliggöras att kontrakt som grundar sig på ramavtal får slutas endast mellan en upphandlande myndighet som tydligt har identifierats för detta syfte i ramavtalets anbudsinfordran eller inbjudan att bekräfta intresse och en leverantör som är part i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer och som har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda, ska den upphandlande myndigheten använda objektiva villkor för att avgöra vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som ska tilldelas kontraktet (en fördelningsnyckel). De objektiva villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

En upphandlande myndighet ska under vissa förutsättningar få tilldela kontrakt som grundar sig på sådana ramavtal delvis efter en förnyad konkurrensutsättning.

Regeringens bedömning: Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning om tillämpningen av bestämmelserna om fördelningsnycklar, särskilt med avseende på möjligheten att ta hänsyn till fysiska personers val eller behov.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag är dock något annorlunda utformat. Promemorian gör inte heller bedömningen att Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning.

Remissinstanserna tillstyrker förslagen eller har inget att erinra mot dem.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Ramavtalet – en metod för tilldelning av kontrakt

Bestämmelserna i LOU-direktivet om ramavtal är, till skillnad från 2004 års direktiv, obligatoriska för medlemsstaterna att införa.

Regeringen bedömer att definitionen av ramavtal bör placeras i lagens kapitel med definitioner. Begreppet ramavtal återkommer på flera ställen i lagen och den från systematisk utgångspunkt bästa placeringen är därför i definitionskapitlet (se avsnitt 6.7.1).

Det nya direktivet syftar enligt skäl 60 i direktivet till att i stort sett behålla ramavtal som de är, men klargöra vissa aspekter. Ett ramavtal syftar till att fastställa villkor som avser tillhandahållandet av varor, tjänster eller byggtreprenader (dvs. materiella villkor) i kontrakt som ska tilldelas under en given tidsperiod. I direktivet anges att detta gäller särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter. . Ett annat slag av villkor avser hur kontrakten ska fördelas vid tilldelningen (dvs. formella villkor). Som i nuvarande direktiv anvisas två slag av ramavtal – ramavtal som har samtliga villkor för tillhandahållandet fastställda, respektive ramavtal som inte har det. Båda slagen av ramavtal kan ingås antingen med en, eller med flera leverantörer. När det gäller ramavtal som ingås med flera leverantörer föreskriver det nya direktivet också uttryckligen en möjlighet att kombinera de två slagen av ramavtal inom ett och samma ramavtal.

I skäl 61 tredje stycket i direktivet påminns om att ramavtal inte bör användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Därefter sägs att ”de upphandlande myndigheterna bör enligt detta direktiv inte vara skyldiga att anskaffa byggtreprenader, varor eller tjänster som omfattas av ett ramavtal enligt det ramavtalet”. Det som sägs i skältexten är en påminnelse om att direktivet är neutralt i den frågan. En sådan skyldighet kan emellertid regleras i den nationella rätten samt i det specifika ramavtalet. För svenskt vidkommande bör i det sammanhanget nämnas bestämmelserna i förordningen (1998:796) om statlig inköpsamordning. Förordningen innebär att myndigheter under regeringen som regel ska använda sig av de ramavtal som ingåtts av inköpscentralen.

Svenskt Näringsliv tar upp att föreningen under lång tid har kritiserat användningen av ramavtal, som enligt Svenskt Näringsliv bl.a. inte sällan inneburit att en upphandlande myndighet har tecknat ett flertal parallella ramavtal utan att ens ha haft tanken att avropa från dem alla. Om leverantörerna insåg att en upphandlande myndighet inte är förpliktad att avropa från ett ingånget ramavtal skulle de sannolikt i högre grad än nu överväga om det alls är värt att delta i offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet tillvaratar konkurrensen på marknaden genom att göra konkurrensutsättningar i enlighet med direktivets bestämmelser. Dess bestämmelser om ramavtal medger att flera upphandlande myndigheter använder ett enskilt ramavtal, som kan ha ingåtts av någon annan myndighet. Samtidigt är ramavtalet stängt för tillträde av nya leverantörer under sin löptid (se nedan). Under löptiden sker inte någon ny, fullständig konkurrensutsättning på marknaden. Ett ramavtal har därmed genom sin konstruktion typiskt sett en viss konkurrensbegränsande effekt. Att direktivet – och därmed också den nya lagen om offentlig upphandling – inte tar ställning i frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser innebär att frågan, såväl när det gäller användarsidan som leverantörssidan, får regleras i det specifika ramavtalet och i övrigt med tillämpning av allmän avtalsrätt. Den allmänna skyldigheten att inte använda ramavtalet på ett onödigt

Prop. 2015/16:195 konkurrensbegränsande sätt ska dock beaktas. Regeringen kan i sammanhanget konstatera att frågan främst är av avtalsrättslig natur och i princip inte upphandlingsrättslig. När det gäller ramavtal som en inköpscentral har ingått i eget namn med en eller flera leverantörer torde sådana andra upphandlande myndigheter som får använda sig av ramavtalet (se artikel 33.2 andra stycket i direktivet) per definition inte kunna betraktas som (civilrättsliga) parter i själva ramavtalet, i vart fall inte utan att de har gett uttryck för någon partsvilja. Om sådana myndigheter ska anses förpliktade gentemot leverantörerna att använda sig av ramavtalet och i vilken utsträckning det är möjligt, är även det en avtalsrättslig fråga som ligger utanför upphandlingsregelverkets räckvidd.

De upphandlingsrättsliga bestämmelserna om ramavtal anger hur en upphandlande myndighet ska förfara när ramavtalet ingås och hur kontrakt som grundas på det ska tilldelas. Ramavtalet är inte ett självständigt upphandlingsförfarande, upphandlande myndigheter får sluta ramavtal om de tillämpar något av de förfanden som regleras i direktivet. Det görs i direktivet också en systematisk skillnad mellan ramavtal och kontrakt. När en upphandlande myndighet väl använder ett ramavtal och tilldelar kontrakt är den skyldig att hålla sig inom de ramar som ges av villkoren i ramavtalet. Detta gäller både i fråga om ramavtal som har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda som ramavtal som inte har det. Skälet är givetvis att något annat skulle kunna strida mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, särskilt principerna om likabehandling och transparens.

Något om skillnaden mellan ramavtal och kontrakt

Några remissinstanser, bl.a. *Svenskt Näringsliv* och *Advokatfirman Delphi*, anser att det bör förtydligas vad skillnaden är mellan ett ramavtal och ett kontrakt. *Svensk Energi* efterlyser en närmare förklaring av vad effekten blir för de deltagande parterna av att ramavtal inte ses som kontrakt och om det finns några risker förknippade med att ramavtal rent upphandlingsrättsligt inte ses som kontrakt.

Gränsen mellan vad som upphandlingsrättsligt är ett ramavtal och ett kontrakt är inte alltid enkel att dra. EU-domstolen har slagit fast att ramavtal, i den mening som avses i direktivet, omfattas generellt sett av begreppet offentliga kontrakt (se dom *Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino"* m.fl., C-113/13, EU:C:2014:2440, p. 36).

Beroende på hur enskilda villkor i ett specifikt ramavtal eller ett kontrakt är utformade, kan det finnas svårigheter att kategorisera det. Det kan vara särskilt svårt när det gäller ramavtal som har alla villkor för tillhandahållandet fastställda. Här kan visserligen med fog hävdas det principiella synsättet att ramavtalet utgör det egentliga kontraktet, eftersom det inte återstår några egentliga villkor att komma överens om när avrop väl sker – inte heller sker någon ny anbudsinfordran eller utvärdering. Men regeringen konstaterar att det går att i LOU-direktivet se en systematisk skillnad mellan ramavtal, av båda slagen, och kontrakt. Ett ramavtal fastlägger helt eller delvis villkoren för flera, eventuella framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt), medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning. I direktivet finns också

särskilda bestämmelser som en upphandlande myndighet måste iaktta när den vill ingå kontrakt som grundas på ramavtalet, dvs. göra själva anskaffningen. I LOU-direktivet finns sådana bestämmelser både för ramavtal som har och ramavtal som inte har samtliga villkor för tillhandahållandet fastställda. Att det finns sådana bestämmelser beträffande båda slagen av ramavtal tydliggör att det för ramavtal jämfört med kontrakt tillkommer ett moment av upphandlingsrättsligt intresse, nämligen hur kontrakten ska fördelas vid själva anskaffningen. Ramavtalet är typiskt sett tänkt för situationen att en upphandlande myndighet med rimlig grad av säkerhet kan förutse framtida återkommande behov av anskaffningar och vill planera för dessa.

Bestämmelsen om att ett ramavtal som regel inte får ha en löptid som överstiger fyra år bör ses mot bakgrund av ramavtalets typiskt konkurrensbegränsande effekt. När det gäller enskilda kontrakt finns det inte någon uttrycklig bestämmelse om begränsning av löptiden. Även ett kontrakt innebär dock en marknadsintervention. Vad som är en acceptabel löptid för ett visst kontrakt får därför ytterst avgöras vid en proportionalitetsbedömning i förhållande till vad det är som anskaffas.

Som konstaterats ovan får frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser regleras i det enskilda ramavtalet. Sådana villkor kan t.ex. avse en skyldighet att använda ramavtalet vid framtida behov. De kan också tänkas gå längre och garantera en viss avropsmängd. Villkor av nämnda slag kan givetvis innebära skyldigheter på avtalsrättslig grund. Det är dock svårt att närmare ange var gränsen i dessa fall går mellan vad som är att beteckna som ett ramavtal respektive kontrakt i direktivets mening. Det får ytterst bero på omständigheterna i det enskilda fallet hur ett dokument som betecknats som ramavtal ska kategoriseras upphandlingsrättsligt.

Tillämpliga bestämmelser och ramavtalets löptid

LOU-direktivet innehåller bestämmelser som innebär att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal under förutsättning att de tillämpar de förfaranden som anges i direktivet (artikel 33.1 första stycket) och att ett ramavtal som huvudregel inte får löpa längre än fyra år (artikel 33.1 tredje stycket).

Bestämmelsen i artikel 33.1 första stycket får förstås så att bestämmelserna om upphandlingsförfarandena och därtill knutna bestämmelser om t.ex. annonsering, tidsfrister, kvalificering och val av anbud samt om information till anbudssökande eller anbudsgivare ska användas i tillämpliga delar när ramavtalet ingås. Enkelt uttryckt ska ramavtalet ”upphandlas” på samma sätt som ett kontrakt. Som *Göteborgs stad Upphandlings AB* påtalar kan det i vissa fall vara svårt att avgöra vilka av de bestämmelser i direktivet som uteslutande nämner kontrakt som också är tillämpliga beträffande ramavtal. Detta måste emellertid ytterst klarläggas i tillämpningen.

På samma sätt som i nuvarande lag bör direktivets formulering i artikel 33.1 tredje stycket ”utom i undantagsfall som vederbörligen motiverats, särskilt genom föremålet för ramavtalet” genomföras med föreskriften att undantag från huvudregeln om fyra år får göras endast om det finns särskilda skäl (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 333 f).

Kontrakt som grundas på ramavtal ska enligt artikel 33.2 första stycket i LOU-direktivet tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i artikelns följande punkter. I andra stycket sägs att dessa förfaranden bara får tillämpas mellan de upphandlande myndigheter som tydligt identifierats för detta syfte i anbudsinfordran eller i inbjudan att bekräfta intresse och de ekonomiska aktörer som är parter i det ingångna ramavtalet.

Att de berörda upphandlande myndigheterna måste vara tydligt identifierade från början är ett viktigt klargörande i det nya direktivets bestämmelser om ramavtal. Genom den nya lydelsen undviks också en hänvisning som tidigare gjordes till begreppet part, som var oklar när det gäller användarsidan och sådana upphandlande myndigheter som använder sig av ramavtal ingångna av en inköpscentral. De berörda myndigheterna ska enligt skäl 60 i direktivet kunna identifieras enkelt och otvetydigt. Den upphandlande myndighet som ingår ramavtalet, t.ex. en inköpscentral, ska därmed lämna såväl tydlig som korrekt information om vilka upphandlande myndigheter som har rätt att använda sig av ramavtalet. Detta krav på transparens bör förstås mot bakgrund av att ramavtalet normalt inte innebär någon garanterad avropsmängd för de leverantörer som är parter i det. En leverantör som överväger att lämna anbud när ramavtalet ingås måste kunna bedöma om det är affärsmässigt motiverat att lägga anbud och i så fall hur anbudet ska utformas. Leverantören har alltså ett berättigat intresse av att kunna avgöra på förutsebara grunder vilka upphandlande myndigheter som kan förväntas använda sig av avtalet om behov uppstår.

Konkurrensverket och *SKL Kommentus* resonerar i sina respektive remissvar kring hur en upphandlande myndighet kan och bör ansluta sig till ett ramavtal som ingås av en inköpscentral, när det inte rör sådana ramavtal som regleras i förordningen om statlig inköpsamordning. Frågan är om myndigheten måste vidta någon aktiv åtgärd för att bekräfta sitt intresse att använda det kommande ramavtalet. Det finns inte någon uttrycklig bestämmelse om detta och svaret är därmed beroende av vad hänsynen till transparensen kräver.

Artikelbestämmelsen och den anknytande skältexten (skäl 60) tydliggör att ett ramavtal är ett "slutet system" både på myndighets- och leverantörssidan. Det är alltså inte möjligt för vare sig upphandlande myndigheter eller leverantörer att ansluta sig i efterhand till ett ingånget ramavtal. Detta är motiverat av hänsyn till transparensen och till ramavtalets typiskt konkurrensbegränsande effekt. En leverantör i ramavtalet torde emellertid kunna bytas ut i den utsträckning bestämmelserna om ändring av kontrakt i artikel 72.1 d i direktivet medger det. När det gäller upphandlande myndigheter bör en myndighets rena namnbyte inte innebära något hinder för myndigheten att fortsätta använda ramavtal som den är ansluten till. Detsamma bör kunna gälla om flera myndigheter, som är anslutna till ett ramavtal, slås ihop till en ny myndighet. Det finns också ett visst utrymme att inkludera nya upphandlande myndigheter i ett ramavtal med användning av ändringsklausuler i enlighet med bestämmelserna i artikel 72.1 a i direktivet. En ändringsklausul får dock inte medföra att ramavtalets

övergripande karaktär ändras och får alltså inte innebära att ramavtalet omvandlas till ett öppet system på användarsidan.

I artikel 33.2 tredje stycket LOU-direktivet sägs att kontrakt som grundas på ett ramavtal inte under några omständigheter får leda till väsentliga ändringar av villkoren i detta ramavtal. Bestämmelsen i 2014 års direktiv är oförändrad i sak, men lydelsen är något ändrad. Enligt nuvarande LOU får ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal, inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet. Det är enligt regeringen ett bättre sätt att uttrycka vad förbudet konkret innebär. Även *Lagrådet* har lämnat ett liknande förslag. Regeringen anser att det finns skäl att avvika något från direktivets ordalydelse. Genomförandet får likväl anses direktivnära.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med en enda leverantör

Artikel 33.3 i LOU-direktivet behandlar ramavtal som sluts med en enda ekonomisk aktör. Bestämmelserna i artikeln är oförändrade i förhållande till 2004 års direktiv,

I artikel 33.3 första stycket anges att om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, ska kontrakt som grundas på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Innebörden bör alltså vara att den order som läggs ska hålla sig inom ramarna för de villkor som finns angivna i ramavtalet. Till exempel måste avropet avse de varor, tjänster eller byggtreprenader som omfattas av ramavtalet. Villkoren i ramavtalet kan vara öppna i något avseende, t.ex. beträffande priset, så att kompletteringar behövs när avrop ska ske. Men ett avrop måste hålla sig inom de ramar för möjlig justering som alltså ska vara definierade genom villkoren i ramavtalet. Kravet i artikelns föregående punkt, att villkoren inte väsentligen får avvika från villkoren i ramavtalet har också särskild vikt när det är fråga om ramavtal med en enda leverantör. Eftersom det endast är en leverantör som kan bli aktuell att tilldelas kontraktet finns för denna situation inte några särskilda bestämmelser om hur valet av leverantör eller anbud ska gå till, dvs. någon förhandling eller utvärdering av leverantörens (ursprungliga) anbud ska inte ske och inte heller ska några tilldelningskriterier användas. Kontraktet tilldelas istället direkt med tillämpning av villkoren som fastställts i ramavtalet.

Nuvarande 5 kap. 4 § första stycket LOU har utformats så att bestämmelsen tar sikte på villkoren i det kontrakt som tilldelas. I bestämmelsen anges att de villkoren ska överensstämma med villkoren i ramavtalet. Genom den valda utformningen är det inte lika tydligt att avsikten är att det ska kunna finnas ett visst utrymme för variation vid avropet, under förutsättning att detta utrymme har definierats på förhand genom villkoren i ramavtalet. *Lagrådet* har föreslagit en utformning som tar sikte på att villkoren i avtal som grundas på ramavtal inte får avvika från villkoren i ramavtalet. *Lagrådet* har också anmärkt på att möjligheten till samråd och komplettering synes svårörens med bestämmelsen om att villkoren inte får avvika från ramavtalets villkor. Som anförts ovan anser emellertid regeringen att direktivets uttryckssätt att kontrakt ska tilldelas i enlighet med villkoren i avtalet innebär att det lämnas ett visst utrymme för justeringar i den mån ramavtalets villkor är

Prop. 2015/16:195 öppna i någon mening. Regeringen gör mot den angivna bakgrunden bedömningen att artikel 33.3 första stycket nu bör genomföras med en författningsbestämmelse som överensstämmer med direktivets lydelse.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer

I LOU-direktivet finns, till skillnad från 2004 års LOU-direktiv, inte någon bestämmelse om att antalet leverantörer i ett ramavtal som huvudregel måste vara minst tre till antalet. Det kommer således att vara möjligt för en upphandlande myndighet att ingå ramavtal med två leverantörer även om det finns flera godtagbara anbud. Någon bestämmelse motsvarande 5 kap. 5 § LOU tas därmed inte in i den nya lagen.

När det gäller tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer anges i artikel 33.4 i direktivet tre metoder. I fråga om ramavtal med alla villkor för tillhandahållandet fastställda ska kontrakt tilldelas antingen enligt villkoren i ramavtalet utan förnyad konkurrensutsättning (33.4 a) eller med en kombination av de båda metoderna (33.4 b). I fråga om ramavtal som inte har alla villkor för tillhandahållandet fastställda ska kontrakt alltid tilldelas med en förnyad konkurrensutsättning (33.4 c). Metoderna behandlas närmare i avsnitten nedan.

De bestämmelser i den nya lagen som genomför regleringen om ramavtal med flera leverantörer bör struktureras på ett annat sätt än i direktivet. Avsnittet med bestämmelser bör, för att underlätta tillämpningen, inledas med en nyckelparagraf som i de två första styckena redogör för de båda slagen av ramavtal och i ett tredje stycke att det sagda gäller även för delar av ramavtal (se artikel 33.4 b andra stycket).

Kontraktstilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning

Regeringen uttalade i förarbetena till nuvarande LOU bl.a. att ett krav på ramavtalets innehåll borde införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt (prop. 2006/07:128 del 1 s. 175 f.). Den nuvarande lagstiftningen, och uttalanden som gjorts i förarbetena, har kritiserats för att avrop enligt rangordning har kommit att bli huvudprincip för hur tilldelningen av kontrakt får gå till. Det uppfattas som mindre flexibelt än nödvändigt (se SOU 2013:12 s. 319).

Det nya LOU-direktivet innehåller uttryckliga bestämmelser om hur tilldelningen av kontrakt ska gå till i dessa fall. Den upphandlande myndigheten ska använda ”objektiva villkor för att fastställa vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som ska utföra” det som avropas. De objektiva villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Såväl den nuvarande nationella bestämmelsen i LOU som det förtydligande på unionsnivå som det nya direktivet innebär syftar till att tilldelningen av kontrakt under ramavtalets löptid ska göras objektivt, transparent och även i övrigt i enlighet med de grundläggande principerna. Trots att den nuvarande bestämmelsen i LOU måste

bedömas väl motsvara det nya direktivets bestämmelser bör, enligt regeringens bedömning, den nya lagens bestämmelser anknyta till direktivets lydelse. Avsikten är att förtydliga rättsläget. De objektiva villkoren kan sägas motsvara vad som i tillämpningen kallas fördelningsnyckel. Begreppet fördelningsnyckel, särskilt ”annan fördelningsnyckel” har emellertid i tillämpningen ofta ställts i en motsatsrelation till rangordning som fördelningsprincip. Som *Advokatfirman Delphi* påpekar bör det förtydligas att det som nu avses med begreppet är såväl rangordning som andra fördelningsprinciper.

En fördelningsnyckel som otvetydigt uppfyller kravet på objektivitet och transparens är just en rangordning av leverantörerna, som fastställs vid tilldelningen av ramavtalet. En strikt fördelning utifrån rangordning är dock inte den enda möjliga fördelningsnyckeln, utan det finns olika varianter. Det från upphandlingsrättslig synpunkt centrala är att valet vid ett avrop av vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift måste göras i enlighet med de grundläggande principerna och får därmed inte bero på den upphandlande myndighetens godtycke. En fördelningsnyckel ska göra det möjligt att förutse enligt vilka grunder och hur valet av leverantör kommer att gå till i en viss given situation. Det ska också kunna gå att konstatera i efterhand vilka faktorer som gjorde att en viss leverantör valdes som utförare framför en annan.

Denna ordning följer i någon mån också av ramavtalets natur. Ramavtal med tilldelning av kontrakt utan förnyad konkurrensutsättning torde många gånger avse t.ex. varor eller tjänster som ska kunna tillhandahållas med kort varsel. Något samråd ska inte äga rum, vare sig om pris eller om andra villkor. Det måste alltså vara förhållandevis enkelt, både för den avropande myndigheten och för berörda leverantörer, att identifiera den leverantör som myndigheten ska vända sig till i en viss situation. Det nu sagda talar för att en strikt fördelning utifrån en rangordning av leverantörerna många gånger är både det bästa och mest effektiva sättet att fördela avropen mellan leverantörerna.

Flera remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Affärsverket svenska kraftnät*, *SKL Kommentus*, *Trä- och möbelföretagen* och *Konkurrenskommissionen*, har berört frågan i vilken utsträckning en upphandlande myndighet kan ta hänsyn till sitt subjektiva behov vid avrop från ramavtalet. SKL Kommentus anför att det förekommer situationer då det är nödvändigt att kunna frångå en strikt rangordning och den upphandlande myndigheten behöver kunna vända sig direkt till en viss leverantör för att få sitt behov tillgodosett. Trä- och möbelföretagen anser att den avropande myndigheten ska ges möjlighet att välja mellan samtliga leverantörer utifrån behovet i det enskilda fallet, och Affärsverket svenska kraftnät för ett liknande resonemang. Konkurrenskommissionen förordar å andra sidan att upphandlande myndigheter alltid ska använda sig av gällande rangordning och inte ges möjlighet att vända sig direkt till en viss leverantör.

Regeringen instämmer i vad Konkurrensverket anför om att det bör betonas att alla subjektiva hänsyn som ska kunna beaktas vid ett avrop ska framgå av något av upphandlingsdokumenten. Eventuella subjektiva behov som inte har förutsetts i samband med utformningen av ramavtalet och inte angetts i upphandlingsdokumenten får alltså inte beaktas. Det är en förutsättning att det framgår av villkoren vilka avgränsningar som ska

Prop. 2015/16:195 kunna göras vid avropet. Om det efter en avgränsning finns fler än en leverantör i ramavtalet som kan utföra det som den upphandlande myndigheten efterfrågar får inte valet mellan de leverantörerna ske godtyckligt.

I skäl 61 i direktivet förtydligas att de objektiva kriterierna för att avgöra vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som bör utföra en viss uppgift, t.ex. tillhandahålla varor eller tjänster avsedda att användas av fysiska personer, får, för de ramavtal där samtliga villkor fastställs, innefatta de berörda fysiska personernas behov eller val. Med andra ord är det möjligt att, när det gäller ramavtal som avser sådana varor och tjänster, utforma fördelningsnyckeln så att t.ex. enskilda personers val eller behov beaktas. Valet av utförare överlämnas här inte åt den upphandlande myndighetens godtycke. Ett flertal remissinstanser, bl.a. *Arbetsförmedlingen*, ett antal kommuner och landsting samt SKL Kommentus förordar att en bestämmelse tas in i lagen som reglerar skältexten. Regeringen anser emellertid att den nya lagen, i likhet med artikelbestämmelsen, enbart bör ange de upphandlingsrättsliga ramarna. Det bör lämpligen överlämnas åt parterna på marknaden, i första hand de upphandlande myndigheter som ingår ramavtal, att från fall till fall bedöma hur det utrymme bäst används. Vilken fördelningsnyckel som är mest ändamålsenlig i ett visst fall kan t.ex. bero på vilka slag av varor, tjänster eller byggtreprenader som det specifika ramavtalet omfattar, vilka inbördes skillnader som kan förväntas mellan det som leverantörerna erbjuder, beräknad total volym, det beräknade värdet av enskilda avrop, med vilken frekvens avrop kan förväntas eller förväntat antal leverantörer. Konkurrensverket har framhållit är det, vid utformningen av fördelningsnycklar som innehåller andra objektiva parametrar än enbart rangordning, viktigt att den upphandlande myndigheten försäkras sig om att fördelningsnyckeln inte i någon situation lämnar utrymme för godtyckliga bedömningar. Det är också viktigt att upphandlande myndigheter tillhandahåller information vid tillämpning av en fördelningsnyckel som innehåller fysiska personers behov eller val.

Det bör betonas att om en fördelningsnyckel som tar hänsyn till fysiska personers val eller behov bedöms som ändamålsenlig, behöver detta inte vara sekundärt till en rangordning av leverantörerna. Det är å andra sidan fullt möjligt att kombinera metoderna och t.ex. använda sig av en rangordning när den berörda personen inte kan eller vill välja. Regeringen avser att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att ta fram en vägledning om tillämpningen av bestämmelsen om fördelningsnyckel, särskilt med avseende på möjligheten att ta hänsyn till fysiska personers val eller behov.

Kombinerade ramavtal – kontraktstilldelning delvis utan, delvis efter en förnyad konkurrensutsättning

Artikel 33.4 b i direktivet gäller tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer när ramavtalet har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda. I sådana fall kan ramavtalet användas för att tilldela kontrakt delvis efter förnyad konkurrensutsättning om denna möjlighet har fastställts i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Direktivets bestämmelser är nya och bör genomföras i den nya lagen. De syftar enligt skältexten (skäl 61) till att öka flexibiliteten för upphandlande myndigheter. Till sitt innehåll får de ses som ett förtydligande av hur de upphandlande myndigheterna kan använda instrumentet ramavtal på ett flexibelt sätt under iakttagande av de grundläggande principerna för upphandling, som likabehandling och transparens. Bestämmelserna är ett uttryck för en avvägning mellan de upphandlande myndigheternas intresse av flexibilitet och leverantörernas intresse av att kunna avgöra hur tilldelning av kontrakt kommer att ske under ramavtalets löptid. För en leverantör som överväger att lämna anbud när ramavtalet ingås kan det vara av betydelse att veta om förnyad konkurrensutsättning blir aktuell, eftersom detta är förenat med ytterligare arbete och därmed kostnader. De objektiva villkoren för när förnyad konkurrensutsättning ska få ske ska därför vara fastlagda. Det ska även vara klargjort vilka villkor för tillhandahållande som kan bli föremål för en förnyad konkurrensutsättning. Som framgår av skältexten är kvantitet, värde eller karaktäristika exempel på faktorer som kan vara avgörande för valet mellan de två metoderna för kontraktstilldelning.

Lagrådet har ansett att bestämmelsen är svår att förstå och har gjort tolkningen att en specifik anskaffning ska kunna ske delvis utan, delvis efter förnyad konkurrensutsättning genom att endast vissa villkor i ramavtalet utsätts på nytt för konkurrens. Regeringens uppfattning är dock att det handlar om att olika anskaffningar kan göras genom att antingen tillämpa villkoren i ramavtalet (utan förnyad konkurrensutsättning) eller efter förnyad konkurrensutsättning. Detta framgår dels genom att direktivets ordalydelse talar om att ramavtalet i dessa fall kan genomföras delvis utan delvis efter förnyad konkurrensutsättning. Det är således ramavtalet som genomförs på två olika sätt, inte en viss specifik tilldelning som sker på två olika sätt. Vidare anges i skäl 61 att en anskaffning ska kunna ske på antingen det ena eller det andra sättet.

Innebörden av artikel 33.4 b andra stycket är att det är möjligt att i ett och samma ramavtal ha delar av det ena eller andra slaget, dvs. delar med samtliga villkor för tillhandahållande fastställda och delar där samtliga villkor inte är fastställda. Den paragraf som genomför bestämmelsen bör ange detta.

Kontraktstilldelning efter en förnyad konkurrensutsättning

Artikel 33.4 c i direktivet gäller tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer och som inte har samtliga villkor för tillhandahållande fastställda. Tilldelning av kontrakt ska i dessa fall ske genom förnyad konkurrensutsättning.

Tillvägagångssättet vid en förnyad konkurrensutsättning regleras i artikel 33.5. I det nya direktivet används begreppet förnyad konkurrensutsättning. I den nya lagen bör därför begreppet förnyad konkurrensutsättning användas, men enligt regeringens mening finns det ett värde från tillämpningssynpunkt i att även i den nya lagen ge en allmän beskrivning av vad en förnyad konkurrensutsättning innebär. Direktivbestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning och om

13.3 Ramavtal i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Ett ramavtal inom försörjningssektorerna ska få löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl.

Den upphandlande enheten ska vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal använda ett objektiva förfarande. Bestämmelser om förfarandet ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

De tilldelningskriterier som den upphandlande enheten använder vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Regeringens bedömning: Det behövs inte någon bestämmelse om undantag från avtalsspärr.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Promemorians bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. I promemorian görs bedömningen att det, till följd av skillnader mellan de båda rättsmedelsdirektiven, inte är möjligt att lagstifta om undantag från avtalsspärr vid förnyade konkurrensutsättningar i försörjningssektorerna.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Svensk Energi* anser att lokutionen särskilda skäl, när det gäller i vilka fall avsteg får ske från huvudregeln om åtta års löptid för ramavtal, är onödigt begränsande. *Affärsverket svenska kraftnät* och *Svensk Energi* bestrider promemorians bedömning att det inte är möjligt att lagstifta om undantag från avtalsspärr vid förnyade konkurrensutsättningar. *Advokatfirman Delphi* instämmer i promemorians bedömning men anser att promemorians beskrivning av skälen för denna delvis är felaktig.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Det nya direktivet – en något mer utförlig reglering av ramavtal

Det nya LUF-direktivet innehåller i artikel 51 något mer utförliga bestämmelser om ramavtal och tilldelning av kontrakt jämfört med 2004 års direktiv. Enligt skäl 71 har de nuvarande bestämmelserna setts över mot bakgrund av ett behov av att öka konkurrensen genom att förbättra öppenheten och tillträdet till upphandling som genomförs genom ramavtal. Förfarandena i LUF-direktivet är alltså mindre detaljerat reglerade än motsvarande i LOU-direktivet. Det är ett uttryck för att, generellt sett, större frihet tillåts vid upphandling inom försörjningssektorerna än vid upphandling enligt LOU-direktivet. Den självklara utgångspunkten – såväl när ramavtalet ingås, som när kontrakt tilldelas – är att den upphandlande enheten i alla sina åtgärder måste iaktta objektivitet och de grundläggande principerna om upphandling, som likabehandlings- och transparensprincipen.

Som nya regler av betydelse på området bör också nämnas bestämmelserna i artikel 89 om ändring av kontrakt och ramavtal under löptiden, som bl.a. innebär en reglering av i vilken mån villkoren i ett ramavtal får ändras utan ett nytt upphandlingsförfarande.

Artikel 51 i LUF-direktivet

I inledningen av artikel 51 lämnas en definition av ramavtal som lämpligen bör placeras i den nya lagens kapitel med definitioner (se avsnitt 13.2 ovan beträffande motsvarande bestämmelse i LOU-direktivet).

En förändring av materiell innebörd är att det införs en huvudregel om en gräns på åtta år för ramavtalets löptid. Enligt artikel 51.1 tredje stycket får ett ramavtal inte löpa längre än åtta år, utom i undantagsfall som vederbörligen motiverats, särskilt genom föremålet för ramavtalet. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som artikel 33.1 tredje stycket i LOU-direktivet, förutom att gränsen där är satt till fyra år. Den bör genomföras enligt mönster av motsvarande bestämmelse i LOU, dvs. med en föreskrift av innebörd att löptiden får vara längre endast om det finns särskilda skäl. Regeringen anser att en sådan föreskrift väl speglar direktivets krav och instämmer inte i *Svensk Energis* uppfattning att ordvalet är onödigt begränsande. Det följer av sammanhanget att det är främst på grund av vad ramavtalet avser i det enskilda fallet som det kan finnas skäl att frångå huvudregeln.

Skäl 72 i LUF-direktivet anknyter till bestämmelsen om löptid. Skältexten är till stor del likalydande med skäl 62 i LOU-direktivet. Här lämnas dock ett försörjningsspecifikt exempel på när det kan vara motiverat med längre löptider. I fråga om allmännyttiga företag som tillhandahåller grundläggande tjänster till allmänheten kan det i vissa fall behövas både längre ramavtal och längre enskilda kontrakt, exempelvis när det gäller ramavtal som syftar till att säkerställa ordinärt och extraordinärt underhåll av nät som kan kräva dyrbar utrustning som används av personal som fått högt specialiserad utbildning för ett särskilt ändamål för att säkerställa kontinuiteten i tjänsterna och minimera eventuella avbrott.

I artikel 51.2 första stycket i LUF-direktivet föreskrivs att kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas på grundval av objektiva regler och kriterier, som får inbegripa en förnyad konkurrensutsättning för de ekonomiska aktörer som är parter i det ingångna ramavtalet. Dessa regler och kriterier ska anges i upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Enligt andra stycket ska de objektiva reglerna och kriterierna säkerställa likabehandling av de ekonomiska aktörer som är parter i ramavtalet. Vidare ges vissa bestämmelser om förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning. Om en sådan ingår ska de upphandlande enheterna fastställa en tidsfrist som är tillräckligt lång för att anbud för varje enskilt kontrakt ska kunna lämnas in, och de ska tilldela varje kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat in det bästa anbudet på grundval av tilldelningskriterierna i specifikationerna i ramavtalet.

Konkret anvisar bestämmelserna att den upphandlande enheten, när den ingår ramavtalet, måste bestämma enligt vilket eller vilka förfaranden kontrakt ska få tilldelas. Bestämmelserna om detta ska anges

Prop. 2015/16:195 i något av ramavtalets upphandlingsdokument. Tilldelning får ske genom förnyad konkurrensutsättning. Bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning innebär dock inte ett påbud och utesluter inte möjligheten att tilldela kontrakt på annat sätt. Som Svensk Energi och *Advokatfirman Delphi* framhåller innebär regleringen exempelvis inte något hinder mot att den upphandlande enheten genomför förhandlingar med ramavtalsleverantörerna i samband med tilldelning av kontrakt. Det bör alltså vara möjligt att exempelvis infordra skriftliga anbud från ramavtalsleverantörerna och därefter genomföra förhandlingar med vissa eller alla av leverantörerna. Det kan givetvis inte heller finnas något hinder mot att en upphandlande enhet ingår ett ramavtal med endast en leverantör, under förutsättning att den allmänna skyldigheten att inte använda ramavtalet på ett onödigt konkurrensbegränsande sätt iakttas. Upphandlande enheter är med andra ord inte begränsade till att endast använda ramavtal med samtliga villkor fastställda (fördelningsnyckel) eller förnyad konkurrensutsättning. En upphandlande enhet får tilldela kontrakt även på andra sätt, så länge det sker på grundval av objektiva regler och kriterier som fastställts i samband med ingåendet av ramavtalet.

I artikel 51.2 andra stycket sägs att de tilldelningskriterier som används vid förnyad konkurrensutsättning ska anges i specifikationerna i ramavtalet. De ska alltså inte bara anges i något av upphandlingsdokumenten, vilket följer av första stycket. Vid en jämförelse med den annars mer detaljerade regleringen om förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning i LOU-direktivet kan konstateras att LOU-direktivet endast föreskriver att tilldelningskriterierna ska anges i ramavtalets upphandlingsdokument. Skillnaden mellan direktiven är svårmotiverad från en saklig synpunkt och synes vara en konsekvens av bestämmelsernas skilda behandling under direktivförhandlingarna. Regeringen bedömer det som ett korrekt genomförande att enbart anvisa en skyldighet för den upphandlande enheten att ange tilldelningskriterierna i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Det får till följd att regleringen i de båda nya lagarna överensstämmer på denna punkt.

LUF-direktivet innehåller, liksom 2004 års LUF-direktiv, en bestämmelse om att en upphandlande enhet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Motsvarande skrivning har i det nya LOU-direktivet flyttats till skältexterna. Ett av LUF-direktivets syften är att konkurrensen på marknaden ska tas tillvara. Regeringen bedömer att det inte är nödvändigt för tillämpningen att bestämmelsen nu genomförs särskilt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Det som bestämmelsen reglerar följer redan av att den upphandlande enheten är skyldig att iaktta bestämmelserna om ramavtal och de grundläggande principerna för upphandling, som proportionalitetsprincipen.

Det inträder inte någon avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning

Av 16 kap. 2 § 2 LOU framgår att någon avtalsspärr inte gäller när kontrakt som grundas på ramavtal tilldelas vid en förnyad

konkurrensutsättning. En motsvarande bestämmelse föreslås i den nya lagen om offentlig upphandling. Undantaget grundas på artikel 2 b i det första rättsmedelsdirektivet i lydelsen enligt ändringsdirektivet. Den artikeln medger för medlemsstaterna att föreskriva ett sådant undantag från avtalsspärren. Första rättsmedelsdirektivet gäller för prövning av offentlig upphandling. Till den nämnda bestämmelsen är kopplat likaså direktivstyrda bestämmelser om möjlighet för den upphandlande myndigheten att frivilligt iaktta en avtalsspärr. Bestämmelserna om ogiltighet av avtal är inte tillämpliga för ett avtal som den upphandlande myndigheten ingår efter att ha iakttagit en sådan frivillig avtalsspärr. Sverige har utnyttjat möjligheten att föreskriva om undantag från avtalsspärr i dessa fall.

Artikel 2 b i det andra rättsmedelsdirektivet i lydelsen enligt ändringsdirektivet ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva undantag från avtalsspärren bl.a. om direktiv 2004/17/EG inte kräver att ett föregående meddelande om upphandling ska offentliggöras i EUT. Någon möjlighet att föreskriva undantag från avtalsspärren vid förnyade konkurrensutsättningar ges här inte. Andra rättsmedelsdirektivet gäller för försörjningssektorerna.

Enligt artikel 40.3 i) i 2004 års LUF-direktiv kan en upphandlande enhet välja ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling om kontraktstilldelning sker utifrån ett ramavtal. I 2014 års LUF-direktiv finns inte längre denna koppling mellan tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal och användning av förfarandet utan föregående annonsering (direktstilldelning). Nu finns däremot bestämmelser som anger att den upphandlande enheten får använda sig av förnyad konkurrensutsättning vid tilldelning. I promemorian görs bedömningen att en avtalsspärr inträder vid förnyade konkurrensutsättningar i försörjningssektorerna och att det inte är möjligt att, i strid med andra rättsmedelsdirektivet, lagstifta om undantag från avtalsspärren på samma sätt som i LOU och i den nya lagen om offentlig upphandling. Regeringen gör dock bedömningen att någon avtalsspärr inte inträder och att något undantag därför inte behövs. Medan 2004 års LUF-direktiv bygger på synsättet att ramavtalet är det egentliga kontraktet (se artikel 14.1), har 2014 års LUF-direktiv i systematisk mening närmast sig regleringen i LOU-direktivet. Bestämmelserna om ramavtal är t.ex., i båda direktiven, placerade under rubriken ”Tekniker och instrument för elektronisk och gemensam upphandling”. Det är emellertid fortfarande så att LUF-direktivet inte föreskriver obligatorisk förnyad konkurrensutsättning eller något annat särskilt förfarande när kontrakt ska tilldelas inom ett ramavtal, vilket skiljer det från LOU-direktivet. Därmed blir inte, enligt regeringens bedömning, bestämmelserna om informations-skyldighet i artikel 75 i LUF-direktivet tillämpliga vid förnyade konkurrensutsättningar inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna om avtalsspärr i det andra rättsmedelsdirektivet är då inte heller tillämpliga (se artikel 2a.2 i det andra rättsmedelsdirektivet). Konkret innebär detta att bestämmelserna om avtalsspärr i det andra rättsmedelsdirektivet endast aktualiseras vid ingåendet av själva ramavtalet. En annan sak är att det givetvis står den upphandlande enheten fritt att vid enskilda kontraktstilldelningar frivilligt iaktta en avtalsspärr. *Svensk Energi* anför i sitt remissvar att det är så de nuvarande bestämmelserna tillämpas. Med

Prop. 2015/16:195 denna utgångspunkt, dvs. att någon avtalsspärr aldrig inträder vid kontraktstilldelning inom ett ramavtal i försörjningssektorerna, är det följaktligen inte nödvändigt att lagstifta om något undantag från spärren.

13.4 Ramavtal utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: Regleringen om ramavtal i den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som särskilt kommenterar saken, *Advokatfirman Delphi*, tillstyrker att de föreslagna ramavtalsbestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling ska gälla även utanför det direktivstyrda området.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om ramavtal i LOU och LUF gäller också vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt lagen. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya lagarna. Samtliga föreslagna bestämmelser om ramavtal bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i respektive lag.

14 Inköpscentraler

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns bestämmelser om inköpscentraler som medlemsstaterna kan välja om de vill genomföra. Den svenska regleringen om inköpscentraler, som syftar till att delvis genomföra direktivens bestämmelser om inköpscentraler, återfinns i 2 kap. 9 a § och 4 kap. 22 § LOU respektive 2 kap. 9 a § och 4 kap. 4 § LUF. En motsvarande reglering finns även i LUFS.

Regleringen av inköpscentraler har i LOU-direktivet och LUF-direktivet utvecklats väsentligt jämfört med regleringen i 2004 års direktiv. De nya direktiven innehåller bl.a. bestämmelser med definitioner av begreppen centraliserad inköpsverksamhet och stödverksamhet för inköp, bestämmelser om användandet av tjänsterna som inköpscentralerna tillhandahåller och bestämmelser om ansvarsfördelningen mellan upphandlande myndigheter eller enheter och inköpscentraler. Bestämmelserna återfinns i artikel 2.1.14–16 och 37 i LOU-direktivet respektive artikel 2.10–12 och 55 i LUF-direktivet. Inköpscentraler behandlas även i skäl 69 och 70 i LOU-direktivet och skäl 78 och 79 i LUF-direktivet. I LUK-direktivet saknas bestämmelser om inköpscentraler och det direktivet och förslaget till lag om upphandling av koncessioner behandlas därför inte ytterligare i detta avsnitt.

14.1.1 Tidigare överväganden

Den svenska regleringen om inköpscentraler syftar till att delvis genomföra direktivens bestämmelser om inköpscentraler. I såväl 2004 års direktiv som de nya upphandlingsdirektiven finns en möjlighet att låta inköpscentraler få anskaffa varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter, dvs. en form av grossistverksamhet. De svenska definitionerna av begreppet inköpscentral i 2 kap. 9 a § LOU och LUF omfattar dock inte upphandlande myndigheter med en sådan funktion.

Frågan om inköpscentraler och deras verksamhet har varit föremål för flera utredningsåtgärder. Upphandlingsutredningen 2004 föreslog både i delbetänkandet SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler, och i slutbetänkandet SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2, att direktivens bestämmelser om inköpscentraler skulle genomföras fullt ut i svensk rätt. Regeringen bedömde emellertid i propositionen som föregick införandet av LOU och LUF att det behövdes ytterligare beredning av frågan om inköpscentraler (prop. 2006/07:128 del 1 s. 184 f.). Statskontoret fick därför regeringens uppdrag att utreda behovet och konsekvenserna av utredningens förslag samt att bedöma lämpligheten av att införa bestämmelser i enlighet med de förslag som utredningen hade lämnat. Statskontoret redovisade uppdraget i en promemoria och föreslog att bestämmelser om inköpscentraler skulle införas (dnr Fi2008/4012). Enligt Statskontoret förekom redan inköpscentraler i Sverige och ett genomförande av direktivens bestämmelser om inköpscentraler i svensk lagstiftning vore en önskvärd kodifiering av redan existerande praxis. Statskontoret förespråkade dock att möjligheten enligt direktiven att tillåta inköpscentralerna att bedriva grossistverksamhet inte skulle utnyttjas, dels eftersom det inte tycktes finnas något behov, dels eftersom inköpscentralen skulle ta en affärsmässig risk genom att upphandla produkter för vidareförsäljning. Samtidigt menade Statskontoret att föreställningen av vad en grossist är för något kan komma att förändras i takt med att alltmer av handeln sker på elektronisk väg och att det därför inte kunde uteslutas att grossistfunktionen i framtiden skulle framstå som ändamålsenlig.

I departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, föreslogs att regler om inköpscentraler skulle införas i LOU och LUF, i överensstämmelse med de bedömningar Statskontoret gjort (Ds 2009:30). Regeringen instämde i Statskontorets och promemorians bedömning att grossistfunktionen inte borde införas och anförde att övervägande skäl talar mot att för närvarande införa sådana bestämmelser, även om det i framtiden skulle framstå som ändamålsenligt med en sådan funktion (prop. 2009/10:180 del 1 s. 262 ff.).

Regeringens förslag: Inköpscentraler ska kunna anskaffa varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i frågan, *Försvarets materielverk (FMV)*, *Försäkringskassan*, *Ekonomistyrningsverket*, *Kammarkollegiet*, *Konkurrensverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *SKL Kommentus*, *Svensk Energi*, *Göteborgs Stad Upphandlings AB*, *Byggherrarna*, *Husbyggnadsvaror HBV Förening* och ett antal kommuner och landsting, tillstyrker förslaget.

Almega, *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv*, *Sveriges Offentliga Leverantörer*, *Elektriska Installatörsorganisationen (EIO)*, *Läkemedelsindustriföreningens Service AB (LIF)*, *Konkurrenskommissionen* och *Svenska Teknik&Designföretagen* avstyrker förslaget. Flera av dessa remissinstanser framför att förslaget skulle kunna leda till att konkurrensen på marknaden hindras, begränsas eller snedvrids samt att det kan leda till ett risktagande med offentliga medel. Därutöver framhåller vissa av remissinstanserna särskilt att det finns en risk att förslaget kan missgynna små och medelstora företag. Några remissinstanser ifrågasätter även hur förslaget förhåller sig till bestämmelserna om förbud av konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, den s.k. konfliktlösningsregeln, i konkurrenslagen (2008:579).

Några remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Tillväxtverket*, *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* framhåller vikten av att införandet av grossistfunktionen följs upp.

Skälen för regeringens förslag: I de tidigare övervägandena har betonats att grossistfunktionen framöver skulle kunna framstå som ändamålsenlig. Bland andra *LIF* och *Konkurrenskommissionen* ifrågasätter om det finns ett behov av att införa grossistfunktionen. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att redan den snabba tekniska utvecklingen och det faktum att alltmer handel sker på elektronisk väg innebär att möjligheten för inköpscentraler att köpa varor och tjänster i eget namn för vidareförsäljning blir alltmer aktuell. Detta eftersom regleringen i direktiven inte bara omfattar en traditionell grossistverksamhet där en inköpscentral bygger upp varulager för vidareförsäljning. Regleringen omfattar även t.ex. användningen av s.k. vidarefakturerings, där en inköpscentral agerar i egenskap av köpare och är betalningsansvarig gentemot en leverantör men i sin tur fakturerar de upphandlande myndigheter eller enheter som den köpta varan eller tjänsten är avsedd för. Denna typ av verksamhet kan i hög grad vara ändamålsenlig när det gäller t.ex. centraliserade inköp av stora volymer av generiska produkter. Regeringen instämmer således i promemorians slutsats att utvecklingen sedan de tidigare övervägandena har gått i sådan riktning att behovet av grossistfunktionen har ökat och att starka skäl talar för att nu genomföra direktivens bestämmelser som ger inköpscentralerna möjlighet att agera grossister.

Det kanske främsta skälet mot att införa möjligheten för inköpscentraler att agera grossist är att detta kan skada konkurrensen och

missgynna små och medelstora företag, som framhålls av bl.a. *Almega, Företagarna* och *Svenskt Näringsliv*. Som påtalats i promemorian har farhågor om skadliga effekter för konkurrensen och små och medelstora företag även framförts mot centraliserad inköpsverksamhet i allmänhet. Upphandlingsutredningen 2010 kom dock till slutsatsen att dylika farhågor i stor utsträckning inte har besannats. Tvärtom konstaterade utredningen att mindre och medelstora företag är väl representerade bland leverantörerna på inköpscentralernas ramavtal, vilket förmodligen beror på inköpscentralernas strategier att, där det är möjligt, dela upp upphandlingarna i mindre delar så att konkurrensen på marknaderna tas till vara. Utredningen gjorde vidare bedömningen att inköpssamverkan rätt genomförd kan medföra betydande effektivitetsvinster för den offentliga sektorn och att inköpscentralernas förutsättningar att skapa värde bör förbättras ytterligare. Enligt utredningens uppfattning bör statsmakterna i större utsträckning än i dag betrakta inköpscentralernas verksamhet som instrument för att åstadkomma en mer kostnadseffektiv anskaffning av vissa varor och tjänster. För att inte gå miste om denna effektiviseringspotential bör inköpscentralerna enligt utredningen ges bästa möjliga förutsättningar att åstadkomma detta (se SOU 2013:12 s. 194 ff.).

Företagarna ifrågasätter visserligen utredningens slutsats att inköpscentralernas verksamhet inte generellt skulle missgynna små och medelstora företag, då statistiken i fråga om försäljningen utifrån de samordnade ramavtalen behöver fördjupas. *Stockholms läns landsting* uppger dock att landstingets erfarenhet är att små och medelstora leverantörer är väl representerade vid de samordnade avtal som genomförs för hela koncernen. *SKL Kommentus* anför att deras ramavtal ofta är indelade i delområden i syfte att få med de mindre företagen och betonar att konkurrensen om kontrakten skulle minska om anbudsgivare slås ut. En väl fungerande konkurrens gynnar både upphandlande myndigheter och leverantörer och detta gör sig enligt *SKL Kommentus* gällande även då en inköpscentral agerar som grossist. I sammanhanget vill regeringen framhålla att det är angeläget att statistiken på upphandlingsområdet förbättras. Regeringen avser därför att återkomma i denna fråga (se avsnitt 27.5).

Regeringen vill vidare understryka att en inköpscentral som anskaffar varor eller tjänster för vidareförsäljning givetvis själv måste följa upphandlingsregelverket. Detta innebär att de varor eller tjänster som inköpscentralen säljer vidare regelmässigt kommer att vara upphandlande i konkurrens på marknaden. Dessutom måste även inköpscentraler förhålla sig till de grundläggande principerna i sin verksamhet, och de får inte utforma sina upphandlingar i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Regeringen gör mot denna bakgrund bedömningen att inköpscentraler mycket väl bör kunna agera som grossister utan att detta snedvrider eller hämmar konkurrensen. Regeringen instämmer dessutom i promemorians slutsats att farhågor om att centraliserad inköpsverksamhet generellt sett skulle missgynna små och medelstora företag såvitt känt i stor utsträckning inte besannats.

Almega, Företagarna, Svenskt Näringsliv och *Svenska Teknik&Designföretagen* ifrågasätter hur införandet av

Prop. 2015/16:195 grossistfunktionen förhåller sig till bestämmelserna om förbud av konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet, den s.k. konfliktlösningsregeln, i konkurrenslagen. Konfliktlösningsregeln, som inte är tillämplig på själva upphandlingsförfarandet, innebär att vissa förfaranden och säljverksamheter kan förbjudas om de snedvrider eller hämmar eller är ägnade att snedvrیدا eller hämma konkurrensen på marknaden (3 kap. 27 § konkurrenslagen). En verksamhet får dock inte förbjudas om den är förenlig med lag. Syftet med konfliktlösningsregeln är att göra det möjligt att i domstol lösa konflikter som uppstår när offentliga organ bedriver säljverksamhet på marknaden. Konfliktlösningsregeln utgör således inte i sig hinder för införandet av en reglering som tillåter inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet. Regeringen har dessutom ovan gjort bedömningen att inköpscentraler mycket väl bör kunna agera som grossister utan att detta snedvrider eller hämmar konkurrensen. Att inköpscentraler tillåts bedriva centraliserad inköpsverksamhet i form av grossistverksamhet är enligt regeringens mening inte heller i sig ägnat att snedvrیدا eller hämma konkurrensen på marknaden. Däremot utesluter det nu sagda inte att konfliktlösningsregeln skulle kunna bli tillämplig om det i ett enskilt fall visar sig att en inköpscentral agerar på ett sätt som snedvrider eller hämmar konkurrensen.

Flera remissinstanser, bl.a. Almega, Företagarna och Svenskt Näringsliv, framför att förslaget att införa grossistfunktionen kan leda till ett risktagande med offentliga medel. Konkurrenskommissionen menar att förslaget innebär att inköpscentraler kommer att ta affärsrisker genom att upphandla produkter för vidareförsäljning vilket riskerar att strida mot kommunallagen (1991:900). Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att den affärsmässiga risk som inköpscentraler kan antas komma att ta i och med bedrivandet av sådan grossistverksamhet som direktivet tillåter sannolikt är liten. Det framstår t.ex. inte som sannolikt att införandet av en reglering som tillåter inköpscentraler att agera grossister kommer att leda till att dessa i någon större utsträckning bygger upp stora varulager. Den tekniska utvecklingen och utvecklingen av logistiken för att effektivisera flöden av varor torde resultera i att behovet av fysiska varulager över huvud taget minskar, vilket bör bidra till att begränsa den affärsmässiga risk som inköpscentralerna kan antas utsätta sig för om grossistfunktionen införs i svensk rätt. I sammanhanget bör det framhållas att det givetvis är angeläget att inköpscentralernas verksamhet generellt sett bedrivs med försiktighet och att riskbedömningar görs. Regeringen vill också understryka att ett införande av grossistfunktionen i de nya upphandlingslagarna endast innebär att det upphandlingsrättsligt blir tillåtet för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet. Förslaget medför inte någon ändring av vilka verksamheter som upphandlande myndigheter eller enheter får bedriva enligt andra föreskrifter. Ett införande av grossistfunktionen innebär således inte någon ändring av den s.k. lokaliseringsprincipen eller kommunernas kompetens i övrigt.

Sammanfattningsvis gör regeringen bedömningen att behovet av grossistfunktionen har ökat, att grossistfunktionen kan införas utan att detta i sig snedvrider eller hämmar konkurrensen samt att den affärsmässiga risk som inköpscentraler kan antas komma att ta i och med

bedrivandet av grossistverksamhet sannolikt är liten. Som framförts av Upphandlingsutredningen 2010 kan inköpscentralernas verksamhet leda till betydande besparingar för den offentliga sektorn och det är angeläget att de ges bästa möjliga förutsättningar att åstadkomma detta (SOU 2013:12 s. 196). Den flexibilitet som direktiven medger vad gäller vilken verksamhet som inköpscentraler får bedriva bör därför få genomslag även i det svenska regelverket. Almega och Företagarna anser att förslaget bör föregås av ytterligare analys av vilka effekter det kan få på marknaden. Enligt regeringens mening är underlaget dock tillräckligt för att nu införa grossistfunktionen. Bestämmelserna som tillåter inköpscentraler att agera som grossist bör därför genomföras i den nya lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Regeringen instämmer dock, i likhet med ett antal remissinstanser, i promemorians bedömning att införandet av grossistfunktionen bör följas upp så att eventuella nackdelar eller missförhållanden kan upptäckas och åtgärdas. Regeringen avser därför att ge lämplig myndighet i uppdrag att följa upp och granska inköpscentralernas grossistfunktion, reglernas tillämpning och dess effekter, bl.a. offentligfinansiella effekter och effekter för privata grossister.

EIO och Svenska Teknik&Designföretagen ifrågasätter hur inköpscentraler ska hantera bl.a. ansvarsfrågor som garantiåtaganden, skadestånd och försäkringar. Frågor av denna karaktär omfattas dock inte av det upphandlingsrättsliga regelverket och får närmast hanteras avtalsvägen av inköpscentralerna och berörda upphandlande myndigheter och enheter respektive leverantörer.

14.2 Definitionen av inköpscentral

Regeringens förslag: Med inköpscentral ska avses en upphandlande myndighet eller enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter, eller
2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

Upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna betraktas som upphandling i samband med utövandet av en sådan verksamhet som omfattas av den lagen.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorians förslag anges dock att inköpscentraler även ska få tillhandahålla stödverksamhet för inköp samt att de varor, tjänster och byggtreprenader som inköpscentralerna upphandlar ska vara avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser som yttrar sig i frågan tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. *Svensk Energi*

Prop. 2015/16:195 poängterar särskilt vikten av att även en upphandlande enhet kan agera som inköpscentral inom försörjningssektorerna. Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig särskilt angående möjligheten för inköpscentraler att tillhandahålla stödverksamhet för inköp, däribland *Kammarkollegiet* och *SKL Kommentus*, tillstyrker även denna del av förslaget. *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* ifrågasätter dock förslaget om tillhandahållande av sådan stödverksamhet med hänsyn till att det redan finns en etablerad marknad för denna typ av tjänster och anför att det hade varit önskvärt om promemorian utvecklat hur förslaget förhåller sig till syftet med den s.k. konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen. Advokatfirman Delphi avstyrker förslaget i denna del i avvaktan på närmare utredning av denna fråga. Även *Magnus Josephson AB* och *Peak Procurement* avstyrker förslaget att inköpscentraler ska få tillhandahålla sådan verksamhet med motiveringen att detta skulle undanta dessa tjänster från upphandlingsskyldigheten, vilket skulle snedvrída konkurrensen på den befintliga marknaden. Några remissinstanser har lagtekniska synpunkter och efterfrågar förtydliganden.

Skälen för regeringens förslag

Centraliserad inköpsverksamhet

Med inköpscentral avses enligt artikel 2.1.16 i LOU-direktivet respektive artikel 2.12 i LUF-direktivet en upphandlande myndighet eller enhet som tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet och eventuellt också stödverksamhet för inköp. Centraliserad inköpsverksamhet definieras i sin tur i artikel 2.1.14 i LOU-direktivet respektive artikel 2.10 i LUF-direktivet som verksamhet som bedrivs stadigvarande i någon av följande former:

a) Anskaffning av varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

b) Tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

I skäl 69 i LOU-direktivet (skäl 78 i LUF-direktivet) motiveras bestämmelserna enligt följande.

Användningen av centraliserade inköpsmetoder ökar i de flesta medlemsstater. Inköpscentraler har till uppgift att göra anskaffningar, administrera dynamiska inköpssystem eller genomföra upphandling/ingå ramavtal för andra upphandlande myndigheters räkning, med eller utan ersättning. De upphandlande myndigheter för vilka ett ramavtal ingås bör kunna använda detta för att göra individuella eller upprepade inköp. Eftersom det rör sig om stora inköpsvolymmer kan dessa förfaranden bidra till att öka konkurrensen och de bör bidra till att professionalisera den offentliga upphandlingen. Därför bör en definition på unionsnivå av inköpscentraler för upphandlande myndigheter införas, och det bör klargöras att inköpscentraler är verksamma på två olika sätt.

För det första bör de kunna agera som grossister genom inköp, lagring och återförsäljning eller, för det andra, som mellanhänder genom att

tilldela kontrakt, driva dynamiska inköpssystem eller ingå ramavtal som ska användas av upphandlande myndigheter. Denna roll som mellanhand kan i vissa fall utföras genom att relevanta tilldelningsförfaranden genomförs självständigt, utan detaljerade instruktioner från berörda upphandlande myndigheter; i andra fall kan detta ske genom att de relevanta tilldelningsförfarandena genomförs enligt instruktioner från berörda upphandlande myndigheter, på deras vägnar och för deras räkning.

Av de nya direktiven framgår således att inköpscentraler kan agera antingen som grossist eller som mellanhand. Funktionen som mellanhand kan i sin tur bedrivas på olika sätt. Det kan röra sig om att inköpscentralen genomför en upphandling och fattar tilldelningsbeslut i egenskap av ombud åt andra upphandlande myndigheter eller enheter, vilket motsvarar den reglering som i dag finns i 2 kap. 9 a § andra punkten LOU och LUF. I dessa fall genomför inköpscentralen, som det uttrycks i skäl 69, upphandlingsförfaranden på de upphandlande myndigheterna eller enheternas vägnar och för deras räkning. Funktionen som mellanhand är dock inte begränsad till dessa ombudsfall. En inköpscentral kan även genomföra upphandlingsförfaranden självständigt och utan detaljerade instruktioner från berörda upphandlande myndigheter eller enheter.

Regleringen i direktiven, inbegripet bestämmelserna om ansvarsfördelningen (se vidare avsnitt 14.4), får förstås på så sätt att en inköpscentral kan agera antingen som ombud eller som självständig mellanhand både när det gäller tilldelning av kontrakt och när det gäller ingående av ramavtal. Detta innebär att en upphandlande myndighet eller enhet enligt direktiven kan ge en inköpscentral i uppdrag att självständigt genomföra en upphandling och att i eget namn fatta ett tilldelningsbeslut avseende en vara, tjänst eller byggtreprenad som är avsedd för myndigheten eller enheten. Till skillnad från regleringen i LOU och LUF är det således inte nödvändigtvis så att inköpscentraler agerar som ombud för de upphandlande myndigheterna eller enheterna när det gäller tilldelning av kontrakt.

För att tydliggöra detta i de nya lagarna bör definitionerna av inköpscentral utformas på ett direktivnära sätt. Definitionerna bör ange att inköpscentraler bedriver centraliserad inköpsverksamhet i form av tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter. Som *Advokatfirman Delphi* framhåller anges det inte i direktiven att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna ska vara avsedda för "andra" upphandlande myndigheter eller enheter. Detta bör därför enligt regeringens mening inte heller anges i definitionerna i de nya lagarna. I och med att definitionerna av inköpscentral i de nya lagarna utformas på ett direktivnära sätt kommer de även att överensstämma med formuleringen av direktivens bestämmelser om ansvarsfördelningen. Den nya utformningen av definitionen innebär att inköpscentraler inte endast kan ingå ramavtal och agera som ombud för upphandlande myndigheter eller enheter utan även kan få i uppdrag att genomföra upphandlingar som självständig mellanhand, dvs. i eget namn och på eget ansvar.

Prop. 2015/16:195 Av definitionen av centraliserad inköpsverksamhet i direktiven framgår att sådan verksamhet ska bedrivas stadigvarande. Detta är avsett att tydliggöra skillnaden mellan en inköpscentral och en tillfällig gemensam upphandling som genomförs av flera upphandlande myndigheter eller enheter. Bestämmelser om sådan tillfällig gemensam upphandling finns i artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet (se vidare avsnitt 15.1). Ett tillfälligt samarbete i form av gemensam upphandling innebär således inte att det föreligger en inköpscentral i lagarnas mening. Kravet att inköpsverksamheten ska bedrivas stadigvarande bör även framgå av definitionerna av inköpscentral i de nya lagarna. *Upphandlingssamverkan i Uppsala län (UPPSAM)* anser att det behöver förtydligas vilka kriterier som ska uppfyllas för att verksamheten ska anses bedrivas stadigvarande. Den närmare innebörden av direktivens varaktighetskrav får dock fastställas i rättstillämpningen och kommer ytterst att få avgöras av EU-domstolen.

Kronofogdemyndigheten anser att det i lagarna bör framgå om centraliserad inköpsverksamhet för statliga myndigheter framöver endast får företas av en myndighet med regeringens uppdrag att agera som inköpscentral. Advokatfirman Delphi framför att regeringen bör lägga fram förslag om att inköpscentralernas verksamhet ska vara anslagsfinansierad. Regeringen anser dock att dessa frågor inte ska hanteras inom ramen för detta lagstiftningsarbete.

Stödverksamhet för inköp

Av definitionen av inköpscentral i de nya direktiven framgår att en inköpscentral, förutom centraliserad inköpsverksamhet, eventuellt också kan tillhandahålla ”stödverksamhet för inköp”. Med begreppet stödverksamhet för inköp avses enligt direktiven verksamheter för tillhandahållande av stöd för inköp, t.ex. i form av att tillhandahålla teknisk infrastruktur, rådgivning samt förberedande och administration av upphandlingsförfaranden på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar (artikel 2.1.15 i LOU-direktivet och artikel 2.11 i LUF-direktivet). Det bör noteras att stödverksamhet för inköp är en tjänst som inte i sig är förbehållen inköpscentraler utan som kan tillhandahållas av vilket offentligt eller privat organ som helst (se artikel 2.1.17 i LOU-direktivet och artikel 2.13 i LUF, som behandlas i avsnitt 6.7.2).

Flera remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, *Advokatfirman Delphi*, *Magnus Josephson AB* och *Peak Procurement*, ifrågasätter och avstyrker att inköpscentraler ges möjlighet att tillhandahålla stödverksamhet för inköp. Det följer dock av direktivens definitioner och av artikel 37.4 i LOU-direktivet respektive artikel 55.4 i LUF-direktivet att inköpscentraler har möjlighet att tillhandahålla sådan stödverksamhet. Regeringen anser dessutom att det är viktigt att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter kan få stöd i olika former för att kunna genomföra korrekta och effektiva upphandlingar. Det är ur effektivitetssynpunkt t.ex. angeläget att inköpscentraler kan vägleda upphandlande myndigheter och enheter vid avrop från inköpscentralernas ramavtal. Några remissinstanser har ifrågasatt hur förslaget förhåller sig till syftet med den s.k. konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen. Regeringen har i avsnitt 14.1.2 redogjort för konfliktlösningsregeln och

funnit att den inte i sig utgör hinder för införandet av grossistfunktionen. På motsvarande sätt gör regeringen bedömningen att konfliktlösningsregeln inte utgör hinder för inköpscentralernas möjligheter att tillhandahålla stödverksamhet för inköp. Regeringen avser dock att följa upp effekterna av implementeringen av möjligheten för inköpscentralerna att bedriva stödverksamhet.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus och *UPPSAM* anser att direktivens definitioner av stödverksamhet för inköp i förtydligande syfte bör genomföras i sin helhet i uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna. Regeringen instämmer dock i promemorians bedömning att det inte finns något behov av att i lagtexten ange att begreppet stödverksamhet för inköp avser verksamheter för tillhandahållande av stöd för inköp, eftersom detta inte tillför något i sak. Direktivens definitioner innehåller därutöver endast en exemplifierande uppräkningslista av verksamheter som kan omfattas av begreppet. Regeringen anser inte att det finns skäl att ta in en sådan exemplifierande lista i lagtexten. Däremot kan exemplen i direktiven givetvis ändå tjäna till vägledning för tillämpningen. Det kan vidare konstateras att begreppet stödverksamhet för inköp endast används i bestämmelserna om anlitande av inköpscentral. Mot denna bakgrund anser regeringen, i likhet med promemorian, att det inte finns något behov av att definiera stödverksamhet för inköp i särskilda bestämmelser.

Den omständigheten att en inköpscentral, förutom centraliserad inköpsverksamhet, även får tillhandahålla stödverksamhet för inköp utgör i materiell mening inte en del av definitionen av inköpscentral. Som noterats ovan kan stödverksamhet för inköp tillhandahållas av vilket offentligt eller privat organ som helst. Vidare är det frivilligt för inköpscentraler att bedriva sådan verksamhet. Att inköpscentraler får tillhandahålla sådan stödverksamhet framgår dessutom redan av bestämmelserna om anlitande av inköpscentraler. Det finns enligt regeringens mening därför inte något behov av att ange detta i definitionen av inköpscentral. Det är tillåtet för inköpscentraler att bedriva stödverksamhet för inköp även utan att detta anges uttryckligen i bestämmelserna med definitionen av inköpscentral. Regeringen återkommer till frågan om inköpscentralernas tillhandahållande av stödverksamhet i avsnitt 14.3.

Den närmare gränsdragningen av vilka verksamheter som kan anses ingå i begreppet stödverksamhet för inköp är en fråga som får belysas i tillämpningen och ytterst får avgöras av EU-domstolen.

Särskilt om inköpscentraler inom försörjningssektorerna

Artikel 2.1.16 i LOU-direktivet respektive artikel 2.12 i LUF-direktivet innehåller definitionerna av begreppet inköpscentral. En betydelsefull skillnad mellan direktivens definitioner är att det enligt LOU-direktivet endast är en upphandlande myndighet som kan vara inköpscentral medan det i LUF-direktivet anges att en upphandlande enhet kan vara inköpscentral. Att en upphandlande enhet kan vara inköpscentral enligt LUF-direktivet är en nyhet i förhållande till 2004 års LUF-direktiv och LUF. Genom att även upphandlande enheter tillåts vara inköpscentraler enligt LUF-direktivet blir regleringen mer flexibel och anpassad efter de

Prop. 2015/16:195 särskilda förhållanden som gäller inom försörjningssektorerna. Den utvidgade definitionen bör genomföras i svensk rätt genom att det i definitionen av inköpscentral i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska anges att med inköpscentral avses en upphandlande enhet.

Definitionen av inköpscentral i LUF-direktiven anger vidare att även en upphandlande myndighet enligt LOU-direktivet kan vara en inköpscentral enligt LUF-direktivet. Eftersom definitionen av upphandlande enhet även innefattar upphandlande myndigheter, och då definitionen av upphandlande myndighet är likalydande i de nya lagarna, finns det inget behov av att införa någon motsvarande hänvisning i definitionen i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Av artikel 2.12 andra stycket i LUF-direktivet framgår att upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en verksamhet av den typ som beskrivs i artiklarna 8–14. Bestämmelsen får ses som ett förtydligande av att en inköpscentral ska följa bestämmelserna i LUF-direktivet vid upphandling som den genomför för att kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet, trots att inköpsverksamheten inte i sig är en sådan verksamhet som räknas upp i artiklarna 8–14 och därmed omfattas av direktivet. En motsvarande bestämmelse bör införas i definitionen av inköpscentral i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelsen innebär t.ex. att en inköpscentral ska följa bestämmelserna i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna vid sin upphandling av varor som inköpscentralen anskaffar för vidareförsäljning till en upphandlande enhet enligt den lagen.

14.3 Anlitandet av inköpscentraler

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten. Tjänsten som inköpscentralen då tillhandahåller ska även få omfatta stödverksamhet för inköp.

Upphandlande myndigheter eller enheter ska få anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Upphandlande myndigheter eller enheter ska också få anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom en inköpscentral.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några särskilda bestämmelser som fastställer att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentral.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag och bedömning. I promemorian föreslås dock att det ska anges i särskilda bestämmelser att inköpscentraler ska använda elektroniska medel för kommunikation.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser invänder inte mot förslaget. *Svensk Energi* ifrågasätter dock om inte upphandlande enheter ska kunna anskaffa även byggtreprenader från en inköpscentral och

påtar att regleringen inom försörjningssektorerna ofta är mer flexibel. Några remissinstanser efterfrågar klargöranden och förtydliganden. Prop. 2015/16:195

Det fåtal remissinstanser som yttrar sig i frågan, bl.a. *Kammarkollegiet* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, instämmer i promemorians bedömning att det inte bör införas några särskilda bestämmelser som fastställer att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentral.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Anlitande av inköpscentraler utan föregående upphandling

Bestämmelserna i 4 kap. 22 § LOU respektive 4 kap. 4 § LUF innebär att anlitandet av en inköpscentral inte måste föregås av en upphandling (prop. 2009/10:180, del 1, s. 328 och 377). Motsvarande reglering finns i artikel 37.4 i LOU-direktivet och artikel 55.4 i LUF-direktivet. Av bestämmelserna framgår att upphandlande myndigheter eller enheter får anlita en inköpscentral för tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet utan att tillämpa förfarandena som anges i direktiven. Bestämmelserna ger alltså uttryck för det undantag från upphandlingsskyldighet som gäller då en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral. Av artiklarna framgår vidare att om en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet, utan att upphandla tjänsten, så får denna tjänst även omfatta stödverksamhet för inköp. I samband med att en upphandlande myndighet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet kan myndigheten således även använda sig av stödverksamhet som inköpscentralen tillhandahåller, utan att stödtjänsten behöver upphandlas. Av bestämmelsen framgår motsatsvis att en upphandlande myndighet eller enhet som enbart vill använda sig av en tjänst som avser stödverksamhet för inköp kan vara skyldig att upphandla denna tjänst. Att denna tolkning är den avsedda framgår även av skäl 70 i LOU-direktivet respektive skäl 79 i LUF-direktivet.

Regeringen instämmer i promemorians förslag att bestämmelserna i artikel 37.4 i LOU-direktivet och artikel 55.4 i LUF-direktivet bör genomföras, med vissa förenklingar, i särskilda paragrafer i de nya lagarna. Regleringen innebär t.ex. att en upphandlande myndighet eller enhet som vänt sig till en inköpscentral inför ett avrop från ett ramavtal även kan anlita inköpscentralen för rådgivning i samband med avropet utan att upphandla rådgivningstjänsten. *Magnus Josephson AB* och *Peak Procurement* avstyrker, som framgår av avsnitt 14.2, förslaget att inköpscentraler ska få tillhandahålla stödverksamhet för inköp och anför att en konkurrensfördel för inköpscentralerna i förhållande till deras privata konkurrenter är att anlitandet av dem inte behöver föregås av en upphandling. Som framgår av förslaget är det dock enbart i de fall som en upphandlande myndighet eller enhet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet som tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även får omfatta stödverksamhet för inköp, utan att stödverksamheten upphandlas. I övriga fall gäller de sedvanliga bestämmelserna om skyldighet att upphandla sådan stödverksamhet. Om en inköpscentral önskar tillhandahålla stödverksamhet för inköp utan

Prop. 2015/16:195 koppling till centraliserad inköpsverksamhet har inköpscentralen alltså att erbjuda dessa tjänster i konkurrens med övriga aktörer på marknaden.

Anskaffningar från och genom en inköpscentral

I de nya direktiven regleras användandet av centraliserad inköpsverksamhet som en inköpscentral tillhandahåller i artikel 37.1 i LOU-direktivet och artikel 55.1 i LUF-direktivet. Artiklarna anger för det första att upphandlande myndigheter eller enheter får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral, dvs. använda sig av den form av grossistverksamhet som inköpscentraler får bedriva. I artikeln i LUF-direktivet anges att upphandlande enheter också får anskaffa byggtreprenader från en inköpscentral. I promemorian gjordes bedömningen att detta får anses vara ett förbiseende med hänsyn till att byggtreprenader inte omnämns i definitionen av denna form av centraliserad inköpsverksamhet enligt artikel 2.10. Regeringen instämmer i promemorians bedömning och finner således, till skillnad från *Svensk Energi*, att inte heller upphandlande enheter ska kunna anskaffa byggtreprenader från en inköpscentral.

För det andra anger artiklarna att upphandlande myndigheter eller enheter får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral eller ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Som framgår av avsnitt 14.1.2 gör regeringen bedömningen att inköpscentraler ska få bedriva grossistverksamhet. Direktivens bestämmelser om användandet av centraliserad inköpsverksamhet som inköpscentraler tillhandahåller bör därför genomföras i sin helhet i de nya lagarna, med vissa förenklingar. Bestämmelserna bör ges en direktivnära utformning som överensstämmer med utformningen av definitionerna av inköpscentral. Direktiven anger inga särskilda förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en inköpscentral ska få anlitas. Regleringen innebär således att upphandlande myndigheter och enheter ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv är fria att själva avgöra när och på vilket sätt en inköpscentral ska anlitas. Det bör dock understrykas att eventuella inskränkningar av upphandlande myndigheters och enheters kompetens att anlita inköpscentraler enligt andra föreskrifter inte påverkas av dessa bestämmelser.

I artikel 37.1 i LOU-direktivet hänvisas, vad gäller användningen av ramavtal, till kraven på ramavtal i artikel 33.2. Hänvisningen framstår som överflödigt eftersom kraven på ramavtal är generella och gäller oavsett om ramavtalet ingåtts av en inköpscentral eller inte. Någon motsvarande hänvisning bör därför inte införas i den nya lagen om offentlig upphandling.

Artikel 37.1 tredje stycket i LOU-direktivet respektive artikel 55.1 tredje stycket LUF-direktivet ger medlemsstaterna möjlighet att fastställa att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentraler eller en eller flera specifika inköpscentraler. Regeringen anser, i likhet med bl.a. *Kammarkollegiet* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, att det inte framkommit skäl att införa några sådana bestämmelser i de nya lagarna.

Några remissinstanser, bl.a. *Kronofogdemyndigheten*, anser att det bör klargöras om det är möjligt för en inköpscentral att bedriva centraliserad inköpsverksamhet för endast en enskild annan myndighet. *Peak Procurement* anser att direktiven föreskriver att inköpscentraler ska genomföra anskaffningar, tilldela kontrakt eller sluta ramavtal för flera andra upphandlande myndigheter.

Enligt nuvarande definition av inköpscentral i LOU och LUF kan en inköpscentral medverka i en upphandling som ombud åt flera andra upphandlande myndigheter eller enheter. Att lagtexten anger att ombudsrollen ska avse flera upphandlande myndigheter eller enheter innebär att en upphandlande myndighet som i en upphandling är ombud endast för en enskild sådan myndighet eller enhet inte på grund av detta utgör en inköpscentral (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 263, 318 och 377).

De nya direktivens definitioner av inköpscentral och centraliserad inköpsverksamhet får förstås på så sätt att en inköpscentral ska vara inrättad för att tillhandahålla sådan verksamhet till fler än en upphandlande myndighet eller enhet. Detta kan dessutom anses följa av själva termen centraliserad inköpsverksamhet (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 263). Däremot finns det enligt regeringens mening inte något stöd i de nya direktiven för att ställa upp en begränsning som innebär att en inköpscentral i ett enskilt ärende skulle vara förhindrad att agera på uppdrag av en upphandlande myndighet eller enhet. De nya direktivsbestämmelserna om anlåtande av inköpscentraler och om ansvarsfrågor (se avsnitt 14.4) ger tvärtom stöd för att en inköpscentral i ett visst ärende kan agera som ombud eller självständig mellanhand åt en enskild upphandlande myndighet eller enhet. Enligt regeringens mening framgår detta tillräckligt tydligt av den direktivnära utformningen av bestämmelserna om anlåtande av inköpscentraler.

Elektroniska medel för kommunikation

I artikel 37.3 i LOU-direktivet respektive artikel 55.3 i LUF-direktivet anges att en inköpscentralers samtliga upphandlingsförfaranden ska genomföras med hjälp av elektroniska medel för kommunikation i enlighet med kraven i artikel 22 i LOU-direktivet respektive artikel 40 i LUF-direktivet. Regeringen gör dock bedömningen att upphandlande myndigheter och enheter generellt ska vara skyldiga att använda elektroniska medel vid kommunikation med leverantörer (se vidare avsnitt 20.1). Ifrågavarande bestämmelser i direktiven behöver därmed inte genomföras i särskilda paragrafer i de nya lagarna.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt de nya lagarna när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska dock ansvara för att fullgöra skyldigheterna i lagarna när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ett fåtal remissinstanser behandlar frågan. Av dessa tillstyrker nästan samtliga förslaget. *Gotlands kommun* anser dock att föreslagen begränsning av en upphandlande myndighets ansvar inte är ändamålsenligt reglerad för att utesluta skadestånd enligt skadeståndslagen (1972:207) och att bestämmelserna måste förenas med talförbud eller preskription. Några remissinstanser efterfrågar klargöranden och förtydliganden.

Skälen för regeringens förslag: En viktig frågeställning beträffande inköpscentraler är vilken aktör som är ansvarig för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. De nya direktiven innehåller en mer detaljerad reglering av ansvarsfrågan än 2004 års direktiv. Frågan regleras i artikel 37.2 och skäl 69 i LOU-direktivet respektive artikel 55.2 och skäl 78 i LUF-direktivet. Enligt direktivens reglering fullgör en upphandlande myndighet eller enhet sina skyldigheter enligt direktiven när den anskaffar varor och tjänster från en inköpscentral som erbjuder centraliserad inköpsverksamhet. Den upphandlande myndigheten eller enheten fullgör dessutom sina skyldigheter enligt direktiven när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, med hjälp av dynamiska inköpssystem som drivs av inköpscentralen, eller med hjälp av ett ramavtal som ingås av en inköpscentral som erbjuder centraliserad inköpsverksamhet. Enligt direktiven ska dock den berörda upphandlande myndigheten eller enheten ansvara för att uppfylla skyldigheterna i direktiven när det gäller de delar som den själv genomför.

Enligt regeringens mening överensstämmer regleringen i direktiven därmed i huvudsak med den ansvarsfördelning som i dagsläget anses gälla enligt LOU och LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 264 ff.) Regeringen instämmer i promemorians bedömning att de nya direktivens reglering av ansvarsfrågan bör genomföras i uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna. Avsikten är att underlätta tillämpningen av regelverket. Bestämmelserna bör ange att en upphandlande myndighet eller enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt lagarna när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt bestämmelserna om anlåtande av inköpscentraler. Huvudregeln är således att en upphandlande myndighet eller enhet ska anses ha uppfyllt sina skyldigheter enligt lagarna när den använder sig av centraliserad inköpsverksamhet som tillhandahålls av en inköpscentral. Detta gäller oavsett vilken form av centraliserad inköpsverksamhet som den

upphandlande myndigheten eller enheten använder sig av (grossistfunktionen eller mellanhandsfunktionen). När en inköpscentral agerar som grossist eller som självständig mellanhand är det således inköpscentralen som ansvarar för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. Regleringen syftar till att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter genom att anlita en inköpscentral ska kunna frångå sig ansvaret för att en upphandling genomförs i enlighet med lagstiftningen. En förutsättning för detta när det gäller mellanhandsfunktionen är att inköpscentralen genomför upphandlingsförfarandena i eget namn.

Det finns situationer där den upphandlande myndigheten eller enheten enligt direktiven ansvarar för att fullgöra skyldigheterna i lagstiftningen. Detta gäller för sådana delar av förfarandena som myndigheten eller enheten själv genomför. Direktiven anger följande exempel på delar av en upphandling som en upphandlande myndighet eller enhet själv genomför:

- a) tilldelning av ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral,
- b) genomförande av en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som en inköpscentral har ingått, och
- c) fastställande av vilken av leverantörerna som är parter i ett ramavtal som ska utföra en viss uppgift enligt ramavtalet (denna punkt saknas dock i LUF-direktivet).

Vid t.ex. en förnyad konkurrensutsättning blir det således den avropande myndigheten som blir ansvarig för att avropet sker med iakttagande av gällande bestämmelser. *Stockholms läns landsting* anser att förslaget bör kompletteras med direktivens exempel för att öka tydligheten och *Göteborgs Stad Upphandlings AB* anser att det bör förtydligas att ansvaret för en upphandlande myndighet eller enhet även kan omfatta tilldelning av kontrakt enligt ramavtal som inte bygger på förnyad konkurrensutsättning. Regeringen kan konstatera att direktivens uppräknade av vad en upphandlande myndighet eller enhet genomför själv endast är exemplifierande och således inte uttömmande anger de situationer när bestämmelsen är tillämplig. Enligt regeringens mening finns det inte skäl att införa exemplen i lagtexten. Det är tillräckligt att det framgår av bestämmelserna att den upphandlande myndigheten eller enheten ska vara ansvarig för att fullgöra skyldigheterna i lagstiftningen för de delar av förfarandet som myndigheten eller enheten själv har genomfört.

Direktivens reglering av ansvarsfrågan synes vara utformad med utgångspunkten att en inköpscentral i normalfallet agerar som självständig mellanhand och inte i egenskap av ombud. Utgångspunkten vad gäller inköpscentralernas funktion är därmed delvis en annan än den som präglat regleringen i LOU och LUF. Det nya regelverket utsluter dock inte att inköpscentraler även fortsättningsvis agerar som ombud för upphandlande myndigheter eller enheter. I de rena ombudsfallen, dvs. då inköpscentralens ombudsroll omfattar samtliga åtgärder i upphandlingsförfarandet, bör det vara den upphandlande myndigheten eller enheten som ansvarar för att skyldigheterna i lagstiftningen fullgörs.

Prop. 2015/16:195 Detta följer av att inköpscentralens ställning som ombud innebär att det som inköpscentralen gör tillskrivs den upphandlande myndigheten eller enheten. I de rena ombudsfallen bör således myndigheten eller enheten kunna anses själv ha genomfört upphandlingsförfarandena och därmed också ansvara för att skyldigheterna i lagarna fullgörs. Det kan i sammanhanget noteras att om inköpscentralens ombudsroll endast omfattar förberedande eller administration av upphandlingsförfaranden och inte t.ex. tilldelningen av kontraktet, så utgör detta s.k. stödverksamhet för inköp (se vidare avsnitt 14.2).

Sveriges Offentliga Leverantörer, Advokatfirman Delphi och Upphandlingssamverkan i Uppsala län (UPPSAM) anser att det, utöver ansvarsbestämmelserna, bör införas bestämmelser som innebär att inköpscentraler ska omfattas av offentlighetsprincipen. *Gotlands kommun* anser att de föreslagna bestämmelserna måste förenas med taleförbud eller preskription för att utesluta skadestånd enligt skadeståndslagen. Dessa frågor kan dock inte hanteras inom ramen för detta lagstiftningsarbete.

14.5 Inköpscentraler utanför det direktivstyrda området

<p>Regeringens förslag: Regleringen om inköpscentraler ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.</p>
--

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om inköpscentraler i LOU och LUF är tillämpliga även vid upphandlingar enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i lagarna. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna. Samtliga föreslagna bestämmelser som gäller inköpscentraler i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i lagarna.

15 Tillfällig gemensam upphandling och gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat

Prop. 2015/16:195

15.1 Tillfällig gemensam upphandling

Regeringens bedömning: Det bör inte finnas några särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Sandvikens kommun* och *Stockholms läns landsting* instämmer i bedömningen. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* har inte haft något att invända mot bedömningen men framhåller att avsaknaden av författningsbestämmelser erfordrar förtydliganden i förarbetena om att det inte finns något som hindrar upphandlingssamarbete på nationell nivå. *Migrationsverket* delar inte utredningens uppfattning om hur artiklarna om tillfällig gemensam upphandling bör tolkas. *Konkurrensverket* anser att det som utredningen anför inte är några tungt vägande skäl emot att genomföra artiklarna om tillfällig gemensam upphandling genom uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna. Enligt *Ekonomistyrningsverket (ESV)* är det en fördel att förtydliga vad som är tillåtet. *Kronofogdemyndigheten* anser att det måste förtydligas hur möjligheterna att ingå överenskommelser om tillfälliga gemensamma upphandlingar förhåller sig till bestämmelserna om upphandlingsstöd och inköpscentraler. Det finns enligt myndigheten också ett behov av att klargöra vilken status en sammanslutning som bygger på en överenskommelse om tillfällig gemensam upphandling har i upphandlingsrättsligt hänseende.

Skälen för regeringens bedömning: I LOU-direktivet och LUF-direktivet finns bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling. Bestämmelserna finns i artikel 38 i LOU-direktivet och artikel 56 i LUF-direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LUK-direktivet.

EU-lagstiftarens motiv till bestämmelserna framgår av skäl 71 i LOU-direktivet och skäl 80 i LUF-direktivet. Av dessa följer att bestämmelserna har tillkommit med anledning av regleringen i 2014 års direktiv av centraliserade inköpsverksamheter och inköpscentraler (artiklarna 2.1.14, 2.1.16 och 37 i LOU-direktivet och artiklarna 2.10, 2.12 och 55 i LUF-direktivet). Då regleringen av sådana samordnade upphandlingar tar sikte på verksamheter som bedrivs stadigvarande, faller en upphandling som genomförs gemensamt på mer tillfällig grund utanför bestämmelsernas tillämpningsområde. Enligt EU-lagstiftaren är det dock av vikt att även tillfälliga samarbeten kommer till stånd. För att regelverket avseende centraliserade inköpsverksamheter och inköpscentraler inte ska hindra de tillfälliga samarbetena, anser EU-lagstiftaren att det krävs vissa klargöranden av vad som gäller för tillfällig gemensam upphandling. Dessa klargöranden ska ta hänsyn till

Prop. 2015/16:195 de många varianter av upphandlingar där det finns mer eller mindre omfattande inslag av samverkan mellan upphandlande myndigheter eller enheter. I skälen uttrycks vidare att upphandlande myndigheter eller enheter ska fullgöra sina skyldigheter gemensamt enligt direktiven i de delar upphandlingen genomförs gemensamt.

Regeringen instämmer i och för sig i det som sägs i skälen i direktiven enligt stycket ovan. Det är enligt regeringen av stor betydelse att upphandlande myndigheter och enheter även fortsättningsvis ges möjlighet att använda sig av tillfälliga samarbeten vid upphandlingar när det bedöms lämpligt. Att det finns särskilda bestämmelser om vissa former av samordnad upphandling (jfr särskilt beträffande inköpscentraler i 1 kap. 8 § och 7 kap. 10–13 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, 1 kap. 7 § och 7 kap. 5–8 §§ i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och avsnitt 14) hindrar dock inte tillfälliga samarbeten. Detta gäller även utan några särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling.

Som framgått av redogörelsen av skälen i direktiven innebär bestämmelserna om tillfällig gemensam upphandling inte att förutsättningarna för gemensamma tillfälliga upphandlingar förändras genom 2014 års direktiv. Möjligheter att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten finns redan i dag, utan att detta anges särskilt i 2004 års direktiv eller nuvarande upphandlingslagar. I detta sammanhang bör återigen nämnas att LUK-direktivet saknar särskilda bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling. Det innebär dock inte att sådana tillfälliga samarbeten inte kan användas vid upphandling av koncessioner. Inte heller det direktivet eller den nya lagen om upphandling av koncessioner hindrar sålunda att tillfällig gemensam upphandling används när koncessioner upphandlas.

Eftersom upphandlingsbestämmelserna i övrigt inte hindrar tillfällig gemensam upphandling och det är tillåtet redan i dag med sådana tillfälliga samarbeten, anser regeringen i likhet med utredningen, att artiklarna med bestämmelser om tillfällig gemensam upphandling inte bör genomföras genom särskilda bestämmelser i de nya lagarna.

När det gäller formerna för och ansvarsfördelningen inom en tillfällig gemensam upphandling, anser regeringen att det får bedömas i varje enskild upphandling om den i det avseendet är tillåten. Ytterst får det avgöras i rättstillämpningen. I fråga om möjligheterna att använda sig av tillfällig gemensam upphandling bör i sammanhanget nämnas att det kan finnas andra bestämmelser än upphandlingsrättsliga som påverkar förutsättningarna att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten (jfr exempelvis avsnitt 33 beträffande lagen [2009:47] om vissa kommunala befogenheter). Såvitt avser gränsdragningen gentemot inköpscentraler och begreppet stadigvarande, se avsnitt 14.4.

15.2 Gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat

Prop. 2015/16:195

15.2.1 De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat. Bestämmelserna får inte användas i syfte att undvika tillämpningen av tvingande föreskrifter som är förenliga med EU-rätten.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som uttalar sig särskilt om förslaget tillstyrker det, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Sandvikens kommun*, *Stockholms läns landsting*, *Svensk Energi* och *Advokatfirman Delphi*. FMV påtalar samtidigt att det finns ett behov av sådana regler som avses enligt förslaget även i LUF. *Domstolsverket* ifrågasätter om förslaget fyller någon praktisk funktion. Om en bestämmelse ändå anses behövlig, bör det enligt verket övervägas att utforma den enbart som en lagvalsregel. *Kammarrätten i Göteborg* anför att förslaget kan leda till problem vid tillämpningen av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Skälen för regeringens förslag: I artikel 39 i LOU-direktivet och artikel 57 i LUF-direktivet finns bestämmelser om upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater. I första punkten i artiklarna anges att myndigheter eller enheter får agera gemensamt vid tilldelning av kontrakt enligt något av de tre förfaringsätt som räknas upp i artikeln. Upphandlande myndigheter eller enheter får dock enligt samma punkt inte tillämpa förfarandena i syfte att undvika att tillämpa med unionsrätten förenliga tvingande lagregler som är tillämpliga på dem i deras respektive medlemsstat. Regleringen i övrigt i 2014 års direktiv hindrar visserligen inte, precis som utredningen konstaterar, att sådana gemensamma upphandlingar genomförs som avses i nämnda artiklar. Från formella utgångspunkter kan alltså det som ska uppnås med bestämmelserna enligt artiklarna uppnås utan några uttryckliga bestämmelser om detta i de nya lagarna. Bestämmelserna tydliggör att denna möjlighet finns och innebär att den typen av samarbeten främjas.

Det kan vid offentlig upphandling vara fråga om anskaffningar till verksamheter i flera medlemsstater som t.ex. vid samarbeten i gränsregioner eller internationella insatser som då kan genomföras av en av de deltagande myndigheterna för övriga deltagande myndigheters räkning. Inom försörjningssektorerna kan det röra sig om upphandlande enheter som utgör bolag med verksamheter i flera medlemsstater. Dessa kan då genom gränsöverskridande gemensam upphandling samordna sina anskaffningar inom koncernen.

Prop. 2015/16:195 När det gäller varje deltagande myndighets eller enhets ansvarsområden, kan noteras att det inte är något specifikt för gränsöverskridande upphandlingar att ansvarsområdena måste fördelas. Detta gäller även vid samarbeten mellan myndigheter eller enheter inom en och samma medlemsstat. Det handlar om att det ska finnas åtminstone en myndighet eller enhet som är ansvarig för de upphandlingsåtgärder som vidtas under en upphandlings olika skeden.

Att gränsöverskridande gemensamma upphandlingar i och för sig kan komma till stånd utan några uttryckliga bestämmelser om detta, väcker frågan om lagarna trots det bör innehålla sådana bestämmelser. Det som skiljer dessa bestämmelser från de om tillfällig gemensam upphandling (se avsnitt 15.1) är det gränsöverskridande momentet. I likhet med utredningen anser regeringen därför att det tillkommande momentet motiverar att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla uttryckliga bestämmelser om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat. Detta tycks också överensstämma med flera av remissinstansernas inställning. Bestämmelserna i artiklarna får ytterst anses ge uttryck för att en leverantörs möjligheter att bedöma förutsättningarna för att delta och tilldelas kontrakt i en upphandling inte ska påverkas av att det rör sig om gränsöverskridande gemensamma upphandlingsåtgärder. Detta bör enligt regeringen vara vägledande när medlemsstater, myndigheter eller enheter vidtar åtgärder vid gränsöverskridande gemensamma upphandlingar.

De åtgärder som de upphandlade myndigheterna och enheterna vidtar måste ligga inom ramen för de befogenheter eller den kompetens som de har. En myndighet kan naturligtvis inte låta en myndighet i en annan medlemsstat utföra uppgifter som den själv inte skulle kunna utföra. Samtidigt får myndigheten inte avhända sig ansvaret att följa skyldigheter den har enligt annan reglering i svensk rätt. Det tydliggörs i första punkten i artiklarna genom att de inte kan tillämpa dessa bestämmelser för att kringgå tvingande lagregler. För svensk del innebär det bl.a. att skyldigheten att ge tillgång till allmänna handlingar inte kan kringgås genom att uppgiften att sköta en upphandling och handlingarna i den lämnas över till en annan medlemsstat.

I sammanhanget kan vidare framhållas att myndigheten i varje enskilt fall får ta ställning till att de åtgärder den avser att vidta i tillämpliga delar står i överensstämmelse med bl.a. 10 kap. regeringsformen och bestämmelserna om den kommunala kompetensen i kommunallagen (1991:900). Sammanfattningsvis innebär inte bestämmelserna om gemensam upphandling med myndigheter eller enheter från en annan medlemsstat att upphandlande myndigheters och enheters befogenheter eller kompetens att agera utvidgas. Som framgått bestäms myndigheternas och enheternas befogenheter och kompetens av andra bestämmelser än de om gemensam upphandling med myndigheter eller enheter från en annan medlemsstat.

Artiklarna om gränsöverskridande gemensam upphandling i direktiven reglerar tre olika förfaringssätt för sådan upphandling. Artiklarna syftar endast till att reglera hur en myndighet eller enhet ska förfara om den väljer att anlita något av dessa tre. Om en myndighet eller enhet önskar bedriva samarbete enligt något annat alternativ än de tre uppräknade

enligt upphandlingsdirektiven, hindrar regelverket inte detta, så länge samarbetet står i överensstämmelse med upphandlingsdirektivens bestämmelser i övrigt. Inte heller de bestämmelser i de nya lagarna som genomför artiklarna bör hindra samarbeten i andra former. De tre sätt för gränsöverskridande gemensam upphandling som anvisas i artiklarna är inköpscentral i annan medlemsstat, gemensamma upphandlingsåtgärder och upphandling med gemensam enhet.

15.2.2 Inköpscentral i annan medlemsstat

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i EU än den där myndigheten eller enheten har sin hemvist. De upphandlingsrättsliga bestämmelser som ska tillämpas i en sådan situation är de som gäller i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen. Detta gäller även när myndigheten tilldelar ett kontrakt dels inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av inköpscentralen, dels efter en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av inköpscentralen, dels helt utan eller delvis utan och delvis efter en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av inköpscentralen.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Naturvårdsverket* tillstyrker förslaget. Övriga remissinstanser uttalar sig inte särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Alternativet inköpscentral i annan medlemsstat (artikel 39.2 och 39.3 i LOU-direktivet och artikel 57.2 och 57.3 i LUF-direktivet) medger att en upphandlande myndighet eller enhet anskaffar från en inköpscentral som erbjuder centraliserad inköpsverksamhet och som inte är belägen i samma medlemsstat som myndigheten eller enheten.

Av bestämmelserna i artikel 39.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 57.2 första stycket i LUF-direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan hindras helt från att använda sig av inköpscentraler i andra medlemsstater. Den enda möjligheten för en medlemsstat att införa restriktioner i detta avseende är enligt andra stycket i samma punkt i båda artiklarna, att begränsa myndigheternas eller enheternas valmöjligheter när det gäller vilken typ av inköpscentral i andra medlemsstater som myndigheterna eller enheterna kan vända sig till. Som framgår av artikel 2.1.14 och 2.1.16 i LOU-direktivet och artikel 2.10 och 2.12 i LUF-direktivet medger direktiven två huvudtyper av centraliserad inköpsverksamhet med hjälp av inköpscentraler.

Regleringen i artikel 39.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 57.2 andra stycket i LUF-direktivet medger sålunda att möjligheten begränsas antingen till den ena eller den andra huvudtypen (ordvalet ”och” mellan de båda omnämnda leden i artikel 39.2 andra stycket i LOU-direktivet synes vara en felöversättning). Som framgått (se avsnitten 14.1 och 14.2) föreslår regeringen att båda typerna av inköpscentraler ska kunna användas enligt de nya lagarna om offentlig

Prop. 2015/16:195 upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns enligt regeringen inte heller någon anledning att i detta sammanhang begränsa möjligheterna att välja att använda den ena eller den andra typen av inköpscentral. När en inköpscentral är etablerad enligt bestämmelserna i en annan medlemsstat än Sverige, finns det därmed enligt regeringens uppfattning inte någon anledning att begränsa en svensk myndighets eller enhets valmöjligheter i fråga om vilken typ av inköpscentral det får röra sig om. Denna begränsningsmöjlighet som direktiven, artikel 39.2 i LOU-direktivet och artikel 57.2 i LUF-direktivet, erbjuder bör således inte utnyttjas.

Ett av syftena med att en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna vända sig till en inköpscentral för sina anskaffningar är att sådana anskaffningar inte blir upphandlingspliktiga. Inköpscentralen kan dock användas så att myndigheten eller enheten blir skyldig att i tillämpliga delar iaktta de upphandlingsrättsliga bestämmelserna för anskaffningen. Ett sådant exempel är när inköpscentralen som ombud agerar på myndighetens eller enhetens vägnar (bestämmelserna om inköpscentraler behandlas i avsnitt 14). Av artikel 39.3 första stycket i LOU-direktivet och artikel 57.3 första stycket i LUF-direktivet framgår att i de situationer en upphandlande myndighet eller enhet använder sig av en inköpscentral på ett sådant sätt att en anskaffning därifrån inte blir upphandlingspliktig, ska de bestämmelser tillämpas som är tillämpliga i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen. Av andra stycket i samma punkt i artiklarna framgår att samma medlemsstats bestämmelser ska gälla i vissa särskilt uppräknade situationer.

Sammanfattningsvis anser regeringen således att det i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska finnas bestämmelser om inköpscentraler vid gränsöverskridande gemensam upphandling.

15.2.3 Gemensamma upphandlingsåtgärder

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får gemensamt med upphandlande myndigheter eller enheter i andra medlemsstater i EU vidta upphandlingsåtgärder. Sådana åtgärder får gälla tilldelning av kontrakt, ingående av ramavtal eller inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem.

De gemensamt vidtagna upphandlingsåtgärderna ska bygga på en överenskommelse av vilken de nödvändiga delarna för samarbetet följer.

Om en överenskommelse träffas mellan deltagande myndigheter eller enheter ska det av denna framgå bl.a. myndigheternas eller enheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga. Uppgifter om ansvarsområdena och de tillämpliga nationella bestämmelserna ska vidare anges i något av upphandlingsdokumenten.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser godtar eller framför inga invändningar mot förslaget. *Naturvårdsverket* tillstyrker förslaget.

Försvarsmakten och Stockholms läns landsting saknar förtydliganden av vilka nationella avtals- och konkurrensrättsliga relationer som ska gälla när flera medlemsstater upphandlar gemensamt. *Advokatfirman Delphi* delar inte utredningens bedömning av hur artikel 39.4 i LOU-direktivet och artikel 57.4 i LUF-direktivet bör tolkas. Den medlemsstats lag där den upphandlande myndigheten eller enheten är belägen ska enligt advokatfirman gälla för de ansvarsområden som den myndigheten eller enheten ansvarar för. Detta är särskilt viktigt eftersom frågan om domsrätt och behörig domstol är kopplad till överenskommelsen om relevanta nationella bestämmelser och valet enligt överenskommelsen därför kan styras till den medlemsstats lag där möjligheterna till överprövning är som mest begränsade.

Skälen för regeringens förslag: Alternativet gemensamma upphandlingsåtgärder regleras i artikel 39.4 i LOU-direktivet och artikel 57.4 i LUF-direktivet och tar sikte på att upphandlande myndigheter eller enheter i olika medlemsstater gemensamt vidtar upphandlingsåtgärder. För att råda bot på den osäkerhet som anses föreligga vid gemensamma upphandlingar av nu aktuellt slag när det gäller tillämplig lag, innehåller regleringen särskilda lagvalsregler (se skäl 73 i LOU-direktivet och skäl 82 i LUF-direktivet).

Bestämmelserna i artiklarna väcker bl.a. den principiella frågan vilken eller vilka medlemsstaters bestämmelser som kan göras tillämpliga. Såvitt avser denna fråga, anser en av remissinstanserna, *Advokatfirman Delphi*, att det är den medlemsstats bestämmelser i vilken den upphandlande myndigheten eller enheten är belägen som ska vara tillämpliga. Det skulle således vara uteslutet att för samarbetet välja enbart en medlemsstats bestämmelser som ska gälla i förhållande till samtliga deltagande myndigheter eller enheter. Utredningen gör dock en annan bedömning av artiklarna. Av utredningens resonemang framgår att den anser att olika delar av berörda medlemsstaters upphandlingsregelverk inte kan göras tillämpliga. Utredningen menar i stället att valmöjligheten gäller en medlemsstats upphandlingsregelverk i dess helhet. Enligt regeringens mening vinner denna tolkning stöd av de engelska språkversionerna av artiklarna. I artikel 39.4 andra stycket andra meningen i LOU-direktivet anges i den engelska språkversionen följande. When determining responsibilities and the applicable national law as referred to in point (a), the participating contracting authorities may allocate specific responsibilities among them and determine the applicable provisions of the national laws of any of their respective Member States. Mot denna bakgrund instämmer regeringen i utredningens bedömning. Valmöjligheten bör därmed enligt regeringens uppfattning avse en medlemsstats upphandlingsregelverk i dess helhet.

Advokatfirman Delphi påtalar vidare det orimliga i att ovan gjorda tolkning av artiklarna leder till att valet av tillämpligt regelverk får konsekvenser för vilken medlemsstats rättsmedel som ska tillämpas. Regeringen föreslår dock inte att bestämmelserna om rättsmedel ska kopplas till valet av tillämpliga upphandlingsbestämmelser. Skälen för detta framgår av avsnitt 15.2.5.

I fråga om de överenskommelser som ska ligga till grund för gemensamma upphandlingsåtgärder vid gränsöverskridande gemensam upphandling kan det självklara konstateras, nämligen att om det finns

Prop. 2015/16:195 överenskommelser mellan berörda medlemsstater så ska dessa tillämpas. Det behöver dock inte uttryckligen framgå av författningstexterna. Lagvalsreglerna (se fjärde punkten första stycket leden a och b och andra stycket i ovan nämnda artiklar) blir dock i avsaknad av sådana tillämpliga, dvs. när de nödvändiga delarna för de gemensamma upphandlingsåtgärderna inte har bestämts genom en sådan överenskommelse. I sådana fall är det upp till de upphandlande myndigheterna och enheterna att inom ramen för sin kompetens reglera förhållandena för den gemensamma upphandlingen tillsammans med de andra deltagande myndigheterna eller enheterna i en överenskommelse. De nödvändiga delarna som den minst ska innehålla regleras i direktiven. Regeringen instämmer i utredningens resonemang att begreppet ”nödvändiga delar” får antas korrespondera med det som anges i artiklarnas lagvalsregler. Utgångspunkten för ett samarbete genom gemensamma upphandlingsåtgärder är sålunda att om ”nödvändiga delar” för samarbetet som de kommer till uttryck i leden a och b inte framgår av en överenskommelse mellan berörda medlemsstater, ska dessa bestämmas av deltagande upphandlande myndigheter eller enheter. Någon behovsbedömning av om en överenskommelse ska träffas eller inte medger inte direktiven. Saknas en överenskommelse på mellanstatlig nivå, ska en överenskommelse träffas på myndighetsnivå. För tillämpningen av reglerna görs en åtskillnad mellan att det ska finnas en överenskommelse och vad en överenskommelse ska innehålla om den träffas på myndighetsnivå. Vad en överenskommelse ska innehålla om den träffas på mellanstatlig nivå framgår dock inte av direktiven. Det i det följande behandlade dokumentationskravet omfattar dock båda slagen av överenskommelse. Merparten av de i och för sig goda språkliga förbättringsförslag och förslag till ändrad disposition som *Lagrådet* har föreslagit kan därför inte genomföras utan att dessa skillnader går förlorade.

Det som slås fast i en överenskommelse beträffande varje deltagande myndighets eller enhets ansvarsområde och tillämpliga bestämmelser ska anges i något av upphandlingsdokumenten. Bestämmelser om detta finns i artikel 39.4 andra stycket sista meningen i LOU-direktivet och artikel 57.4 andra stycket sista mening i LUF-direktivet. Bestämmelserna tycks dock begränsa sig till upphandlingsdokument vid gemensam tilldelning av kontrakt. Upphandlingsdokument som förekommer när upphandlande myndigheter eller enheter gemensamt ingår ramavtal eller gemensamt driver ett dynamiskt inköpssystem synes sålunda inte omfattas av bestämmelsen. I likhet med utredningen finner regeringen dessa olikheter omotiverade. Det får enligt regeringen antas att EU-lagstiftaren har avsett att uppgifterna inte bara ska lämnas i upphandlingsdokument för gemensam tilldelning av kontrakt utan också för gemensamt ingångna ramavtal och gemensamt drivna dynamiska inköpssystem.

När det gäller begreppet tillämpliga relevanta nationella bestämmelser gör regeringen inte någon annan bedömning än utredningen. Med relevanta nationella bestämmelser får således i detta sammanhang antas avses enbart bestämmelser om hur en myndighet eller enhet ska förfara vid upphandling, dvs. de regler som enligt upphandlingsdirektiven syftar till att samordna upphandlingsförfarandena i medlemsstaterna. Det handlar alltså om att det av en överenskommelse ska framgå vilken

medlemsstats upphandlingsregelverk som ska tillämpas. Vilken information som under en upphandling ska lämnas i fråga om avtals- eller kontraktsrättsliga förhållanden beträffande upphandlingsföremålet styrs av det upphandlingsregelverk som enligt överenskommelsen har gjorts tillämpligt för upphandlingen. I så måtto skiljer sig situationen inte nämnvärt från den som uppstår när en leverantör väljer att delta i en upphandling i en annan medlemsstat än den där leverantören har sin hemvist. Som antytts ovan innefattar en överenskommelse mellan deltagande upphandlande myndigheter eller enheter inte heller någon överenskommelse om domsrätt. Lagrådet efterfrågar ett klargörande vad som ska gälla i fråga om överprövning vid gränsöverskridande gemensam upphandling. Frågan om svensk domsrätt och behörig domstol behandlas i avsnitt 15.2.5.

När det gäller de civilrättsliga momenten anges i skäl 73 i LOU-direktivet och skäl 82 i LUF-direktivet, att de upphandlingsrättsliga bestämmelserna om gränsöverskridande gemensam upphandling kompletterar lagvalsreglerna i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I). Utredningen (SOU 2104:51 s. 145) erinrar även om Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II).

Regeringen anser sammanfattningsvis att det i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska finnas bestämmelser om gemensamma upphandlingsåtgärder vid gränsöverskridande gemensam upphandling.

15.2.4 Upphandling med gemensam enhet

Regeringens förslag: En gemensam enhet som har inrättats av upphandlande myndigheter eller enheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar. En europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS) eller någon annan på unionsrätten grundad enhet kan utgöra en sådan gemensam enhet. Enheten ska besluta om tillämpliga nationella bestämmelser.

Utredningens förslag: Överensstämmet i huvudsak med regeringens. Bestämmelserna i utredningens förslag är dock sådana att de tycks skapa en rätt för upphandlande myndigheter eller enheter att bilda gemensamma enheter.

Remissinstanserna har inget att invända mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Upphandling med gemensam enhet regleras i artikel 39.5 i LOU-direktivet och artikel 57.5 i LUF-direktivet. Detta förfaringsätt innebär att ett organ, en gemensam enhet, tillåts att självständigt genomföra en upphandling. När en gemensam enhet genomför en sådan upphandling ska den göra det i enlighet med den medlemsstats bestämmelser där enheten har sitt registrerade säte eller bedriver verksamhet. Vilket av dessa två alternativ som ska tillämpas ska bestämmas av de upphandlande myndigheter eller enheter som har inrättat den gemensamma enheten.

I likhet med utredningen anser regeringen att det inte finns någon anledning att upprätthålla en distinktion mellan begreppen ”tillämpliga nationella upphandlingsregler” enligt artikel 39.5 första stycket i LOU-direktivet och artikel 57.4 första stycket i LUF-direktivet och ”nationella bestämmelser” enligt artiklarnas övriga punkter. Därför ska begreppet nationella bestämmelser även användas beträffande gemensamma enheter.

Utredningen beskriver vidare vissa otydligheter beträffande syftet med en gemensam enhet enligt artikel 39.5 i LOU-direktivet och artikel 57.5 i LUF-direktivet. Hänvisningen till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS) och de enheter som kan bildas med stöd av förordningen ger närmast vid handen att en gemensam enhet enligt artiklarna inte tar sikte på en enhet som upprättas enbart i syfte att genomföra en eller flera upphandlingar. Med ett sådant synsätt på artiklarna kan ändamålet med dem anses vara att tydliggöra eller att skapa ett stöd i författning för att en EGTS eller liknande enhet kan genomföra en självständig upphandling. Detta skulle i sin tur innebära att artiklarna inte ger stöd för att en gemensam enhet får inrättas enbart i syfte att genomföra en eller flera upphandlingar.

Enligt regeringens mening får ändamålet med artiklarnas bestämmelser antas vara det som utredningen ger uttryck för i stycket närmast ovan. Regeringen delar dock inte utredningens bedömning att detta ändamål påverkar i vilka syften enheterna kan inrättas. I vilka syften en gemensam enhet kan inrättas följer inte av de upphandlingsrättsliga reglerna utan i stället av det regelverk som utgör grunden för enhetens bildande. Som exempel kan nämnas den förordning till vilken artiklarna hänvisar, förordning 1082/2006. Förordningen innehåller bl.a. bestämmelser om hur en europeisk gruppering för territoriellt samarbete bildas. Förordningen kompletteras dessutom av bestämmelser som finns i lagen (2009:704) om europeiska grupperingar för territoriellt samarbete.

Sammanfattningsvis anser regeringen således att frågan om i vilket syfte en gemensam enhet kan inrättas får bedömas enligt andra bestämmelser än de nu aktuella upphandlingsrättsliga bestämmelserna. Avslutningsvis bör tilläggas att inrättandet av en gemensam enhet inte påverkar de svenska myndigheternas självständighet. En sådan enhet kan aldrig bestämma hur en svensk förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag.

15.2.5 Rättsmedel

<p>Regeringens bedömning: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör inte innehålla några bestämmelser om domsrätt eller behörig domstol som särskilt tar sikte på gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat.</p>
--

Utredningens bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. Enligt utredningen bör de nya lagarna om offentlig upphandling och om

upphandling inom försörjningssektorerna innehålla särskilda bestämmelser om domsrätt och behörig domstol när det gäller överprövning av gränsöverskridande gemensamma upphandlingar.

Remissinstanserna: Den enda remissinstansen som uttalar sig särskilt i frågan, *Kammarrätten i Göteborg*, anför att det behöver förtydligas hur bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift ska tillämpas vid gränsöverskridande gemensam upphandling. Kammarrätten anser vidare att bestämmelserna om ogiltighetsförklaring av avtal ska vara tillämpliga på avtal som slutits vid gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat.

Skälen för regeringens bedömning: Bestämmelserna om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat väcker frågan om tillämpningen av bestämmelserna leder till att det finns något behov av att ändra bestämmelserna om behörig domstol vid överprövning i förhållande till dagens ordning.

Behörigheten att överpröva en upphandling för svenska domstolar i förhållande till domstolar och andra prövningsorgan i andra medlemsstater regleras i dag i 16 kap. 5 § i både LOU och LUF. Enligt paragraferna ska en ansökan om överprövning göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Nämda bestämmelser får antas förutsätta att en behörig förvaltningsrätt också är behörig enligt samma bestämmelser i förhållande till andra medlemsstaters domstolar eller prövningsorgan (jfr RÅ 2006 ref. 36). Det föreligger sålunda i en sådan situation svensk domsrätt. Ett sådant resonemang kan också föras beträffande 17 kap. 3 § i både LOU och LUF och 10 kap. 8 § rättegångsbalken. För frågan om domsrätt i relation till det senare lagrummet finns dock internationella processrättsliga bestämmelser att beakta. Av dessa torde framför allt aktualiseras reglerna i rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område, den s.k. Bryssel I-förordningen. I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna föreslås bestämmelser som motsvarar 16 kap. 5 § och 17 kap. 3 § i både LOU och LUF (se 20 kap. 5 § och 21 kap. 3 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna).

Enligt utredningen bör bestämmelserna om rättsmedel i de nya lagarna utformas så att en svensk domstol inte överprövar en upphandling som har genomförts enligt en annan medlemsstats materiella upphandlingsbestämmelser. Utredningen föreslår därför en reglering som skapar en sådan ordning. Enligt regeringens mening låter sig emellertid de många olika typerna av samarbete som kan bli aktuella enligt bestämmelserna om gränsöverskridande gemensam upphandling inte beskrivas på något mer enhetligt sätt. Det går därför inte heller att med någon precision uttala sig om behovet av särskilda bestämmelser om domsrätt eller behörig domstol som ska gälla för gränsöverskridande gemensamma upphandlingar. Regeringen anser därför att nu aktuella samarbeten, i fråga om domsrätt och behörig domstol vid överprövning, får bedömas enligt de allmänna bestämmelserna i ämnet (se ovan).

När det gäller domsrätt och behörig domstol beträffande ansökan om betalning av upphandlingsskadeavgift, gör regeringen samma

Prop. 2015/16:195 bedömning. I vilken utsträckning åtgärder som har vidtagits inom ramen för en gränsöverskridande gemensam upphandling påverkar möjligheten att ålägga en upphandlande myndighet eller enhet att betala upphandlingsskadeavgift får bedömas i rättstillämpningen.

15.2.6 Det icke direktivstyrda området

Regeringens bedömning: Bestämmelserna om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat bör inte göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot bedömningen.

Skälen för regeringens bedömning: Regeringen delar utredningens bedömning att bestämmelserna om gemensam upphandling med myndighet eller enhet från annan medlemsstat inte bör göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området. Att bestämmelserna inte bör göras tillämpliga på detta område följer av regeringens allmänna utgångspunkter för regleringen på det icke direktivstyrda området (se avsnitt 31.1).

16 Elektroniska metoder för upphandling

Vid sidan av bestämmelser om olika förfaranden för upphandling innehåller LOU-direktivet och LUF-direktivet även bestämmelser som reglerar elektroniska metoder eller tekniker för upphandling. Dessa innefattar bestämmelser om dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger. Bestämmelser om elektroniska auktioner, som bygger på bestämmelser i 2004 års direktiv, finns i LOU och LUF. 2004 års direktiv innehåller också bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Dessa bestämmelser har inte genomförts i svensk rätt. Uttryckliga bestämmelser om elektroniska kataloger är en nyhet i LOU-direktivet och LUF-direktivet, men av skälen i 2004 års direktiv framgår att anbud får lämnas i form av en elektronisk katalog. Användningen av elektroniska kataloger regleras inte uttryckligen i LOU och LUF.

LUK-direktivet innehåller inte några bestämmelser om dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner eller elektroniska kataloger. LUK-direktivet behandlas därför inte vidare i detta avsnitt.

16.1 Dynamiska inköpssystem

16.1.1 2004 års direktiv och tidigare överväganden

Bestämmelser om dynamiska inköpssystem finns i artiklarna 1.6 och 33 i 2004 års LOU-direktiv samt i artiklarna 1.5 och 15 i 2004 års LUF-

direktiv. Bestämmelserna är frivilliga för medlemsstaterna att genomföra. Bestämmelserna har inte införts i svensk rätt, men frågan har övervägts i flera sammanhang. Upphandlingsutredningen 2004 föreslog i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 att bestämmelserna skulle införas i såväl LOU som LUF (SOU 2006:28 s. 135 f.). Även Innovationsupphandlingsutredningen föreslog i betänkandet Innovationsupphandling att regler om dynamiska inköpssystem skulle införas i lagstiftningen (SOU 2010:56 s. 222 f.). Statskontoret genomförde år 2010 en undersökning på uppdrag av Regeringskansliet som skulle tjäna som underlag inför ett beslut om huruvida bestämmelser om dynamiska inköpssystem skulle införas i lagstiftningen (Statskontorets rapport Genomförande av dynamiska inköpssystem, dnr S2011/90). Undersökningen visade sammanfattningsvis att endast ett fåtal av de upphandlande myndigheter och organisationer som vidtalades såg ett behov av att använda dynamiska inköpssystem i den egna inköpsverksamheten, men att flertalet trots detta var positiva till att införa regler om sådana system i lagstiftningen.

Upphandlingsutredningen 2010 konstaterade i delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen att det kan finnas anledning att föreslå att direktivets bestämmelser om dynamiska inköpssystem införs (SOU 2011:73 s. 127).

16.1.2 De nya upphandlingsdirektiven

Dynamiska inköpssystem regleras i artikel 34 i LOU-direktivet och artikel 52 i LUF-direktivet. Bestämmelserna överensstämmer i allt väsentligt i sak mellan direktiven. Dynamiska inköpssystem behandlas också i skäl 63–66 i LOU-direktivet och skäl 73–75 i LUF-direktivet. Även skälen överensstämmer i huvudsak med undantag för skäl 65 i LOU-direktivet, som inte har någon motsvarighet i LUF-direktivet.

Enligt de nya direktiven är det obligatoriskt för medlemsstaterna att genomföra bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Till skillnad från 2004 års direktiv, som föreskriver att reglerna för öppet förfarande ska tillämpas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem, ska enligt de nya direktiven bestämmelserna om selektivt förfarande tillämpas. Ytterligare en skillnad är att det i de nya direktiven inte föreskrivs någon tidsbegränsning för ett dynamiskt inköpssystemets giltighetstid.

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Upphandlande myndigheter och enheter ska få använda ett dynamiskt inköpssystem för återkommande anskaffning av varor, tjänster och byggentreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och som har egenskaper som tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov.

Regeringens bedömning: Upphandlingsmyndigheten bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning för dynamiska inköpssystem.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian görs dock bedömningen att bestämmelsen om att all elektronisk kommunikation ska ske med elektroniska medel bör genomföras särskilt i kapitlet om dynamiska inköpssystem. I promemorian föreslås att bestämmelsen om dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral ska placeras i kapitlet om inköpscentraler. I promemorian föreslås även en delvis annorlunda utformning av några rubriker och paragrafer samt en något annorlunda disposition av några bestämmelser.

Remissinstanserna: Några remissinstanser, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Kammarkollegiet*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Skåne läns landsting*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Företagarna* och *Tillväxtverket*, yttrar sig om förslaget men endast *SKL Kommentus* och *Swedish Medtech* framför invändningar. Även *SKL Kommentus* tillstyrker att regler om dynamiska inköpssystem införs, men anser att bestämmelserna bör ses över för att kunna fungera i praktiken.

Endast ett fåtal remissinstanser, bl.a. *ESV*, *Tillväxtverket* och *SKL Kommentus*, yttrar sig om bedömningen att en vägledning bör tas fram om dynamiska inköpssystem. Endast den sistnämnda har invändningar mot bedömningen och anser att ett sådant uppdrag inte bör ges.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Tillämpningsområdet för dynamiska inköpssystem

Enligt artikel 34.1 i LOU-direktivet och artikel 52.1 i LUF-direktivet får upphandlande myndigheter och enheter använda ett dynamiskt inköpssystem för köp av sådant som används frekvent och vars egenskaper, såsom de är allmänt tillgängliga på marknaden, tillfredsställer den upphandlande myndighetens behov. Artiklarnas ordalydelse utesluter inte att dynamiska inköpssystem kan komma till användning för såväl varor som tjänster och byggentreprenader. Att så är fallet framgår också av artikel 34.1 tredje meningen i LOU-direktivet och artikel 52.1 tredje meningen i LUF-direktivet enligt vilka ett dynamiskt inköpssystem kan delas in i kategorier av varor, tjänster och byggentreprenader.

I promemorian uttalas att avsikten synes vara att upphandling genom dynamiska inköpssystem ska avse sådant som finns färdigproducerat eller som är av mer standardiserad karaktär och att det ligger nära till hands att anta att dynamiska inköpssystem kan få mest utbredd

användning för inköp av varor och enklare typer av tjänster (se även SOU 2006:28 s. 376). *SKL Kommentus* har dock framhållit att systemen inte behöver avse enkla, mer standardiserade produkter, utan att systemen mycket väl lämpar sig för tekniskt komplicerade produkter med snabb utveckling. *Swedish Medtech* har framfört att promemorians bedömning att systemen ska avse sådant som finns färdigproducerat eller som är av mer standardiserad karaktär inte omfattar den stora variation av medicintekniska produkter som marknaden har att erbjuda.

Regeringen konstaterar att artikelns utformning inte utesluter att dynamiska inköpssystem får användas även för exempelvis mer tekniskt komplicerade varor. Förutsättningen är dock att upphandlingen rör något som den upphandlande myndigheten eller enheten har ett återkommande behov av att köpa in samt att det som ska anskaffas finns allmänt tillgängligt på marknaden och har egenskaper som uppfyller den upphandlande myndighetens behov. Så länge dessa förutsättningar är uppfyllda finns det alltså enligt regeringens mening i och för sig inte någon begränsning för vilka typer av varor, tjänster och byggtreprenader som ett dynamiskt inköpssystem kan avse. Den framtida tillämpningen av bestämmelserna får utvisa för vilken typ av köp dynamiska inköpssystem kan lämpa sig.

Direktivens uttryck köp av sådant som används frekvent och vars egenskaper, såsom de är allmänt tillgängliga på marknaden, tillfredsställer den upphandlande myndighetens eller enhetens behov, föreslås i författningstexten, i enlighet med *Lagrådets* förslag, täckas in av uttrycket återkommande anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och som har egenskaper som tillgodoser den upphandlande myndighetens eller enhetens behov. Avsikten är att förenkla utformningen. Någon skillnad i sak är inte avsedd.

Enligt artikel 34.1 i LOU-direktivet och artikel 52.1 i LUF-direktivet ska ett dynamiskt inköpssystem drivas som en helt elektronisk process. Det ska under hela giltighetstiden vara öppet för varje leverantör som uppfyller urvalskriterierna. I skäl 63 i LOU-direktivet och skäl 73 i LUF-direktivet anges att denna upphandlingsteknik gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att få tillgång till ett särskilt brett urval av anbud, och således uppnå ett optimalt utnyttjande av offentliga medel genom en omfattande konkurrens vad gäller frekvent använda eller färdigproducerade varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden.

När det gäller möjligheten att dela in ett dynamiskt inköpssystem i olika kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader har Lagrådet ansett att uttrycket kategorier är missvisande och föreslagit att det ska ersättas med grupper. Regeringen kan inte se att det sistnämnda uttrycket gör bestämmelsen tydligare och anser därför att direktivets benämning bör användas i lagarnas bestämmelser. En fördel med att använda detta uttryck är att det även används i bestämmelserna om uppdelning av kvalificeringssystem i LUF.

Enligt lagrådsremissens förslag till bestämmelser som genomför bestämmelserna om uppdelning av ett dynamiskt inköpssystem ska kategorierna ”definieras objektivt på grundval av egenskaperna för den upphandling som ska genomföras i den berörda kategorin”. Lagrådet har

Prop. 2015/16:195 ansett att detta uttryck är svårtolkat. Enligt Lagrådet torde det som avses vara att de anskaffningar som myndigheten planerar att genomföra inom ramen för det dynamiska inköpssystemet ska bestämma hur indelningen ska ske. Frågan om uppdelning berörs i skälen till direktiven enligt följande (skäl 66 i LOU-direktivet och skäl 75 i LUF-direktivet):

För att främja små och medelstora företags möjligheter att delta i stora dynamiska inköpssystem, exempelvis sådana som drivs av en inköpscentral, bör den berörda upphandlande myndigheten [eller enheten] kunna dela in systemet i objektivet definierade kategorier av varor, byggtreprenader eller tjänster. Sådana kategorier bör definieras genom en hänvisning till objektiva faktorer som exempelvis kan omfatta största tillåtna storlek på specifika kontrakt som ska tilldelas inom den berörda kategorin eller ett specifikt geografiskt område inom vilket specifika kontrakt ska fullgöras. Om ett dynamiskt inköpssystem delas in i kategorier bör den upphandlande myndigheten [eller enheten] tillämpa urvalskriterier som är proportionella i förhållande till särdragen för den berörda kategorin.

Enligt regeringens bedömning är det svårt att se att Lagrådets förslag till alternativ utformning av bestämmelserna i denna del på ett klarare sätt uttrycker vad som måste antas vara avsikten med reglerna. Enligt regeringens mening talar detta för att bestämmelserna bör genomföras på ett mer direktivnära sätt.

Exemplen i skälen på vilka omständigheter som kan ligga till grund för hur kategorierna i ett dynamiskt inköpssystem bestäms anges också i artikel 34.1 sista meningen i LOU-direktivet och artikel 52.1 sista meningen i LUF-direktivet. Det rör sig om en exemplifiering och det bedöms därför inte nödvändigt att ange dessa faktorer i författningstexten.

Förfarandet vid ett dynamiskt inköpssystem

Ett dynamiskt inköpssystem kan schematiskt beskrivas som en tvåstegsprocess. I ett första steg inrättas systemet och leverantörer får ansöka om att få delta i systemet. Ansökan kan göras inte enbart i ett initialt skede, utan när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid. Alla leverantörer som uppfyller urvalskriterierna ska få delta i systemet. I ett andra steg sker tilldelningen av kontrakt enligt systemet. Den upphandlande myndigheten ska inför varje kontraktstilldelning bjuda in alla anbudsgivare som godkänts som deltagare i systemet att lämna anbud på de specifika kontrakten.

I artikel 34.2 i LOU-direktivet och artikel 52.2 i LUF-direktivet anges att en upphandlande myndighet och enhet för att genomföra en upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem ska följa reglerna för selektiva förfaranden. Vidare följer av artikeln att samtliga anbudssökanden som uppfyller urvalskriterierna ska få delta i systemet och att antalet anbudssökanden som ska få delta i systemet inte får begränsas i enlighet med artikel 65 i LOU-direktivet respektive artikel 78.2 i LUF-direktivet. När de upphandlande myndigheterna eller enheterna har delat upp systemet i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader ska de specificera tillämpliga urvalskriterier för varje kategori.

Tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud regleras när det gäller dynamiska inköpssystem i artikel 34.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 52.2 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelserna skiljer sig något åt mellan direktiven. Enligt artikel 34.2 andra stycket a i LOU-direktivet ska tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 30 dagar, medan den enligt motsvarande bestämmelse i artikel 52.2 andra stycket a i LUF-direktivet i regel ska vara minst 30 dagar. Den minsta tidsfristen enligt LUF-direktivet är alltså endast en huvudregel. Av samma bestämmelse framgår emellertid att tidsfristen inte i något fall får vara kortare än 15 dagar. Motsvarande skillnad mellan direktiven finns också när det gäller selektivt förfarande (artikel 28.1 i LOU-direktivet och artikel 46.1 i LUF-direktivet). I artikel 34.2 andra stycket b i LOU-direktivet, som reglerar tidsfristen för mottagande av anbud, anges att artikel 28.3 och 28.5 – som innehåller bestämmelser om förkortning av tidsfrister vid förhandsannonsering och vid elektronisk inlämning av anbud – inte ska tillämpas. Någon motsvarande hänvisning finns inte i LUF-direktivet.

Bestämmelser som genomför artikel 34.2 i LOU-direktivet och artikel 52.2 i LUF-direktivet bör tas in i de nya lagarna. I promemorian föreslås direktivets uttryck ”minimitidsfristen för mottagande av” anbudsansökan och anbud genomförs genom uttrycket ”tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar”. Detta är i enlighet med hur bestämmelser om tidsfrister vid de olika förfarandena har genomförts i 11 kap. om tidsfrister i promemorians förslag. Lagrådet har emellertid invänt mot detta och ansett att paragraferna som genomför dessa bestämmelser bör anknyta närmare till allmänna principer. Lagrådet har föreslagit att uttrycket ska ersättas med ”den tid inom vilken en anbudsansökan ska vara den upphandlande myndigheten till handa” respektive ”tidsfristen för när anbud ska vara den upphandlande myndigheten till handa”. Som framgår av regeringens överväganden i avsnitt 19.1.1 bör dock uttrycket ”tidsfristen för att komma in med” anbudsansökningar och anbud användas i de bestämmelser i de nya lagarna som uttrycker tidsfrister.

När det gäller placeringen av bestämmelserna kan konstateras att regler om tidsfrister vid de olika upphandlingsförfarandena föreslås i 11 kap. Eftersom dynamiskt inköpssystem inte är ett eget förfarande framstår det emellertid som mest ändamålsenligt att placera regler om tidsfrister vid dynamiska inköpssystem i kapitlet som rör sådana system i de nya lagarna. Av förtydligande skäl föreslås dock en hänvisning till dessa bestämmelser i det allmänna kapitlet om tidsfrister (se 11 kap. 4 § i de nya lagarna).

Enligt artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUF-direktivet ska all kommunikation inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem ske endast med elektroniska medel i enlighet med artikel 22.1, 22.3, 22.5 och 22.6 i LOU-direktivet respektive artikel 40.1, 40.3, 40.5 och 40.6 i LUF-direktivet. I promemorian föreslogs att bestämmelser som genomför artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUF-direktivet skulle placeras i lagarnas kapitel om dynamiska inköpssystem. Som framgår av avsnitt 20.1, som behandlar genomförandet av reglerna om

Prop. 2015/16:195 kommunikation i artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet, ska emellertid som huvudregel en allmän skyldighet att kommunicera med elektroniska medel gälla vid all upphandling. Enligt regeringens mening kräver därför bestämmelserna om elektronisk kommunikation vid dynamiska inköpssystem inte något särskilt genomförande i kapitlet om dynamiska inköpssystem utan den täcks in redan av den allmänna skyldigheten i de bestämmelser som genomför artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet. Genomförandet av artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 behandlas närmare i avsnitt 20.1.

Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem

Enligt artikel 34.4 i LOU-direktivet och artikel 52.4 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten, för att tilldela kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, offentliggöra en anbudsinfordran och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköpssystem. I upphandlingsdokumenten ska också minst anges vilken typ av köp och vilka kvantiteter som systemet avser. SKL Kommentus har ifrågasatt nyttan av att kvantiteterna ska anges i upphandlingsdokumenten. Skyldigheten att ange detta följer emellertid av direktiven och något utrymme för att avvika från denna skyldighet finns inte.

I upphandlingsdokumenten ska den upphandlande myndigheten eller enheten också lämna all nödvändig information om det dynamiska inköpssystemet, inbegripet hur det dynamiska inköpssystemet fungerar, den elektroniska utrustning som används, tekniska arrangemang för anslutning samt tekniska specifikationer. Vidare ska eventuella indelningar i kategorier anges. Var denna information ska anges, om det är t.ex. i något av upphandlingsdokumenten eller i anbudsinfordran, framgår inte av direktivtexten. Rimligen bör dock informationen lämnas i annonsen eller, om en förhandsannons publicerats, i inbjudan att bekräfta intresse. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska slutligen ge fri, direkt och fullständig tillgång till upphandlingsdokumenten i enlighet med artikel 53 i LOU-direktivet och artikel 73 i LUF-direktivet så länge systemet är giltigt. Bestämmelser som genomför artikel 34.4 i LOU-direktivet och artikel 52.4 i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarnas kapitel som reglerar bl.a. dynamiska inköpssystem.

Ett dynamiskt inköpssystem får också drivas av en inköpscentral. Om ett sådant system får användas av andra upphandlande myndigheter ska detta anges i den anbudsinfordran som upprättar det dynamiska inköpssystemet (se artikel 37.1 andra stycket andra meningen i LOU-direktivet och artikel 55.1 andra stycket andra meningen i LUF-direktivet). I direktiven anges alltså endast ett krav att det av anbudsinfordran ska framgå att andra upphandlande myndigheter eller enheter får använda sig av systemet. Något krav på att inköpscentralen därutöver i anbudsinfordran identifierar vilka upphandlande myndigheter eller enheter som kan använda sig av systemet framgår emellertid inte. Detta kan enligt regeringens mening inte tolkas på annat sätt än att ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral kan vara öppet för andra upphandlande myndigheter om denna förutsättning angetts i

Av artikel 34.5 i LOU-direktivet och artikel 52.5 i LUF-direktivet framgår att en ansökan om att få delta i systemet inte bara kan göras i anslutning till att systemet inrättas utan också i ett senare skede och under hela dess giltighetstid. Detta skiljer dynamiska inköpssystem från ramavtal, där leverantörer inte kan ansluta i efterhand. En förutsättning för att leverantörer ska kunna ansöka under hela giltighetstiden är att de också kan få vetskap om att systemet existerar. Detta möjliggörs genom bestämmelser i artikel 51.4 b i LOU-direktivet och artikel 71.4 b i LUF-direktivet, enligt vilka Europeiska unionens publikationsbyrå ska se till att anbudsinfordran som rör ett dynamiskt inköpssystem publiceras fortlöpande under den tid som det dynamiska inköpssystemet är giltigt.

En upphandlande myndighet eller enhet ska, enligt huvudregeln i artikel 34.5 första stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 första stycket i LUF-direktivet, fullfölja utvärderingen av anbudsansökningar inom tio arbetsdagar från och med mottagandet. Enligt de svenska språkversionerna av direktiven ska utvärderingen alltså ske inom 10 arbetsdagar från och med, och inte från, mottagandet. I den engelska, tyska och danska språkversionen anges emellertid "within 10 working days following their receipt", "innerhalb von zehn Arbeitstagen nach deren Eingang" och "inden for 10 arbejdsdage efter modtagelsen heraf". Enligt artikel 3.1 andra stycket i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister, ska den dag då händelsen eller handlingen äger rum inte ingå i tidsfristen. Genom att ange att tidsfristen räknas från mottagandet uppnås överensstämmelse med förordningens föreskrift (prop. 2006/07:128 del 1 s.209). En sådan formulering synes också vara mer i överensstämmelse med de ovan nämnda andra språkversionerna.

Enligt artiklarna får tidsfristen i enskilda fall förlängas till 15 arbetsdagar när detta är motiverat. I författningstexten bör detta ersättas med uttrycket när det finns skäl till det. Av artikeln framgår att en förlängning kan vara motiverad särskilt om det finns behov av att granska kompletterande dokumentation eller annars kontrollera om urvalskriterierna har uppfyllts. Denna exemplifiering bedöms inte nödvändig att ange i författningstexten. I andra stycket i artiklarna finns även en generell möjlighet att förlänga utvärderingsperioden, så länge någon inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen inom det dynamiska inköpssystemet ännu inte har skickats ut. En förutsättning för att en sådan förlängning ska kunna ske är att ingen inbjudan att lämna anbud har utfärdats under den förlängda utvärderingsperioden.

Ytterligare en förutsättning för att en förlängning ska få ske är att den upphandlande myndigheten eller enheten i upphandlingsdokumenten anger längden på den förlängda period som den avser att tillämpa. Motivet till bestämmelsen framgår av skäl 64 i LOU-direktivet och skäl 74 i LUF-direktivet. Skälen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten, när ett dynamiskt inköpssystem initialt inrättas, som svar på det första meddelandet om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse kan få så många anbudsansökningar att den kan behöva mer tid för att granska dem och att detta bör kunna tillåtas,

Prop. 2015/16:195 förutsatt att ingen specifik upphandling inleds innan samtliga ansökningar har granskats.

Enligt artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten och enheten snarast möjligt informera den berörda leverantören huruvida denne tagits med i det dynamiska inköpssystemet. I artikel 55 i LOU-direktivet och artikel 75 i LUF-direktivet finns vidare allmänna bestämmelser om information till anbudssökanden och anbudsgivare (se avsnitt 20.2.2). Enligt artiklarna ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om bl.a. tillträde till ett dynamiskt inköpssystem. Direktivtexten skulle kunna läsas så att de leverantörer som är med i ett dynamiskt inköpssystem ska underrättas om att en ny leverantör fått tillträde till systemet. En sådan ordning skulle emellertid göra det dynamiska inköpssystemet tungrott. Som anförs nedan i detta avsnitt (se under rubriken Överprövning av beslut vid dynamiska inköpssystem i avsnitt 16.1.4) kan de leverantörer som redan tagits med i systemet inte anses ha lidit eller komma att lida sådan skada att de ska ha rätt att överklaga ett beslut att ta med en annan leverantör i systemet. En underrättelseskyldighet skulle därmed inte heller fylla någon funktion.

I promemorian har angetts att skyldigheten att informera om beslut om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem därför närmast får ses som en upprepning av den skyldighet som föreskrivs i artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet (se även SOU 2006:28 s. 140). *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* invänder mot denna bedömning och menar att direktiven innebär en skyldighet att meddela samtliga leverantörer. Regeringen delar emellertid den bedömning som gjorts i promemorian. Därmed bör skyldigheten att underrätta om beslutet endast avse den leverantör som beslutet avser, dvs. den leverantör vars ansökan prövats. Skyldighet att underrätta om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem bör därför, såsom också föreslagits i promemorian, genomföras i en bestämmelse i de nya lagarna, som placeras i kapitlet om dynamiska inköpssystem. Frågan om möjligheten att begära överprövning av beslut vid ett dynamiskt inköpssystem behandlas vidare nedan, se avsnitt 16.1.4.

Av artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet framgår inte någon skyldighet att motivera ett beslut om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem. Inte heller synes någon sådan skyldighet kunna utläsas direkt av artikel 55.1 i LOU-direktivet och artikel 75 i LUF-direktivet (se även avsnitt 20.2.2). Enligt regeringens bedömning bör emellertid ett beslut att inte godkänna en leverantör som deltagare i systemet motiveras. Direktivbestämmelserna bör därför kompletteras med en sådan skyldighet. Bestämmelser som genomför artikel 34.5 i LOU-direktivet och artikel 52.5 i LUF-direktivet föreslås i lagarnas kapitel om dynamiska inköpssystem.

Tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem

Ett andra steg i det dynamiska inköpssystemet är när tilldelning av kontrakt sker inom ramen för systemet. För varje kontrakt som ska tilldelas ska den upphandlande myndigheten eller enheten enligt

artikel 34.6 i LOU-direktivet och artikel 52.6 i LUF-direktivet bjuda in alla deltagare som tas med i systemet att lämna anbud i enlighet med artikel 54 i LOU-direktivet respektive artikel 74 i LUF-direktivet. Har systemet delats in i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader ska berörda anbudsgivare i respektive kategori bjudas in. Det är alltså alla de leverantörer som vid den aktuella tidpunkten har godkänts som deltagare i systemet som ska bjudas in att lämna anbud på det kontrakt som ska tilldelas. Tilldelning av kontraktet ska sedan ske till den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts.

Enligt *SKL Kommentus* bör det, när produkterna eller tjänsterna utvärderas inom ramen för en centraliserad inköpsverksamhet, finnas ytterligare ett steg i systemet då själva produkterna eller tjänsterna utvärderas. Direktivens bestämmelser innehåller emellertid inte några särregler för dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, annat än att det – som framgått ovan – ska anges i annonsen om ett sådant system får användas av andra upphandlande myndigheter eller enheter. Upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem ska följa reglerna för selektiva förfaranden och den upphandlande myndigheten eller enheten ska bjuda in alla deltagare i systemet att lämna anbud för varje enskilt kontrakt som ska tilldelas inom systemet. Direktiven ger alltså inte utrymme för någon separat utvärdering av produkterna eller tjänsterna, som är fristående från den anbudsutvärdering som myndigheter alltid ska göra vid varje kontraktstilldelning. Några sådana särskilda regler som *SKL Kommentus* efterfrågar bör därför inte tas in i de nya lagarna.

SKL Kommentus har vidare ifrågasatt om det är den upphandlande myndigheten som deltar i ett dynamiskt inköpssystem som ska utvärdera produkterna vid varje tillfälle. Direktiven innehåller, som framgått ovan, inte några bestämmelser som reglerar förfarandet när ett dynamiskt inköpssystem drivet av en inköpscentral ska användas av andra myndigheter. Av direktivens reglering om ansvarsfrågor vid centraliserad inköpsverksamhet och inköpscentraler framgår emellertid indirekt att en upphandlande myndighet eller enhet kan tilldela kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral (artikel 37.2 tredje stycket a i LOU-direktivet och artikel 55.2 tredje stycket a i LUF-direktivet, se vidare avsnitt 14.4). Enligt regeringens mening torde inköpscentraler, i avsaknad av närmare direktivreglering i frågan, anses ha en relativt stor frihet att – inom ramen för den allmänna regleringen om dynamiska inköpssystem – bestämma hur andra upphandlande myndigheter ska få använda systemet. Frågan om det är den upphandlande myndigheten eller inköpscentralen som ska utvärdera produkterna vid varje tillfälle får således anses avhängig av vad som i det enskilda fallet har bestämts.

Av artikel 34.6 andra stycket och artikel 52.6 andra stycket framgår att den upphandlande myndigheten ska tilldela kontaktet till den anbudsgivare som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i det meddelande om upphandling som används för att inrätta det dynamiska inköpssystemet eller, om ett förhandsmeddelande används som anbudsinfördran, i inbjudan att bekräfta intresse. När en annons om att det finns ett kvalificeringssystem

Prop. 2015/16:195 används som anbudsinfordran kan tilldelningskriterierna enligt artikel 52.6 andra stycket i LUF-direktivet även anges i inbjudan att lämna anbud.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud. Vad som avses med detta utvecklas inte närmare varken i artikeltexten eller i skälen. Ett dynamiskt inköpssystem kan dock avse olika slag av kontrakt och det kan finnas situationer där tilldelningskriterierna kan behöva anpassas till den specifika upphandlingen. Ett tänkbart exempel skulle kunna vara att leveranstiden för ett enskilt kontrakt är av särskild betydelse och därför behöver preciseras.

I lagrådsremissens förslag föreslås att artikel 34.6 andra stycket ska genomföras genom bestämmelser i lagen som i stora delar överensstämmer med lagens allmänna bestämmelser om tilldelning av kontrakt i 16 kap. 1 §. Lagrådet har ifrågasatt denna dubbelreglering. Regeringen, som konstaterar att bestämmelserna inte är helt identiska, anser att bestämmelserna bör genomföras även i kapitlet som reglerar dynamiska inköpssystem.

Enligt artikel 34.7 i LOU-direktivet får den upphandlande myndigheten när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att inbjudna deltagare inom fem arbetsdagar från den dag då begäran avsändes lämna in en ny och uppdaterad version av en s.k. egen försäkran som avses i artikel 59.1. Motsvarande bestämmelse gäller enligt artikel 52.7 i LUF-direktivet för de upphandlande enheter som i enlighet med artikel 80 tillämpar skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med LOU-direktivet. I artikel 34.7 andra stycket i LOU-direktivet hänvisas vidare till att artikel 59.4–6 ska tillämpas under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid. Motsvarande hänvisning i artikel 52.7 andra stycket LUF-direktivet är dock till artikel 59.2–4 i LOU-direktivet. Hänvisningen i båda direktiven kan emellertid rimligen inte avse annat än samma stycken i den aktuella artikeln, dvs. artikel 59.4–6 i LOU-direktivet. Bestämmelser som genomför artikel 34.7 i LOU-direktivet och artikel 52.7 i LUF-direktivet föreslås i lagarnas kapitel om dynamiska inköpssystem. Direktiven anger att en upphandlande myndighet eller enhet har rätt att när som helst begära en ny försäkran av leverantören. Lagrådet har föreslagit att bestämmelsen i stället ska utformas som en skyldighet för leverantören att på begäran av den upphandlande myndigheten eller enheten lämna in en sådan ny försäkran. Bestämmelsen utgör ett exempel på vad Lagrådet betecknar som en lagteknisk egenhet, nämligen en bestämmelse som är utformad som en handlingsregel för myndigheten eller enheten men som rimligen avser att åstadkomma en skyldighet för leverantören. Lagrådet anser att bestämmelser av detta slag bör utformas i enlighet med sin innebörd. Regeringen konstaterar dock att även om det av bestämmelsen kan anses följa en indirekt skyldighet för leverantörer, så riktar sig upphandlingsreglerna till upphandlande myndigheter och enheter och anger handlingsregler för dessa vid förfarandet. Detta är också förklaringen till att det inte uttryckligen regleras någon sanktion i direktiven för en leverantör som inte uppfyller skyldigheten. Som Lagrådet konstaterat måste det dock vara så att leverantören kan uteslutas ur systemet om denne inte efterkommer en begäran om en ny försäkran.

Regeringen instämmer också i att det följer av allmänna principer att leverantören måste ges tillfälle att yttra sig innan en sådan uteslutning sker. Detta gäller emellertid oavsett om tiden för att ge in en ny försäkran räknas från det att den skickades av myndigheten eller från det att den kom leverantören tillhanda. Sammanfattningsvis anser regeringen därför att bestämmelsen bör genomföras på ett sätt som nära ansluter till direktivens ordalydelse.

Giltighetstid och avgifter

I artikel 34.8 i LOU-direktivet och artikel 52.8 i LUF-direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten i anbudsinfördran ska ange hur länge det dynamiska inköpssystemet är giltigt. Detta innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten senast i samband med att den ska offentliggöra en anbudsinfördran måste ta ställning till giltighetstiden för det dynamiska inköpssystemet. Någon tidsbegränsning för systemets giltighetstid föreskrivs inte i bestämmelsen. Artikeln innehåller vidare bestämmelser om anmälan till kommissionen vid ändring eller avslutande av systemet. Skälet till att en sådan anmälan ska ske är att den Europeiska unionens publikationsbyrå, som nämnts ovan, ska se till att publicering sker kontinuerligt av annonser som rör dynamiska inköpssystem under hela giltighetstiden.

Enligt artikel 34.9 i LOU-direktivet och artikel 52.9 i LUF-direktivet får inga administrativa avgifter tas ut före eller under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid från de leverantörer som vill delta i eller är parter i det dynamiska inköpssystemet. *SKL Kommentus* har anfört att artikel 34.9 i LOU-direktivet och artikel 52.9 i LUF-direktivet motsatsvis måste tolkas så att avgifter får tas ut vid köp eller efter det dynamiska inköpssystemets giltighetstid. *Göteborgs stad Upphandlings AB* har påpekat att bestämmelsen framstår som en begränsning i inköpscentralernas finansieringsmodeller.

Syftet med att inga administrativa avgifter får tas ut före eller under giltighetstiden är att sådana avgifter skulle kunna medföra ett hinder för leverantörer, särskilt små och medelstora företag, att delta. Avgifterna skulle därmed kunna ha en konkurrensbegränsande verkan. Detta gäller oavsett om avgifterna tas ut före eller efter systemets giltighetstid. Avsikten med bestämmelsen kan således knappast ha varit att den motsatsvis ska kunna tolkas så att administrativa avgifter kan tas ut efter systemets giltighetstid. Direktiven reglerar endast rätten att ta ut administrativa avgifter. Huruvida det är möjligt att ta ut ersättning från leverantörer, t.ex. i samband med köp regleras emellertid inte i direktiven utan får enligt regeringens bedömning närmast ses som en avtalsrättslig fråga.

Av artikel 84 framgår att den upphandlande myndigheten varje gång ett dynamiskt inköpssystem inrättas ska upprätta en skriftlig rapport. Motsvarande bestämmelse i LUF-direktivet, artikel 100, anger i stället att upphandlande enheter ska bevara lämplig information varje gång ett dynamiskt inköpssystem inrättas. Genomförandet av dessa artiklar behandlas i avsnitt 20.3.

Regeringen konstaterar sammanfattningsvis att direktivens bestämmelser om dynamiska inköpssystem bör genomföras genom bestämmelser i de nya lagarnas kapitel som reglerar dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger. *SKL Kommentus* framhåller att endast skrivningarna i direktiven bör tas med i lagtexten. Regeringen delar bedömningen att bestämmelserna bör utformas på ett direktivnära sätt, vilket också föreslås i promemorian. För att underlätta tillämpningen av regelverket finns det emellertid anledning att, såsom föreslås i promemorian, strukturera bestämmelserna på ett sätt som tydligare följer de dynamiska inköpssystemens kronologi. Regeringen anser därutöver, till skillnad från vad som föreslås i promemorian, att de bestämmelser som reglerar vad en anbudsinfordran ska innehålla lämpligen bör samlas i en gemensam bestämmelse.

Vägledning om användningen av dynamiska inköpssystem

Dynamiska inköpssystem är en ny metod som upphandlande myndigheter eller enheter ges möjlighet att använda sig av. För att bidra till ökad rättssäkerhet, klarhet och förutsebarhet när det gäller regelverkets tillämpning är det viktigt med stöd såväl till upphandlande myndigheter och enheter som till leverantörer. Ett sätt att ge sådant stöd är genom en vägledning om tillämpningen av bestämmelserna.

SKL Kommentus anser att dynamiska inköpssystem inte bör regleras mer än nödvändigt och att en vägledning, med detaljerade beskrivningar och underlag för vad som kan anses vara tillåtet eller otillåtet, skulle bli alltför begränsande i förhållande till direktivens skrivningar och avsikter.

Regeringen vill i sammanhanget framhålla att syftet med en vägledning är att hjälpa upphandlande myndigheter och enheter men också leverantörer när det gäller tillämpningen av de nya reglerna. En sådan vägledning kan närmare belysa bestämmelserna, beskriva goda rutiner för inrättandet av dynamiska inköpssystem och innehålla exemplifieringar. Det ligger dock i sakens natur att en sådan vägledning inte får gå utöver vad som föreskrivs i bestämmelserna om dynamiska inköpssystem.

Regeringen konstaterar att det är viktigt att myndigheter, enheter och leverantörer genom en vägledning kan få stöd och hjälp när det gäller den nya metod för upphandling som nu införs. Regeringen avser därför att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att ta fram en sådan vägledning.

Regeringens förslag: Vid beslut om tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska s.k. avtalsspärr inte gälla. Överprövning ska i stället under vissa förutsättningar kunna ske av ett avtalsgiltighet. Bestämmelserna om ogiltighet ska dock inte tillämpas om en upphandlande myndighet eller enhet skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet och iakttagit en avtalsspärr.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Av de remissinstanser som yttrar sig särskilt om förslaget, *Trafikverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Stockholms läns landsting*, tillstyrker samtliga att avtalsspärr inte ska gälla vid beslut om tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Västra Götalands läns landsting, *Stockholms läns landsting* och *SKL* anser, i likhet med vad som anges i promemorian, att beslut om att godkänna en leverantör som deltagare i systemet inte bör kunna överklagas av de leverantörer som redan ingår i systemet. *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* motsätter sig denna bedömning. De sistnämnda remissinstanserna framför att deltagare i systemet kan lida skada av att nya leverantörer godkänns som deltagare. *Advokatfirman* tillägger vidare att rätten att ansöka om överprövning följer av rättsmedelsdirektivet.

Skälen för regeringens förslag

Undantag från avtalsspärren bör gälla

Enligt artikel 55 i LOU-direktivet och artikel 75 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om ingåendet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt eller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem inklusive skälen för beslutet. Skyldigheten att informera om tilldelningen av ett kontrakt måste anses innefatta också tilldelningen av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem (se kommentaren till 12 kap. 13 § och avsnitt 18.2.1). Om en upphandlande myndighet eller enhet enligt dessa bestämmelser är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet gäller som huvudregel bestämmelserna om avtalsspärr (16 kap. 1 § i nuvarande LOU och LUF). En avtalsspärr innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal förrän en viss tid (tio eller femton dagar beroende på kommunikationssätt) har förflutit från det att underrättelsen skickades. Bestämmelserna om avtalsspärr har sin grund i rättsmedelsdirektiven i deras lydelse enligt ändringsdirektivet.

Enligt artikel 2b i rättsmedelsdirektiven i lydelse enligt ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva undantag från avtalsspärren i vissa fall. Denna möjlighet har utnyttjats i 16 kap. 2 § 2 LOU, som bl.a. föreskriver att avtalsspärr inte gäller vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 § LOU, dvs. när förnyad konkurrensutsättning sker. I förarbetena uttalades att avtalsspärr inte bör gälla med hänsyn till vikten av ett effektivt förfarande vid denna typ av

Prop. 2015/16:195 upphandlingar. Vidare konstaterades att en upphandlande myndighets behov av att vid förnyad konkurrensutsättning snabbt kunna få tillgång till det som upphandlats kan finnas såväl vid större som vid mindre värden och det bedömdes därför inte lämpligt att låta värdet styra om en avtalsspärr skulle gälla eller inte (prop. 2009/10:180 del 1 s. 118). Samtidigt infördes i nuvarande 16 kap. 13 § LOU bestämmelser om att rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt om det slutits i strid med reglerna i 5 kap. 7 § och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Av 16 kap. 15 § LOU följer emellertid att bestämmelserna om ogiltighet inte ska tillämpas om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet och iakttagit avtalsspärr. Möjligheten att iaktta en frivillig avtalsspärr innebär att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att ett avtal som ingås efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal inte förklaras ogiltigt.

När det gäller särskilda kontrakt som grundar sig på ett dynamiskt inköpssystem får medlemsstaterna enligt artikel 2b c i rättsmedelsdirektiven i lydelse enligt ändringsdirektivet föreskriva undantag från reglerna om avtalsspärr. Denna möjlighet finns såväl för dynamiska inköpssystem enligt LOU-direktivet, som enligt LUF-direktivet.

När det gäller frågan om avtalsspärr vid tilldelningen av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem bedöms samma skäl göra sig gällande som vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt nuvarande 5 kap. 7 § LOU. Även vid dynamiskt inköpssystem talar alltså vikten av ett snabbt och effektivt förfarande för att avtalsspärr inte bör gälla. Bestämmelser om detta bör därför ingå i de nya lagarna. Det bör därmed också ingå bestämmelser om undantag från ogiltighet vid iakttagande av frivillig avtalsspärr. Bestämmelserna bör i allt väsentligt utformas i enlighet med hur motsvarande bestämmelser utformats i LOU när det gäller avtalsspärr m.m. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal.

Överprövning av beslut vid dynamiska inköpssystem

Ett beslut om tilldelning av ett enskilt kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem kan, som framgått, alltså överprövas som vilket tilldelningsbeslut som helst. Leverantörer kan emellertid även i andra fall begära överprövning av beslut som fattas i anledning av dynamiska inköpssystem. Ett beslut att inte ta med en leverantör i systemet kan t.ex. bli föremål för överprövning.

En särskild fråga är om leverantörer som godkänts som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem ska kunna begära överprövning av en upphandlande myndighets eller enhets beslut att godkänna andra leverantörer som deltagare i systemet. *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen* anser att så är fallet, medan *Västra Götalands läns landsting*, *Stockholms läns landsting* och *SKL* delar promemorians bedömning att sådana beslut inte kan överklagas.

Som framgått ovan anser regeringen att skyldigheten enligt artikel 55.1 i LOU-direktivet och artikel 75.1 i LUF-direktivet att underrätta varje anbudssökande och arbetsgivare om de beslut som fattas om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, endast bör ses som en upprepning av den

skyldighet att underrätta berörd leverantör om tillträde till systemet som föreskrivs i artikel 34.5 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 52.5 sista stycket i LUF-direktivet. Därmed bör skyldigheten att underrätta om beslutet endast gälla i förhållande till den leverantör som beslutet avser, dvs. den leverantör vars ansökan prövats.

En förutsättning för att överprövning ska ske är enligt 20 kap. 4 § i de föreslagna lagarna att leverantören anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada. När det gäller beslut att godkänna en leverantör som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem kan detta i och för sig anses ha betydelse för sådana leverantörer som redan anslutits till systemet i så måtto att konkurrensen om de enskilda kontrakten ökar (se för ett liknande resonemang prop. 2008/09:29 s. 105). Det är därför enligt regeringens bedömning tveksamt om leverantörer som redan anslutits till systemet kan anses ha lidit eller komma att lida sådan skada att de har en rätt att begära överprövning av ett beslut att ta med en annan leverantör i systemet. Dessa leverantörer kan emellertid begära överprövning av ett enskilt tilldelningsbeslut eller av avtalets giltighet och hävda att den leverantör som tilldelats kontraktet inte skulle ha godkänts som deltagare i systemet och att tilldelningen därför är felaktig. Enligt regeringens bedömning är det först i detta skede som det kan anses uppstå någon skada eller risk för skada till följd av det påstådda felet, i den mening som avses i 20 kap. 4 § i de föreslagna lagarna. Ytterst får dock denna fråga avgöras i rättstillämpningen.

16.1.5 Dynamiska inköpssystem utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: Dynamiska inköpssystem ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att kapitlet med bestämmelser om upphandlingar som inte omfattas av direktiven ska innehålla särskilda bestämmelser om vad en annons om ett dynamiskt inköpssystem ska innehålla. I promemorian föreslås också att två ytterligare paragrafer, de direktivstyrda bestämmelserna om upphandlingsdokumenten, inte ska göras tillämpliga vid upphandling som inte omfattas av direktivet.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna invänder mot förslaget. *Arbetsförmedlingen, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Byggherrarna* tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens förslag

Dynamiska inköpssystem bör kunna användas även vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven

Frågan huruvida bestämmelserna om dynamiska inköpssystem bör vara tillämpliga också utanför det direktivstyrda området behandlades, som angetts ovan, av Upphandlingsutredningen 2004. Utredningen konstaterade bl.a. att utvecklingen med all sannolikhet kommer att leda

Prop. 2015/16:195 till en ökad användning av elektroniska medel och att sådana moderna tekniska hjälpmedel, rätt använda, kommer att leda till effektivitetsförbättringar och kostnadsminskningar. Enligt utredningen kunde dynamiska inköpssystem bidra till dessa effekter och dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas. Det fanns enligt utredningen inte anledning att begränsa användningen av dynamiska inköpssystem till den direktivstyrda upphandlingen (SOU 2006:28 s. 135 f.).

Enligt den ovan nämnda rapporten från Statskontoret om genomförande av dynamiska inköpssystem ansågs dynamiska inköpssystem kunna leda till ökad konkurrens och pressade priser. Det uttrycktes samtidigt farhågor för att dynamiska inköpssystem kunde innebära en tyngre administrativ börda och att detta sannolikt skulle innebära att ramavtal kommer att användas i stället för dynamiska inköpssystem.

Enligt en sammanfattning av Europeiska kommissionens utvärderingsrapport Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, är dynamiska inköpssystem den teknik för upphandling som är mest kostsam (EU Public Procurement Legislation: Delivering Results Summary of Evaluation Report s. 19, se Europeiska kommissionens webbplats http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm). Att kostnaderna för att upphandla enligt ett dynamiskt inköpssystem kan vara höga är något som i och för sig talar emot att införa regler om sådana system även vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Genom de nya direktiven har dock vissa förenklingar skett när det gäller metoden, inte minst på det sätt att systemet nu är uppbyggt kring det selektiva förfarandet och att bl.a. kravet enligt 2004 års direktiv om preliminära anbud och annonsering vid varje kontraktstilldelning inte längre gäller. Detta bör medföra effektivisering och kostnadsminskning för den myndighet eller enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem. Syftet med det dynamiska inköpssystemet är också att ge den upphandlande myndigheten eller enheten tillgång till en ökad konkurrens, vilket i sin tur syftar till att leda till kostnadsbesparingar för myndigheten. För en myndighet som har investerat i den infrastruktur som krävs för att upphandla enligt ett dynamiskt inköpssystem inom det direktivstyrda området torde det rimligen inte heller innebära några större ökade kostnader att använda sig av systemet även för upphandlingar som faller utanför det direktivstyrda området. Det är mot denna bakgrund svårt att se skäl för att upphandlande myndigheter eller enheter inte ska tillåtas använda sig av dynamiska inköpssystem även utanför det direktivstyrda området. Ingen remissinstans har heller invänt mot förslaget.

Sammanfattningsvis anser regeringen att dynamiska inköpssystem bör kunna användas också vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

Den närmare utformningen av bestämmelserna

I 19 kap., som reglerar upphandlingar som inte eller endast delvis omfattas av direktiven, bör det finnas en hänvisning till att bestämmelser i 8 kap. är tillämpliga också vid sådan upphandling. Regeringen bedömer emellertid att vissa av bestämmelserna i 8 kap. bör kunna vara mindre

detaljerade eller mer flexibla på det icke direktivstyrda området, såsom bestämmelserna om tidsfrister och tilldelning av kontrakt. Vidare framstår det som mindre lämpligt att göra de direktivstyrda bestämmelserna om egen försäkrans av leverantörer vid dynamiska inköpssystem tillämpliga också utanför det direktivstyrda området. I dessa fall bör således de direktivstyrda bestämmelserna i 8 kap. i de nya lagarna inte göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området. Inte heller finns det något behov av att göra bestämmelserna om anmälan av ändring i giltighetstiden tillämpliga för upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

När det gäller tidsfrister och tilldelning av kontrakt bör de bestämmelser som allmänt reglerar detta i 19 kap. tillämpas även vid dynamiska inköpssystem. Beträffande bestämmelser om kontroll av leverantörer är det emellertid enligt regeringens mening mest ändamålsenligt att införa särskilda regler vid dynamiska inköpssystem som inte omfattas av direktiven. För att systemen ska fungera effektivt och inte medföra onödig administration anser regeringen, i likhet med vad som föreslås i promemorian, att den lämpligaste ordningen är att leverantörerna, i samband med att de ansöker till systemet, genom en egen försäkrans får intyga att någon uteslutningsgrund inte föreligger och att kraven i övrigt är uppfyllda. Bestämmelserna bör kompletteras med en rätt för den upphandlande myndigheten eller enheten att när som helst begära en ny och uppdaterad version av den inlämnade egna försäkrans. Slutligen bör den upphandlande myndigheten eller enheten alltid vara skyldig att kontrollera uppgifterna avseende den leverantör som myndigheten eller enheten avser att tilldela kontraktet, se vidare författningskommentaren till 19 kap. 22 § i de nya lagarna.

16.2 Elektroniska auktioner

16.2.1 Nuvarande reglering och de nya direktiven

Bestämmelser om elektroniska auktioner finns i nuvarande 2 kap. 6 a § och 5 a kap. LOU samt 2 kap. 6 a § och 5 a kap. LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 243 f.). Paragraferna grundar sig på artiklarna 1.7 och 54 i 2004 års LOU-direktiv respektive artiklarna 1.6 och 56 i 2004 års LUF-direktiv.

De nya upphandlingsdirektiven innehåller bestämmelser om elektroniska auktioner i artikel 35 i LOU-direktivet och artikel 53 i LUF-direktivet. Elektroniska auktioner behandlas också i skäl 67 i LOU-direktivet och skäl 76 i LUF-direktivet. Artiklarna och skälen överensstämmer i allt väsentligt mellan de båda direktiven.

Bestämmelserna om elektroniska auktioner överensstämmer i huvudsak med motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv. En nyhet är dock att möjligheten att använda sig av en elektronisk auktion enligt LOU-direktivet utvidgats till att gälla utan begränsande villkor vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vidare innebär det nya LUF-direktivet att en elektronisk auktion också får användas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Tillämpningsområdet för elektroniska auktioner är därmed

16.2.2 Elektroniska auktioner i de nya lagarna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om elektroniska auktioner som i huvudsak ska motsvara nuvarande reglering i LOU och LUF. En elektronisk auktion ska dock enligt den nya lagen om offentlig upphandling kunna användas utan begränsande villkor vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vidare ska en elektronisk auktion enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna kunna användas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Elektroniska auktioner ska enligt båda lagarna kunna användas även vid inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som ska tilldelas enligt ett dynamiskt inköps-system.

I lagarnas kapitel om elektroniska auktioner ska ingå bestämmelser om när ett anbud ska anses vara godtagbart samt när en anbudsansökan ska anses olämplig och ett anbud ska anses olämpligt.

Regeringens bedömning: Direktivens bestämmelser om när ett anbud i synnerhet ska anses vara ogiltigt eller oacceptabelt bör inte genomföras genom särskilda bestämmelser i de nya lagarna.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att bestämmelserna om när anbud eller anbudsansökningar ska anses vara olämpliga inte ska genomföras i lagtexten. Vidare föreslås i promemorian en delvis annan struktur på kapitlet och en något annorlunda redaktionell utformning av vissa paragrafer.

Remissinstanserna: När det gäller promemorians bedömning om genomförandet av bestämmelser som anger när anbud ska anses ogiltiga eller oacceptabla och när anbudsansökningar och anbud ska anses olämpliga är remissutfallet blandat. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Byggherrarna* delar bedömningen i promemorian, medan *Försvarets materielverk (FMV)*, *Trafikverket*, *Stockholms läns landsting*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* anser att bestämmelserna bör genomföras genom föreskrifter i lagstiftningen.

Advokatfirman Delphi avstyrker vissa av de avsteg från direktivtexten som föreslagits i promemorian. Remissinstanserna i övrigt framför inte några synpunkter eller invändningar.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Regleringen i de nya lagarna bör i huvudsak motsvara LOU och LUF

Artiklarna om elektroniska auktioner bör i de nya lagarna genomföras på i huvudsak samma sätt som motsvarande artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv genomförts i LOU och LUF. Bestämmelserna bör emellertid följa den struktur som de nya direktiven har när det gäller definitionen av elektronisk auktion, som införlivats i själva artikeln

(artikel 35.1 i LOU-direktivet och artikel 53.1 i LUF-direktivet). *Lagrådet* har föreslagit vissa ändringar i bestämmelsernas placering, som skiljer sig från hur motsvarande bestämmelser genomförts i LOU och LUF. Enligt regeringens mening gör *Lagrådets* förslag bestämmelserna mer lättillgängliga och överskådliga och det bör därför följas vid genomförandet.

När det gäller det närmare genomförandet av artikel 35.1 i LOU-direktivet och artikel 53.1 i LUF-direktivet framgår av andra stycket bl.a. att en elektronisk auktion genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden. Samma sak framgår emellertid även av artikel 35.5 respektive artikel 53.5. Det är därför tillräckligt att detta, i likhet med vad som skett vid genomförandet av motsvarande bestämmelser i nuvarande LOU och LUF, genomförs i en bestämmelse i respektive lag (prop. 2009/10:180 del 1 s. 249).

I artikel 35.1 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 53.1 sista stycket i LUF-direktivet anges att vissa offentliga tjänstekontrakt och vissa offentliga byggentreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projektering av byggentreprenader, som inte kan rangordnas på grundval av automatiska utvärderingsmetoder, inte ska bli föremål för elektronisk auktion. En i huvudsak motsvarande bestämmelse finns i artikel 1.7 (artikel 1.6) i 2004 års upphandlingsdirektiv. I förarbetena till de lagändringar varigenom bestämmelserna om elektroniska auktioner infördes i LOU och LUF uttalade regeringen bl.a. att det inte framgår om avsikten är att utesluta vissa men inte alla kontrakt som innehåller intellektuella prestationer eller om vissa kontrakt ska uteslutas, nämligen alla sådana som innehåller intellektuella prestationer. Regeringen gjorde sammanfattningsvis bedömningen att det faktum att intellektuella prestationer ingår i föremålet för en upphandling inte i sig utesluter genomförandet av en elektronisk auktion (prop. 2009/10:180 del 1 s. 249). I skäl 67 i LOU-direktivet och skäl 76 i LUF-direktivet klargörs nu att elektroniska auktioner vanligtvis inte är lämpliga för vissa offentliga byggentreprenadkontrakt och tjänstekontrakt som innehåller intellektuella prestationer eftersom endast de aspekter som är lämpliga för automatisk utvärdering på elektronisk väg, utan ingripande eller bedömning från den upphandlande myndighetens sida, kan bli föremål för elektronisk auktion. Skälet ger således stöd för den bedömning regeringen gjorde i samband med att bestämmelserna infördes.

De bestämmelser i 2004 års direktiv som motsvarar artikel 35.1 sista stycket i LOU-direktivet och artikel 53.1 sista stycket i LUF-direktivet har inte genomförts genom några bestämmelser i nuvarande LOU och LUF. Enligt regeringens mening finns det inte heller nu skäl att, som *Advokatfirman Delphi* anser, genomföra dessa bestämmelser i lagtexten.

Enligt artikel 35.2 i LOU-direktivet och artikel 53.2 i LUF-direktivet får en upphandlande myndighet vid öppna eller selektiva förfaranden eller förhandlade förfaranden med föregående annonsering besluta att tilldelningen av ett offentligt kontrakt ska föregås av en elektronisk auktion om innehållet i upphandlingsdokumenten, särskilt de tekniska specifikationerna, kan fastställas med tillräcklig exakthet. Under samma omständigheter får elektronisk auktion användas vid förnyad konkurrensutsättning för parter i ett ramavtal och vid inbjudan att lämna

Prop. 2015/16:195 anbud beträffande kontrakt som ska tilldelas enligt ett dynamiskt inköpssystem. Till skillnad från nuvarande LOU föreskrivs inte några begränsande villkor för att använda sig av en elektronisk auktion vid förhandlat förfarande. Vidare får elektroniska auktioner användas vid förnyad konkurrensutsättning på grundval av ett ramavtal även enligt LUF-direktivet. Tillämpningsområdet för elektroniska auktioner överensstämmer alltså enligt de nya direktiven. Bestämmelser som genomför artikel 35.2 i LOU-direktivet och artikel 53.2 i LUF-direktivet föreslås ingå i de nya lagarna.

I artikel 35.3 i LOU-direktivet och artikel 53.3 i LUF-direktivet anges vad en elektronisk auktion ska grundas på. Enligt bestämmelserna ska auktionen grundas på enbart priser, om kontraktet tilldelas enbart på grundval av priset, eller på priser eller nya värden, om kontraktet tilldelas på grundval av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller lägsta kostnad. Advokatfirman Delphi anser att lagtexten i denna del bör utformas mer direktivnära än vad som föreslagits i promemorian, eftersom förslaget kan innebära en avsevärd skillnad i tillämpningen mellan dels det EU-rättsliga regelverket, dels det nationella regelverket för upphandling.

Bestämmelserna i artikel 35.3 i LOU-direktivet och artikel 53.3 i LUF-direktivet har ett nära samband med bestämmelserna om tilldelningskriterier i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet, som behandlas nedan, se avsnitt 25.1. I avsnitt 25.1 föreslår regeringen att de sistnämnda bestämmelserna bör ges en mer direktivnära utformning än vad utredningen föreslagit. Bestämmelserna i artikel 35.3 i LOU-direktivet och artikel 53.3 i LUF-direktivet bör utformas i enlighet med detta förslag. Regeringen instämmer därmed i Advokatfirman Delphis synpunkt att bestämmelserna i denna del bör utformas på ett mer direktivnära sätt.

I artikel 35.4 och artikel 53.4 i LUF-direktivet hänvisas till bilaga VI respektive bilaga VII till direktiven när det gäller vilken information som ska finnas i upphandlingsdokumenten. I 2004 års upphandlingsdirektiv anges motsvarande information i artikeln om elektronisk auktion, vilken genomförts i 5 a kap. 4 § LOU och LUF. I likhet med nuvarande LOU och LUF bör de uppgifter som minst ska finnas i upphandlingsdokumenten framgå av lagtexten.

Enligt artikel 35.6 i LOU-direktivet och artikel 53.6 i LUF-direktivet ska en inbjudan att delta i den elektroniska auktionen åtföljas av en fullständig bedömning av det berörda anbudet som genomförts i enlighet med viktningen i artikel 67.5 första stycket i LOU-direktivet respektive artikel 82.5 första stycket i LUF-direktivet. I motsvarande artiklar i 2004 års upphandlingsdirektiv angavs att inbjudan skulle åtföljas av en sådan bedömning om tilldelningen av kontraktet skulle ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Skälet till att det inte längre hänvisas till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet synes vara de ändrade formuleringar av tilldelningskriterierna som de nya upphandlingsdirektiven innehåller i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet.

I artikel 35.6 och artikel 53.6 anges vidare att den matematiska formel som ska användas vid den elektroniska auktionen för att bestämma rangordningen ska anges i inbjudan. Bestämmelsen är ett exempel på en

sådan regel som Lagrådet pekar på som en lagteknisk egenhet, dvs. en bestämmelse som snarast framstår som en följdföreskrift eller förfaranderegul till en outtalad eller implicit grundläggande handlingsregel. Lagrådets föreslår emellertid att denna bestämmelse ska genomföras som en uttrycklig handlingsregel, som bl.a. anger att buden ska rangordnas med användningen av en matematisk formel. Med hänsyn till den betydelse den matematiska formeln har för genomförandet av en elektronisk auktion instämmer regeringen i Lagrådets förslag om att detta bör framgå uttryckligen av de bestämmelser som avser genomförandet av den elektroniska auktionen. Av det förhållandet att rangordningen måste kunna ske med en matematisk formel följer att de delar av anbuderna som ska vara föremål för den elektroniska auktionen måste kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal (se skäl 67 i LOU-direktivet och skäl 76 i LUF-direktivet). Till skillnad från Lagrådet anser regeringen därför inte att detta behöver framgå uttryckligen av lagtexten, men att det däremot kan finnas skäl att förtydliga detta i författningskommentaren till de aktuella bestämmelserna.

Ogiltiga, oacceptabla eller olämpliga anbud

I artikel 35.5 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 andra stycket i LUF-direktivet anges när ett anbud ska anses vara godtagbart. Ett anbud ska anses vara godtagbart om det har lämnats in av en anbudsgivare som inte har uteslutits och som uppfyller urvalskriterierna samt vars anbud överensstämmer med de tekniska specifikationerna utan att vara ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt. I artikel 35.5 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 tredje stycket i LUF-direktivet anges vad som i synnerhet karakteriserar ett ogiltigt respektive oacceptabelt anbud. I synnerhet anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten, som inkommit för sent, där det finns bevis för hemligt samförstånd eller korruption, eller som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga, ska anses vara ogiltiga. Ett anbud ska anses oacceptabelt i synnerhet om det lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras och vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds. Motsvarande bestämmelser om ogiltiga och oacceptabla anbud finns i artikel 26.4 b andra stycket i LOU-direktivet, som behandlar val av förfarande (se avsnitt 12.1.3).

I artikel 35.5 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 fjärde stycket i LUF-direktivet anges vidare när ett anbud ska anses vara olämpligt. Detta ska anses vara fallet om anbudet är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten. Vidare anges att en anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller får uteslutas eller inte uppfyller de urvalskriterier som fastställts av den upphandlande myndigheten. Motsvarande skrivning finns i artikel 32.2 a andra stycket i LOU-direktivet och artikel 50 a andra stycket som reglerar förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt ordalydelsen i artikel 35.5 fjärde stycket i LOU-

Prop. 2015/16:195 direktivet och artikel 53.5 fjärde stycket i LUF-direktivet är inte beskrivningen av vad som ska anses vara ett olämpligt anbud eller en olämplig anbudsansökan exemplifierande på samma sätt som när det gäller ogiltiga eller oacceptabla anbud.

Enligt bedömningen i promemorian utgör de aktuella bestämmelserna i huvudsak exemplifieringar och förtydliganden, som inte är nödvändiga att genomföra i författningstexten. Flera remissinstanser invänder emellertid emot denna bedömning. Advokatfirman Delphi anser att det är av största vikt att förklaringarna återfinns i lagtexten, eftersom skiljelinjen mellan vad som är ett ogiltigt, oacceptabelt respektive olämpligt anbud har föranlett tillämpningsproblem i praktiken. Även *Konkurrenskommissionen* förordar att förtydligandena förs in i lagarna, eftersom begreppen är mycket lätta att misstolka och har gett upphov till olika tolkning i rättspraxis. *FMV* anser att termerna i sig är så intetsägande att det skulle underlätta tillämpningen om definitionerna framgick av lagstiftningen. Även *Trafikverket* påpekar att det finns ett behov av förtydliganden.

Regeringen konstaterar inledningsvis att frågan om en anbudsansökan ska anses olämplig eller ett anbud ska anses ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt inte enbart aktualiseras vid elektroniska auktioner, utan vid alla förfaranden när en anbudsansökan eller ett anbud ska bedömas. Skälet till varför särskilda bestämmelser om detta ska ingå i regleringen om elektroniska auktioner framstår därför som något oklart. En förklaring kan dock vara att begreppen, som Advokatfirman Delphi och Konkurrenskommissionen framfört, föranlett särskilda tillämpningsproblem i samband med elektroniska auktioner. Som konstaterats ovan finns emellertid motsvarande begrepp och förtydliganden också i artiklarna 26 och 32 i LOU-direktivet. Även i LUF-direktivet finns bestämmelser om när en anbudsansökan ska anses olämplig och ett anbud ska anses olämpligt (artikel 50 a andra stycket). Till skillnad från LOU-direktivet finns det emellertid i LUF-direktivet inte något förtydligande av vad som ska anses vara ogiltiga eller oacceptabla anbud annat än i bestämmelsen om elektroniska auktioner.

Som framgår av avsnitt 12.1.3 anser regeringen beträffande bestämmelserna om ogiltiga och oacceptabla anbud i artikel 26.4 b andra stycket i LOU-direktivet att dessa inte bör genomföras genom bestämmelser i lagen. Det finns inte något skäl att göra en annan bedömning beträffande de likalydande bestämmelserna i artiklarna om elektroniska auktioner. Regeringen anser därför, i likhet med vad som framförts i promemorian, att exemplen inte bör genomföras i lagtexten.

När det gäller artikel 32.2 a i LOU-direktivet respektive artikel 50 a i LUF-direktivet om när ett anbud ska anses olämpligt och en anbudsansökan ska anses olämplig, framgår av avsnitt 12.1.3 att regeringen gör bedömningen att bestämmelserna av förtydligande skäl bör genomföras i de nya lagarnas kapitel om upphandlingsförfaranden. Regeringen anser i konsekvens med detta att även de likalydande bestämmelserna i artikel 35.5 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 53.5 fjärde stycket i LUF-direktivet bör genomföras i de nya lagarna. Bestämmelserna bör lämpligen genomföras genom en hänvisning i de nya lagarnas kapitel om bl.a. elektroniska auktioner till

Utlämnande av information

I artikel 35.7 i LOU-direktivet och artikel 53.7 i LUF-direktivet behandlas vilken information den upphandlande myndigheten ska eller får lämna under den elektroniska auktionen. Andra meningarna skiljer sig åt mellan direktiven. Medan LOU-direktivet anger att en upphandlande myndighet får, om detta angetts tidigare, lämna andra upplysningar om andra priser eller värden som lämnats, föreskriver LUF-direktivet att sådan information får lämnas under förutsättning att detta anges i specifikationerna. Det är oklart vad som är skälen till denna skillnad. Det kan emellertid noteras att den engelska språkversionen anger att informationen ska anges i the specifications. Samma ord användes i motsvarande bestämmelse i 2004 års direktiv, vilket emellertid då översattes med förfrågningsunderlaget i den svenska språkversionen (se artikel 53.6 i 2004 års LUF-direktiv). Begreppet förfrågningsunderlag används inte i de nya direktiven, utan har i stället i förekommande fall ersatts med upphandlingsdokumenten, som emellertid har en vidare innebörd och även innefattar t.ex. annonsen om upphandling (se avsnitt 6.7.7).

Av artikel 35.7 i LOU-direktivet framgår alltså inte hur eller var den upphandlande myndigheten ska ha angett att andra upplysningar får lämnas, utan endast att detta ska ha skett tidigare. När det gäller avslutande av elektroniska auktioner finns i artikel 35.8 i LOU-direktivet och artikel 53.8 i LUF-direktivet motsvarande skrivningar om att uppgifter tidigare ska ha angetts, men ingen information om var eller hur den aktuella informationen ska ha lämnats. Rimligen måste emellertid den aktuella informationen i vart fall ha angetts i något av upphandlingsdokumenten, vilket också bör framgå av författningstexten. Direktivens uttryck om detta angetts tidigare och motsvarande i artikel 35.7 och 35.8 (artikel 53.7 och 53.8) bör därför av tydlighetsskäl ersättas med om detta angetts i upphandlingsdokumenten och motsvarande.

När det gäller artikel 53.7 i LUF-direktivet kan konstateras att det inte framstår som helt klart vad som avses med specifikationerna. Det kan vidare konstateras att det är svårt att se något skäl till varför bestämmelserna i LUF-direktivet i det aktuella avseendet skulle vara mindre flexibla än motsvarande i LOU-direktivet, när normalt det omvända gäller. Mycket talar dock för att vad som avses med specifikationerna är det som enligt 2004 års direktiv benämndes förfrågningsunderlag. Benämningen används dock inte längre i direktiven och det framstår därför inte som lämpligt att använda denna i författningstexten. Även här bedöms begreppet kunna ersättas med upphandlingsdokumenten, trots att detta i och för sig även kan omfatta andra handlingar än enbart sådana som ingår i ett förfrågningsunderlag.

Genomförandet av artikel 35.7 sista meningen och artikel 53.7 sista meningen om förbud mot att röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna behandlas i avsnitt 21.2 om sekretess.

Regeringens förslag: Elektroniska auktioner ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser yttrar sig inte. De två remissinstanser som yttrar sig särskilt, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Byggherrarna*, tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med vad som gäller enligt nuvarande LOU och LUF bör elektroniska auktioner också enligt de nya lagarna kunna användas utanför det direktivstyrda området. Det bör emellertid, som *Lagrådet* har konstaterat, vara tillräckligt att detta framgår av en bestämmelse i kapitlet om upphandling under tröskelvärdena, som anger att elektroniska auktioner får användas också vid de nationella förfarandena och som hänvisar till de direktivstyrda bestämmelserna (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 195).

16.3 Elektroniska kataloger

16.3.1 Nuvarande ordning och de nya direktiven

I 2004 års upphandlingsdirektiv finns inte några särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger. Däremot nämns elektroniska kataloger i skäl 12 i 2004 års LOU-direktiv och skäl 20 i 2004 års LUF-direktiv. I skälen konstateras bl.a. att anbud som lämnas in av en anbudsgivare under viss förutsättning får ha formen av en elektronisk katalog.

Nuvarande LOU och LUF innehåller inte heller några särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger. När en upphandlande myndighet eller enhet anvisar att specifika elektroniska medel ska användas i ett upphandlingsförfarande – som till exempel elektroniska kataloger – bedöms förfarandet således enligt de allmänna regler som gäller för elektronisk kommunikation. Dessa bestämmelser innebär att vid kommunikation med elektroniska medel ska medlen vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- eller programvara som i allmänhet används (9 kap. 2 § nuvarande LOU och LUF).

Begreppet elektroniska kataloger definieras alltså inte i nuvarande LOU och LUF och har inte heller i övrigt någon entydig specifik betydelse. Begreppet synes i upphandlingshänseende främst omfatta de kataloger som leverantörer använder för pris- och produktinformation. Sådana kataloger kan bl.a. ingå som bilagor till anbud som leverantörer lämnar eller, i uppdaterade former, utgöra underlag för upphandlande myndigheters eller enheters beställningar. I fråga om ramavtal kan noteras att dessa ofta förutsätter att pris- och produktkatalogerna ska uppdateras i enlighet med avtalet. Användningen av sådana uppdaterade kataloger är i Sverige frekvent förekommande i bl.a. beställningsfasen.

Rekommendationer för standarder beträffande kataloger har utarbetats inom ramen för samarbetet Single Face To Industry (SFTI) mellan Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Ekonomistyrningsverket (ESV) och Kammarkollegiet (se webbplatsen för samarbetet, www.sfti.se). Erfarenheterna från hur katalogerna används såväl i Sverige som i övriga Europa visar att det för den fortsatta utvecklingen är av vikt att informationen i katalogerna lämnas i strukturerat format bl.a. för att elektronisk utvärdering ska kunna tillämpas (jfr EU-kommissionens Handlingsplan för genomförandet av den rättsliga ramen för elektronisk offentlig upphandling, KOM(2004) 841 slutlig, s. 9 och 10).

Bestämmelser om elektroniska kataloger finns i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet och är en nyhet i de nya upphandlingsdirektiven. Elektroniska kataloger behandlas också i skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet. Artiklarna och skälen är i allt väsentligt likalydande mellan direktiven.

16.3.2 Elektroniska kataloger i de nya lagarna

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla bestämmelser om elektroniska kataloger. Enligt bestämmelserna ska en upphandlande myndighet eller enhet ha möjlighet att begära eller godta att anbud lämnas i form av en elektronisk katalog eller att anbudet innehåller en elektronisk katalog.

Regeringens bedömning: De nya lagarna bör inte innehålla några bestämmelser om att användningen av elektroniska kataloger ska vara obligatorisk vid vissa typer av upphandlingar.

Utredningens bedömning: Överensstämmer inte med regeringens förslag och bedömning. Utredningen bedömer att bestämmelserna om elektroniska kataloger inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter i de nya lagarna, utan att de i stället lämpligen bör genomföras genom de bestämmelser om kommunikation som genomför artikel 22 i LOU-direktivet respektive artikel 40 i LUF-direktivet. Utredningen lämnar emellertid som alternativ ett förslag till lagtext och föreslår att bestämmelserna i så fall ska placeras i kapitlet som reglerar dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner (SOU 2014:51 s. 138). Utredningen föreslår dock inte någon bestämmelse som förtydligar vad som avses med en elektronisk katalog och inte heller några regler om användningen av elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem.

Utredningen anser inte att direktivens möjlighet att göra elektroniska kataloger obligatoriska vid vissa typer av upphandlingar bör utnyttjas.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. Några remissinstanser, *Kammarrätten i Stockholm*, *Domstolsverket*, *Försvarets materielverk (FMV)*, *Sandvikens kommun* och *Stockholms läns landsting*, instämmer i utredningens bedömning att bestämmelserna om elektroniska kataloger inte bör genomföras särskilt. FMV framför som skäl att utvecklingen av den elektroniska handeln kan komma att kompliceras av detaljstyrning, som hindrar önskad it-anpassning. Stockholms läns landsting framför att

Prop. 2015/16:195 bestämmelserna inte bör införas, eftersom begreppet elektroniska kataloger inte utesluter ett ostrukturerat eller icke anpassat format. Några andra remissinstanser, *Migrationsverket*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Konkurrensverket*, *Arbetsförmedlingen*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Husbyggnadsvaror HBV Förening*, anser att särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger bör införas i de nya lagarna och stödjer utredningens alternativa förslag till lagtext. Flera av dessa, bl.a. Konkurrensverket och SKL, framhåller att elektroniska kataloger inte kan jämföras enbart med elektronisk anbudsinslämning eller kommunikation. Migrationsverket och Konkurrensverket anser att en reglering skulle leda till ökad tydlighet om att elektroniska kataloger kan användas. ESV och SKL anser inte att de risker som utredningen pekar på motiverar att särskilda föreskrifter om elektroniska kataloger inte ska genomföras.

Konkurrensverket ifrågasätter bestämmelsernas lagtekniska placering. Enligt verket kan de föreslagna reglernas placering i anslutning till bestämmelserna om dynamiska inköpssystem leda till osäkerhet avseende bestämmelsernas tillämplighet vid upphandling av ramavtal.

Arbetsförmedlingen, Stockholms läns landsting och SKL instämmer i utredningens bedömning att användningen av elektroniska kataloger inte ska vara obligatorisk vid någon typ av upphandling.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Regleringen av elektroniska kataloger i de nya direktiven.

Elektroniska kataloger regleras i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet. Artiklarna innehåller inte någon uttrycklig definition av vad som avses med elektroniska kataloger. I skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet beskrivs emellertid en elektronisk katalog som ett format för att presentera och organisera information på ett sätt som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling. Som exempel anges att ett anbud presenteras i form av ett kalkylblad. I skälen anges vidare att elektroniska kataloger bidrar till att öka konkurrensen och effektiviteten vid en upphandling särskilt genom tids- och kostnadsbesparingar.

Enligt artikel 36.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 första stycket i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten, om det krävs att elektroniska medel för kommunikation ska användas, kräva att anbuderna ska lämnas in i form av en elektronisk katalog eller att anbuderna ska innefatta en elektronisk katalog. Anbud som lämnas in i form av en elektronisk katalog får enligt sista stycket i artiklarna åtföljas av andra handlingar som kompletterar anbudet. Ett anbud som lämnas in i form av en elektronisk katalog får alltså kompletteras med uppgifter som lämnas i annat format än som en katalog.

Av artikel 36.2 i LOU-direktivet och artikel 54.2 i LUF-direktivet framgår att elektroniska kataloger ska upprättas av anbudssökande eller anbudsgivare för deltagande i ett visst upphandlingsförfarande enligt de tekniska specifikationer och det format som fastställs av den upphandlande myndigheten eller enheten. Katalogerna ska uppfylla kraven för elektroniska medel för kommunikation samt eventuella

kompletterande krav som fastställts av den upphandlande myndigheten eller enheten enligt artikel 22 respektive artikel 40.

När inlämnande av anbud i form av en elektronisk katalog godtas eller krävs ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange det i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse. I upphandlingsdokumenten ska alla nödvändiga uppgifter om format, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang och specifikationer för katalogen anges (artikel 36.3 LOU-direktivet och artikel 54.3 i LUF-direktivet).

I artikel 36.4 och 5 i LOU-direktivet och artikel 54.4 och 5 i LUF-direktivet regleras användningen av elektroniska kataloger vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. Av bestämmelserna följer att en upphandlande myndighet eller enhet får besluta att en förnyad konkurrensutsättning ska genomföras på grundval av uppdaterade kataloger. Myndigheten eller enheten ska i så fall använda sig av någon av de två metoder som anges i artikeln. Den första metoden innebär att anbudsgivarna uppmanas att på nytt lämna in elektroniska kataloger som anpassats till kraven i det berörda kontraktet. Den andra metoden innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten meddelar att den har för avsikt att samla in de uppgifter som behövs för att upprätta anbud som är anpassade till kraven i de berörda kontrakten från de elektroniska kataloger som redan lämnats in. Förutsättningen för detta är att myndigheten eller enheten angett i upphandlingsdokumenten för ramavtalet att denna metod ska användas.

Myndigheten eller enheten ska fastställa en lämplig tidsperiod mellan meddelandet och insamlingen av uppgifter. Innan kontraktet tilldelas ska den upphandlande myndigheten eller enheten presentera de insamlade uppgifterna för de berörda anbudsgivarna för att ge dem möjlighet att ifrågasätta eller bekräfta att det anbud som upprättats inte innehåller några materiella fel. När den andra metoden tillämpas är det alltså den upphandlande myndigheten eller enheten som sätter samman anbudet på grundval av de uppdaterade uppgifter som leverantörerna lämnat in.

Enligt artikel 36.6 i LOU-direktivet och artikel 54.6 i LUF-direktivet får en upphandlande myndighet eller enhet också kräva att anbuderna ska lämnas i form av en elektronisk katalog vid tilldelning av specifika kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Av bestämmelserna framgår vidare att en upphandlande myndighet eller enhet även får använda sig av uppdaterade kataloger vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, under förutsättning att ansökan om deltagande i det dynamiska inköpssystemet åtföljts av en elektronisk katalog enligt de tekniska specifikationer och de format som bestäms av den upphandlande myndigheten eller enheten. Katalogen ska därefter kompletteras av de anbudssökande när de informeras om att den upphandlande myndigheten eller enheten har för avsikt att upprätta anbud.

Särskilda bestämmelser om elektroniska kataloger bör ingå i lagarna

I skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet anges att elektroniska kataloger bidrar till att öka konkurrensen och effektiviteten vid en upphandling, särskilt genom tids- och kostnadsbesparingar. Detta bekräftas av flera remissinstanser, som också lyfter fram att elektroniska

Prop. 2015/16:195 kataloger underlättar för leverantörerna och ökar möjligheterna till en helt elektronisk inköpsprocess.

De fördelar som finns med elektroniska kataloger talar enligt regeringens mening starkt för att särskilda bestämmelser bör införas i de nya lagarna som reglerar användningen av elektroniska kataloger. Därigenom tydliggörs att elektroniska kataloger är en av de metoder upphandlande myndigheter och enheter kan använda sig av vid upphandlingar. Det tydliggörs också för leverantörer vad som närmare gäller när en elektronisk katalog används. Användningen av elektroniska kataloger som ett sätt att effektivisera myndigheters och enheters upphandlingar kan också sägas ligga i linje med regeringens uttalade mål att prioritera frågor om elektronisk upphandling (prop. 2014/15:1 UO 2 s. 106).

Enligt regeringens mening kan utredningens slutsats att regleringen om kommunikation får samma resultat som bestämmelserna om elektroniska kataloger ifrågasättas. Med detta synsätt kommer regelverket att sakna närmare vägledning för hur den upphandlande myndigheten eller enheten närmare ska gå till väga om den vill använda en elektronisk katalog, t.ex. vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. Också detta talar enligt regeringens mening för att särskilda bestämmelser bör införas. Regeringen instämmer därmed med de remissinstanser som framhållit att elektroniska kataloger inte enbart kan ses som kommunikation av ett elektroniskt format.

Utredningen ser det som problematiskt att begreppet elektroniska kataloger även tycks omfatta dokumentbaserade format med ostrukturerad information, såsom PDF- eller Word-filer. Oavsett hur det förhåller sig med den saken anser regeringen inte att det utgör ett skäl för att avstå från att genomföra bestämmelserna om elektroniska kataloger särskilt. Som SKL konstaterat ger reglerna upphandlande myndigheter och enheter möjlighet att anvisa tekniska format enligt etablerade standarder. Arbete med att ta fram sådana standarder för elektroniska kataloger pågår bl.a. inom EU (se webbplatsen www.cenbii.eu) och kan antas komma att få mer utspridd användning och även underlätta användningen av elektroniska kataloger, inte minst i gränsöverskridande situationer. Regeringen anser inte heller att de risker som utredningen pekar på när det gäller användningen av elektroniska kataloger motiverar att särskilda regler inte ska genomföras.

Sammanfattningsvis anser regeringen att bestämmelserna om elektroniska kataloger bör genomföras genom särskilda bestämmelser i de nya lagarna om upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Elektroniska kataloger är en av flera metoder att upphandla elektroniskt. Regeringen anser därför, till skillnad från Konkurrensverket, att bestämmelserna lämpligen bör placeras tillsammans med de övriga bestämmelserna om sådana metoder. Reglerna bör således placeras i kapitlet som även innehåller bestämmelser om dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner.

Den närmare utformningen av reglerna om elektroniska kataloger

När det gäller den närmare utformningen av reglerna om elektroniska kataloger konstaterar regeringen, i enlighet med den allmänna ansats som

regeringen haft för genomförandet (se avsnitt 5.1), att den som utgångspunkt bör vara så direktivnära som möjligt. Regeringen delar emellertid *Lagrådets* uppfattning att bestämmelserna bör kompletteras med ett förtydligande som närmare beskriver vad som avses med en elektronisk katalog. Regeringen föreslår därför en sådan bestämmelse i enlighet med *Lagrådets* förslag, som utformats i nära anslutning till skälen i direktiven (skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet).

I artikel 36.1 i LOU-direktivet och artikel 54.1 i LUF-direktivet anges att upphandlande myndigheter, om det krävs att elektronisk kommunikation ska användas, får kräva att anbud ska lämnas in i form av en katalog eller att de ska innefatta en elektronisk katalog. Eftersom en allmän skyldighet att kommunicera med elektroniska medel följer av 12 kap. 1 § i de nya lagarna finns det enligt regeringens mening inte anledning att ange det särskilt även i bestämmelserna om elektroniska kataloger.

I artikel 36.1 i LOU-direktivet och artikel 54.1 i LUF-direktivet nämns både anbud i form av en elektronisk katalog och anbud som innefattar en elektronisk katalog. I övrigt i artikeln nämns dock endast anbud i form av en katalog. Detta skulle kunna ge intryck av att artikeln i övrigt uteslutande gäller för elektroniska kataloger som inrymmer sådana komponenter att de också är att betrakta som anbud och att en elektronisk katalog som är fogad till ett anbud enbart omfattas av punkten 1. I likhet med utredningen anser emellertid regeringen att det för tillämpningen av regleringen är i huvudsak egalt om anbudet utgörs av en elektronisk katalog eller om anbudet innehåller en elektronisk katalog. Bestämmelserna kan därför enligt regeringens mening inte rimligen tolkas på annat sätt än att de är tillämpliga oavsett om anbudet lämnas i form av en elektronisk katalog eller om anbudet endast innefattar en elektronisk katalog. Enligt regeringens mening bör det alltså som utgångspunkt framgå av bestämmelserna att de är tillämpliga oavsett om anbudet lämnas i form av en elektronisk katalog eller om det innefattar en elektronisk katalog. I artikel 36.1 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 tredje stycket i LUF-direktivet anges emellertid att anbud som lämnas in i form av en elektronisk katalog får åtföljas av andra handlingar som kompletterar anbudet. Behov av att tillämpa bestämmelserna synes endast finnas om anbudet lämnats i form av en elektronisk katalog. Möjligheten att komplettera med andra handlingar ska därför enligt lagtexten endast avse de fall där anbudet lämnats i form av en elektronisk katalog.

Som utredningen konstaterat krävs att såväl anbudet som kataloguppgifterna lämnas i ett elektroniskt format. Detta kan sägas framgå redan av 12 kap. 1 § men bör, som utredningen förslagit, tydliggöras i bestämmelserna i de nya lagarna.

Av artikel 36.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 54.2 första stycket i LUF-direktivet framgår att elektroniska kataloger ska upprättas av anbudssökanden eller anbudsgivare för ett visst upphandlingsförfarande enligt de tekniska specifikationer och det format som fastställs av den upphandlande myndigheten eller enheten. Detta innebär att leverantörer inte bör ha en möjlighet att enbart överlämna sina allmänna kataloger utan att de ska anpassa sina allmänna kataloger till

Prop. 2015/16:195 det specifika upphandlingsförfarandet (se skäl 68 i LOU-direktivet och skäl 77 i LUF-direktivet). I artikel 36.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.2 andra stycket i LUF-direktivet anges vidare att de elektroniska katalogerna ska uppfylla kraven för elektroniska medel för kommunikation och eventuella kompletterande krav som fastställs av den upphandlande myndigheten. Även utan särskilda föreskrifter om detta är emellertid enligt regeringens mening bestämmelserna om kommunikation med elektroniska medel tillämpliga på elektroniska kataloger, eftersom de även utgör ett sätt att kommunicera. I likhet med utredningen anser regeringen att bestämmelserna om elektroniska kataloger inte i onödan bör tyngas med det som redan följer av bestämmelserna om kommunikation. Artikel 36.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.2 andra stycket i LUF-direktivet kräver därför enligt regeringens mening inte något särskilt genomförande i bestämmelserna om elektroniska kataloger.

I artikel 36.3 i LOU-direktivet anges hur den upphandlande myndigheten ska gå till väga om den godtar eller kräver att anbud lämnas i form av en elektronisk katalog. Av bestämmelsen framgår alltså att en upphandlande myndighet både kan godta och kräva elektroniska kataloger, medan det i artikel 36.1 endast anges att en upphandlande myndighet får kräva en elektronisk katalog. Enligt regeringens mening är det inte rimligt att tolka bestämmelserna på annat sätt än att en upphandlande myndighet kan välja att antingen begära eller godta elektroniska kataloger i en upphandling. Detta bör därför tydliggöras i författningskommentaren till de bestämmelser som genomför artikel 36.1 i LOU-direktivet och artikel 54.1 i LUF-direktivet. I enlighet med artikel 36.3 i LOU-direktivet och artikel 54.3 i LUF-direktivet bör regleringen om elektroniska kataloger också innehålla bestämmelser om vad som ska framgå av annonsen om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse och av upphandlingsdokumenten.

Uppdaterade elektroniska kataloger

När det gäller användningen av elektroniska kataloger vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal (artikel 36.4 och 5 i LOU-direktivet och artikel 54.4 och 5 i LUF-direktivet) pekar utredningen på att bestämmelserna måste medge att uppgifterna i katalogerna uppdateras. Utredningen föreslår också, enligt det alternativa lagförslaget, att det ska framgå av bestämmelserna att katalogens format ska tillåta en sådan uppdatering. En sådan regel har inte någon direkt motsvarighet i direktiven. Ingen remissinstans invänder mot förslaget i denna del. Enligt regeringens mening kan det i och för sig ifrågasättas om inte ett sådant krav ändå kan ställas med stöd av artikel 36.2 i LOU-direktivet respektive artikel 54.2 i LUF-direktivet om den elektroniska katalogens specifikationer och format m.m. Regeringen kan emellertid ha förståelse för att det kan vara värdefullt för den praktiska tillämpningen att ett tydliggörande i enlighet med utredningens förslag görs i denna del i lagtexten. Regeringen föreslår därför sådana bestämmelser i bestämmelserna om elektroniska kataloger.

Av artikel 36.4 i LOU-direktivet och artikel 54.4 i LUF-direktivet framgår att det finns två olika metoder för att använda sig av elektroniska

kataloger vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. Den första metoden innebär att anbudsgivarna lämnar in nya elektroniska kataloger som anpassats till kraven i det berörda kontraktet. Den andra metoden innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten meddelar anbudsgivarna tidpunkten för insamling av de uppgifter som behövs för att i enlighet med de kataloger som redan lämnats in, upprätta anbud som är anpassade till kraven i det berörda kontraktet. Myndigheten eller enheten ska dock ge anbudsgivarna möjlighet att säga nej till en sådan insamling. Vad det innebär om leverantören avböjer att komma in med de efterfrågade uppgifterna regleras inte i direktiven. Enligt utredningen torde leverantören i ett sådant fall vara hänvisad till att antingen uppdatera den elektroniska katalogen enligt den första metoden, dvs. genom att lämna in en ny elektronisk katalog som anpassats till kraven i det berörda kontraktet, eller att helt avstå från att delta i konkurrensutsättningen. Enligt regeringens mening ligger det dock närmast till hands att tolka bestämmelserna så att följden av att en leverantör avböjer insamling av uppgifter är att denne avstår från att delta i den förnyade konkurrensutsättningen.

I artikel 36.5 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.5 andra stycket i LUF-direktivet anges att den upphandlande myndigheten ska ange en lämplig tidsperiod mellan meddelandet till leverantören och insamlingen av uppgifterna. Lämplig tid bör enligt regeringens mening i den svenska författningstexten ersättas med skäligen tid, vilket tydliggör att den upphandlande myndigheten eller enheten ska göra en objektiv bedömning av hur lång tidsfristen bör vara. Någon ändring i sak är dock inte avsedd.

Utredningens alternativa lagförslag innehåller inte någon reglering som genomför bestämmelserna om användningen av elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem (artikel 36.6 i LOU-direktivet och artikel 54.6 i LUF-direktivet). Regeringen anser emellertid att elektroniska kataloger bör kunna användas också vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Enligt regeringens mening bör dessa bestämmelser lämpligen placeras tillsammans med bestämmelserna om elektroniska kataloger i övrigt.

Elektroniska kataloger bör inte vara obligatoriska i något fall

Enligt artikel 36.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 54.1 andra stycket i LUF-direktivet får medlemsstaterna besluta att användningen av elektroniska kataloger ska vara obligatorisk i samband med vissa typer av upphandlingar. Ingen remissinstans anser att denna möjlighet bör utnyttjas, men några remissinstanser motsätter sig att så sker. Regeringen delar utredningens bedömning att de upphandlande myndigheterna och enheterna är bäst skickade att från fall till fall bedöma bl.a. e-mognadsgraden på den aktuella marknaden och därefter avgöra om elektroniska kataloger ska användas eller inte i en specifik upphandling. Regeringen anser därmed, i likhet med utredningen och flera remissinstanser, att bestämmelserna inte bör göras obligatoriska för några typer av upphandlingar.

Regeringens bedömning: De direktivstyrda bestämmelserna om elektroniska kataloger bör inte göras tillämpliga för det icke direktivstyrda området.

Utredningens bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen gör inte någon bedömning i frågan.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: Bestämmelser som reglerar upphandling utanför det direktivstyrda området föreslås i 19 kap. i de nya lagarna. Kapitlet motsvarar i stora delar 15 kap. i nuvarande LOU och LUF. Som framgår av avsnitt 31.1 är utgångspunkten i detta lagstiftningsärende att bestämmelserna i kapitlet bör kompletteras endast om det är påkallat till följd av ändrad reglering på det direktivstyrda området. Oavsett om de direktivstyrda reglerna görs tillämpliga för det icke direktivstyrda området eller inte kommer det, i likhet med nuvarande LOU och LUF, också enligt de nya lagarna att vara möjligt att använda sig av elektroniska kataloger vid upphandlingar under tröskelvärdena. För att bestämmelserna om elektroniska kataloger ändå ska göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området talar enligt regeringens mening, förutom de allmänna fördelarna med elektroniska kataloger som lyfts fram i avsnitt 16.3.2, det förhållandet att det annars kan framstå som otydligt om elektroniska kataloger får användas vid upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdena. Sammantaget anser regeringen emellertid att det inom ramen för detta lagstiftningsärende inte framstår som påkallat att göra de direktivstyrda bestämmelserna om elektroniska kataloger tillämpliga också för det icke direktivstyrda området. Någon hänvisning till lagarnas kapitel med bestämmelser om elektroniska kataloger ska därför inte införas i 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

17 Tekniska krav och anbud med alternativa utföranden

Prop. 2015/16:195

17.1 Tekniska krav vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

17.1.1 Tekniska specifikationer

Regeringens förslag: Regleringen av tekniska specifikationer ska med vissa undantag genomföras med nuvarande reglering som förebild.

Det ska i lagtexten föreskrivas att de egenskaper som anges i de tekniska specifikationerna också får avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varorna, tjänsterna, eller byggtreprenaderna eller en specifik process som avser ett annat skede i varornas tjänsternas eller byggnadsverkens livscykel. Detta ska även gälla då sådana faktorer inte är egenskaper hos de berörda varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna.

Det ska i de tekniska specifikationerna anges om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

När det som upphandlas ska användas av fysiska personer, ska de tekniska specifikationerna som huvudregel bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning, eller utformning med tanke på samtliga användares olika behov.

Definitioner av vissa tekniska specifikationer ska tas in som en bilaga till lagarna.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorian föreslår en delvis annan utformning av lagtexten.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslagen är i huvudsak positiva till dem. Några av dessa remissinstanser framför dock lagtekniska synpunkter på förslagen, bl.a. *Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (Swedac)*.

Skälen för regeringens förslag: I dag återfinns regleringen av tekniska specifikationer i 6 kap. LOU och 6 kap. LUF. Regleringen grundar sig på artikel 23 i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 34 i 2004 års LUF-direktiv. I bilaga 4 till respektive lag återfinns definitioner av vissa tekniska specifikationer. Definitionerna är hämtade från bilaga VI i 2004 års LOU-direktiv och från bilaga XXI i 2004 års LUF-direktiv. Motsvarande reglering i de nya direktiven (artikel 42 i LOU-direktivet respektive artikel 60 i LUF-direktivet) innehåller vissa ändringar i förhållande till nuvarande reglering.

Även i de nya direktiven har definitioner av tekniska specifikationer tagits in i bilagor. Definitionerna av tekniska specifikationer framgår av bilaga VII i LOU-direktivet och bilaga VIII i LUF-direktivet och tas in i bilaga 3 i respektive lag. *Lagrådet* har ifrågasatt att bilagan med tekniska specifikationer ska anses innehålla definitioner och i stället förordat att den slopas och att innehållet i den förs in i 9 kap. Tekniska krav i respektive lag. Samtidigt har *Lagrådet*, till skillnad från lagrådsremissen, föreslagit att en hänvisning till bilaga 3 tas in i det kapitlet. Enligt

Prop. 2015/16:195 regeringens mening finns det fog för Lagrådets kritik. Bilagan är inte överskådlig eller stringent. Den är dock intagen i direktiven och har där syftet att utgöra definitioner. Den anger på ett sammanhållet sätt vad tekniska specifikationer är. Regeringen bedömer att det inte finns utrymme för att ta in innehållet i lagarna utan att lagtexten tyngs i alltför hög grad samtidigt som det finns en risk för att innehållet i lagarna kommer att skilja sig från direktiven. Regeringen anser därför att den rådande ordningen tills vidare ska bestå och föreslår att bilagan om tekniska specifikationer tas in i de nu föreslagna lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Swedac lyfter fram att den i remissen i bilagan föreslagna definitionen av teknisk referens, som stämmer överens med den svenska och den engelska direktivtexten, anger att en teknisk referens är en produkt eller en vara som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan. Sådana organ framställer emellertid inga produkter eller varor, utan snarare standarder och tekniska specifikationer. *Swedac* föreslår i stället att definitionen ska ges följande lydelse: ”teknisk referens: annat dokument, med undantag för europeiska standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med”, och poängterar att det är en utformning som överensstämmer med den spanska språkversionen av direktivet. Regeringen instämmer i *Swedacs* bedömning och definitionen av teknisk referens bör därför ges den utformning som *Swedac* föreslår.

I artiklarna om tekniska specifikationer i de nya direktiven återfinns till skillnad från i 2004 års direktiv en allmän föreskrift om att de egenskaper som krävs av varor, tjänster eller byggtreprenader ska anges i specifikationerna (artikel 42.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 60.1 första stycket i LUF-direktivet).

I de nya direktiven lyfts vidare i artikel 42.1 första stycket i LOU-direktivet och i artikel 60.1 första stycket i LUF uttryckligen fram att de egenskaper som anges i de tekniska specifikationerna också får avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna. Detta har hittills framgått av de ovan nämnda bilagorna till de äldre direktiven. Det anges vidare i andra stycket i artiklarna att egenskaperna också får avse en specifik process som avser ett annat skede i varornas, tjänsternas eller byggtreprenadernas livscykel. De egenskaper som behandlas i detta stycke måste inte utgöra en del av de berörda varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna förutsatt att de är kopplade till kontraktets föremålet och att de står i proportion till kontraktets värde och målsättningar.

Vad gäller kravet att de egenskaper som krävs måste stå i proportion till kontraktets värde och målsättningar, anser *Konkurrensverket* att det är lämpligt att utveckla och förtydliga de nya direktivens uttryckliga krav på tillämpning av proportionalitetsprincipen vid utformningen av de tekniska specifikationerna. Även *Advokatfirman Delphi* framhåller vikten av att direktivens bestämmelser om proportionalitetsprincipen framgår. Regeringen anser emellertid i likhet med promemorian att detta följer av de allmänna principerna för upphandling, vilka kommer att framgå av de nya lagarna, varför detta inte behöver anges särskilt.

Enligt de nya direktiven får i de tekniska specifikationerna också anges om överföring av immateriella rättigheter kommer att krävas (artikel 42.1

i tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 60.1 tredje stycket i LUF-direktivet).

VVS-föreningen, BIM Alliance och Föreningen byggherrarna anser att det bör tydliggöras att den upphandlande myndigheten kan ställa krav på användning av byggnadsinformationsmodellering som en del av de tekniska specifikationerna. Regeringen konstaterar att det av definitionerna tydligt framgår vilka typer av krav myndigheterna kan ställa i de tekniska specifikationerna och att något närmare utpekande av specifika metoder inte ankommer på lagstiftaren att göra.

De nya direktiven innebär ett förstärkt hänsynstagande till tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning. I nuvarande lagstiftning anges att de tekniska specifikationerna då det är möjligt bör fastställas för att ta hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov. Enligt de nya direktiven ska de tekniska specifikationerna för alla upphandlingar där kontrakt föremålet ska användas av fysiska personer, utom i vederbörligen motiverade fall, fastställas med hänsyn till kriterier avseende tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov (artikel 42.1 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 60.1 fjärde stycket i LUF-direktivet).

Om obligatoriska krav för tillgänglighet har antagits genom en unionsrättsakt ska i enlighet med femte stycket i respektive artikel de tekniska specifikationerna avseende tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller formgivning med tanke på samtliga användares behov utformas med hänvisning till den rättsakten.

Myndigheten för delaktighet (MFD) och Handikappförbunden anser att det i de nya lagarna, på motsvarande sätt som i direktiven, ska förtydligas att kravet på tillgänglighet för fysiska personer gäller oavsett om det rör allmänheten eller personal vid den upphandlande myndigheten. Regeringen anser dock att det framstår som självklart att så är fallet och att något ytterligare förtydligande inte är nödvändigt. *Synskadades Riksförbund* anser att formuleringen inte är stark nog för att stärka funktionsnedsattas rätt. Regeringen konstaterar att formuleringen följer direktivtexten och anser att det saknas anledning att avvika från den.

Liksom i 2004 års direktiv finns en uttrycklig bestämmelse i artikel 42.2 om att de tekniska specifikationerna ska tillåta att leverantörerna deltar på lika villkor och att de inte får innebära omotiverade hinder mot konkurrens. Även detta följer av de allmänna principerna för upphandling och behöver, liksom i nuvarande lagstiftning, inte anges särskilt.

En ytterligare nyhet i direktiven är att bestämmelserna om tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav har placerats före bestämmelserna om tekniska specifikationer som hänvisar till bl.a. standarder (artikel 42.3 a och b i LOU-direktivet respektive artikel 60.3 a och b i LUF-direktivet). Syftet är att lyfta fram den förra formen av tekniska specifikationer, då den anses bäst främja innovationer. Den ändrade ordningsföljden bör också få genomslag i de nya upphandlingslagarna.

Swedac anför att det av lagtexten bör framgå att om det finns tvingande tekniska krav i EU-lagstiftningen eller i nationell rätt, ska de

Prop. 2015/16:195 tekniska specifikationerna bestämmas med hänvisning till tillämplig EU-rättsakt, till de nationella regler som genomför rättsakten eller gällande nationell lagstiftning. Regeringen instämmer i att det bör framgå tydligt att så är fallet i de nya lagarna. Det bör således i linje med vad som anges i artikel 42.3 i LOU-direktivet respektive artikel 60.3 i LUF-direktivet framgå tydligt av lagtexten att bestämmelserna om hur de tekniska specifikationerna ska vara utformade endast gäller om de inte påverkar tvingande nationella tekniska regler. De tekniska reglerna måste naturligtvis vara förenliga med unionsrätten. Exempel på sådana nationella tekniska regler är Swedacs föreskrifter (STAFS 2007:18) om icke-automatiska vågar och dess föreskrifter (STAFS 2006:4) om mätinstrument. Båda dessa föreskrifter bygger på EU-direktiv. Föreskrifterna kan i enlighet med det anförda inte frångås vid utformningen av de tekniska specifikationerna vid en upphandling.

17.1.2 Provningsrapport eller intyg från en tredje part

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska som bevis för överensstämmelse med kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet, få kräva att leverantörerna uppvisar en provningsrapport från ett organ för bedömning av överensstämmelse eller ett intyg från ett sådant organ. Om leverantören inte har tillgång till en sådan provningsrapport eller intyg ska under vissa förutsättningar dock annan lämplig utredning godtas som visar att varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna uppfyller kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet.

Regeringens bedömning: Bestämmelser om administrativt samarbete behöver inte genomföras genom särskilda bestämmelser om tekniska specifikationer.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrat sig över förslaget är i huvudsak positiva. Flera remissinstanser har dock lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Swedac*.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Regleringen i de nya direktiven medger att en upphandlande myndighet kräver att leverantören uppvisar en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse som bevis för överensstämmelse med kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet (artikel 44.1 i LOU-direktivet respektive artikel 62.1 i LUF-direktivet).

Konkurrensverket konstaterar att promemorians förslag till nya bestämmelser inte innehåller någon begränsning som innebär att krav på en granskning av tredje part (organ för bedömning av överensstämmelse) bara kan ställas då det är lämpligt och motiverat av upphandlingens art.

Utan ett sådant krav finns enligt verket en risk att krav på tredjepartsgranskning ställs i fall där det inte är nödvändigt. Konkurrensverket föreslår att förslaget kompletteras med förtydligande om vid vilken tidpunkt en upphandlande myndighet eller enhet får kräva att leverantören uppvisar en provningsrapport från ett organ för bedömning av överensstämmelse eller ett intyg från ett sådant organ. Om denna tidpunkt anges som vid kontraktstillfället anser verket att risken för negativa effekter torde minimeras genom att det då endast är den eller de vinnande leverantörerna som behöver åsamkas därmed förenade kostnader.

Regeringen konstaterar att det knappast är möjligt att vid genomförandet av de nu aktuella bestämmelserna inskränka möjligheten till tredjepartsgranskning på det sätt som Konkurrensverket förespråkar. Det ligger inte heller i en upphandlande myndighets eller enhets intresse att ställa upp mer långtgående krav än nödvändigt. Vidare måste alltid de allmänna principerna för upphandling beaktas i alla delar av upphandlingsprocessen. Av dessa följer att en upphandlande myndighet eller enhet inte får ställa upp krav som är oproportionella i förhållande till kontraktets värde och målsättningar.

Om en upphandlande myndighet kräver ett intyg från ett visst specifikt organ för bedömning av överensstämmelse ska den även godta intyg från andra likvärdiga organ för bedömning av överensstämmelse. Med organ för bedömning av överensstämmelse avses enligt direktiven ett organ som utför bl.a. kalibrering, provning, certifiering, kontroll och annan bedömning av överensstämmelse och som är ackrediterat i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 765/2008 av den 9 juli 2008 om krav för ackreditering och marknadskontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93. Efter synpunkter från *Lagrådet* föreslås att även en provningsrapport från likvärdiga organ ska godtas.

Swedac invänder att vissa uppgifter för bedömning av överensstämmelse ska utföras av s.k. anmälda organ. Sådana organ utför bedömning av överensstämmelse på grundval av bestämmelser i unionsrätten. De är ofta, men inte nödvändigtvis, även ackrediterade för uppgiften (se 7 § andra stycket lagen [2011:791] om ackreditering och teknisk kontroll). *Swedac* anser att en upphandlande myndighet naturligtvis ska kunna ställa krav på att bedömning av en produkt görs av ett anmält organ när sådan bedömning krävs av tillämplig unionsrätt. Regeringen konstaterar att upphandlade produkter givetvis ska uppfylla tvingande unionsregler men att det saknas anledning att reglera mer än vad som följer av direktiven. Definitionen i direktiven av organ för bedömning av överensstämmelse är tydlig och anger endast att det är ett krav att ett sådant organ ska vara ackrediterat i enlighet med nämnda förordning.

Annan lämplig utredning än en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse ska enligt direktiven godtas om leverantören inte hade tillgång till sådana provningsrapporter eller intyg under förutsättning att detta inte kan tillskrivas den berörda leverantören och under förutsättning att den berörda leverantören därigenom bevisar att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna, uppfyller kraven eller kriterierna i de tekniska specifikationerna,

Prop. 2015/16:195 tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet (artikel 44.2 i LOU-direktivet respektive artikel 62.2 i LUF-direktivet).

Konkurrensverket föreslår att begreppet andra lämpliga bevismedel exemplifieras i de nya upphandlingslagarna. Regeringens uppfattning är emellertid att sådana exemplifieringar lämpligen bör anges i författningskommentaren och inte direkt i lagtexten.

Administrativt samarbete

I artikel 44.3 LOU-direktivet respektive artikel 62.3 LUF-direktivet anges att medlemsstaterna på begäran ska göra alla uppgifter som lämnats i enlighet med artiklarna 42.6, 43 samt 44.1 och 44.2 i LOU-direktivet respektive artiklarna 60.6, 61 samt 62.1 och 62.2 i LUF-direktivet tillgängliga för andra medlemsstater enligt artikel 86 i LOU-direktivet respektive artikel 102 i LUF-direktivet. Regeringen gör bedömningen att bestämmelserna i artikel 44.3 respektive 62.3 inte behöver genomföras genom särskilda föreskrifter om tekniska specifikationer. Enligt regeringens mening uppnås syftet med regleringen genom de föreskrifter som genomför direktivets artikel 86 respektive artikel 102.

17.1.3 Märkning

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet under vissa förutsättningar få kräva en särskild märkning som bevis för att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna motsvarar de egenskaper som krävs.

Andra märkningar ska godtas om det innebär att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna uppfyller likvärdiga krav. Även annan utredning ska under vissa förutsättningar godtas om den visar att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna uppfyller ställda krav.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget är i huvudsak positiva. Några remissinstanser framför lagtekniska synpunkter på förslaget, bl.a. *Kriminalvården*.

Skälen för regeringens förslag: I de nya direktiven har bestämmelserna om märken utvidgats till att även omfatta andra märken än miljömärken (artikel 43 i LOU-direktivet respektive artikel 61 i LUF-direktivet). Enligt de tidigare direktiven (artikel 23.6 i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 34.6 i 2004 års LUF-direktiv) måste de underliggande specifikationerna som ligger till grund för ett miljömärke tas in i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna. De nya direktiven möjliggör för en upphandlande myndighet eller enhet att i stället direkt hänvisa till ett särskilt märke förutsatt att vissa villkor är uppfyllda. Likvärdiga märken ska godtas. Annan lämplig utredning än ett särskilt angivet märke eller likvärdigt märke ska enligt direktiven godtas om leverantören inte hade tillgång till märket inom de aktuella tidsfristerna och detta inte berodde på leverantören och under förutsättning att leverantören med den återopade

utredningen bevisar att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna, uppfyller kraven för det särskilda märket eller de specifika krav som angetts av den upphandlande myndigheten (artikel 43.1 i LOU-direktivet respektive artikel 61.1 i LUF-direktivet).

I direktiven definieras begreppet märke som alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav (artikel 2.1.23 i LOU-direktivet respektive artikel 2.19 i LUF-direktivet). Denna definition bör i de nya lagarna liksom i promemorians lagförslag placeras i anslutning till bestämmelserna om märken.

Kriminalvården anser att begreppet märke är förvirrande och menar att begreppet lätt kan förväxlas med varumärke. Även *Lagrådet* har ifrågasatt begreppet märke och framfört begreppet märkning som ett alternativ. Regeringen delar den uppfattningen och föreslår att direktivets begrepp märke i lagtexten bör uttryckas som märkning.

Lagrådet har även framfört att för att de föreslagna bestämmelserna om märken ska kunna läggas till grund för lagstiftning måste det göras klart hur de förhåller sig till övriga bestämmelser i 9 kap. och till principerna för offentlig upphandling i 4 kap. Enligt regeringen får märken eller märkning anses utgöra ett särskilt system för att visa att de tekniska kraven är uppfyllda. Direktivartiklarna och lagförslagen återger kännetecknen för detta system. Vad som kännetecknar systemet har regeringen klargjort ytterligare i författningskommentarerna till de föreslagna bestämmelserna. Vägledning ges även i skäl 75 i LOU-direktivet och skäl 85 i LUF-direktivet.

17.1.4 Skyldigheten att tillhandahålla vissa tekniska specifikationer

Regeringens förslag: Den skyldighet som en upphandlande enhet vid upphandling inom försörjningssektorerna har att på begäran tillhandahålla en leverantör de tekniska specifikationer som regelbundet anges i enhetens upphandlingskontrakt eller de specifikationer enheten avser att tillämpa vid tilldelning av kontrakt som förhandsannonseras, ska i fortsättningen som huvudregel fullgöras med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: En nyhet i LUF-direktivet i förhållande till gällande rätt rör den skyldighet som en upphandlande enhet har att, på begäran från leverantörer som är intresserade av att erhålla ett kontrakt, tillhandahålla de tekniska specifikationer som regelbundet anges i enhetens upphandlingskontrakt, eller de specifikationer enheten avser att tillämpa vid tilldelning av kontrakt som förhandsannonseras. Denna skyldighet ska i fortsättningen som huvudregel fullgöras med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång (artikel 63 i LUF-direktivet). Det nya

17.1.5 Anbud med alternativa utföranden

Regeringens förslag: De nya bestämmelserna om anbud med alternativa utföranden ska med vissa undantag motsvara de nuvarande. En upphandlande myndighet eller enhet ska i fortsättningen inte bara få tillåta utan även kunna kräva att anbudsgivare lägger fram anbud med alternativa utföranden. Anbud med alternativa utföranden får krävas eller tillåtas oavsett vilka tilldelningskriterierna är. De tilldelningskriterier som används ska kunna tillämpas på såväl anbud med alternativa utföranden som på anbud som inte utgör alternativ.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians lagförslag är dock något annorlunda utformat.

Remissinstanserna: Med undantag för *Trafikverket*, som vill att bestämmelserna som genomför artikel 45.1 i LOU-direktivet ska utformas i närmare anslutning till direktivets lydelse, yttrar sig remissinstanserna inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Möjligheten att beakta anbud med alternativa utföranden, dvs. anbud som har en annan lösning än den myndigheten efterfrågat, har utökats i och med de nya direktiven (artikel 45 i LOU-direktivet respektive artikel 64 i LUF-direktivet). Det innebär att alternativa anbud får användas oavsett vilka tilldelningskriterierna är.

Det förtydligas vidare att de tilldelningskriterier som används ska kunna tillämpas på såväl anbud med alternativa utföranden som på anbud som inte utgör alternativ. De nya direktiven möjliggör också för en upphandlande myndighet eller enhet att inte bara tillåta utan även kräva anbud med alternativa utföranden.

I LOU-direktivet anges uttryckligen att anbud med alternativa utföranden inte är tillåtna om den upphandlande myndigheten inte anger att den tillåter eller kräver sådana anbud och att sådana anbud ska vara kopplade till kontrakt föremålet (artikel 45.1). En motsvarande föreskrift saknas för upphandlande enheter i såväl LUF-direktivet som i 2004 års LUF-direktiv. En föreskrift om att anbud med alternativa utföranden inte är tillåtna, om det inte angetts att sådana anbud godkänns, har dock införts i LUF (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 498). Det ligger i sakens natur att anbud med alternativa utföranden inte är tillåtna om den upphandlande enheten inte anger att den tillåter eller kräver sådana anbud och att sådana anbud ska vara kopplade till kontrakt föremålet. I förtydligande syfte bör emellertid en bestämmelse av denna innebörd också införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna på motsvarande sätt som skett i gällande lagstiftning.

Trafikverket anser att bestämmelserna som genomför artikel 45.1 i LOU-direktivet ska utformas i närmare anslutning till direktivet. Regeringen instämmer i *Trafikverkets* uppfattning att bestämmelserna som genomför artikel 45.1 i LOU-direktivet bör ges en mer direktivnära

En upphandlande myndighet eller enhet som tillåter eller kräver anbud med alternativa utföranden ska på motsvarande sätt som enligt gällande rätt, ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och vilka eventuella särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras. I artikel 45.3 i LOU-direktivet anges uttryckligen att en upphandlande myndighet endast ska beakta alternativa anbud som uppfyller de ställda minimikraven. En sådan uttrycklig föreskrift saknas för upphandlande enheter i såväl LUF-direktivet som 2004 års LUF-direktiv. En sådan föreskrift har dock trots det införts i LUF. Av de allmänna principerna om att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, får nämligen anses följa att upphandlande enheter endast får beakta anbud med alternativa utföranden som uppfyller de ställda minimikraven. I förtydligande syfte ska en uttrycklig föreskrift av denna innebörd också införas för upphandlande enheter i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna på motsvarande sätt som skett i gällande lagstiftning.

Lagrådet har som alternativ till uttrycket anbud med alternativa utföranden föreslagit att uttrycket anbud med avvikande lösningar ska användas. Regeringen konstaterar att begreppen är desamma i de nya direktiven som i de äldre. Den förändring som Lagrådet föreslår skulle enligt regeringens bedömning inte öka begripligheten av bestämmelserna i tillräcklig utsträckning eller i övrigt medföra sådana förbättringar av dem att det är motiverat att trots oförändrad begreppsbyggnad i direktiven föreslå ändringar av begreppsbyggnaden i lagstiftningen. Regeringen föreslår därför inte den förändringen.

17.2 Tekniska krav på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om vilka uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i de tekniska specifikationerna ska vara tillämpliga även på sådan upphandling som faller utanför det direktivstyrda området.

Regleringen av märkning ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Övriga bestämmelser om tekniska specifikationer, utom bestämmelserna om anbud med alternativa utföranden, ska göras tillämpliga på upphandling av sociala och andra särskilda tjänster om värdet på upphandlingen uppgår minst till tillämpligt tröskelvärde.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser yttrar sig inte specifikt över förslaget. Bland andra *Myndigheten för delaktighet (MFD)* anser att krav på tillgänglighet ska göras tillämpliga även på upphandlingar under tröskelvärdet.

Prop. 2015/16:195 **Skälen för regeringens förslag:** Bestämmelserna om uppgifter (om fabrikat, ursprung, tillverkning m.m.) som inte får ingå i de tekniska specifikationerna i de nuvarande upphandlingslagarna (se 6 kap. 4 § LOU respektive 6 kap. 4 § LUF) är tillämpliga även på upphandling utanför det direktivstyrda området (se 15 kap. 2 § LOU respektive 15 kap. 2 § LUF). Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna. Motsvarande bestämmelser i dessa lagar bör således även vara tillämpliga på upphandling utanför det direktivstyrda området enligt bestämmelserna i 19 kap. i respektive ny lag.

De direktivstyrda bestämmelserna om miljömärken i LOU och LUF är tillämpliga även vid upphandlingar enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i lagarna. Regeringen anser i likhet med förslaget i promemorian att det inte framkommit skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna eller för att inskränka denna ordning till att enbart gälla för miljömärken. Samtliga föreslagna bestämmelser som gäller märkning i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i de nya lagarna.

MFD och *Handikappförbunden* anser att kravet på tillgänglighet i de tekniska specifikationerna ska göras tillämpliga även vid upphandling under tröskelvärdena. Regeringen konstaterar emellertid att någon översyn av lagstiftningen på det icke direktivstyrda området inte är avsedd i det här lagstiftningsärendet och att endast nödvändiga förändringar med anledning av direktivet ska göras i lagstiftningen på det icke direktivstyrda området. Dock ska övriga bestämmelser om tekniska specifikationer, men inte bestämmelserna som avser anbud med alternativa utföranden, liksom i nuvarande lagstiftning göras tillämplig på upphandling av sociala och andra särskilda tjänster om upphandlingens värde uppgår till minst det tröskelvärde som är tillämpligt enligt bestämmelserna om tröskelvärden, se avsnitt 11.

Regeringens förslag: Tekniska krav och funktionskrav ska ingå i något av koncessionsdokumenten. De egenskaper som krävs ska anges och kan även avse den specifika processen eller metoden för att producera tjänsterna under förutsättning att de är kopplade till föremålet för kontraktet.

De tekniska kraven och funktionskraven får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilda framställningsförfaranden som karaktäriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör och inte heller hänvisning till varumärke, patent, typ eller tillverkning utom under vissa förutsättningar.

En upphandlande myndighet som väljer att hänvisa till tekniska krav eller funktionskrav får inte förkasta ett anbud enbart på grund av att anbudet inte överensstämmer med dessa krav om anbudsgivaren kan visa att denne uppfyller kraven.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget eller är positiva till det. *SIS – Swedish standards institute* och *Myndigheten för delaktighet (MFD)* har lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag: För krav på koncessionsföremålets egenskaper i koncessionsupphandlingar har unionslagstiftaren valt att, i stället för som i LOU- och LUF-direktiven använda begreppet tekniska specifikationer, använda det vidare uttrycket tekniska krav och funktionskrav. Dessa bestämmelser finns i artikel 36 i LUK-direktivet och innehåller vissa likheter med bestämmelserna i artikel 42.1 första och andra styckena, 42.4 och 42.5 i LOU-direktivet och artikel 60.1 första och andra styckena, 60.4 och 60.5 i LUF-direktivet samt delar av bilaga VII till LOU-direktivet och bilaga VIII till LUF-direktivet.

I artikel 36.1 första stycket i LUK-direktivet föreskrivs att tekniska krav och funktionskrav ska ange vilka egenskaper den byggentreprenad eller de tjänster som är föremål för koncessionen ska ha. Någon förteckning med definitioner av tekniska krav och funktionskrav på motsvarande sätt som i bilaga VII till LOU-direktivet och bilaga VIII till LUF-direktivet finns dock inte i LUK-direktivet. Några av de specifikationer som finns med i uppräkningsbilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet tas i artikel 36.1 i LUK-direktivet upp som exempel på vilka typer av egenskaper som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa krav på. *SIS* och *MFD* anser att denna uppräkningsbilaga bör finnas med i lagtexten. *SIS* påtalar att om inte bestämmelsen får en mer direktivnära utformning blir *SIS* och standardiseringens intressen inte tillgodosedda. *MFD* hänvisar till att uppräkningsbilagorna omfattar krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. *Konkurrensverket*, å sin sida, tillstyrker utredningens förslag i den delen. Regeringen delar utredningens förslag och Konkurrensverkets uppfattning att uppräkningsbilagorna är exemplifierande, inte behöver tas med i författningstexten. Utredningen

Prop. 2015/16:195 har emellertid särskilt angivit att kraven får innefatta miljökrav som också särskilt omnämns i skälen till bestämmelsen. Även tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning omnämns särskilt i skälen (skäl 67 där det anges att den specifika produktionsprocessen kan innefatta krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning eller miljöprestanda). Regeringen anser i likhet med MFD att det finns skäl att i lagtexten även ange särskilt att kraven kan avse krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. Den i direktivtexten angivna uppräknigen utvecklas närmare i författningskommentaren till 7 kap. 1 §.

Tekniska krav och funktionskrav är begrepp som är vidare än tekniska specifikationer och torde innebära att de krav som kan ställas på de byggtreprenader och tjänster som är föremål för koncessionen på tekniska egenskaper och funktioner inte begränsar sig till de som specificeras i bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet. En förutsättning är dock att kraven är kopplade till föremålet för kontraktet och står i proportion till dess värde och mål. Det är även väsentligt, som framhålls i skäl 67 i direktivet, att kraven följer principerna om likabehandling och om öppenhet samt att de utformas på sätt som inte begränsar konkurrensen t.ex. genom krav som gynnar en viss ekonomisk aktör genom att de avspeglar viktiga egenskaper hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som den ekonomiska aktören brukar erbjuda.

I artikel 36.2 anges vissa uppgifter som kraven inte får omfatta, bl.a. uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande som karakteriserar de varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör. Detta överensstämmer med vad som i anges i artikel 42.4 i LOU-direktivet och artikel 60.4 i LUF-direktivet och bör genomföras i lagen på motsvarande sätt som i LOU och LUF.

Vidare föreskrivs i LUK-direktivet att ett anbud inte får förkastas med motiveringen att de tekniska kraven eller funktionskraven inte är uppfyllda, om anbudsgivaren visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven. Bestämmelsen motsvarar bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet och bör genomföras i lagen på samma sätt som i LOU och LUF.

18 Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

18.1 Annonsering vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

En avgörande förutsättning för att företag i Sverige och i andra medlemsstater ska kunna konkurrera om upphandlingskontrakt är att de får kännedom om möjligheten att ansöka om att få lämna anbud eller att lämna anbud. LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller bestämmelser om skyldigheten för upphandlande myndigheter och enheter att offentliggöra sina upphandlingar genom publicering av

meddelanden (annonser). Annonsering sker genom att den upphandlande myndigheten eller enheten skickar en annons elektroniskt till Europeiska unionens publikationsbyrå, som ombesörjer publiceringen. Direktiven innehåller också bestämmelser om möjligheten att förhandsannonsera upphandlingar och en skyldighet att efterannonsera, dvs. att efter det att kontraktet tilldelats, publicera en annons om resultatet av upphandlingen. Skyldigheten att annonsera i efterhand har införts mot bakgrund av vissa övervakningssyften och för statistiska ändamål.

LOU-direktivets och LUF-direktivets bestämmelser om annonsering (artiklarna 48–52 respektive artiklarna 67–72) överensstämmer i sak i stora delar med motsvarande bestämmelser i 2004 års upphandlingsdirektiv, som genomförts dels i 7 kap. nuvarande LOU och LUF, dels genom föreskrifter i upphandlingsförordningen (2011:1040).

En nyhet i LOU-direktivet är möjligheten att föreskriva att vissa myndigheter vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får använda en förhandsannons som anbudsfordran. En nyhet i både LOU-direktivet och LUF-direktivet är att tidsfristen för efterannonsering minskats till 30 dagar. Till skillnad från 2004 års direktiv, som för beräkningen av tidsfristen för efterannonsering utgick från tidpunkten för tilldelningen av kontraktet, anger 2014 års direktiv att annonsen ska skickas 30 dagar efter det att ett kontrakt eller ett ramavtal som följer efter beslutet om tilldelning eller ingående, har ingåtts. Enligt de nya direktiven är det vidare obligatoriskt att utarbeta och skicka annonser med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Ytterligare en nyhet är skyldigheten för upphandlande myndigheter och enheter att som huvudregel göra upphandlingsdokumenten tillgängliga elektroniskt från och med den dag då en annons publiceras (artikel 53 i LOU-direktivet och artikel 73 i LUF-direktivet).

Såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet innehåller särskilda bestämmelser om annonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Regeringens förslag: Det som i direktiven benämns meddelande ska i de nya lagarna ersättas med annons. Anbudsinfordran ska användas i lagarna som en samlande beskrivning för de sätt på vilka upphandlingar kan offentliggöras.

De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om annons om upphandling, förhandsannons och efterannons samt för försörjningssektorerna även bestämmelser om annons om kvalificeringssystem.

Enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter kunna använda en förhandsannons som anbudsinfordran vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Bestämmelser om att myndigheter och enheter får annonsera sin avsikt att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering, som i nuvarande LOU och LUF benämns bestämmelser om förhandsinsyn, ska ingå i de nya lagarna. Begreppet förhandsinsyn ska dock inte användas.

Regeringens bedömning: Upphandlande myndigheter och enheter bör inte åläggas en skyldighet att kvartalsvis samla och skicka efterannonser vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal.

Ytterligare föreskrifter om annonsering bör tas in i en förordning.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås dock att ytterligare bestämmelser ska ingå i lagen och en något annorlunda utformning av några bestämmelser. Vidare föreslås i promemorian att utgångspunkten för att räkna tidsfristen för efterannonsering som huvudregel ska vara när kontraktet tilldelades och inte när avtalet ingicks mellan parterna.

Remissinstanserna: *Konkurrensverket* och *Svensk Energi* avstyrker att begreppet anbudsinfordran införs som ett nytt begrepp.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), *Companion Sverige*, *Göteborgs stad Upphandlings AB* och *Byggherrarna* tillstyrker att upphandlande myndigheter under den centrala nivån ska kunna begära in anbud genom förhandsannonsering. Ingen remissinstans har invänt mot förslaget i denna del.

Konkurrensverket anser att all upphandling ska offentliggöras genom en annons i en godkänd annonsdatabas. Verket anser vidare att möjligheten att använda frivillig förhandsinsyn bör utvidgas till att omfatta avtal som upphandlande myndigheter avser att ingå utan föregående annonsering med stöd av nuvarande 2 kap. 10 a § LOU, dvs. sådana interna kontrakt som avses i artikel 12.1–12.3 i LOU-direktivet, samt för de avtal som är undantagna upphandlingsskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU.

Av de fåtal remissinstanser som yttrar sig i frågan, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)* och *SKL*, instämmer samtliga i promemorians bedömning att upphandlande myndigheter och enheter inte bör åläggas en skyldighet att kvartalsvis samla och skicka efterannonser vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal.

Advokatfirman Delphi ifrågasätter utrymmet för att meddela föreskrifter om annonsering i förordning, eftersom EU-kommissionen utfärdar direkt tillämpliga förordningar på området. Enligt advokatfirman bör det tydliggöras att regeringens möjlighet att meddela föreskrifter begränsar sig till upphandling utanför det direktivstyrda området.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Meddelande ersätter annons och anbudsinfördran införs som begrepp

I direktivens bestämmelser används begreppen förhandsmeddelande, meddelande om upphandling och liknande. I de nya lagarna bör dock, i likhet med vad som skett i nuvarande LOU och LUF, meddelande ersättas med annons. När direktivtexten i LOU-direktivet och LUF-direktivet återges nedan har också, för att underlätta läsningen, meddelande ersatts med annons.

Enligt artikel 26.5 första stycket i LOU-direktivet ska en anbudsinfördran göras genom en annons om upphandling enligt artikel 49. En nyhet i LOU-direktivet är dock att medlemsstaterna enligt artikel 26.5 andra stycket kan föreskriva att upphandlande myndigheter under den centrala statliga nivån eller specifika kategorier av dessa får, om kontraktet tilldelas genom ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, göra anbudsinfördran genom en förhandsannons enligt artikel 48.2. Vad som avses med upphandlande myndigheter under den centrala nivån framgår av definitionerna i artikel 2.1.2 och 2.1.3 i LOU-direktivet (se avsnitt 6.7.5).

Enligt artikel 44.4 i LUF-direktivet får en anbudsinfördran göras på något av följande tre sätt, nämligen genom (1) en förhandsannons enligt artikel 67 om kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, (2) en annons om att det finns ett kvalificeringssystem enligt artikel 68 om kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, genom en konkurrenspräglad dialog eller ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller (3) en annons om upphandling enligt artikel 69.

En nyhet i direktiven är användningen av begreppet anbudsinfördran, som inte förekommer i 2004 års direktiv. Någon definition av begreppet finns inte i de nya direktiven. Av artikel 26.5 i LOU-direktivet och artikel 44.4 i LUF-direktivet kan emellertid utläsas att begreppet anbudsinfördran avser att omfatta de olika sätt på vilka upphandlingar kan offentliggöras. Begreppet anbudsinfördran förekommer, förutom i nämnda artiklar och i artiklarna om annonsering, på flera andra ställen i direktiven, bl.a. i bestämmelserna om tröskelvärden (artikel 4 i LOU-direktivet och artikel 15 i LUF-direktivet), om öppet, selektivt och förhandlat förfarande (artikel 27–29 i LOU-direktivet och artikel 45–47 i LUF-direktivet) samt om dynamiska inköpssystem (artikel 34 i LOU-direktivet och artikel 52 i LUF-direktivet).

Ordet anbudsinfördran kan tyckas leda tankarna till att det enbart rör sig om en myndighets direkta åtgärd för att begära in anbud. En anbudsinfördran i direktivens mening kan emellertid också göras genom en annons som används för att få in ansökningar från leverantörer om att få delta i förfarandet. Detta är fallet vid selektivt förfarande, förhandlat

Prop. 2015/16:195 förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, som alla är s.k. tvåstegsförfaranden. Vid sådana förfaranden lämnas det faktiska anbudet först i ett senare skede, sedan den upphandlande myndigheten eller enheten bjudit in utvalda sökanden att lämna anbud eller, vid en konkurrenspräglad dialog, att delta i dialogen (se artikel 54 i LOU-direktivet och artikel 74 i LUF-direktivet). Vidare kan konstateras att innebörden av att en anbudsinfördran sker i form av en förhandsannons är att intresserade leverantörer ska anmäla sitt intresse. Även i dessa fall lämnas alltså själva anbudet i ett senare skede.

I promemorian framhålls mot denna bakgrund att ordet anbudsinfördran kan uppfattas som något missvisande. *Konkurrensverket* har instämt i detta och ansett att begreppet varken tillför något innehåll till lagtexten eller medför någon förenkling av utformningen. Även *Svensk Energi* har invänt mot begreppet och hänvisat till att det är förvirrande och ologiskt samt att annonsering i stället bör användas.

Begreppet anbudsinfördran används emellertid, som framgått, på ett antal olika ställen i direktiven. Det är därför inte möjligt att låta begreppet helt utgå. Frågan är om begreppet i stället skulle kunna ersättas med ett annat begrepp, t.ex. – såsom *Svensk Energi* ansett – annons. Detta skulle i och för sig vara möjligt och har också skett när det gäller vissa av de direktivbestämmelser där anbudsinfördran nämns. I andra fall framstår det emellertid enligt regeringens mening varken som lämpligt eller möjligt att ersätta anbudsinfördran med annons. När det gäller förhandsannonser finns det t.ex. ett behov av att kunna skilja mellan sådana förhandsannonser som används för att informera om planerade upphandlingar och sådana som även utgör en anbudsinfördran, dvs. som innefattar en uppmaning till leverantörer att anmäla sitt intresse. Det är, såvitt regeringen har kunnat finna, svårt att se något annat begrepp som skulle vara lämpligare som samlingsbegrepp och som därmed skulle kunna ersätta begreppet anbudsinfördran. Regeringen anser vidare att det finns ett visst värde i att begrepp som används i direktiven även återspeglas i den svenska författningstexten. Sammanfattningsvis gör regeringen därför, trots den kritik som kan riktas mot begreppet, bedömningen att övervägande skäl talar för att anbudsinfördran bör användas i författningstexten, som en samlande benämning på hur upphandlingar kan offentliggöras.

Generell skyldighet att annonsera

Enligt artikel 49 i LOU-direktivet ska en annons om upphandling användas som anbudsinfördran för alla förfaranden, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 26.5 andra stycket och artikel 32. Huvudregeln är alltså att all upphandling ska offentliggöras genom en annons om upphandling. Möjligheten att med stöd av artikel 26.5 andra stycket i LOU-direktivet föreskriva ett enklare annonseringskrav för vissa typer av upphandlande myndigheter behandlas nedan. En möjlighet att göra undantag från annonseringskravet i artikel 49 följer också av regleringen i artikel 32 om när en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Till skillnad från artikel 26.5 och artikel 49 i LOU-direktivet, som anger att en anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling, anges i artikel 44.4 och artikel 69 i LUF-direktivet att en annons om upphandling får användas som anbudsinfordran för alla förfaranden. Skälet till detta torde vara att alla upphandlande enheter, om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda, kan välja mellan samtliga typer av annonser.

Bestämmelser som genomför artikel 26.5 första stycket och artikel 49 i LOU-direktivet samt artikel 44.4 och artikel 69 i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarnas kapitel om annonsering av upphandling.

Konkurrensverket anser att huvudregeln bör vara att all upphandling ska offentliggöras genom en annons i en godkänd annonsdatabas. Upphandlingsutredningen 2010 föreslog också i slutbetänkandet Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12 s. 300 f.) att all annonsering enligt LOU och LUF ska ske i allmänt tillgängliga och godkända databaser. Utredningens förslag bereds för närvarande i Regeringskansliet. Eftersom lagstiftningsärendet avser genomförandet av de nya EU-direktiven finns det inom ramen för detta ärende inte utrymme att behandla frågan. Avsikten är dock att i en departementspromemoria om förbättrad statistik på upphandlingsområdet, med utgångspunkt bl.a. i Upphandlingsutredningens förslag, behandla denna fråga. .

Förhandsannons som anbudsinfordran

Direktiven skiljer mellan en förhandsannons som används endast för att informera om planerade upphandlingar eller för att möjliggöra tillämpning av förkortade tidsfrister och en sådan förhandsannons som också används som anbudsinfordran.

Möjligheten att använda sig av en förhandsannons som anbudsinfordran är, som framgått ovan, en nyhet i LOU-direktivet. Däremot innehåller nuvarande LUF bestämmelser om sådan förhandsannonsering, som bygger på 2004 års direktiv.

Enligt artikel 26.5 andra stycket i LOU-direktivet får medlemsstaterna föreskriva att upphandlande myndigheter under den centrala nivån, eller specifika kategorier av dessa, får göra anbudsinfordran genom en förhandsannons om kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. För överväganden om vad som avses med upphandlande myndigheter under den centrala nivån, se ovan (avsnitt 6.7.5).

I artikel 44.4 a i LUF-direktivet anges att en anbudsinfordran får göras genom en förhandsannons enligt artikel 67 om kontraktet tilldelas genom ett selektivt eller förhandlat förfarande. Enligt LUF-direktivet har alltså alla enheter möjlighet att använda en sådan förhandsannons.

Bestämmelser om vilka uppgifter en förhandsannons som används som anbudsinfordran ska innehålla och vilken period annonsen får avse samt om offentliggörandet framgår av artikel 48.2 i LOU-direktivet och artikel 67.2 i LUF-direktivet samt bilagor till direktiven (bilaga V till LOU-direktivet och bilaga VI till LUF-direktivet). Av artikeln framgår att förhandsannonsen ska ha avsänts för offentliggörande mellan 35 dagar och 12 månader före den dag då inbjudan att bekräfta intresse

Prop. 2015/16:195 avsås och att den period som omfattas av förhandsannonseringen som huvudregel får avse högst 12 månader. Vidare framgår att förhandsannonseringen inte ska offentliggöras på en upphandlarprofil. Ett eventuellt ytterligare offentliggörande på nationell nivå enligt artikel 52 i LOU-direktivet respektive artikel 72 i LUF-direktivet får dock göras på en upphandlarprofil. Enligt artikel 52.3 i LOU-direktivet och artikel 72.3 i LUF-direktivet får förhandsmeddelanden inte offentliggöras på en upphandlarprofil innan ett meddelande har skickats till Europeiska unionens publikationsbyrå som anger att offentliggörandet skett i denna form.

Det är alltså enligt LOU-direktivet – till skillnad från LUF-direktivet – frivilligt för medlemsstaterna att avgöra om bestämmelser om förhandsannonsering som anbudsinfördran ska införas. Ett skäl som kan tala emot att införa bestämmelser om detta är att den information som lämnas i en sådan förhandsannons är mer begränsad än information som ska anges i en annons om upphandling i enlighet med huvudregeln. Det kan mot den bakgrunden hävdas att leverantörer får ett sämre underlag att avgöra vilka upphandlingar som kan vara intressanta att delta i. Detta skulle i sin tur kunna leda till att färre leverantörer deltar i anbudsprocessen. En förhandsannons som används som anbudsinfördran ska dock innehålla utförligare uppgifter, i den mån dessa är kända, än vad andra förhandsannonser ska innehålla. Kravet på att det i förhandsannonseringen ska anges att tilldelning kommer att ske utan ytterligare annonsering innebär också en tydlighet för leverantörer. Följden av att en förhandsannons används som anbudsinfördran är att den upphandlande myndigheten sedan inte behöver annonsera på nytt när den specifika upphandlingen ska göras. En sådan ordning bör alltså innebära en minskad administration för upphandlande myndigheter och även en ökad flexibilitet. Ytterligare en fördel är att upphandlingsförfarandet kan göras snabbare än vad som annars skulle ha varit fallet. Det bör i många fall också vara en fördel för leverantörer att endast en förhandsannons behöver bevakas och inte, som annars skulle ha varit fallet, flera separata annonser om upphandling. Det underlättar även leverantörernas planering av eventuella uppdrag.

Sammantaget anser regeringen att LOU-direktivets bestämmelser om att upphandlande myndigheter som inte är centrala statliga myndigheter får använda sig av en förhandsannons som anbudsinfördran vid selektivt förfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering bör ingå i den nya lagen om offentlig upphandling. Enligt artikel 26.5 andra stycket i LOU-direktivet får denna möjlighet förbehållas vissa kategorier av upphandlande myndigheter. Något skäl som talar för att ett sådant förbehåll ska göras har inte framkommit. Bestämmelserna bör därför gälla alla upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter.

Även i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör, på motsvarande sätt som i nuvarande LUF, bestämmelser om förhandsannons som anbudsinfördran ingå.

Bestämmelserna i artikel 48.2 första stycket a–d samt andra och tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 67.2 första stycket a–d samt andra och tredje stycket i LUF-direktivet om utformningen av

förhandsannonser, hur offentliggörandet ska ske och vilken period de får omfatta avser regeringen att genomföra genom föreskrifter i förordning. Prop. 2015/16:195

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

Enligt artikel 48.1 i LOU-direktivet och artikel 67.1 i LUF-direktivet får en upphandlande myndighet eller enhet informera om planerade upphandlingar genom en förhandsannons. Det har i de nya direktiven tydliggjorts att sådan förhandsannonsering är frivillig. Av artikel 27.2 och 28.3 i LOU-direktivet framgår dock att det är obligatoriskt att använda sig av en förhandsannons om den upphandlande myndigheten avser att tillämpa möjligheten till förkortning av tidsfrister vid öppet och selektivt förfarande. När det gäller öppet förfarande finns en motsvarande bestämmelse i artikel 45.2 i LUF-direktivet.

Förhandsannonser för att informera om planerade upphandlingar ska enligt artikel 48.1 i LOU-direktivet och artikel 67.1 i LUF-direktivet offentliggöras antingen av Europeiska unionens publikationsbyrå eller på den upphandlande myndighetens s.k. upphandlarprofil. Med upphandlarprofil avses en sammanställning av uppgifter som är tillgängliga på internet och som innehåller information om den upphandlande myndigheten och dess upphandlingar (se punkt 1 tredje stycket och punkt 2 b i bilaga VIII till LOU-direktivet respektive punkt 1 a andra stycket och punkt 2 b i bilaga IX till LUF-direktivet). För det fall offentliggörandet sker på upphandlarprofilen ska den upphandlande myndigheten också skicka en annons till publikationsbyrån om att ett sådant offentliggörande skett.

Vilken information som ska framgå av förhandsannonserna anges i bilagor till direktiven (bilaga V i LOU-direktivet respektive bilaga VI i LUF-direktivet). Till skillnad från 2004 års direktiv finns det inte längre några bestämmelser om när publiceringen av denna typ av förhandsannonser ska ske. En upphandlande myndighet kan alltså när som helst under året publicera en sådan annons. Om en upphandlande myndighet eller enhet vill tillämpa möjligheten till förkortning av tidsfrister framgår dock av artiklarna 27.2 b och 28.3 b i LOU-direktivet samt artikel 45.2 b i LUF-direktivet att en sådan annons måste ha skickats för offentliggörande minst 35 dagar och högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades.

Bestämmelser som genomför direktivens regler om att förhandsannonsering för att informera om planerade upphandlingar får ske och att sådan annonsering ska ske om myndigheten eller enheten vill tillämpa möjligheterna till förkortning av tidsfrister, föreslås i de nya lagarnas kapitel om annonsering.

Efterannonsering

Efter det att ett kontrakt eller ramavtal ingåtts är en upphandlande myndighet eller enhet enligt artikel 50 i LOU-direktivet och artikel 70 i LUF-direktivet skyldig att annonsera resultatet av upphandlingsförfarandet genom en annons om kontraktstilldelning (en efterannons). En efterannons ska skickas senast 30 dagar efter det att kontraktet eller ramavtalet ingåtts. De nya direktiven innebär alltså att tidsfristen för efterannonsering är kortare än i 2004 års

Prop. 2015/16:195 upphandlingsdirektiv. Till skillnad från 2004 års direktiv ska emellertid tidsfristen för att skicka annonsen, som *Lagrådet* uppmärksammat, inte räknas från den tidpunkt kontraktet tilldelades – dvs. den tidpunkt myndigheten beslutade vilken eller vilka leverantörers anbud som skulle antas – utan från den tidpunkt då avtalet mellan parterna ingicks. Detta innebär alltså att fristen ska räknas från den tidpunkt det civilrättsliga avtalet ingicks mellan parterna. Regeringen delar därför *Lagrådets* synpunkt att bestämmelserna som genomför huvudregeln om efterannonsering i artikel 50.1 i LOU-direktivet och artikel 70.1 i LUF-direktivet bör utformas så att tidsfristen för efterannonsering utgår från den tidpunkt då avtalet eller ramavtalet ingicks mellan parterna.

I artikel 50.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 70.2 andra stycket i LUF-direktivet föreskrivs en möjlighet att göra undantag från skyldigheten att efterannonsera när det gäller kontrakt som grundas på ett ramavtal. Medlemsstaterna får dock fastställa att de upphandlande myndigheterna eller enheterna varje kvartal ska samla annonser om resultatet av upphandlingsförfarandet för de kontrakt som grundas på ramavtalet. I sådana fall ska de upphandlande myndigheterna sända de samlade annonserna senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal. Enligt regeringens bedömning finns det inte någon anledning att utnyttja möjligheten att föreskriva att efterannonser för kontrakt som grundas på ramavtal ska samlas och publiceras kvartalsvis. I stället bör, på samma sätt som enligt nuvarande LOU och LUF, huvudregeln gälla, dvs. att den upphandlande myndigheten inte ska vara skyldig att publicera någon efterannons vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal.

Enligt artikel 50.3 i LOU-direktivet och artikel 70.2 tredje stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna sända en annons om kontraktstilldelning på grundval av ett dynamiskt inköpssystem senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt. De får dock gruppera dessa meddelanden per kvartal. I sådana fall ska de sända de samlade meddelandena senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

I *lagrådsremissen* bedömdes att skyldigheten att sända en efterannons på grundval av ett dynamiskt inköpssystem senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt inte behövde genomföras särskilt, eftersom denna skyldighet framgår redan av huvudregeln i artikel 50.1 i LOU-direktivet respektive artikel 70.1 i LUF-direktivet. Som *Lagrådet* har uppmärksammat skiljer sig emellertid bestämmelserna åt. Medan huvudregeln i artikel 50.1 i LOU-direktivet och artikel 70.1 i LUF-direktivet, som nämnts ovan, anger att tidpunkten för efterannonseringsfristen ska beräknas från avtalsingåendet, anger bestämmelsen om efterannonsering vid tilldelningen av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem att tidsfristen ska räknas från tilldelningen, dvs. tidpunkten från myndighetens eller enhetens beslut om vilken leverantörs anbud som den avser att anta. Regeringen instämmer i *Lagrådets* synpunkt att denna skillnad är svårförklarlig. Direktiven är dock otvetydiga i denna del och en ändring i enlighet med *Lagrådets* förslag skulle innebära en materiell förändring i förhållande till direktivens bestämmelser. Även om denna ändring i sig kan framstå som motiverad skulle den i praktiken innebära att efterannonsering kom att göras senare vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem än vad direktiven föreskriver. Regeringen anser inte att det

finns skäl att genomföra bestämmelserna på ett sätt som i sak skiljer sig från direktiven. En konsekvens av denna bedömning är att det, till skillnad från vad regeringen föreslog i lagrådsremissen, krävs en särskild bestämmelse om efterannonsering vid tilldelning av kontrakt enligt ett ramavtal. Därutöver bör bestämmelserna i artikel 50.3 andra meningen i LOU-direktivet och artikel 70.2 tredje stycket i LUF-direktivet, om möjlighet att gruppera sådana efterannonser kvartalsvis och skicka dem för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal, genomföras i de nya lagarna. En sådan ordning medför en effektivisering och förenkling för de upphandlande myndigheter eller enheter som använder sig av ett dynamiskt inköpssystem.

Om en upphandlande myndighet eller enhet, som använt en förhandsannons som anbudsinfordran, beslutat att inte tilldela flera kontrakt ska efterannonsen innehålla information om detta, se artikel 50.2 första stycket i LOU-direktivet och artikel 70.2 första stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen avser utformningen av en förhandsannons. Som framgår nedan avser regeringen att genomföra bestämmelser om innehållet i annonser genom föreskrifter i förordning.

Enligt artikel 50.4 i LOU-direktivet och artikel 70.4 i LUF-direktivet behöver viss information som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal inte offentliggöras om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat leverantör eller motverka sund konkurrens mellan dem. Genomförandet av dessa bestämmelser behandlas nedan, se avsnitt 21.1 om sekretess vid efterannonsering.

Utformning och offentliggörande av annonser

I artiklarna 51 och 52 i LOU-direktivet och artiklarna 71 och 72 i LUF-direktivet finns bestämmelser om utformning och offentliggörande av annonser samt om offentliggörande på nationell nivå. Av artikel 51 i LOU-direktivet och artikel 71 i LUF-direktivet framgår att de annonser som avses i artiklarna 48–50 i LOU-direktivet respektive artiklarna 67–70 i LUF-direktivet, ska innehålla de upplysningar som anges i vissa närmare angivna bilagor till respektive direktiv. Upplysningarna ska vidare anges i samma format som standardformulären, inbegripet standardformulär för rättelser, vilka kommissionen har fastställt genom genomförandeakter, se genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Av artikel 51.2 i LOU-direktivet och artikel 71.2 i LUF-direktivet framgår att annonserna ska skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå i enlighet med bilagorna VIII respektive IX till direktiven. Denna obligatoriska skyldighet är en nyhet i jämförelse med tidigare direktiv. Det är alltså inte längre möjligt att skicka annonsen på något annat sätt än elektroniskt. Annonserna ska offentliggöras senast fem dagar efter att de avsänts. Vidare innehåller artikeln en skyldighet för Europeiska unionens publikationsbyrå att se till att förhandsannonser

Prop. 2015/16:195 och den anbudsinfordran som rör ett dynamiskt inköpssystem fortsätter att offentliggöras under viss närmare angiven tid.

Ytterligare en nyhet är artikel 52.1 i LOU-direktivet och artikel 72.1 i LUF-direktivet, som anger att annonser och informationen i dem inte får offentliggöras på nationell nivå före den dag då de har offentliggjorts i enlighet med artikel 51 i LOU-direktivet respektive artikel 71 i LUF-direktivet. I motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv angavs att annonserna inte fick offentliggöras på nationell nivå före den dag då de skickas till kommissionen. Av de nya direktiven följer också att den Europeiska unionens publikationsbyrå ska lämna en bekräftelse till myndigheten eller enheten på att en annons har mottagits och när den offentliggjorts (artikel 51.5 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 71.5 andra stycket i LUF-direktivet). Enligt artikel 52.1 i LOU-direktivet och artikel 72.1 i LUF-direktivet får dock offentliggörande under alla omständigheter ske på nationell nivå om den upphandlande myndigheten eller enheten inte har underrättats om offentliggörandet inom 48 timmar efter bekräftelse av mottagandet. Annonser som offentliggörs på nationell nivå får inte innehålla någon annan information än den som finns i annonserna som skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå eller offentliggörs på en upphandlarprofil. De ska innehålla uppgift om vilken dag annonsen skickats till publikationsbyrån (artikel 52.2 i LOU-direktivet och artikel 72.2 i LUF-direktivet). Som framgått ovan får förhandsannonser inte offentliggöras på en s.k. upphandlarprofil innan ett meddelande har skickats till publikationsbyrån som anger att offentliggörande sker i denna form (se artikel 52.3 i LOU-direktivet och artikel 72.3 i LUF-direktivet).

Försvarsmakten, Stockholms läns landsting och Västra Götalands läns landsting framför synpunkter på den ordning som följer av artikel 52.1 i LOU-direktivet respektive artikel 72.1 i LUF-direktivet och pekar bl.a. på att den medför administrativt merarbete och onödiga fördröjningar. Västra Götalands läns landsting anser att direktivbestämmelserna inte ska genomföras utan att nuvarande regler i LOU i stället ska behållas. Regeringen konstaterar emellertid att det inte finns utrymme för att avvika från de skyldigheter som följer av direktivens bestämmelser i detta avseende. Det är alltså inte möjligt att, som Västra Götalands läns landsting ansett, behålla nuvarande regler. Direktivets bestämmelser om att offentliggörande på nationell nivå inte får ske innan offentliggörande skett på EU-nivå ska alltså genomföras.

Regeringen har i tidigare lagstiftningsärenden gjort bedömningen att upphandlingslagarna endast bör innehålla bestämmelser om skyldighet att annonsera, om förhandsannonsering och om efterannonsering (prop. 2006/2007:128 del 1 s. 354 och 501 och prop. 2010/11:150 del 1 s. 213). Regeringen gör i detta ärende samma bedömning. När det gäller övriga annonseringsbestämmelser bör de alltså inte föras in i lagen.

De upplysningar en annons ska innehålla ska, som framgått ovan, anges i samma format som standardformulär, som fastställs av kommissionen (artikel 51.2 i LOU-direktivet och artikel 71.2 i LUF-direktivet). Kommissionen har, som framgått ovan, fastställt standardformulär i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om

upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Förordningen är bindande och direkt tillämplig för upphandlande myndigheter och enheter. De bestämmelser som omfattas av kommissionens förordning om standardformulär ska därför, som *Advokatfirman Delphi* också pekat på, inte genomföras i svensk rätt. I bl.a. artiklarna 51 och 52 i LOU-direktivet samt i artiklarna 71 och 72 i LUF-direktivet finns emellertid ytterligare ett antal bestämmelser om innehållet i och offentliggörandet av annonser, som inte omfattas av kommissionens förordning om standardformulär. Bestämmelserna bör, på motsvarande sätt som vid genomförandet av 2004 års direktiv, genomföras genom föreskrifter i förordning.

Regeringen avser alltså, på motsvarande sätt som skett i upphandlingsförordningen, att genomföra direktivbestämmelserna om innehållet i och offentliggörandet av annonser genom föreskrifter i förordning. Detta gäller naturligtvis endast de bestämmelserna som inte berörs av kommissionens förordning om standardformulär. Regeringen bedömer att det för vissa av bestämmelserna krävs ett bemyndigande i lag. En sådan bestämmelse föreslås därför i de nya lagarna.

Annonsering vid förhandsinsyn

I nuvarande 7 kap. 4 § LOU och 7 kap. 7 § LUF finns bestämmelser om förhandsinsyn som genomför artikel 2d.4 i rättsmedelsdirektiven i lydelse enligt ändringsdirektivet. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen. Dessa bestämmelser bör ingå också i de nya lagarna. Konkurrensverket har anfört att möjligheten att använda frivillig förhandsinsyn bör utvidgas till att omfatta avtal som upphandlande myndigheter avser att ingå utan föregående annonsering med stöd av nuvarande 2 kap. 10 a § LOU, dvs. sådana interna kontrakt som avses i artikel 12.1–3 i LOU-direktivet samt för de avtal som är undantagna upphandlingskyldighet enligt bestämmelserna i 1 kap. LOU. Liknande synpunkter framfördes av Konkurrensverket i remissvaret över betänkandet *Offentlig upphandling från eget företag?* – och vissa andra frågor (SOU 2011:43, dnr Fi2011/2235). I lagstiftningsärendet konstaterade regeringen att eftersom Konkurrensverkets förslag omfattade även andra situationer än den som behandlades i ärendet fick frågan om behovet av en sådan utvidgning utredas i ett annat sammanhang (prop. 2011/12:106 s. 51). Eftersom det nu aktuella lagstiftningsärendet avser genomförandet av nya EU-direktiv finns det inte heller inom ramen för detta ärende utrymme att behandla frågan.

Lagrådet har konstaterat att uttrycket ”förhandsinsyn”, förutom i den bestämmelse som föreslås om detta i lagarnas kapitel om annonsering, endast används i ytterligare två bestämmelser. Enligt *Lagrådet* är beteckningen missvisande och onödig. Beteckningen har hämtats från artikel 3 a i rättsmedelsdirektiven i dess lydelse enligt ändringsdirektivet, som reglerar innehållet i en annons om frivillig förhandsinsyn. Det standardformulär som kommissionen beslutat för en sådan annons har också rubriken *Meddelande om förhandsinsyn*. Detta talar för att

Prop. 2015/16:195 använda begreppet i lagarna. Regeringen kan emellertid instämma i Lagrådets synpunkt att begreppet i sig inte ger någon större vägledning för vad som avses. Med hänsyn till att begreppet endast används på enstaka ställen och att det, enligt regeringens bedömning, knappast borde kunna ge upphov till några missförstånd hos tillämparna om begreppet utmönstras, delar regering Lagrådets synpunkt att begreppet inte bör användas i lagarna.

18.1.2 Annonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla särskilda bestämmelser om förhandsannonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Lagarna ska vidare innehålla bestämmelser om möjligheten att samla efterannonser avseende upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster kvartalsvis och skicka dem för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Regeringens bedömning: Ytterligare föreskrifter om annonsering av upphandling som rör sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör tas in i en förordning.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock att bestämmelser som rör innehållet i, omfattningen av och offentliggörandet av en förhandsannons som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska ingå i de nya lagarna.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Artikel 75 i LOU-direktivet och artikel 92 i LUF-direktivet innehåller särskilda bestämmelser om annonsering av upphandling vid tilldelning av kontrakt avseende sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga XIV respektive bilaga XVII till direktiven, när värdet på kontraktet överstiger tillämpligt tröskelvärde (750 000 euro enligt artikel 4 d i LOU-direktivet och 1 000 000 euro enligt artikel 15 c i LUF-direktivet).

Enligt artikel 75.1 i LOU-direktivet och artikel 92.1 i LUF-direktivet ska en myndighet som har för avsikt att tilldela ett kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster informera om detta genom en annons om upphandling eller genom en förhandsannons. Möjligheten att använda en annons om upphandling täcks in redan av huvudregeln i artikel 50 i LOU-direktivet respektive artikel 70 i LUF-direktivet och regeringen anser därför att bestämmelserna bör genomföras genom de bestämmelser som genomför nämnda artiklar. Sådan förhandsannonsering som kan användas vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster skiljer sig dock på så sätt att alla myndigheter och enheter oavsett förfarande kan använda sig av förhandsannonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (artikel 75.1 b och artikel 92.1 b). En särskild bestämmelse om förhandsannonsering vid upphandling av sociala

tjänster och andra särskilda tjänster föreslås därför i de nya lagarnas kapitel om annonsering.

Av artikel 75.1 b och artikel 92.1 b framgår att det av förhandsannonsen särskilt ska framgå bl.a. vilka typer av tjänster som kontrakten kommer att omfatta och att en sådan annons ska offentliggöras kontinuerligt. En förhandsannons ska vidare innehålla den information som anges i del 1 i bilaga V till direktivet.

Enligt artikel 92.1 c i LUF-direktivet kan information om upphandling av sociala och andra särskilda tjänster också ske genom en annons om att det finns ett kvalificeringssystem, som ska offentliggöras kontinuerligt.

Efter att en upphandlande myndighet har tilldelat ett kontrakt avseende sociala tjänster eller andra särskilda tjänster ska den enligt artikel 75.2 i LOU-direktivet och artikel 92.2 i LUF-direktivet informera om resultatet genom en annons om kontraktstilldelning (en efterannons). Till skillnad från vad som allmänt gäller om efterannonsering enligt artikel 50.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 70.1 första stycket i LUF-direktivet, anges inte någon särskild tidsfrist för när efterannonsering ska ske. Av artikel 75.2 och artikel 92.2 framgår emellertid att myndigheten får samla annonserna kvartalsvis och i så fall sända de samlade annonserna senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal. Direktivens bestämmelser om efterannons innehåller alltså inte någon bestämd tidsfrist inom vilken publiceringen måste ske, såvida den upphandlande myndigheten eller enheten inte har valt att samla annonserna kvartalsvis. Regeringen anser emellertid, i likhet med utredningen, att det ter sig naturligt att en tidsfrist bör gälla även vid efterannonsering i sådana fall. Samma regel om efterannonsering bör därför, som huvudregel, gälla som vid annan upphandling. Eftersom ingen frist för efterannonseringen anges i direktiven synes det inte finnas något hinder emot att räkna fristen på samma sätt som vid annan efterannonsering, nämligen från den tidpunkt avtalet mellan parterna ingås. Den föreslagna huvudregeln om efterannonsering i de nya lagarnas kapitel om annonsering föreslås därmed omfatta även sådan efterannonsering som ska ske vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. De nya lagarna bör därutöver innehålla en särskild bestämmelse som genomför direktivens bestämmelser om möjligheten att efterannonsera kvartalsvis vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Vilken ytterligare information som ska ingå i de olika typerna av annonser framgår vidare av del H–J i bilaga V till LOU-direktivet respektive bilaga XVIII till LUF-direktivet. Informationen ska anges i standardformulär, som fastställts av kommissionen i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Av artikel 75.4 och artikel 92.4 framgår slutligen att offentliggörandet ska ske i enlighet med artikel 51 respektive artikel 71. Som framgått ovan avser regeringen att genomföra bestämmelserna om innehållet i och offentliggörande av annonser, som inte omfattas av kommissionens förordning om standardformulär, genom föreskrifter i förordning.

Sammanfattningsvis föreslår regeringen att direktivens bestämmelser om annonsering vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda

Prop. 2015/16:195 tjänster ska genomföras genom särskilda bestämmelser i lagarna endast i den mån de avviker från de bestämmelser som allmänt gäller om annonsering enligt direktivet. Sådana särskilda bestämmelser föreslås dels i lagarnas kapitel om annonsering, dels i förordning. Övriga bestämmelser om annonsering av sociala tjänster och andra särskilda tjänster genomförs genom de bestämmelser som genomför direktivens allmänna bestämmelser om annonsering.

18.1.3 Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid annonsering av upphandling och förhandsannonsering med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen. Detsamma ska även gälla vid annonsering om projekttävling enligt den nya lagen om offentlig upphandling.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något upphandlingsdokument inte kan ges, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Om anbudsinfordran utgörs av en annons om kvalificeringssystem enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten ges med elektroniska medel så snart som möjligt och senast från och med den dag då inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen eller inbjudan.

Om föreskriven elektronisk tillgång inte kan ges till något upphandlingsdokument vid annonsering om kvalificeringssystem, ska den upphandlande enheten i något av upphandlingsdokumenten ange hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse i lagarna om att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga vid efterannonsering.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock att upphandlingsdokumenten ska göras tillgängliga med elektroniska medel ”från den dag då annonsen skickas för publicering”. I promemorian föreslås vidare att en annons ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till ett dokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel. I promemorian föreslås ingen reglering för situationen att något upphandlingsdokument inte har gjorts elektroniskt tillgängligt vid annonsering om kvalificeringssystem.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig särskilt i frågan, *Västra Götalands läns landsting*, anmärker att den föreslagna tidpunkten för det elektroniska tillgängliggörandet strider mot direktivets förbud mot att publicera innehållet i annonser på nationell nivå före publiceringen av Europeiska unionens publikationsbyrå.

LOU- och LUF-direktivens reglering om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument

En nyhet i direktiven avser skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga vid annonsering. Av artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 73.1 i LUF-direktivet framgår bl.a. att den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från och med den dag då en annons offentliggörs i enlighet med artikel 51 respektive artikel 71. Den webbadress där upphandlingsdokumenten kan hämtas ska anges i annonsen. De annonser som avses är förhandsannonser, annonser om upphandling och efterannonser. I LUF-direktivet avses även annonser om kvalificeringssystem. Enligt artikel 73.1 andra stycket i LUF-direktivet ska elektronisk tillgång i sistnämnda fall ges så snart som möjligt och senast när inbjudan att lämna anbud eller inbjudan att förhandla avsänds.

Av avsnitt 19.1.9 framgår att tidsfristen för anbud i vissa fall ska förlängas med fem dagar, om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten inte ges på föreskrivet sätt. I det avsnittet redovisas också innehållet i artiklarna 53 och 73 närmare.

Av artikel 79.3 och bilaga V del E till LOU-direktivet följer att elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten även ska ges vid annonsering om projekttävling. En sådan reglering saknas i LUF-direktivet.

Vilka uppgifter som ska ingå i aktuella annonser anges i bilagor till direktiven (se avsnitt 18.1.1). I flertalet fall anges att annonsen ska innehålla en hänvisning till den e-post- eller webbadress där upphandlingsdokumenten kommer att finnas tillgängliga för fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång. Om sådan tillgång inte kan ges (av anledningar som nämns i direktiven), ska annonsen innehålla uppgifter om hur tillgång kan fås till dokumenten.

Att efterannonsen inbegripits i direktivens artiklar om elektronisk tillgänglighet förefaller bero på ett förbiseende. I direktiven finns efterföljande skrivningar om att upplysningar ska lämnas i annonsen om hur tillgång kan ges till dokument som inte har gjorts elektroniskt tillgängliga. Skrivningarna är kopplade till en förlängning av tidsfristen för anbud och avser uppenbart inte efterannonsen. Av bilaga V del D till LOU-direktivet och bilaga XII till LUF-direktivet, som reglerar innehållet i efterannonsen, framgår inte något krav på att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel. Mot denna bakgrund lämnas inte något förslag om att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga i samband med efterannonsering.

Av avsnitten 18.2.1 och 18.2.2 framgår att det finns en motsvarande skyldighet att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel vid inbjudan att bekräfta intresse, att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

Som framgår ovan är det en nyhet i direktiven att upphandlingsdokumenten (tidigare förfrågningsunderlaget) ska göras elektroniskt tillgängliga i samband med annonsering. Artikel 38.6 i 2004 års LOU-direktiv medger dock att tidsfristen för anbud får förkortas med fem dagar vid öppet och selektivt förfarande, om förfrågningsunderlaget görs tillgängligt med elektroniska medel från och med offentliggörandet av annonsen om upphandling. En liknande reglering finns i artikel 45.6 i 2004 års LUF-direktiv. Nämda artiklar har genomförts genom 8 kap. 6 § LOU respektive 8 kap. 7 § LUF. Efter synpunkter från Lagrådet föreskriver bestämmelserna, med avvikelse från direktivens ordalydelse, att det elektroniska tillgängliggörandet ska ha skett "från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska kommissionen för publicering" (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 364 och 513 samt del 2 s. 624).

Enligt 2004 års upphandlingsdirektiv får annonser om upphandling och deras innehåll inte offentliggöras på nationell nivå före den dag då de skickas till kommissionen. LOU- och LUF-direktiven föreskriver däremot att annonser och information i dem inte får offentliggöras på nationell nivå före den dag då de har offentliggjorts genom Europeiska unionens publikationsbyrå. Tidsgränsen för det tillåtna offentliggörandet har alltså flyttats fram. Eftersom upphandlingsdokumenten torde innehålla flera uppgifter som även förekommer i annonsen är det inte längre möjligt att ha en ordning där upphandlingsdokumenten (förfrågningsunderlaget) görs tillgängliga redan från den dag då annonsen skickas för publicering.

I likhet med 2004 års upphandlingsdirektiv torde den svenska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven vara felaktig när den talar om att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga från och med den dag då annonsen publiceras. Övriga språkversioner ger vid handen att skyldigheten i stället gäller från den dag då annonsen publiceras (jfr prop. 2006/07:128 del 2 s. 624). För motsvarande skyldighet enligt artikel 34.1 i LUK-direktivet gäller skyldigheten från den dag då annonsen publiceras (se avsnitt 18.3.2).

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten föreslås i de nya lagarna. Skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel bör gälla från den dag då förhandsannonsen eller annonsen om upphandling publiceras. Det saknas anledning att särskilt i dessa bestämmelser ange att annonserna ska skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå (jfr artikel 51.2 i LOU-direktivet och artikel 71.2 i LUF-direktivet). Detta kommer i stället framgå av en förordning (se avsnitt 18.1.1).

I artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet och artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet nämns de skäl som direktiven godtar för att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument. Regeringen ser dock ingen anledning att i de nya lagarna ange dessa skäl. Det ligger i sakens natur att det kan vara fråga om säkerhetsskäl, tekniska skäl eller handla om att myndigheten eller

enheten avser att lämna ut uppgifter med förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Det väsentliga är i stället att dokumenten ska tillhandahållas på annat sätt och att tidsfristen för anbud ska förlängas, om föreskriven elektronisk tillgång inte ges (se avsnitt 19.1.9). Direktiven innehåller ingen sanktion mot en upphandlande myndighet eller enhet som inte gör upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något upphandlingsdokument inte kan ges vid annonsering om upphandling eller förhandsannonsering, bör annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt (jfr bilaga V delarna B, C och E till LOU-direktivet och bilaga XI del A till LUF-direktivet). I promemorian föreslås att en annons i förekommande fall ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till ett dokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel. Som *Lagrådet* har påtalat är en sådan föreskrift mindre väl förenlig med offentlighetsprincipen. Ett krav av aktuellt slag bör därför inte införas.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något upphandlingsdokument inte kan ges vid annonsering om kvalificeringssystem enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, bör den upphandlande enheten i något av upphandlingsdokumenten upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt (jfr artikel 73.1 fjärde stycket i LUF-direktivet).

18.1.4 Annonsering på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelser om annonsering ska i båda lagarna införas också för det icke direktivstyrda området. Dessa ska i huvudsak vara utformade som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, men inte innehålla någon möjlighet att begära anbud genom annons i en annan form än genom annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. I lagarnas kapitel med bestämmelser för det icke direktivstyrda området ska det också ingå en bestämmelse om annonsering av dynamiska inköpssystem.

En upphandlande myndighet eller enhet ska även vid annonsering om upphandling på det icke direktivstyrda området vara skyldig att med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten.

Utredningens och promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens förslag. I promemorian föreslås dock att den upphandlande myndigheten eller enheten vid förenklat förfarande ska kunna begära anbud även genom annons i en annan form än genom annons i en elektronisk databas. Promemorian innehåller inget lagförslag som innebär att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga vid förhandsannonsering. Vidare innehåller promemorian ett förslag om att upphandlingsdokumenten ska göras tillgängliga med elektroniska medel vid annonsering i form av förhandsinsyn i samband med direktupphandling.

Prop. 2015/16:195 **Remissinstanserna:** *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* avstyrker att annonsering vid förenklat förfarande ska kunna ske i annan form än i en elektronisk databas. I övrigt uttalar sig inte remissinstanserna i frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med nuvarande LOU och LUF bör det finnas en skyldighet för upphandlande myndigheter att annonsera upphandlingar som inte omfattas av direktiven och som sker genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Härutöver bör annonseringsbestämmelser också finnas när det gäller ett dynamiskt inköpssystem som inte omfattas av de direktivstyrda reglerna. På motsvarande sätt som vid urvalsförfarande bör föreskrivas att en sådan annonsering ska ske genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Vidare bör föreskrivas en skyldighet att offentliggöra annonsen under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

Konkurrenskommissionen och *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget att annonsering vid förenklat förfarande, såsom enligt nuvarande LOU och LUF, ska kunna ske i annan form än i en elektronisk databas och har i huvudsak anfört att bestämmelsen är föråldrad och inte längre används. Upphandlingsutredningen 2010 föreslog också i slutbetänkandet *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* att möjligheten att begära anbud genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens skulle utgå ur lagtexten (SOU 2013:12 s. 43 och 46). Några invändningar mot förslaget i denna del framfördes inte vid remissbehandlingen. Regeringen anser, i likhet med *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*, att bestämmelsen om annonsering i annan form än i en elektronisk databas framstår som föråldrad och därför bör utgå.

Vad en annons ska innehålla bör, i likhet med nuvarande LOU och LUF, regleras i de nya lagarna. Även möjligheten till frivillig förhandsinsyn bör, på samma sätt som i dag, gälla utanför det direktivstyrda området. Regler om detta föreslås därför ingå i de nya lagarna.

Av artikel 51.6 i LOU-direktivet och artikel 71.6 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får offentliggöra annonser om upphandling som inte omfattas av de krav på offentliggörande som fastställs i direktiven under förutsättning att dessa annonser skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå med elektroniska medel i överensstämmelse med de format och förfaranden som anges i bilaga VIII i LOU-direktivet respektive bilaga IX i LUF-direktivet. I nuvarande LOU och LUF har motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv genomförts genom en upplysning i 15 kap. 2 § fjärde stycket. Det har i ett tidigare lagstiftningsärende ifrågasatts om upplysningsbestämmelsen bör finnas kvar (Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, Ds 2009:30 s. 275 f.). Regeringen ansåg emellertid att den skulle finnas kvar på grund av möjligheten att genom efterannonsering förkorta den tidsfrist som gäller för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet, se 16 kap. 17 § andra stycket 1 i nuvarande LOU och LUF (prop. 2009/10:180 del 1 s. 303 f.). *Lagrådet* har ifrågasatt bestämmelsen med hänvisning till att det rimligen inte skulle kunna uppfattas som otillåtet med annonsering enligt de direktivstyrda bestämmelserna utan den föreslagna paragrafen. Om

bestämmelsen ska behållas bör den enligt Lagrådet inriktas på vad som avsetts. Med hänsyn bl.a. till den kommande översynen av de icke direktivstyrda bestämmelserna om upphandling anser regeringen att det inte finns skäl att nu föreslå någon ändring när det gäller den aktuella bestämmelsen.

En nyhet i direktiven är att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten vid annonsering om upphandlingen (se avsnitt 18.1.3). Regeringen gör bedömningen att denna ordning bör få genomslag även på det icke direktivstyrda området. I promemorian föreslås att bestämmelserna om detta ska gälla även vid annonsering i form av förhandsinsyn i samband med direktupphandling. Som *Lagrådet* har påpekat finns det inte alltid några upphandlingsdokument vid direktupphandling. Vidare gäller inte den allmänna skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel vid direktupphandling. Regeringen gör bedömningen att det inte är motiverat att låta bestämmelserna om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument gälla för denna form av annonser.

18.2 Inbjudan till anbudssökande

18.2.1 Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse

Regeringens förslag: Om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse utifrån mer detaljerade upplysningar om upphandlingen. Först när myndigheten eller enheten har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade, får den ange vilka leverantörer som ska få lämna anbud eller delta i förhandlingar.

Upphandlingsdokumenten ska med elektroniska medel göras fritt, direkt, fullständigt och kostnadsfritt tillgängliga för de anbudssökande som inbjuds att bekräfta sitt intresse.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 54.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 74.1 andra stycket i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten – om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering i enlighet med artikel 48.2 i LOU-direktivet respektive artikel 44.4 i LUF-direktivet – samtidigt och skriftligen inbjuda samtliga leverantörer som har anmält sitt intresse att bekräfta att de fortfarande är intresserade. En motsvarande reglering finns i 2004 års LUF-direktiv (artikel 47.5) men saknas i samma års LOU-direktiv. Anbudsinfördran genom förhandsannonsering behandlas i avsnitt 18.1.1.

Prop. 2015/16:195 Av artikel 54.2 i LOU-direktivet och artikel 74.2 i LUF-direktivet framgår att en inbjudan att bekräfta intresse ska innehålla en hänvisning till den elektroniska adress där upphandlingsdokumenten har gjorts tillgängliga med elektroniska medel. Enligt artiklarna ska inbjudan åtföljas av upphandlingsdokumenten, om fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dessa dokument inte har getts (av sådana skäl som anges i direktiven) och dokumenten inte redan har gjorts tillgängliga på annat sätt.

En inbjudan att bekräfta intresse ska också omfatta de uppgifter som anges i bilaga IX avsnitt 2 till LOU-direktivet respektive bilaga XIII avsnitt 2 till LUF-direktivet. I bilagorna anges att den upphandlande myndigheten eller enheten får välja anbudsgivare eller förhandlingsparter först när den har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade.

Av artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 74.1 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från och med dagen då inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena. Om sådan tillgång inte ges, ska tidsfristen för anbud förlängas med fem dagar (se avsnitt 19.1.9).

Enligt bilaga IX avsnitt 2 till LOU-direktivet och bilaga XIII avsnitt 2 till LUF-direktivet ska en inbjudan att bekräfta intresse, som inte erbjuder elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten, innehålla uppgifter om inlämningsadress och sista dag för begäran om upphandlingsdokument samt uppgift om på vilket eller vilka språk begäran ska avfattas. Även artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet och artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet nämner vissa situationer där en inbjudan att bekräfta intresse, som inte erbjuder elektronisk tillgång, ska innehålla denna typ av uppgifter.

Regleringen i artiklarna 53.1 och 73.1 och bilagorna till direktiven är inte förenlig med regleringen i artiklarna 54.2 och 74.2, som i stället anger att en inbjudan ska åtföljas av ett upphandlingsdokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel eller på annat sätt. Regeringen gör bedömningen att det är mer ändamålsenligt att ett sådant dokument bifogas inbjudan än att leverantörerna hänvisas till att begära tillgång till dokumentet. Bestämmelser med denna innebörd föreslås i de nya lagarna.

Som framgår av avsnitt 18.1.3 anser regeringen inte att lagarna bör räkna upp de skäl som direktiven anger som godtagbara för att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument. I likhet med den bedömning som görs i avsnitt 19.1.9 vad gäller förlängning av tidsfristen för anbud saknas det även skäl att i de nya lagarna göra de aktuella bestämmelsernas tillämpning beroende av myndighetens eller enhetens anledning till att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument. Även i sådana fall där myndighetens eller enhetens anledning till att inte ge elektronisk tillgång faller utanför vad som angetts i direktiven, bör dokumenten givetvis bifogas en inbjudan.

I vissa fall kan det finnas hemliga uppgifter i upphandlingsdokument som ska bifogas en inbjudan. Uppgifterna kan omfattas av sekretess eller utgöra företagshemligheter. Enligt artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller

enheten ställa krav på leverantörerna för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten eller enheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. Sådana krav kan ges formen av ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL. Enligt 6 § lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter ska vidare den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. I avsnitt 21 behandlas frågan om det behöver göras ändringar i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter med anledning av direktivens reglering om sekretess.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering föreslås i de nya lagarna. I likhet med vad som gäller i dag enligt 8 kap. 14 § LUF bör direktivens krav på innehållet i en inbjudan anges i lagarna.

Enligt *Lagrådets* förslag förefaller det vara valfritt att ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten i samband med en inbjudan att bekräfta intresse. Enligt regeringens mening bör emellertid bestämmelserna i denna del klargöra att det är fråga om en skyldighet. Bestämmelserna bör därför utformas efter förebild av bestämmelserna om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument vid annonsering (se avsnitt 18.1.3). Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, bör bestämmelserna ange att dokumentet ska bifogas inbjudan.

Som Lagrådet har anmärkt torde LOU- och LUF-direktivens reglering innebära att en uppgift om tilldelningskriterier inte behöver lämnas i en inbjudan att bekräfta intresse, om uppgiften i stället framgår av något annat upphandlingsdokument. Detta bör framgå av bestämmelserna om inbjudan att bekräfta intresse.

18.2.2 Skriftlig inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog

Regeringens förslag: Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att lämna anbud, att delta i konkurrenspräglad dialog eller – vid förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna – att förhandla.

Upphandlingsdokumenten ska med elektroniska medel göras fritt, direkt, fullständigt och kostnadsfritt tillgängliga för de anbudssökande som bjuds in att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse om att någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran ska lämna ut upphandlingsdokument.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt artikel 54.1 i LOU-direktivet och artikel 74.1 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog, förfarande för inrättande av innovationspartnerskap och förhandlat förfarande med föregående annonsering samtidigt och skriftligen inbjuda alla utvalda anbudssökande att lämna anbud, att delta i dialog eller, vid förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LUF-direktivet, att förhandla. Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att skicka ut en inbjudan att förhandla enligt LOU-direktivet finns inte, eftersom det i vissa fall går att tilldela kontrakt vid förhandlat förfarande med föregående annonsering utan att förhandla.

Av artikel 54.2 i LOU-direktivet och artikel 74.2 i LUF-direktivet framgår att en inbjudan ska innehålla en hänvisning till den elektroniska adress där upphandlingsdokumenten har gjorts tillgängliga med elektroniska medel. Enligt artiklarna ska inbjudan åtföljas av upphandlingsdokumenten, om fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dessa dokument inte har getts (av sådana skäl som anges i direktiven) och dokumenten inte redan har gjorts tillgängliga på annat sätt. Se avsnitt 18.2.1 vad gäller situationen att det finns hemliga uppgifter i upphandlingsdokument som ska bifogas en inbjudan. Som framgår av avsnitt 18.1.3 anser regeringen inte att lagarna bör räkna upp de skäl som direktiven anger som godtagbara för att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokument.

En inbjudan ska omfatta de uppgifter som anges i bilaga IX avsnitt 1 till LOU-direktivet respektive bilaga XIII avsnitt 1 till LUF-direktivet. Enligt bilagorna ska bl.a. sista dag för mottagande av anbud anges i inbjudan. I bilaga IX till LOU-direktivet anges, vad gäller konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, att denna uppgift inte ska ingå i inbjudan att

delta i dialog eller att förhandla, utan ska anges i inbjudan att lämna anbud. I bilaga XIII till LUF-direktivet anges på motsvarande sätt i fråga om samma förfaranden att uppgiften inte ska ingå i inbjudan att förhandla, utan anges i inbjudan att lämna anbud. Dessa upplysningar i bilagorna får anses ligga i sakens natur och bör därför inte införas i de nya lagarnas uppräknings av vad en inbjudan ska innehålla. En motsvarande skrivning finns i artikel 40.5 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv och denna skrivning fördes inte in i LOU (jfr 8 kap. 10 § LOU).

Enligt *Lagrådets* förslag förefaller det vara valfritt att ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten i samband med en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog. I likhet med vad som föreslås i fråga om en inbjudan att bekräfta intresse bör bestämmelserna i denna del i stället klargöra att det är fråga om en skyldighet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, bör bestämmelserna ange att dokumentet ska bifogas inbjudan.

I likhet med vad som föreslås vad gäller en inbjudan att bekräfta intresse bör uppgifter om tilldelningskriterier inte behöva lämnas i en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog, om uppgifterna i stället framgår av något annat upphandlingsdokument.

I 8 kap. 11 § LOU och 8 kap. 12 § LUF finns bestämmelser som reglerar situationen att någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran ska lämna ut hela eller delar av förfrågningsunderlaget. I sådana fall ska adressen anges i inbjudan att komma in med anbud, att delta i dialog eller att förhandla. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift ska betalas för de begärda handlingarna, ska upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan. De begärda handlingarna ska skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har tagits emot. LOU-direktivet och LUF-direktivet saknar bestämmelser med denna innebörd. Det ligger dock i sakens natur att de aktuella uppgifterna behöver finnas i en inbjudan och att handlingarna bör skickas så snart som möjligt efter en begäran. En inbjudan ska enligt regeringens förslag innehålla ”övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.” Regeringen gör bedömningen att det inte är nödvändigt att införa några bestämmelser som motsvarar 8 kap. 11 § LOU och 8 kap. 12 § LUF.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om inbjudan till anbudssökande att lämna anbud, att delta i dialog eller att förhandla föreslås i de nya lagarna. Av avsnitt 20.2.1 framgår att en inbjudan att lämna anbud ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten.

18.3.1 Annonsering vid upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Det som i direktivet benämns meddelande ska i lagen ersättas med annons. Lagens kapitel om annonsering ska innehålla bestämmelser om annons om upphandling och om efterannons. I kapitlet ska det även ingå bestämmelser om förhandsannons vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Undantag ska kunna göras från annonseringsskyldigheten i vissa särskilt angivna fall. I lagen ska det anges när en anbudsansökan ska anses olämplig eller ett anbud ska anses olämpligt.

En bestämmelse om att myndigheter och enheter får annonsera sin avsikt att tilldela en koncession genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska ingå i lagen och vara utformad på samma sätt som i den nya lagen om offentlig upphandling.

Regeringens bedömning: Ytterligare föreskrifter om annonsering bör tas in i en förordning.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår dock att begreppen koncessionsmeddelande och förhandsmeddelande ska användas i den nya lagen. Utredningen föreslår inte någon bestämmelse om när en anbudsansökan ska anses olämplig eller ett anbud ska anses olämpligt. Utredningen föreslår att samma regler om annonsering ska gälla för annonsering av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärde och koncessioner vars värde understiger tröskelvärdena. När det gäller annonsering av sådana koncessioner föreslår utredningen endast att myndigheten eller enheten ska informera om sin avsikt att tilldela koncessionen, men inte några närmare bestämmelser om vilken information som ska ingå eller hur informationen ska lämnas. Utredningen föreslår att begreppet förhandsinsyn ska användas för att beteckna myndighetens eller enhetens möjlighet att annonsera sin avsikt att tilldela en koncession utan föregående annonsering. Utredningens förslag till bestämmelse om detta innefattar inte någon hänvisning till bestämmelsen om undantag från annonseringsskyldigheten när inga anbud eller lämpliga anbud har lämnats.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna yttrar sig inte i frågorna. Några remissinstanser, bl.a. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, *Almega* och *Svenskt Näringsliv*, anser dock att skyldigheten att ”informera” om avsikten att tilldela en koncession vars värde understiger tröskelvärde eller som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster, i enlighet med direktivtexten bör ersättas med en skyldighet att ”offentliggöra” avsikten genom en förhandsannons. *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* anser att annonsering av sådana koncessioner bör göras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Konkurrensverket anser att det i lagen bör klargöras vad som avses med lämpliga anbudsansökningar och lämpliga anbud. *Kammarrätten i Göteborg* har lagtekniska synpunkter. Prop. 2015/16:195

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Annonsering och förhandsannonsering

Enligt artikel 31.1 i LUK-direktivet ska upphandlande myndigheter och enheter som önskar tilldela en koncession informera om detta genom ett koncessionsmeddelande. Avser koncessionen sociala tjänster eller andra särskilda tjänster ska den enligt artikel 31.3 tillkännage sin avsikt genom offentliggörandet av en förhandsannons. Huvudregeln är alltså att upphandlande myndigheter och enheter ska offentliggöra sin avsikt att tilldela koncessioner.

I de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna föreslås, som framgått ovan, att begreppet meddelande ska ersättas med annons, på samma sätt som skett i nuvarande LOU och LUF. Utredningen anser emellertid att begreppet meddelande i LUK-direktivet inte bör ersättas med begreppet annons. Utredningen motiverar detta med skillnader som finns mellan å ena sidan LOU-direktivet och LUF-direktivet och å andra sidan LUK-direktivet. Utredningen anför bl.a. att det enligt LUK-direktivet inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att använda meddelandet som en anbudsinfordran. Enligt utredningen framstår det vidare, med hänsyn till hur artikel 31.4–5 med undantag från annonseringsskyldigheten är uppbyggda, som att koncessionsmeddelanden ska upprättas trots att de inte alltid behöver offentliggöras.

Regeringen delar inte utredningens bedömning när det gäller skillnaderna mellan de olika direktiven. Att begreppet anbudsinfordran inte förekommer i LUK-direktivet kan enligt regeringens mening inte tolkas som att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att använda koncessionsmeddelandet för ett sådant ändamål. Att anbudsinfordran inte förekommer som begrepp kan i stället förklaras med dels att LUK-direktivet inte innehåller några särskilda regler om förfaranden, dels att det inte finns något behov av att i LUK-direktivet använda begreppet för att skilja mellan olika typer av förhandsannonser. Regeringen delar inte heller bedömningen att uppbyggnaden av artikel 31.4–5 innebär att koncessionsmeddelanden ska upprättas trots att de inte alltid behöver offentliggöras. Att bestämmelserna om när en upphandling får ske utan ett föregående offentliggörande är utformade som undantagsregler från annonseringsskyldigheten i LUK-direktivet, medan de i LOU-direktivet och LUF-direktivet är utformade som regler om när förfarande utan föregående annonsering får användas, är en naturlig följd av att LUK-direktivet inte innehåller några motsvarande förfaranderegler.

Regeringen anser sammanfattningsvis att de skillnader som finns mellan LOU-direktivet och LUF-direktivet å ena sidan och LUK-direktivet å den andra sidan inte motiverar att olika begrepp används när det gäller annonsering av upphandling. Det finns enligt regeringens mening i stället ett värde i att begrepp som överensstämmer mellan direktiven även överensstämmer mellan de olika lagarna, såvida inte

Prop. 2015/16:195 vägande skäl talar mot det. Direktivets begrepp meddelande bör därför, på samma sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, ersättas med annons. När direktivtexten återges nedan har också, för att underlätta läsningen, meddelande ersatts med annons.

De direktivstyrda bestämmelserna om annonsering av koncessioner för sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör placeras i lagens kapitel som rör annonsering. Denna placering avviker från utredningens förslag, men överensstämmer med den föreslagna placeringen av motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns inte något skäl till att lagarna ska skilja sig åt i detta avseende och ur ett tillämparperspektiv är det också en fördel att systematiken mellan lagarna överensstämmer.

Undantag från kravet på annonsering

I vissa fall kan undantag från annonseringsskyldigheten enligt artikel 31.1 göras. Förutsättningarna för när så får ske framgår av artikel 31.4 och artikel 31.5 i direktivet. Enligt skäl 51 i LUK-direktivet bör tilldelning utan föregående offentliggörande ske endast under mycket exceptionella omständigheter och då det från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens. Det bör noga utvärderas om det inte finns tillgång till några lämpliga alternativa lösningar.

Enligt artikel 31.4 får undantag göras från annonseringsskyldigheten om byggtreprenaderna eller tjänsterna enbart kan tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör och ytterligare någon av ett antal uppräknade förutsättningar är uppfyllda. Dessa förutsättningar är (a) att syftet med koncessionen är att skapa eller erhålla ett unikt konstverk eller konstnärligt framförande, (b) att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, (c) att det finns en ensamrätt eller (d) skydd av immateriella rättigheter eller andra ensamrätter än de som definieras i artikel 5.10 i direktivet. Enligt direktivet får undantag tillämpas med stöd av b–d endast när det inte finns något ”rimligt alternativ eller substitut” och avsaknaden av konkurrens inte beror på ”konstlad begränsning av parametrarna i koncessionstilldelningen” (artikel 31.4 andra stycket).

Ytterligare en möjlighet att göra undantag från annonseringsreglerna följer av artikel 31.5 av vilken framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten inte behöver offentliggöra något nytt koncessionsmeddelande om inga anbud eller anbudsansökningar eller lämpliga anbud eller anbudsansökningar har lämnats vid ett föregående koncessionsförfarande. I artikeln anges också när ett anbud ska anses olämpligt och när en anbudsansökan ska anses olämplig.

Förutsättningarna för att göra undantag från skyldigheten att annonsera en koncessionsupphandling överensstämmer i stora delar med förutsättningarna enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering (se artikel 32.2 a och b i LOU-direktivet och artikel 50 a och b i LUF-direktivet).

Bestämmelserna om undantag från annonseringskravet bör genomföras genom bestämmelser i kapitlet om annonsering i LUK. Detta är, som

utredningen konstaterat, en naturlig följd av att LUK-direktivet inte innehåller några särskilda regler om förfaranden. I den mån förutsättningarna för att tillämpa undantagen överensstämmer med förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör bestämmelserna utformas på ett enhetligt sätt. När det gäller förutsättningarna i artikel 31.4 c (att det finns en ensamrätt) och d (skydd av immateriella rättigheter eller andra ensamrätter än de som definieras i artikel 5.10 i direktivet) anser regeringen att det vid genomförandet finns anledning att i förenklande syfte avvika något från direktivets utformning. Eftersom även immateriella rättigheter utgör ensamrätter bör punkterna kunna slås ihop till en punkt som omfattar alla tre situationer som anges i direktivet. De aktuella punkterna föreslås därför ersättas med en punkt som anger att det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör ”på grund av skyddet av ensamrätt, vilket även inkluderar andra ensamrätter än de som anges i 1 kap. 12 §”.

Konkurrensverket anser att det i lagen bör klargöras vad som avses med en olämplig anbudsansökan och ett olämpligt anbud. Regeringen konstaterar att motsvarande klargöranden föreslås i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna när det gäller förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I enlighet med de överväganden som skett i denna del (se avsnitt 12.1.3) bör motsvarande klargörande göras även i lagen om upphandling av koncessioner. En bestämmelse om när en anbudsansökan ska anses olämplig och när ett anbud ska anses olämpligt föreslås därför i lagens kapitel om annonsering.

Efterannonsering

Senast 48 dagar efter tilldelningen av en koncession ska upphandlande myndigheter och enheter skicka en annons om resultatet av förfarandet för koncessionstilldelningen (artikel 32 i LUK-direktivet). För sociala tjänster och andra särskilda tjänster får sådana meddelanden emellertid grupperas kvartalsvis. I detta fall ska de grupperade meddelandena sändas senast 48 dagar efter varje kvartal. Regleringen motsvarar delvis bestämmelserna om meddelande om kontraktstilldelning i artikel 50 i LOU-direktivet och artikel 70 i LUF-direktivet. Som Lagrådet har noterat skiljer sig dock LUK-direktivet från de båda andra direktiven på så sätt att tidsfristen ska beräknas med utgångspunkt från myndighetens eller enhetens tilldelningsbeslut och inte från ingåendet av koncessionsavtalet. I likhet med Lagrådet konstaterar regeringen att denna skillnad är svårförklarlig. Detta innebär dock inte att det finns skäl att genomföra bestämmelserna på ett sätt som i sak skiljer sig från direktiven. Bestämmelser som genomför direktivets bestämmelser om efterannonsering föreslås i ett särskilt kapitel i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

Utformning och offentliggörande av annonser

Hur annonser ska utformas och offentliggöras behandlas i artikel 33 i direktivet. Enligt artikeln ska annonser, efterannonser och sådana

Prop. 2015/16:195 meddelanden som avses i artikel 43.1 andra stycket i direktivet (annonser om ändring av en koncession under löptiden) innehålla sådana upplysningar som anges i bilagorna V, VII och VIII till direktivet samt utarbetas och skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Bestämmelserna motsvarar delvis artiklarna 51 och 52 i LOU-direktivet och artiklarna 71 och 72 i LUF-direktivet. Av artikeln framgår vidare att upplysningarna ska anges i samma format som standardformulären, vilka fastställs av kommissionen. Kommissionen har fastställt sådana standardformulär i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

Det kan konstateras att artikel 19, som anger de skyldigheter som ska iaktas vid upphandling av koncessioner för sociala tjänster och andra särskilda tjänster, inte innehåller någon hänvisning till artikel 33. I artikel 33 nämns inte heller förhandsannonser och artikeln innehåller inte någon hänvisning till den bilaga till direktivet som anger vilka upplysningar ett sådant meddelande ska innehålla (bilaga VI). Hur en förhandsannons ska offentliggöras synes alltså inte reglerat i själva direktivtexten. Inte heller synes av direktivet framgå någon skyldighet att ange upplysningarna i form av standardformulär. Däremot anges i bilaga IX till direktivet, som behandlar offentliggörandet, att upphandlande myndigheter och enheter ska översända de annonser som avses i artikel 31 till Europeiska unionens publikationsbyrå för offentliggörande. Här görs alltså inte något undantag för förhandsmeddelanden.

Artiklarna i direktivet synes alltså inte ställa upp några uttryckliga krav när det gäller hur en förhandsannons ska offentliggöras, men däremot framgår ett sådant krav av en bilaga till direktivet. Det framstår därför som något oklart vilka krav direktivet egentligen ställer. Skälet till detta förefaller närmast vara ett förbiseende och enligt regeringens bedömning kan EU-lagstiftarens avsikt knappast ha varit någon annan än att även förhandsmeddelanden om upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska annonseras på samma sätt som andra upphandlingar inom EU. Det kan också konstateras att kommissionens genomförandeförordning med standardformulär innehåller ett standardformulär även för annonseringen av sådana koncessioner.

Regeringen avser att – i likhet med motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet – genomföra bestämmelserna i artikel 33 och bilaga IX till direktivet, i den mån dessa inte omfattas av kommissionens standardformulär, genom bestämmelser i förordning.

Annonsering vid förhandsinsyn

Genom artiklarna 46 och 47 i LUK-direktivet görs bl.a. bestämmelserna om förhandsinsyn i artikel 2d.4 i rättsmedelsdirektiven i dess lydelse enligt ändringsdirektivet tillämpliga även vid tilldelningen av koncessioner. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession utan föregående

annonsering får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen. Bestämmelserna bör genomföras genom en paragraf i den nya lagen. I enlighet med vad som föreslås om motsvarande bestämmelser i den nya lagen om upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna bör dock benämningen förhandsinsyn inte användas i lagen.

18.3.2 Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid annonsering av en koncession med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag då annonsen om upphandling publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om annonsen om upphandling inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud, ska koncessionsdokumenten i stället göras tillgängliga med elektroniska medel från och med den dag då inbjudan att lämna anbud skickas till utvalda anbudssökande. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges vid annonsering av en koncession, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Om föreskriven elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges vid inbjudan att lämna anbud, ska inbjudan upplysa om att dokumentet kommer att översändas på annat sätt än med elektroniska medel. Ett sådant dokument ska också få bifogas inbjudan.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Enligt utredningens förslag ska elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten ges från den dag då annonsen om upphandling skickas för publicering och från den dag då inbjudan att lämna anbud skickas till utvalda leverantörer. Utredningen föreslår inte någon särskild reglering för den situationen att elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte ges vid inbjudan att lämna anbud. I utredningen föreslås att en annons eller en inbjudan ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till ett dokument som inte har gjorts tillgängligt med elektroniska medel.

Remissinstanserna: En remissinstans, *Advokatfirman Delphi*, framför synpunkter på förslaget och förordar ett mera direktivnära genomförande på så sätt att undantagen från skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga ska anges i lagen.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 34 i LUK-direktivet reglerar den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att ge elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten. LUK-direktivets reglering i artikel 34 har motsvarigheter i artiklarna 53 och 54.2 i LOU-direktivet och artiklarna 73 och 74.2 i LUF-direktivet.

Av artikel 34.1 i LUK-direktivet följer att upphandlande myndigheter och enheter med elektroniska medel ska ge fri, fullständig, direkt och

Prop. 2015/16:195 kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från dagen för offentliggörandet av annonsen om upphandling eller, om denna annons inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud, den dag då inbjudan att lämna anbud skickades. Den webbadress där koncessionsdokumenten kan hämtas ska anges i annonsen om upphandling eller inbjudan att lämna anbud.

Frågan om tillgång till koncessionsdokumenten vid annonsering bör regleras på motsvarande sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Det innebär att tillgång till koncessionsdokumenten ska ges med elektroniska medel från den dag då annonsen om upphandling publiceras (jfr avsnitt 18.1.3). Om annonsen inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud ska koncessionsdokumenten i stället göras tillgängliga med elektroniska medel från och med den dag då en sådan inbjudan skickas till utvalda anbudssökande. En leverantör som tar emot en elektronisk inbjudan måste ha möjlighet att omedelbart få tillgång till koncessionsdokumenten.

I artikel 34.2 i LUK-direktivet behandlas situationen att något koncessionsdokument inte kan tillhandahållas elektroniskt på föreskrivet sätt på grund av exceptionella säkerhetsskäl eller tekniska skäl eller på grund av att det krävs en mycket hög skyddsnivå med tanke på den kommersiella informationens känsliga art. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange i annonsen om upphandling eller inbjudan att lämna anbud att dokumentet kommer att översändas på annat sätt än med elektroniska medel och tidsfristen för att lämna in anbud ska förlängas (se avsnitt 19.2.1 om tidsfrister).

Artikel 34.2 i LUK-direktivet bör enligt regeringens mening genomföras på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU- och LUF-direktiven. Regeringen instämmer således, till skillnad från *Advokatfirman Delphi*, i utredningens bedömning att bestämmelserna inte bör ange vilka skäl som är godtagbara för att inte ge föreskriven elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten. Det ligger i sakens natur att det kan vara fråga om säkerhetsskäl, tekniska skäl eller handla om att myndigheten eller enheten avser att lämna ut uppgifter med förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Det väsentliga är att dokumenten ska tillhandahållas på annat sätt och att tidsfristen för anbud ska förlängas, om föreskriven elektronisk tillgång inte ges till koncessionsdokumenten. LUK-direktivet innehåller ingen sanktion mot en upphandlande myndighet eller enhet som inte gör dokumenten tillgängliga med elektroniska medel.

Regleringen för situationen att föreskriven elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten inte ges, bör utformas med ledning av motsvarande reglering i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (jfr avsnitten 18.1.3, 18.2.1 och 18.2.2). Det innebär att annonsen om upphandling ska upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt. Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges på föreskrivet sätt vid inbjudan att lämna anbud, ska inbjudan upplysa om att dokumentet kommer att skickas på annat sätt än med elektroniska medel. Ett sådant dokument bör också få bifogas inbjudan, oavsett om

18.3.3 Annonsering på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om förhandsannonsering av upphandling av koncessioner vars värde understiger tillämpliga tröskelvärden. Bestämmelserna ska placeras i kapitlet som rör upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området. Annonseringen ska ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att med elektroniska medel ge tillgång till koncessionsdokumenten vid annonsering om upphandling av koncessioner på det icke direktivstyrda området.

Utredningens förslag: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen föreslår endast en bestämmelse om att myndigheten eller enheten ska informera om sin avsikt att tilldela koncessionen, men inte något närmare om hur informationen ska lämnas.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Almega* och *Svenskt Näringsliv* anser att skyldigheten att ”informera” om avsikten att tilldela en koncession bör ersättas med en skyldighet att ”offentliggöra” avsikten genom en förhandsannons. *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* anser att annonseringen bör göras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. I övrigt uttalar sig inte remissinstanserna om förslaget och bedömningen.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Ett särskilt kapitel i den nya lagen ska reglera upphandling av koncessioner som understiger tröskelvärdena, se avsnitt 31.1 Enligt utredningens förslag ska en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en sådan koncession informera om detta genom en förhandsannons. Någon närmare anvisning om hur informationen ska lämnas framgår inte. Enligt utredningen får frågan om vad som är tillräckliga åtgärder i fråga om offentliggörandet avgöras från fall till fall utifrån bl.a. likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering och principen om öppenhet.

Regeringen delar utredningens bedömning att det bör finnas särskilda bestämmelser om annonsering av koncessioner som inte omfattas av direktivet. Enligt regeringens mening bör det dock tydliggöras att den upphandlande myndigheten eller enheten ska informera om sin avsikt att tilldela en koncession genom att publicera en förhandsannons. Regeringen anser vidare, i likhet med bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, att annonsen bör publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, dvs. på motsvarande sätt som gäller för annonsering enligt de båda andra föreslagna lagarna. Regeringen bedömer inte att en sådan ordning blir mer administrativt betungande för den upphandlande myndigheten eller enheten än om en bedömning måste göras i varje enskilt fall, såsom blir följden av utredningens förslag.

Prop. 2015/16:195 Någon skyldighet att kommunicera med elektroniska medel föreslås inte vid upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området (se avsnitt 20.5.4). Det bör inte heller vara obligatoriskt att göra koncessionsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel i samband med annonsering av sådan upphandling.

18.4 Anbudets giltighetstid

18.4.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Uppgiften ska lämnas i en annons om upphandling, i en förhandsannons som används som anbudsinfördran, i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog.

En underrättelse om tilldelningsbeslutet eller sådana upplysningar som lämnas på begäran av en leverantör som inte tilldelats kontraktet ska inte innebära att anbudet förfaller.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag. Promemorians förslag har en annan utformning. I promemorians förslag är bestämmelsen placerad i det kapitel i lagarna som behandlar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Av bilaga V del C till LOU-direktivet och bilaga XI del A till LUF-direktivet framgår beträffande öppet förfarande att en annons om upphandling ska innehålla uppgift om den tid under vilken anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud. I övrigt saknar direktiven bestämmelser som reglerar anbudsgivarens bundenhet av sitt anbud. Det ligger emellertid i sakens natur att en sådan skyldighet måste finnas för att upphandlingen ska fungera på ett rationellt sätt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 381 och prop. 2009/10:150 del 1 s. 224). Enligt 9 kap. 11 § första stycket LOU respektive LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten i förfrågningsunderlaget ange den tid som anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud. Vid öppet förfarande ska det anges i annonsen om upphandling. Bestämmelsen saknar motsvarighet i 1992 års LOU.

Enligt den dispositiva huvudregeln i 5 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar inom förmögenhetsrättens område (avtalslagen) förfaller ett anbud när det avslås, även om detta sker innan anbudets giltighetstid har gått ut. En underrättelse om att någon annan har tilldelats kontraktet eller upplysningar om varför anbudet har förkastats, innebär att anbudet avslås. Genom 1 kap. 19 a § i 1992 års LOU infördes en civilrättslig specialbestämmelse som klargör att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om denne har fått en sådan underrättelse eller upplysning (se prop. 2001/02:142 s. 95). Syftet med bestämmelsen är att undvika att hela upphandlingen ska behöva göras om, om det vid en överprövning av upphandlingen framkommer fel som skulle kunna rättas

genom en ny utvärdering av anbuderna. Bestämmelsen finns i dag i 9 kap. 11 § andra stycket LOU respektive LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 381 och 523).

Regeringen gör bedömningen att även de nya upphandlingslagarna bör innehålla bestämmelser om anbudets giltighetstid. Det innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange tiden för bindande anbud. Myndigheten eller enheten bör alltid få ange denna tid i den annons som används som anbudsfordran. Vid tvåstegsförfaranden bör myndigheten eller enheten även få ange tiden i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

Lagrådet har anmärkt att det är överraskande att bestämmelsen i lagrådsremissens förslag har placerats i ett kapitel som behandlar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation. Bestämmelsens första stycke anger vad en annons eller en inbjudan till anbudssökandena ska innehålla. Regeringen anser därför att bestämmelsen bör placeras i det kapitel i lagarna som reglerar annonsering och inbjudan till anbudssökande.

Som *Lagrådet* har påtalat finns det inte någon materiell bestämmelse om att en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud under den tid som anges av den upphandlande myndigheten eller enheten. Bestämmelsen är i stället utformad som en handlingsregel för myndigheten eller enheten. Av allmänna avtalsrättsliga principer följer dock att ett anbud, som lämnas med anledning av myndighetens eller enhetens uppfordran att ange anbud, anses ha lämnats med godkännande av de villkor som myndigheten eller enheten har angett i denna uppfordran. Anbuderna anses därför gälla med den giltighetstid som den upphandlande myndigheten eller enheten har angett, om inte något annat framgår av anbudet. Den upphandlande myndigheten eller enheten torde dock i många fall ange anbudets giltighetstid som ett krav som leverantören uttryckligen ska godta i anbudet.

Att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud i enlighet med dess innehåll framgår av 1 § avtalslagen och bör inte regleras i upphandlingslagarna. Sedvanliga avtalsrättsliga principer är tillämpliga även på anbud som lämnas i en upphandling. Det finns inte något principiellt hinder mot att avtalsrättens regler om ogiltighet, förklaringsmisslag och motivvillfarelse tillämpas på ett sådant anbud.

Bestämmelsens andra stycke innebär enligt lagrådsremissens förslag att en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud även om anbudet har avslagits genom ett tilldelningsbeslut eller genom sådana upplysningar som på begäran ska lämnas till en förlorande leverantör. *Lagrådet* har anfört att det är oklart vilken räckvidd regeln har. Enligt regeringens mening står det klart att syftet med bestämmelsen endast är att reglera vad som gäller om ett anbud avslås under giltighetstiden genom ett negativt besked av aktuellt slag. Anbudets bindande natur i övrigt är en avtalsrättslig fråga. För att tydliggöra bestämmelsens innebörd bör den enligt regeringens mening formuleras om något. Bestämmelsen bör endast uttrycka att sådana negativa besked som avses inte innebär att anbudet förfaller. Därigenom framgår att anbudets giltighet i övrigt inte regleras genom bestämmelsen.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska i en annons om upphandling eller i en inbjudan att lämna anbud ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En underrättelse om tilldelningsbeslutet eller sådana upplysningar som lämnas på begäran av en leverantör som inte tilldelats koncessionen innebär inte att ett anbud förfaller.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag. Utredningens förslag har en annan utformning. I utredningens förslag är bestämmelsen placerad i det kapitel i LUK som behandlar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: I likhet med LOU- och LUF-direktiven finns det inte någon bestämmelse om anbudets giltighetstid i LUK-direktivet. Även den nya lagen om upphandling av koncessioner bör dock innehålla en bestämmelse om anbudets giltighetstid. Bestämmelsen bör motsvara bestämmelserna i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna och placeras i det kapitel i lagen som reglerar annonsering av upphandling.

18.4.3 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: De nuvarande bestämmelserna om anbudsgivarens bundenhet av sitt anbud ska tas in i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande.

Regeringens bedömning: Någon bestämmelse om anbudets giltighetstid bör inte införas i lagen om upphandling av koncessioner.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens i fråga om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt promemorians förslag ska giltighetstiden för anbud vid urvalsförfarande framgå av inbjudan att lämna anbud.

Utredningens bedömning: Överensstämmer med regeringens i fråga om upphandling av koncessioner.

Remissinstanserna (promemorian): *Försvarets materielverk (FMV)* instämmer i promemorians bedömning att reglerna på det icke direktivstyrda området ska gälla oförändrade i de nya lagarna. *Konkurrenskommissionen* förordar att uppgiften om giltighetstiden för anbud vid urvalsförfarande ska framgå av annonsen med ansökningsinbjudan.

Remissinstanserna (utredningen): Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Av 15 kap. 5 § LOU respektive LUF framgår att annonsen om upphandling vid förenklat förfarande ska innehålla uppgift om den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande. Det saknas en motsvarande bestämmelse för urvalsförfarande.

Av 15 kap. 19 § tredje stycket LOU respektive LUF följer att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har underrättats om tilldelningsbeslutet eller fått sådana upplysningar som på begäran ska lämnas till en förlorande leverantör.

De ovan redovisade bestämmelserna bör tas in i de nya lagarnas kapitel om upphandling utanför det direktivstyrda området. Bestämmelserna som innebär att ett anbud inte förfaller genom vissa typer av besked bör utformas på motsvarande sätt som dessa bestämmelser på det direktivstyrda området. Vidare bör anbudets giltighetstid även anges vid urvalsförfarande. Enligt regeringens mening bör uppgiften om anbudets giltighetstid i dessa fall anges i annonsen med ansökningsinbjudan.

Upphandling av koncessioner

Utgångspunkten i detta lagstiftningsärende är att upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området inte ska regleras mer än vad som är nödvändigt för att garantera ett rättssäkert förfarande (se avsnitt 31.1).

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan även utan en särskild föreskrift välja att ange anbudens giltighetstid i en annons om upphandling eller en inbjudan att lämna anbud. Vidare kan myndigheten eller enheten i upphandlingen kräva att anbuderna ska vara giltiga även om leverantören får en underrättelse om tilldelningsbeslutet eller sådana upplysningar som lämnas till en leverantör som inte tilldelats koncessionen. Regeringen delar mot denna bakgrund utredningens bedömning att några bestämmelser om anbudets giltighetstid inte bör införas i den nya lagens kapitel om icke direktivstyrd upphandling av koncessioner

19 Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

19.1 Tidsfrister vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

19.1.1 Inledning

I detta avsnitt behandlas regeringens förslag om tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelser om sådana tidsfrister finns i artiklarna 27–31, 47 och 53 i LOU-direktivet samt i artiklarna 45–49, 66 och 73 i LUF-direktivet. I 2004 års LOU-direktiv

Prop. 2015/16:195 och LUF-direktiv finns dessa bestämmelser samlade i artikel 38 respektive artikel 45. I LOU och LUF finns bestämmelser om tidsfrister i 8 kap.

Som utgångspunkt för förslagen gäller att bestämmelserna om tidsfrister i de båda nya lagarna så långt som möjligt bör vara enhetliga. Bestämmelserna föreslås i de nya lagarnas 11 kap.

Avsnittet behandlar inte tidsfrister vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem (se avsnitt 16.1.3). I avsnitt 19.1.11 behandlas regleringen av aktuella frågor på det icke direktivstyrda området.

Tidsfristerna i de nya lagarna har i flera fall förkortats jämfört med LOU och LUF. De förkortade tidsfristerna hänger till stor del samman med att det blir obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att skicka annonser om upphandling med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå, att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga för leverantörerna med elektroniska medel och att tillåta elektronisk anbudsinslämning (jfr skäl 80 i LOU-direktivet och skäl 89 i LUF-direktivet).

I nuvarande lagstiftning och i lagrådsremissens lagförslag används uttrycket "tidsfristen för att komma in med" en anbudsansökan eller ett anbud. Upphandlingsdirektiven talar om "tidsfristen för mottagande" av anbudsansökningar eller anbud. *Lagrådet* har anmärkt att det är oklart vad som ska anses uppfylla kravet på att en anbudsansökan eller ett anbud har kommit in. Enligt Lagrådet finns det därför anledning att anknyta till den terminologi som används i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) för att precisera om ett anbud eller en accept har getts in i rätt tid. Där används uttrycket "till handa", vilket innebär att meddelandet ska vara mottagaren till handa på ett sådant sätt att mottagaren omedelbart kan ta del av innehållet i det.

Upphandlingsdirektiven reglerar inte när en anbudsansökan eller ett anbud ska anses ha mottagits av den upphandlande myndigheten eller enheten. Avtalsrätten faller utanför upphandlingsdirektiven. I 10 § förvaltningslagen (1986:223) finns bestämmelser som preciserar när en handling ska anses ha kommit in till en förvaltningsmyndighet. Dessa bestämmelser avser framför allt handlingar som skickas per post och är även tillämpliga i en förvaltningsmyndighets upphandlingsärenden. Bestämmelserna gäller dock inte för upphandlande myndigheter eller enheter som inte ska tillämpa förvaltningslagen, t.ex. vissa statliga bolag. Av bestämmelserna i 10 § förvaltningslagen framgår att en handling i vissa fall ska anses ha kommit in till myndigheten även om handlingen inte kommit myndigheten till handa på det sätt som avses i avtalslagen.

Det av Lagrådet föreslagna uttrycket för tidsfrist ("den tid inom vilket anbudet ska vara den upphandlande myndigheten till handa") tynger enligt regeringens mening läsningen av lagtexten. Formuleringen innebär även en ändring av gällande rätt på så sätt att 10 § förvaltningslagen delvis sätts ur spel i upphandlingsärenden. Något problem i rättstillämpningen synes inte ha uppstått till följd av uttryckssättet i tidsfristbestämmelserna i LOU och LUF. Oavsett vilken av formuleringarna som används gäller att meddelandet skickas på avsändarens risk. Som huvudregel ska vidare anbudsansökningar och anbud lämnas elektroniskt enligt de nya upphandlingslagarna (se

avsnitt 20.1). Den utrustning som används för att ta emot elektroniska anbudsansökningar och anbud ska på ett säkert sätt kunna fastställa exakt tidpunkt för mottagandet av handlingen. Någon tveksamhet om när handlingen har kommit in torde därmed sällan uppstå i sådana fall. Att anbud som skickas per post i några sällsynta undantagsfall ska anses ha kommit in vid olika tidpunkter, beroende på om mottagaren ska följa förvaltningslagen eller inte, är något som får accepteras i sammanhanget. Regeringen anser sammanfattningsvis inte att det finns tillräckliga skäl att använda en annan formulering än den som gäller enligt nuvarande LOU och LUF. Bestämmelserna bör således även i fortsättningen ange ”tidsfristen för att komma in med” anbudsansökningar eller anbud.

19.1.2 Huvudregeln för tidsfrister

Regeringens förslag: När den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer tidsfristen för anbudsansökningar eller anbud, ska särskild hänsyn tas till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet.

Tidsfristen för anbud ska bestämmas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorians förslag är bestämmelsen om anbud efter besök på plats placerad i en annan paragraf (jfr avsnitt 19.1.8).

Remissinstanserna: *Tillväxtverket* tillstyrker förslaget. *Husbyggnadsvaror HBV Förening* ställer frågan om skälighetsbedömningen av tidsfristen enligt huvudregeln påverkas av de nya kortare minimitidsfristerna.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 47.1 i LOU-direktivet ska en upphandlande myndighet, när den fastställer tidsfristerna för mottagande av anbud och anbudsansökningar, ta hänsyn till hur komplext kontraktet är och hur lång tid som behövs för att utarbeta ett anbud, utan att detta påverkar de minimitidsfrister som fastställs i artiklarna 27–31. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 66.1 i LUF-direktivet, som dock anger att upphandlande enheter ska ta särskild hänsyn till kontraktets komplexitet. Även artikel 38.1 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 45.1 i 2004 års LUF-direktiv talar om särskild hänsyn i detta sammanhang. Detsamma gäller 8 kap. 1 § LOU respektive LUF, som genomför nämnda artiklar (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 208, 360 f. och 509). Någon ändring i sak torde inte vara avsedd genom att ordet särskild utelämnats från artikel 47.1 i LOU-direktivet.

Den angivna huvudregeln gäller alltid när tidsfristen för anbud eller anbudsansökningar ska bestämmas. Det är således inte tillräckligt att en upphandlande myndighet eller enhet enbart iakttar bestämmelserna om minimitidsfrister. Att huvudregeln inte påverkar minimitidsfristerna innebär att en myndighet eller enhet inte med stöd av huvudregeln kan bestämma en kortare tidsfrist än vad som följer av minimitidsfristen.

Prop. 2015/16:195 Med anledning av frågan från *Husbyggnadsvaror HBV Förening* kan regeringen anmärka att vad som är en skälig tidsfrist enligt huvudregeln på samma sätt som i dag är beroende av förhållandena i den enskilda upphandlingen. Det saknar i det avseendet betydelse att minimitidsfristerna i många fall är kortare i de nya direktiven. En tidsfrist får endast förkortas, om det är förenligt med huvudregeln.

Bestämmelser som genomför artikel 47.1 i LOU-direktivet och artikel 66.1 i LUF-direktivet bör, som föreslås i promemorian, införas i de nya lagarna. Bestämmelserna bör motsvara 8 kap. 1 § LOU respektive LUF. I bestämmelserna bör även anges att särskild hänsyn ska tas till hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningar. I 8 kap. 1 § LOU respektive LUF nämns endast anbud i detta sammanhang.

Om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats eller efter en granskning på plats av underlaget till upphandlingsdokumenten, ska enligt artikel 47.2 i LOU-direktivet fristerna för att motta anbud, som ska vara längre än de minimitidsfrister som fastställts i artiklarna 27–31, fastställas så att alla berörda leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 66.2 i LUF-direktivet. Regeringen anser i likhet med *Lagrådet* att denna reglering passar bättre i huvudregeln för tidsfrister än i en bestämmelse som avser förlängning av redan meddelade tidsfrister (se avsnitt 19.1.8). Huvudregeln för tidsfrister bör således även reglera situationen att anbud endast kan lämnas efter besök på plats.

19.1.3 Tidsfrist vid öppet förfarande

Regeringens förslag: Tidsfristen för anbud vid öppet förfarande ska vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Tidsfristen ska förlängas i vissa situationer. I andra situationer ska tidsfristen få förkortas.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. Några remissinstanser, bl.a. *Arbetsmiljöverket*, *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)* och *Husbyggnadsvaror HBV Förening* tillstyrker förslaget om kortare tidsfrister. *Västra Götalands läns landsting*, *Coompanion Sverige* och *Swedish Medtech* avstyrker emellertid förslaget. *Sveriges Byggindustrier* förordar att det i vart fall vid upphandling av byggtreprenader införs en längre tidsfrist. Sveriges Byggindustrier anmärker att den angivna minimitidsfristen ofta tenderar att bli den faktiska tidsfristen på grund av bristande planering hos upphandlande myndigheter eller enheter. Vid upphandling av komplexa och omfattande byggtreprenader är en anbudstid om 35 dagar ofta otillräcklig enligt Sveriges Byggindustrier.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 27.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 45.1 andra stycket i LUF-direktivet ska tidsfristen för anbud vid öppet förfarande vara minst 35 dagar från den

dag då annonsen om upphandling skickades. Motsvarande tidsfrist enligt LOU och LUF är i dag 52 dagar. Prop. 2015/16:195

Vissa remissinstanser avstyrker den föreslagna förkortningen av tidsfristen. Regeringen konstaterar att tidsfristen enligt direktiven är en minimitidsfrist. Av huvudregeln för tidsfrister (se avsnitt 19.1.2) framgår att särskild hänsyn alltid ska tas till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet. En alltför kort tidsfrist kan utgöra grund för överprövning av upphandlingen även om tidsfristen har varit längre än minimitidsfristen. Regeringen ser därför ingen anledning att avvika från direktivens reglering av minimitidsfristen. Bestämmelser som genomför direktivens reglering om tidsfrister för anbud vid öppet förfarande bör införas i de nya lagarna.

Såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet innehåller bestämmelser som innebär att tidsfristen för anbud ska förlängas i vissa situationer och får förkortas i andra situationer (se avsnitten 19.1.5–19.1.10). Av lagbestämmelserna bör därför framgå att tidsfristen om minst 35 dagar gäller om inte något annat följer av sådana bestämmelser i lagen.

19.1.4 Tidsfrister vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap

Regeringens förslag: Tidsfristen för anbudsansökningar vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Tidsfristen för anbudsansökningar vid dessa förfaranden enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska vara minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska vara minst 30 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

De ovan angivna tidsfristerna enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska förlängas i vissa situationer. I andra situationer ska tidsfristerna få förkortas.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås att den i LUF-direktivet rekommenderade tidsfristen om minst 30 dagar för anbudsansökningar ska anges i lag.

Skälen för regeringens förslag

Tidsfrister för anbudsansökningar

Enligt artikel 28.1 andra stycket och artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt förfarande respektive förhandlat förfarande med föregående annonsering vara 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling eller, när en förhandsannons används som anbudsinfördran, en inbjudan att bekräfta intresse skickades. Av artikel 28.6 och artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet framgår att denna tidsfrist får förkortas om det i en brådskande situation, som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten, är omöjligt att tillämpa tidsfristen (se avsnitt 19.1.10).

Enligt artikel 30.1 andra stycket och artikel 31.1 fjärde stycket i LOU-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap vara 30 dagar ”från och med” den dag då annonsen om upphandling avsändes. Den svenska språkversionens användning av uttrycket ”från och med” i dessa artiklar i stället för ”från” synes vara en felöversättning. LOU-direktivet innehåller inte någon bestämmelse som avser förlängning eller förkortning av denna tidsfrist.

Enligt artikel 46.1 andra stycket, artikel 47.1 andra stycket och artikel 48.1 andra stycket i LUF-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive konkurrenspräglad dialog i regel vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling eller, om en förhandsannons används som anbudsinfördran, inbjudan att bekräfta intresse avsändes och får inte i något fall vara kortare än 15 dagar. I artikel 46.1 andra stycket har kravet på anbudsinfördran genom förhandsannonsering fallit bort, vilket dock inte påverkar innebörden av bestämmelsen. En inbjudan att bekräfta intresse kan endast användas om en förhandsannons dessförinnan har använts som anbudsinfördran. Enligt artikel 49.1 fjärde stycket i LUF-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vid förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i regel vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes och får inte i något fall vara kortare än 15 dagar. LUF-direktivet innehåller inte någon bestämmelse som avser förlängning eller förkortning av nu nämnda tidsfrister.

Förhandsannonsering behandlas i avsnitt 18.1.1. Inbjudan att bekräfta intresse behandlas i avsnitt 18.2.1.

Tidsfrister för anbud

Enligt artikel 28.2 andra stycket i LOU-direktivet ska minimitidsfristen för mottagande av anbud vid selektivt förfarande vara 30 dagar från den

dag då inbjudan att lämna anbud avsändes. Enligt artikel 29.1 fjärde stycket i samma direktiv ska minimitidsfristen för mottagande av det ursprungliga anbudet vid förhandlat förfarande med föregående annonsering vara 30 dagar från den dag då inbjudan avsändes. LOU-direktivet föreskriver att tidsfristen för anbud vid nämnda förfaranden ska förlängas i vissa situationer och får förkortas i andra situationer (se avsnitten 19.1.5–19.1.10).

Tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LUF-direktivet behandlas i avsnitt 19.1.7.

Tidsfristerna för anbud vid konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap regleras inte särskilt i de nya direktiven. Inbjudan att lämna anbud behandlas i avsnitt 18.2.2.

Regeringens förslag och bedömning

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens ovan redovisade regleringar bör införas i de nya lagarna. I likhet med den bedömning som gjorts i avsnitt 19.1.3 ser regeringen inget skäl att avvika från direktivens minimitidsfrister.

I lagrådsremissens förslag anges att tidsfristen för anbudsansökningar bör vara minst 30 dagar enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. *Lagrådet* har förordat att ”bör-regeln” stryks ur lagtexten och i stället anges i författningskommentaren. Regeringen anser att en ”bör-reglering” i lag i detta fall är en mindre lämplig lösning och har därför utformat lagförslaget och författningskommentaren enligt Lagrådets synpunkt.

Det saknas skäl att ange startpunkten för tidsfristerna för anbudsansökningar enligt artikel 30.1 andra stycket och artikel 31.1 fjärde stycket i LOU-direktivet på annat sätt än övriga tidsfrister. Även dessa tidsfrister bör alltså räknas från dagen då annonsen om upphandling skickades för publicering (jfr 8 kap. 3 § LOU).

Regeringens förslag: Om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat, ska tidsfristen för anbud vid öppet förfarande få bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat utan att annonsen använts som anbudsinfördran, ska tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering få bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämnaanbud skickades till utvalda anbudssökande.

Tidsfristen ska endast få förkortas om förhandsannonseringen innehöll de uppgifter som anges i bilagor till LOU-direktivet respektive LUF-direktivet, i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och förhandsannonseringen skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt över förslaget. *Västra Götalands läns landsting* motsätter sig allmänt att tidsfrister för att komma in med anbud förkortas jämfört med nuvarande lagstiftning. *Husbyggnadsvaror HBV Förening* ser däremot positivt på direktivens möjligheter att förkorta tidsfrister.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artiklarna 27.2, 28.3 och 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet får tidsfristen för anbud vid öppet förfarande, selektivt förfarande respektive förhandlat förfarande med föregående annonsering förkortas när den upphandlande myndigheten har offentliggjort en förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar (se artikel 48.1). I sådana fall får minimitidsfristen för mottagande av anbud minskas till 15 dagar vid öppet förfarande och till 10 dagar vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Som förutsättning för förkortningen gäller enligt nämnda artiklar att förhandsannonseringen innehöll alla de uppgifter som krävs för annonsen om upphandling enligt bilaga V del B avsnitt I till LOU-direktivet, i den mån de sistnämnda uppgifterna fanns att tillgå när förhandsannonseringen publicerades. Vidare krävs att förhandsannonseringen skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

I artikel 45.2 i LUF-direktivet finns en motsvarande reglering för öppet förfarande. Regleringen medger att minimitidsfristen för mottagande av anbud minskas till 15 dagar. Kravet på förhandsannonseringens innehåll finns i bilaga VI del A avsnitten I och II till LUF-direktivet.

Enligt LOU och LUF får i dag tidsfristen för anbud vid öppet förfarande förkortas, om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat för att informera om planerade upphandlingar. Tidsfristen får dock aldrig understiga 22 dagar. Möjligheten att förkorta tidsfristen i dessa fall gäller enligt LOU även vid selektivt förfarande.

I fråga om tidsfristen för anbud vid öppet förfarande gäller enligt artikel 27.2 i LOU-direktivet och artikel 45.2 i LUF-direktivet som

förutsättning för förkortningen att förhandsannonsering inte användes som en anbudsinfördran. Någon möjlighet att använda en förhandsannons som anbudsinfördran vid öppet förfarande finns dock inte i direktiven. Förhandsannonsering behandlas i avsnitt 18.1.1.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förkortning av tidsfrister efter förhandsannonsering föreslås i de nya lagarna.

19.1.6 Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

Regeringens förslag: Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbudet skickas in elektroniskt, ska tidsfristen för anbud vid öppet förfarande få förkortas med fem dagar.

Om den upphandlande myndigheten tillåter att anbudet skickas in elektroniskt, ska tidsfristen för anbud få förkortas med fem dagar vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans invänder mot förslaget. *Arbetsmiljöverket* ser positivt på möjligheten att förkorta tidsfristen. *Svensk Energi* föreslår att tidsfristen även ska få förkortas vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering på försörjningsområdet. Enligt *Svensk Energi* torde det vara ett misstag att sådana regler inte intagits i LUF-direktivet.

Skälen för regeringens förslag: Av artikel 27.4 i LOU-direktivet och artikel 45.4 i LUF-direktivet följer att tidsfristen om minst 35 dagar för att komma in med anbud vid öppet förfarande (se avsnitt 19.1.3) får minskas med fem dagar om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbudet skickas in med elektroniska medel.

Enligt artiklarna 28.5 och 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet får tidsfristen om minst 30 dagar för att komma in med anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering (se avsnitt 19.1.4) minskas med fem dagar på samma grund. En motsvarande reglering för nämnda förfaranden saknas i LUF-direktivet.

Möjligheten att förkorta tidsfristen vid elektronisk anbudslämning är en nyhet i de båda direktiven. Den upphandlande myndighetens eller enhetens kommunikation med elektroniska medel behandlas i avsnitt 20.1. Av artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten, utom i vissa undantagsfall, är skyldig att tillåta elektroniska anbud.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förkortade tidsfrister vid elektroniska anbud föreslås i de nya lagarna. Det finns ingen möjlighet att, som *Svensk Energi* föreslagit, lagstifta om en kortare tidfrist än vad direktiven medger. Som framgår av avsnitt 19.1.7 får tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering på försörjningsområdet bestämmas efter en överenskommelse med leverantörerna. Om ingen överenskommelse kan nås, får tidsfristen bestämmas till minst tio dagar.

Regeringens förslag: Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet, som inte är en central upphandlande myndighet, eller en upphandlande enhet få bestämma tidsfristen för anbud till den tid som har överenskommit med de utvalda anbudssökandena, under förutsättning att alla anbudssökande får samma tid för att lämna anbud.

Om en sådan överenskommelse inte har kunnat nås, ska tidsfristen vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till anbudssökandena.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Enligt promemorians förslag ska tidsfristen inte få bestämmas i enlighet med en överenskommelse, om tidsfristen enligt särskilda bestämmelser ska förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig uttryckligen i frågan. *Tillväxtverket* är dock över lag positivt inställd till att bestämmelserna om tidsfrister för anbud görs mer flexibla.

Skälen för regeringens förslag: Möjligheten att avtala om tidsfristen för anbud är en nyhet i LOU-direktivet. Enligt artikel 28.4 i LOU-direktivet får medlemsstaterna ange att alla eller specifika kategorier av upphandlande myndigheter under den centrala nivån får fastställa tidsfristen för mottagande av anbud vid selektivt förfarande enligt en överenskommelse mellan den upphandlande myndigheten och utvalda anbudssökande, under förutsättning att alla utvalda anbudssökande får lika lång tid på sig att utarbeta och lämna anbud. Om det inte går att komma överens om en tidsfrist för mottagande av anbud, ska tidsfristen vara minst tio dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud avsändes. Av artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet framgår att det sagda även gäller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En motsvarande reglering finns i artikel 46.2 andra stycket och artikel 47.2 andra stycket i LUF-direktivet. Regleringen avser dock samtliga upphandlande enheter och är tvingande för medlemsstaterna. I 8 kap. 4 § LUF finns en bestämmelse som i allt väsentligt motsvarar regleringen i LUF-direktivet.

Regeringen gör bedömningen att det inte finns några tungt vägande skäl mot att införa en reglering som medger sådana överenskommelser om tidsfristen som LOU-direktivet tillåter. Tillämpning av en överenskommelse förutsätter att alla utvalda anbudssökande är överens och får lika lång tid på sig att komma in med anbudet. Det bör bidra till ett flexiblare upphandlingsförfarande att tillåta denna möjlighet. Något skäl att, vilket medges av artikel 28.4 i LOU-direktivet, begränsa möjligheten till specifika kategorier av upphandlande myndigheter har inte framkommit. Möjligheten bör alltså vara öppen för alla upphandlande myndigheter som inte definieras som centrala upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Någon minsta tid för en överenskommen tidsfrist anges inte i direktiven. Även när tidsfristen ska bestämmas efter en överenskommelse ska dock den upphandlande myndigheten eller enheten ta sådan särskild hänsyn till upphandlingens komplexitet som avses i huvudregeln för fastställande av tidsfrister (se avsnitt 19.1.2).

I promemorian föreslås en bestämmelse som innebär att en tidsfrist för anbud inte ska få bestämmas på grundval av en överenskommelse, om tidsfristen i stället ska förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud. Enligt regeringens bedömning (se avsnitt 19.1.8) avser emellertid bestämmelsen om förlängning av tidsfristen endast redan meddelade tidsfrister. Något behov av en bestämmelse av aktuellt slag finns därför inte.

Direktiven innehåller inte någon bestämmelse som undantar en överenskommen tidsfrist från en sådan förlängning som avses i avsnitt 19.1.8. Även överenskomna tidsfrister ska således förlängas i de aktuella situationerna. Någon särskild bestämmelse om detta behövs inte.

Sammanfattningsvis anser regeringen att bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om tidsfristen för anbud efter överenskommelse ska föras in i de nya lagarna.

19.1.8 Tillräcklig tid att utarbeta ett anbud

Regeringens förslag: En meddelad tidsfrist för anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om kompletterande upplysningar inte lämnas inom angivna tidsfrister eller om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Regeringens bedömning: Det bör inte anges särskilt i de nya lagarna att förlängningen av tidsfristen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt, att betydelselös information som inte lämnats ut i tid inte behöver föranleda en förlängning och att kompletterande upplysningar måste begäras i god tid för att påverka tidsfristen.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians förslag innehåller även en bestämmelse om tidsfristen när anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats (jfr avsnitt 19.1.2).

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig särskilt i frågan tillstyrker i allt väsentligt förslaget och bedömningen. *Västra Götalands läns landsting*, *Swedish Medtech* och *Husbyggnadsvaror HBV Förening* ser positivt på den nya bestämmelsen att tidsfristen ska förlängas vid väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten. *Swedish Medtech* pekar dock samtidigt på gränsdragningsproblem mellan väsentliga ändringar som innebär att tidsfristen ska förlängas och så väsentliga ändringar att upphandlingen måste göras om. *Advokatfirman Delphi* anser att proportionalitetsprincipen bör komma till uttryck i bestämmelsen om förlängning.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Enligt artikel 47.3 första stycket a i LOU-direktivet ska de upphandlande myndigheterna

Prop. 2015/16:195 förlänga tidsfristerna för mottagande av anbud så att alla berörda leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om kompletterande information som av leverantören begärts i god tid av något skäl inte lämnas senast sex dagar före den tidsfrist som fastställts för mottagande av anbud. Vid det påskyndade förfarande som avses i artiklarna 27.3 och 28.6 ska denna tidsperiod vara fyra dagar. Enligt artikel 47.3 första stycket b i LOU-direktivet ska vidare tidsfristerna för anbud förlängas på samma sätt om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

LUF-direktivet innehåller motsvarande reglering om förlängning av tidsfristerna i artikel 66.3. Den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att lämna kompletterande information om upphandlingsdokumenten inom viss tid behandlas i avsnitt 20.2.1.

Av skäl 81 i LOU-direktivet och skäl 90 i LUF-direktivet framgår att aktuella bestämmelser om förlängning av tidsfristen för anbud avser situationer som inträffar efter det att den ursprungliga tidsfristen har meddelats. Om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten i samband med att den ursprungliga tidsfristen bestäms, ska i stället huvudregeln för tidsfrister tillämpas (se avsnitt 19.1.2).

I artikel 47.3 andra stycket i LOU-direktivet anges att en förlängning av tidsfristen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt. Enligt tredje stycket i artikeln ska de upphandlande myndigheterna inte vara skyldiga att förlänga tidsfristerna, om kompletterande information inte har begärts i god tid eller om informationen som inte lämnats ut i tid saknar betydelse för utarbetandet av väl underbyggda anbud. Motsvarande formuleringar finns i artikel 66.3 andra och tredje styckena i LUF-direktivet.

Att förlängningen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt och att betydelselös information som lämnats ut för sent inte ska behöva föranleda en förlängning får anses vara självklart och behöver enligt regeringens mening inte anges särskilt i bestämmelserna om förlängning av tidsfrister (jfr avsnitt 19.1.2). Att kompletterande upplysningar måste begäras i god tid för att kunna påverka tidsfristen följer av de föreslagna bestämmelserna (se avsnitt 20.2.1). Proportionalitetsprincipen ska tillämpas vid all upphandling enligt de nya lagarna. Regeringen finner inte, till skillnad från *Advokatfirman Delphi*, något skäl att lagfästa de särskilda skrivningarna om proportionalitet i de aktuella artiklarna (jfr avsnitt 5.5).

2004 års upphandlingsdirektiv innehåller bestämmelser om förlängning av tidsfristen om kompletterande upplysningar inte lämnas inom angivna tidsfrister. Att förlängning av tidsfristen även ska ske vid väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten är en nyhet i LOU- och LUF-direktiven. I skäl 81 i LOU-direktivet och skäl 90 i LUF-direktivet framhålls särskilt att ändringar i de tekniska specifikationerna kan motivera en förlängning av tidsfristen. Skälen betonar att sådana ändringar dock inte får vara så väsentliga att de skulle medföra att andra anbudssökande ges tillträde än de som ursprungligen valdes eller att ytterligare deltagare anmäler sig till upphandlingsförfarandet. Detta skulle särskilt kunna vara fallet om ändringarna innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen fastställdes i upphandlingsdokumenten. Vid så väsentliga

ändringar som skälen syftar på är det inte tillräckligt med en förlängning av tidsfristen för anbud. I sådana fall måste upphandlingen göras om. Prop. 2015/16:195

Mot angiven bakgrund föreslår regeringen bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens ovan redovisade regleringar om förlängning av tidsfristen för anbud i de nya lagarna.

19.1.9 Förlängd tidsfrist om upphandlingsdokumenten inte görs elektroniskt tillgängliga

Regeringens förslag: Tidsfristen för anbud ska förlängas med fem dagar om den upphandlande myndigheten eller enheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten med elektroniska medel från den dag då en förhandsannons eller annons om upphandling publiceras eller från och med den dag då en inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena.

Tidsfristen för anbud ska även förlängas med fem dagar om den upphandlande enheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten med elektroniska medel från och med den dag då en inbjudan att lämnaanbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena, om anbudsinfördran utgörs av en annons om kvalificeringssystem.

Förlängningen med fem dagar ska inte göras om tidsfristen anges efter en överenskommelse. Förlängningen ska inte heller göras vid ett s.k. påskyndat förfarande.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Enligt promemorians förslag ska dock tidsfristen förlängas om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten inte ges ”från den dag då annonsen skickas för publicering”.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig över förslaget, *Västra Götalands läns landsting*, anmärker att det strider mot direktiven att publicera innehållet i annonser på nationell nivå innan annonsen publiceras av Europeiska unionens publikationsbyrå.

Skälen för regeringens förslag: Av artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 73.1 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från och med den dag då en annons offentliggörs i enlighet med artikel 51 respektive artikel 71, eller den dag då en inbjudan att bekräfta intresse avsändes. De annonser som avses är förhandsannonser, annonser om upphandling och efterannonser. I LUF-direktivet avses även annonser om kvalificeringssystem. Enligt artikel 73.1 andra stycket i LUF-direktivet ska elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten i sistnämnda fall ges så snart som möjligt och senast när inbjudan att lämna anbud eller inbjudan att förhandla avsänds.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten vid annonsering behandlas närmare i avsnitt 18.1.3. Enligt förslaget i det avsnittet ska upphandlingsdokumenten göras elektroniskt tillgängliga från den dag då förhandsannonsen eller annonsen om upphandling publiceras.

Prop. 2015/16:195 Skyldigheten att hålla dokumenten elektroniskt tillgängliga gäller sedan under hela annonseringstiden. Den svenska språkversionen av direktiven förefaller vara felaktig när den talar om att göra upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel ”från och med” den dag då annonsen publiceras.

Vad gäller inbjudan att bekräfta intresse (enligt båda direktiven) och inbjudan att komma in med anbud eller att förhandla (enligt artikel 73.1 andra stycket i LUF-direktivet) saknas det skäl att avvika från den svenska språkversionen av direktiven i detta avseende. En inbjudan av aktuellt slag ska som huvudregel skickas till leverantörerna med elektroniska medel. Inbjudan ska innehålla uppgift om den internetadress där upphandlingsdokumenten kan hämtas. En leverantör som har fått inbjudan elektroniskt ska med andra ord omedelbart kunna få tillgång till upphandlingsdokumenten. I fråga om inbjudan att lämna anbud eller att förhandla föreskriver LUF-direktivet vidare att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga ”senast när” inbjudan avsänds. I de nu nämnda fallen ska alltså upphandlingsdokumenten, i enlighet med vad direktiven föreskriver, göras tillgängliga med elektroniska medel ”från och med” den dag då inbjudan skickas.

I artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet regleras vad som gäller om den upphandlande myndigheten inte kan ge sådan elektronisk direktåtkomst som föreskrivs. Enligt artikel 53.1 andra stycket får de upphandlande myndigheterna, om elektronisk tillgång till vissa upphandlingsdokument inte kan ges av något av de skäl som anges i artikel 22.1 andra stycket, i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange att berörda upphandlingsdokument kommer att översändas på annat sätt än med elektroniska medel i enlighet med artikel 53.2. I sådana fall ska tidsfristen för anbud förlängas med fem dagar, utom i brådskande situationer som bestyrks på lämpligt sätt i enlighet med artiklarna 27.3, 28.6 och 29.1 fjärde stycket. De skäl som avses i artikel 22.1 andra stycket rör främst situationer som innebär att leverantörerna måste använda utrustning som inte är allmänt tillgänglig för att kunna få tillgång till upphandlingsdokumenten. Artikel 53.2 föreskriver att kompletterande upplysningar om specifikationerna och de kompletterande handlingarna ska lämnas ut senast sex dagar före tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. Vid påskyndat förfarande ska denna tidsperiod vara fyra dagar.

Enligt artikel 53.1 tredje stycket i LOU-direktivet ska de upphandlande myndigheterna, om elektronisk tillgång till vissa upphandlingsdokument inte kan ges på grund av att myndigheterna avser att tillämpa artikel 21.2, i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange vilka åtgärder till skydd för uppgifternas konfidentiella karaktär som de kräver, och hur tillgång kan ges till de berörda dokumenten. I sådana fall ska tidsfristen för förlängas med fem dagar, utom i brådskande situationer som bestyrks på lämpligt sätt i enlighet med artiklarna 27.3, 28.6 och 29.1 fjärde stycket. Artikel 21.2 föreskriver att en upphandlande myndighet får ställa krav på leverantörer för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. Ett sådant krav kan ha formen av ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Motsvarande reglering om förlängning av tidsfristen med fem dagar finns i artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet. Till skillnad från LOU-direktivet anges att förlängning inte ska ske om tidsfristen fastställts efter en överenskommelse (se avsnitt 19.1.7). Det saknas dock skäl att behandla denna fråga på något annat sätt i den nya lagen om offentlig upphandling. Bestämmelsen om förlängning med fem dagar i LOU-direktivet tar sikte på händelser under annonseringstiden, dvs. före överenskommelsen om tidsfristen som görs i samband med att inbjudan att lämna anbud ska skickas. När överenskommelsen träffas är alltså den uteblivna elektroniska direktåtkomsten känd för leverantörerna. Det ligger i sakens natur att detta är något som beaktas av parterna när avtalet träffas.

Det saknas vidare skäl att i de nya lagarna göra frågan om förlängning av tidsfristen beroende av myndighetens eller enhetens anledning till att inte ge elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten. För att bestämmelserna om förlängning ska vara begripliga och hanterliga bör de innebära att förlängning med fem dagar alltid ska ske om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument inte ges på föreskrivet sätt. Undantag ska endast göras för överenskommelser om tidsfristen och påskyndade förfaranden. Det finns inget hinder mot att göra bestämmelser om förlängning av minimitidsfrister mer heltäckande än vad direktiven anger.

Sammanfattningsvis bör därför de nya lagarna innehålla bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förlängning av tidsfristen för anbud vid utebliven elektronisk tillgång till upphandlingsdokument.

19.1.10 Påskyndat förfarande

Regeringens förslag: Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de föreskrivna tidsfristerna, ska följande gälla.

Tidsfristen för anbud vid öppet förfarande ska få bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Tidsfristen för anbudsansökningar vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska få bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska få bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: En remissinstans, *Svensk Energi*, yttrar sig över förslaget och framför att påskyndat förfarande även bör kunna användas vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Skälen för regeringens förslag: Om det i en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten eller enheten är omöjligt att tillämpa tidsfristen för anbud vid öppet förfarande får, enligt artikel 27.3 i LOU-direktivet och artikel 45.3 i LUF-direktivet, myndigheten eller enheten fastställa en tidsfrist på minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om det i en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten är omöjligt att tillämpa tidsfristerna vid selektivt förfarande får myndigheten enligt artikel 28.6 i LOU-direktivet fastställa en tidsfrist för mottagande av anbudsansökningar på minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling avsändes. Under samma förutsättningar får vidare myndigheten vid ett sådant förfarande fastställa en tidsfrist för mottagande av anbud på minst tio dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud avsändes. Enligt artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet ska artikel 28.6 även tillämpas vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

LOU-direktivet medger inte att tidsfristen för anbudsansökningar får förkortas på grund av brådskande, om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran och en inbjudan att bekräfta intresse därmed utgör startpunkten för tidsfristen.

LUF-direktivet saknar bestämmelser om förkortade tidsfrister vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta beror på att tidsfrister som motsvarar tidsfristerna vid påskyndat förfarande enligt LOU-direktivet i dessa fall kan fastställas med tillämpning av de ordinarie bestämmelserna i LUF-direktivet (jfr avsnitten 19.1.3 och 19.1.7).

Möjligheten att förkorta tidsfrister på grund av brådskande (vid öppet förfarande) är en nyhet i LUF-direktivet. Artikel 38.8 i 2004 års LOU-direktiv medger en sådan förkortning av tidsfristen i vissa fall. Medan nämnda artikel talar om tidsfrist talar LOU-direktivet och LUF-direktivet om ”en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt”. Någon skillnad i sak mellan tidsfrist och brådskande situation torde inte föreligga. Begreppet tidsfrist är inarbetat genom den nuvarande bestämmelsen i 8 kap. 8 § LOU och bör kunna användas även i de båda nya lagarna. Även benämningen påskyndat förfarande är inarbetad och kan användas i de nya lagarna (jfr 8 kap. 12 § andra stycket LOU).

Att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som ska visa att förutsättningarna för det påskyndade förfarandet är uppfyllda (dvs. bestyrka tidsfristen på lämpligt sätt) följer av allmänna principer och behöver inte särskilt anges i de nya lagarna.

I promemorian föreslås en bestämmelse som innebär att tidsfristen för anbud inte ska få förkortas genom ett påskyndat förfarande, om tidsfristen i stället ska förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud. Enligt regeringens bedömning (se avsnitt 19.1.8) avser emellertid bestämmelsen om förlängning av tidsfristen endast redan meddelade tidsfrister. Något behov av en bestämmelse av aktuellt slag finns därför inte.

Direktiven innehåller inte någon bestämmelse som undantar påskyndade förfaranden från sådana förlängningar av tidsfristen som avses i avsnitt 19.1.8. Tvärtom framgår av direktiven att en förlängning av tidsfristen för anbud ska ske om kompletterande upplysningar inte

lämnas inom angiven tid vid ett påskyndat förfarande. Även vid ett påskyndat förfarande ska således en meddelad tidsfrist för anbud förlängas i de aktuella situationerna. Någon särskild bestämmelse om detta behövs inte.

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om förkortade tidsfrister i brådskande situationer föreslås i de nya lagarna. Det är inte möjligt att, som *Svensk Energi* framfört, lagstifta om påskyndat förfarande i andra fall än vad direktiven medger.

19.1.11 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: De nuvarande bestämmelserna om tidsfrister för upphandlingar utanför det direktivstyrda området ska tas in i de nya lagarna.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som uttalar sig i frågan, *Försvarets materielverk (FMV)*, tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I 15 kap. LOU respektive LUF finns bestämmelser om upphandling som helt eller delvis faller utanför det direktivstyrda området. Enligt 15 kap. 9 § LOU respektive LUF ska anbudssökande och anbudsgivare ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad.

Lagrådet har ifrågasatt varför tidsfristen för anbudsansökningar, till skillnad från direktivstyrd upphandling, enligt förslaget inte ska räknas från den dag då annonsen med ansökningsinbjudan skickades för publicering. Enligt *Lagrådet* bör frågan regleras på samma sätt som på det direktivstyrda området, om det inte finns något särskilt skäl mot det.

Utgångspunkten i detta lagstiftningsärende att bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF ska tas in i de nya lagarnas kapitel om upphandling som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområde. Bestämmelserna på det icke direktivstyrda området är inte föremål för någon översyn i detta lagstiftningsärende (se avsnitt 31.1). Regeringen ser därför inte något skäl att nu ändra de aktuella bestämmelserna om tidsfrister.

19.2.1 Det direktivstyrda området

Regeringens förslag: När den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer tidsfristen för anbudsansökningar eller anbud ska särskild hänsyn tas till hur komplex koncessionen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. Tidsfristen ska bestämmas så att alla leverantörer får tillräcklig tid att utarbeta en anbudsansökan eller ett anbud, om en sådan endast kan lämnas efter ett besök på plats.

Tidsfristen för anbudsansökningar eller anbud ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. Om förfarandet sker i successiva steg ska tidsfristen för anbud i stället vara minst 22 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbuden skickas in elektroniskt ska tidsfristen för anbud få förkortas med fem dagar.

Tidsfristen för anbud ska förlängas med fem dagar om den upphandlande myndigheten eller enheten inte ger tillgång till koncessionsdokumenten med elektroniska medel på föreskrivet sätt.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen anger dock inte hur den upphandlande myndigheten eller enheten ska förlänga tidsfristen om den inte ger tillgång till koncessionsdokumenten med elektroniska medel. I utredningens förslag är bestämmelsen om tidsfristen för anbud efter besök på plats placerad i en annan paragraf.

Remissinstanserna: Några remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)* tillstyrker förslaget. *Transportstyrelsen* anser att de föreslagna tidsfristerna är för korta med tanke på att upphandlingar av koncessioner generellt får antas vara mer komplicerade och omfattande än andra upphandlingar. *Sveriges Byggindustrier* anför att en anbudstid om endast 25 dagar vid upphandling av en komplex och omfattande byggkoncession uppenbart inte är tillräcklig. *Sveriges Byggindustrier* förordar att det i vart fall vid upphandling av byggkoncessioner föreskrivs om längre tidsfrister än de föreslagna.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna om tidsfrister finns samlade i artikel 39 i LUK-direktivet. Artikel 39.1 i LUK-direktivet föreskriver att tiden för att komma in med ansökningar eller anbud ska bestämmas med särskild hänsyn till hur komplex koncessionen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta ansökningarna eller anbuden. Motsvarande bestämmelser finns i LOU- och LUF-direktiven. Med ansökningar i artikel 39 avses anbudsansökningar.

Minimitidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska enligt artikel 39.3 i LUK-direktivet vara 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering. Om förfarandet sker i successiva steg gäller dock en kortare minimitidsfrist för att

komma in med anbud. Enligt artikel 39.4 ska tidsfristen i sådana fall vara minst 22 dagar från och med den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande. Den svenska språkversionens användning av uttrycket ”från och med” i stället för ”från” synes vara en felöversättning (jfr avsnitten 19.1.4 och 19.1.9).

Enligt artikel 39.5 får tidsfristen för anbud förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten eller enheten godkänner elektronisk inlämning av anbud. Motsvarande möjlighet finns i LOU- och LUF-direktiven (se avsnitt 19.1.6). Till skillnad från LOU- och LUF-direktiven innehåller LUK-direktivet inte någon bestämmelse som medger att tidsfristen förkortas på grund av tidsbrist.

Artikel 39.2 innehåller en specialreglering för den situationen att anbudsansökningar eller anbud endast kan lämnas efter ett besök på plats. I sådana fall ska tidsfristen bestämmas så att alla berörda leverantörer får möjlighet att ta del av alla uppgifter som krävs för att utarbeta anbudsansökningar eller anbud. LOU- och LUF-direktiven har en motsvarande reglering i fråga om tidsfristen för anbud (se avsnitt 19.1.8).

Artikel 34 i LUK-direktivet reglerar den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att göra koncessionsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel (se vidare avsnitt 18.3.2). Om elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten inte ges på föreskrivet sätt ska tidsfristen för anbud förlängas. Till skillnad från LOU- och LUF-direktiven, som föreskriver en förlängning av anbudstiden med fem dagar i motsvarande situation, anges inte längden på förlängningen i LUK-direktivet.

Transportstyrelsen och *Sveriges Byggindustrier* anser att tidsfristerna i de nya lagen bör vara längre än vad som anges i LUK-direktivet. Regeringen konstaterar att tidsfristerna enligt direktivet är minimitidsfrister. Vid all upphandling gäller att särskild hänsyn ska tas till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. En alltför kort tidsfrist kan utgöra grund för överprövning av upphandlingen även om tidsfristen har varit längre än minimitidsfristen. Regeringen ser därför ingen anledning att avvika från LUK-direktivets reglering av minimitidsfristerna (jfr motsvarande bedömning i avsnitt 19.1.3).

Bestämmelser som genomför LUK-direktivets reglering om tidsfrister bör införas i den nya lagen om upphandling av koncessioner. Tidsfristen för anbud vid förfaranden i successiva steg bör räknas från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande. Utredningen har inte angett hur tidsfristen ska förlängas om koncessionsdokumenten inte görs tillgängliga med elektroniska medel. Regeringen bedömer att det är lämpligt att här införa samma ordning som vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. en förlängning av anbudstiden med fem dagar (se avsnitt 19.1.9). Det bör framhållas att tidsfristen aldrig får vara kortare än vad som följer av artiklarna 39.1 och 39.2 i LUK-direktivet.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några bestämmelser om tidsfrister för anbudsansökningar och anbud vid upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan. Flera remissinstanser anser att upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området inte bör regleras alls.

Skälen för regeringens bedömning: LUK-direktivets reglering är mer flexibel än LOU- och LUF-direktivets regleringar. Den nationella handlingsfriheten bör i ännu större grad avspeglas i reglerna för upphandling av koncessioner utanför LUK-direktivets tillämpningsområde. Regeringen instämmer i utredningens bedömning att detta område endast bör omfattas av de regler som är absolut nödvändiga. All upphandling enligt den nya lagen om upphandling av koncessioner ska enligt förslaget ske i enlighet med principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och proportionalitet. En otillräcklig tid för att komma in med anbud strider mot principen om proportionalitet. Regeringen ser mot denna bakgrund inget behov av att införa några bestämmelser om tidsfrister vid upphandling av koncessioner på det icke direktivstyrda området.

20 Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

20.1 Kommunikation vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Kommunikation under en upphandling ska som huvudregel ske med elektroniska medel. Dessa medel ska vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara och utrustning som används i allmänhet. De nya lagarna ska innehålla bestämmelser som anger i vilka fall kommunikation får ske med andra medel än elektroniska.

De nuvarande bestämmelserna i LOU och LUF om säkert bevarande av uppgifter, om öppnande av anbud, om information avseende användning av elektroniska medel, om möjlighet att ställa krav på avancerad elektronisk underskrift samt om utrustning vid elektronisk kommunikation ska tas in i de nya lagarna.

Regeringens bedömning: Direktivens möjlighet att senarelägga ikraftträdandet av bestämmelserna om obligatorisk elektronisk kommunikation bör inte utnyttjas.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock att skyldigheten att

kommunicera med elektroniska medel endast ska gälla vid inlämning av uppgifter från leverantörer. I övrigt ska det enligt utredningens förslag vara en målsättning att elektroniska medel används vid kommunikation under en upphandling.

Remissinstanserna: Det stora flertalet remissinstanser har inga invändningar mot utredningens förslag och bedömning. Till skillnad från utredningen anser dock *Konkurrensverket* att det klart framgår av direktivens ordalydelse att elektronisk kommunikation är obligatorisk under en upphandling utom i specificerade undantagsfall. I en situation där ett flertal myndigheter måste anskaffa nya tekniska lösningar kan det enligt *Konkurrensverket* vara samhällsekonomiskt fördelaktigt att ställa högre krav på lösningarna än vad direktiven gör. I så fall bör Sverige enligt verket utnyttja möjligheten att senarelägga ikraftträdandet av bestämmelserna. Även *Tillväxtverket*, *Samverkansorganet i Kalmar län*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Svenskt Vatten* och ett antal kommuner anser att Sverige bör utnyttja denna möjlighet. *Sveriges Offentliga Leverantörer* delar emellertid utredningens uppfattning att ingen övergångsperiod behövs. *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Västra Götalands läns landsting* och *Advokatfirman Delphi* är positiva till ett ökat elektroniskt förfarande. *Arbetsmiljöverket* och *SKL Kommentus* konstaterar att de redan använder elektronisk kommunikation vid sina upphandlingar. *Husbyggnadsvaror HBV Förening* befärrar att kravet på elektronisk kommunikation för inköpscentraler riskerar att utestänga mindre leverantörer som inte är vana vid elektroniska upphandlingssystem. *Myndigheten för delaktighet (MFD)* bedömer att begreppet ”allmänt tillgänglig” innebär att de elektroniska medlen ska kunna användas av personer med funktionsnedsättning som behöver hjälpmedel för att läsa det elektroniska innehållet. Myndigheten anser också att de nya lagarna bör ange att elektronisk kommunikation ska ske med iakttagande av en särskild standard för tillgänglighet av information (WCAG 2.0 nivå AA). *Handikappförbunden* påpekar att skälen till direktiven innehåller hänvisningar till FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Detta skulle enligt förbunden kunna återspeglas tydligare när det rör elektronisk kommunikation. *Byggherrarna*, *VVS Företagen* och *BIM Alliance Sweden* anser att det bör klargöras att upphandlande myndigheter och enheter får ställa krav på elektronisk kommunikation med s.k. byggnadsinformationsmodellering (BIM). *Försvarets materielverk (FMV)* anser att utredningens förslag i fråga om kommunikation i stort är väl avvägda. FMV föreslår att ett ytterligare undantag från kravet på användning av elektroniska medel för kommunikation bör gälla, om det finns anledning att anta att allmänt använda tjänster för elektronisk kommunikation uppvisar säkerhetsbrister som gör att upphandlingssekretessen kommer i fara. *Företagarna* och *Lantbrukarnas riksförbund (LRF)* hyser vissa farhågor vad gäller små och medelstora företags möjligheter att uppfylla krav på att anbudsansökningar och anbud ska undertecknas med avancerade elektroniska signaturer. *Borgholms kommun*, *Sollefteå kommun*, *Skåne läns landsting*, *Samverkansorganet i Kalmar län*, *SKL*, *Göteborgs stad Upphandlings AB* och *Byggherrarna* ifrågasätter behovet av procedurregler kring anbudsöppning mot bakgrund av att anbud enligt förslaget ska lämnas elektroniskt. Dessa remissinstanser anmärker att

Prop. 2015/16:195 sådana anbud öppnas direkt i det elektroniska upphandlingssystemet och att det inte går att öppna dem före anbudstidens utgång.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

En skyldighet att kommunicera med elektroniska medel

Det är i dag valfritt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda elektronisk kommunikation under en upphandling. I 9 kap. LOU respektive LUF finns vissa bestämmelser som reglerar hur en sådan kommunikation ska gå till.

Enligt artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet ska medlemsstaterna se till att all kommunikation och allt informationsutbyte enligt direktiven sker med hjälp av elektroniska medel för kommunikation. I punkterna framhålls att detta särskilt ska gälla för elektronisk inlämning. Artiklarna bör läsas i ljuset av skäl 52 i LOU-direktivet och skäl 63 i LUF-direktivet. I dessa skäl anges bl.a. att elektroniska medel bör bli standardhjälpmedel för kommunikation och informationsutbyte i upphandlingsförfaranden. Det bör enligt skälen vara obligatoriskt att i alla skeden av förfarandet föra en elektronisk kommunikation. Skyldigheten innebär dock inte att anbudena måste behandlas eller utvärderas elektroniskt eller att automatisk databehandling måste användas. Direktivens bestämmelser om elektroniska medel avser inte myndighetens eller enhetens interna förhållanden och inte heller kommunikation efter en avslutad upphandling.

Regeringen delar inte utredningens slutsats att de nya direktiven endast uttrycker en målsättning att elektroniska medel ska användas så långt det är möjligt vid kommunikation under en upphandling. I likhet med *Konkurrensverket* anser regeringen i stället att det klart framgår av artiklarnas ordalydelse att det är fråga om en skyldighet. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska således använda elektroniska medel vid kommunikation med leverantörer under en upphandling. De ska anvisa elektroniska medel som leverantörerna ska använda när de kommunicerar med myndigheten eller enheten. Regeringen föreslår mot denna bakgrund att de nya lagarna ska innehålla bestämmelser som gör det obligatoriskt att använda elektroniska medel för kommunikation under en upphandling.

Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel gäller generellt under en pågående upphandling, dvs. för all kommunikation från det att upphandlingen påbörjas (normalt sett genom publicering av en annons) fram till beslutet om kontraktstilldelning. Det finns således ingen skyldighet enligt direktiven att skicka underrättelsen om tilldelningsbeslutet med elektroniska medel. Regeringen delar utredningens bedömning att begreppet inlämning i direktiven inte bara avser anbudsansökningar och anbud utan alla uppgifter och viljeyttringar som en leverantör lämnar in eller tillkännager för en myndighet eller enhet under upphandlingen. Som framgår nedan är skyldigheten dock inte ovillkorlig utan försedd med undantag.

Av artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUF-direktivet framgår att all kommunikation ska ske med elektroniska medel vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem. Detta gäller även för

inköpscentraler enligt artikel 37.3 i LOU-direktivet och artikel 55.3 i LUF-direktivet (jfr skäl 72 i LOU-direktivet och skäl 81 i LUF-direktivet). Denna skyldighet regleras inte särskilt i lagarna utan omfattas av den allmänna skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel. De nya lagarna innehåller ett särskilt kapitel om elektroniska metoder för upphandling (dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger), se avsnitt 16.

Av artikel 84.1 första stycket h i LOU-direktivet (jfr artikel 22.1 femte stycket) framgår att den upphandlande myndigheten ska dokumentera skälen för ett beslut att inte använda elektroniska medel för inlämning av anbud. Enligt artikel 100.1 första stycket d i LUF-direktivet (jfr artikel 40.1 femte stycket) ska den upphandlande enheten bevara lämplig information för att vid ett senare tillfälle kunna motivera ett beslut av samma slag (se vidare avsnitt 20.3). Några sanktionsmedel mot en myndighet eller enhet som utan giltiga skäl underlåter att använda elektroniska medel för kommunikation regleras inte i direktiven.

Sättet för inlämning av anbudsansökningar och anbud ska framgå av den annons som används som anbudsinfördan. Annonsering behandlas i avsnitt 18. I det avsnittet behandlas även den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att skicka annonser med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Skyldigheten att hålla upphandlingsdokumenten tillgängliga med elektroniska medel vid annonsering behandlas i avsnitt 18.1.3.

De elektroniska medlen för kommunikation ska vara allmänt tillgängliga

Enligt artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet ska de verktyg och anordningar som används vid kommunikation med elektroniska medel vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga, driftskompatibla med den informations- och kommunikationsteknik som används i allmänhet och inte begränsa leverantörernas tillträde till upphandlingen i fråga. Detta motsvarar regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv, som har genomförts genom bestämmelserna i 9 kap. 2 § LOU respektive LUF. Dessa bestämmelser bör därför tas in i de nya lagarna.

Bestämmelserna i LOU och LUF föreskriver bl.a. att de elektroniska medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används. I artikel 22.1 andra stycket c i LOU-direktivet och artikel 40.1 andra stycket c i LUF-direktivet (se nedan) görs ett särskilt undantag från kravet att använda elektroniska medel. Undantaget gäller om användningen av elektroniska medel skulle kräva specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för den upphandlande myndigheten eller enheten. Även om undantaget tar sikte på förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten torde det inte vara möjligt att anvisa leverantörerna elektroniska medel för kommunikation, om medlen kräver användning av utrustning som inte är allmänt tillgänglig för leverantörerna. Regeringen anser därför att de nya lagarna även bör ange att de elektroniska medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan utrustning som i allmänhet används.

Enligt skäl 3 i LOU-direktivet och skäl 5 i LUF-direktivet bör FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning beaktas

Prop. 2015/16:195 vid genomförandet av direktiven, särskilt i samband med val av medel för kommunikation, tekniska specifikationer, tilldelningskriterier och villkor för fullgörande av ett kontrakt. I skäl 53 i LOU-direktivet och skäl 64 i LUF-direktivet anges vidare att användningen av elektroniska medel för kommunikation bör ta vederbörlig hänsyn till tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning. Skrivningen avser sättet för användning av allmänt tillgängliga elektroniska medel. Det kan t.ex. handla om att använda en viss standard för att göra ett elektroniskt meddelande visuellt lättillgängligt. Det kan även handla om att, i valet mellan allmänt tillgängliga elektroniska medel, välja det alternativ som är lämpligast för personer med funktionsnedsättning. När en upphandlande myndighet eller enhet upphandlar ett elektroniskt upphandlingssystem, som ska användas för kommunikation vid upphandling, är myndigheten eller enheten som huvudregel skyldig att fastställa de tekniska specifikationerna för systemet med hänsyn till personer med funktionsnedsättning (se avsnitt 17.1.1 samt artikel 42.1 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 60.1 fjärde stycket i LUF-direktivet). Begreppet allmänt tillgänglig avser den faktiska tillgängligheten av ett visst medel på en viss marknad. Som framgår ovan ska vidare de elektroniska medlen vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara och utrustning som används i allmänhet. Det är en fråga för den upphandlande myndigheten eller enheten att i den enskilda upphandlingen avgöra vilka elektroniska medel som uppfyller de krav som lagen ställer.

På vilket sätt information ska göras tillgänglig i elektroniska meddelanden, på webbplatser och i digitala tjänster ligger utanför upphandlingsdirektivens reglering. Det ligger därför utanför detta lagstiftningsärende att, som *Myndigheten för delaktighet (MFD)* har önskat, lämna förslag om att någon särskild standard för tillgänglighet eller motsvarande ska användas vid elektronisk kommunikation under en upphandling.

Hur bör direktivens reglering om elektronisk kommunikation genomföras?

Utöver vissa säkerhetskrav på den utrustning som ska ta emot elektroniska handlingar (se nedan) innehåller inte direktiven några krav på teknik, standarder eller format vid den elektroniska kommunikationen.

Av artikel 22.7 i LOU-direktivet och artikel 40.7 i LUF-direktivet framgår dock att kommissionen ska ges befogenhet att anta delegerade akter för att ändra de tekniska detaljer och egenskaper som enligt bilagor till direktiven ska gälla för den utrustning som tar emot elektroniska handlingar. Vidare ska kommissionen ges befogenhet att anta delegerade akter om den tekniska utvecklingen innebär att direktivens undantag från kravet på elektronisk kommunikation behöver inskränkas eller utvidgas. Enligt artiklarna ska kommissionen ges befogenhet att besluta om obligatoriska tekniska standarder endast när dessa noggrant har testats och deras användbarhet har bevisats i praktiken. Innan kommissionen gör användningen av en teknisk standard obligatorisk ska den noggrant överväga vilka kostnader detta kan medföra, särskilt i fråga om anpassningar till befintliga lösningar på e-upphandlingsområdet,

inklusive infrastruktur, processer och programvara (jfr skäl 56 till LOU-direktivet och skäl 67 till LUF-direktivet). Prop. 2015/16:195

Som *Konkurrensverket* har påtalat är obligatoriet enligt direktivens nuvarande lydelse på en teknisk sett tämligen låg nivå. Enligt verket bör Sverige av samhällsekonomiska skäl införa föreskrifter om elektronisk upphandling med längre gående tekniska krav än vad som följer av direktiven och då låta dessa bestämmelser träda i kraft vid en senare tidpunkt.

Regeringen konstaterar att syftet med detta lagstiftningsärende är att genomföra direktivens reglering. Det finns inte utrymme att inom ramen för detta lagstiftningsärende ta fram förslag som går utöver denna reglering. Ett beredningsunderlag för sådana förslag saknas i dessa delar. Det saknas även beredningsunderlag för de bestämmelser om kommunikation som skulle behöva gälla under tiden fram till dess att den nya ordningen kan träda i kraft. De nya lagarnas bestämmelser om elektronisk kommunikation bör således motsvara direktivens grundläggande reglering.

Ikraftträdande av bestämmelserna om elektronisk kommunikation

Av artikel 90.2 i LOU-direktivet och artikel 106.2 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna kan välja att senarelägga ikraftträdandet av de bestämmelser som genomför artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet. Bestämmelserna medger att ikraftträdandet senareläggs till och med den 18 oktober 2018 eller, i fråga om inköpscentraler, till och med den 18 april 2017. Möjligheten att skjuta upp ikraftträdandet gäller inte skyldigheten att göra upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga.

Utredningen har gjort bedömningen att bestämmelserna om elektronisk kommunikation bör träda i kraft samtidigt med övriga bestämmelser som genomför direktiven. Några remissinstanser har anfört att upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer behöver tid att förbereda sig för den elektroniska upphandlingsprocessen och att Sverige därför bör utnyttja möjligheten att låta bestämmelserna träda i kraft vid en senare tidpunkt. *Konkurrensverket* anser att ikraftträdandet bör senareläggas om Sverige väljer att införa bestämmelser med högre tekniska krav än direktivens miniminivå. Det stora flertalet remissinstanser har dock inte rest några invändningar mot utredningens förslag om ikraftträdande.

Regeringen konstaterar att direktivens bestämmelser om elektronisk kommunikation endast avser kommunikation mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantörerna under en pågående upphandling. Det är alltså inte fråga om det vidare begreppet elektronisk upphandling som avser hela upphandlingsprocessen. Direktiven kräver inte användning av någon särskild teknik eller standard vid den elektroniska kommunikationen så länge säkerhetskraven uppfylls. Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel gäller endast medel som är icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och inte begränsar leverantörernas tillträde till en upphandling.

Konkurrensverket har i december 2014 på uppdrag av regeringen lämnat en lägesbeskrivning av elektronisk upphandling i Sverige (S2013/08859/RU). Enligt den enkätundersökning som

Prop. 2015/16:195 Konkurrensverket då genomfört tillämpade 81 procent av de upphandlande myndigheterna elektronisk upphandling. Ytterligare sju procent av myndigheterna planerade att införa elektronisk upphandling inom två år. Av de myndigheter som upphandlade elektroniskt använde 90 procent en mer avancerad e-tjänst (elektronisk upphandlingsplattform eller elektroniskt upphandlingssystem). Landsting och kommuner använde elektronisk upphandling i högre utsträckning än statliga myndigheter.

Konkurrensverket drar i rapporten slutsatsen att Sverige har mycket goda förutsättningar att uppfylla direktivens obligatorium. För de myndigheter som inte tillämpar elektronisk kommunikation vid upphandling gör Konkurrensverket bedömningen att obligatoriet kan uppfyllas genom strukturerade e-postbaserade lösningar, genom gemensamma upphandlingar eller genom användning av inköpscentraler. Vissa av de myndigheter som inte använder elektronisk upphandling anskaffar i stället varor och tjänster genom direktupphandling eller genom beställningar (avrop) enligt statliga ramavtal. Enligt regeringens bedömning bör något krav på elektronisk kommunikation inte gälla vid direktupphandling (se avsnitt 20.4.1).

Konkurrensverket har vidare i november 2015 lämnat rapporten Elektronisk upphandling, En analys av fördelar, nyttor utmaningar och hinder (Upphandlingsforskningsrapport 2015:8). Enligt rapporten använder 85 procent av de upphandlande myndigheterna elektronisk kommunikation vid upphandlingar. Av dessa myndigheter upplever 70 procent att e-upphandling har medfört besparingar. En majoritet (89 procent) av de upphandlande myndigheterna bedömer att det inte kommer att innebära några svårigheter att leva upp till obligatoriet.

De webbaserade upphandlingssystem som finns på marknaden i dag låter leverantörerna ta del av förfrågningsunderlag och lämna elektroniska anbud kostnadsfritt. Enligt *Sveriges Offentliga Leverantörer* är det de små och medelstora företagen som ser störst möjligheter med en elektronisk anbudsprocess. Regeringen konstaterade redan vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv att det i de flesta branscher torde vara möjligt att ställa ett ovillkorligt krav på att anbud ska lämnas elektroniskt utan att det kan anses vara diskriminerande mot vissa leverantörer (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 214).

Elektronisk upphandling är en prioriterad fråga för regeringen. Målet är att användningen av elektroniska lösningar i offentliga upphandlingar ska öka väsentligt. I Upphandlingsmyndighetens uppdrag ingår därför att bidra till att hela inköpsprocessen kan genomföras elektroniskt och att delta i standardiseringen av processen. På regeringens uppdrag har Upphandlingsmyndigheten den 21 december 2015 lämnat en rapport med ett underlag till en handlingsplan för en genomgående elektronisk inköpsprocess (Fi2015/05695/OU).

Detta lagstiftningsärende avser genomförande av direktiv. Regeringens förslag innebär att upphandlingsdirektivens grundläggande bestämmelser om elektronisk kommunikation ska genomföras i svensk rätt. Regeringen bedömer mot bakgrund av det ovan anförda att det finns goda förutsättningar att genomföra denna reglering utan att ytterligare senarelägga ikraftträdandet. Bestämmelserna om elektronisk kommunikation hindrar inte det parallella arbetet med lösningar för

elektronisk upphandling. När detta arbete har gjort framsteg får det övervägas om lagstiftningens krav på den elektroniska kommunikationen bör gå längre än vad direktiven kräver. Prop. 2015/16:195

Kommunikation med alternativa elektroniska medel

Artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet reglerar den upphandlande myndighetens eller enhetens möjligheter att anvisa leverantörerna elektroniska medel som inte är allmänt tillgängliga. Enligt artiklarna får myndigheten eller enheten vid behov kräva användning av verktyg och anordningar som inte är allmänt tillgängliga, förutsatt att de erbjuder passande alternativa medel för tillgång. I artiklarna nämns tre exempel på sådana medel (andra stycket punkterna a–c). För det första kan myndigheten eller enheten på elektronisk väg ge oinskränkt, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till de verktyg och anordningar som krävs (punkten a). För det andra kan myndigheten eller enheten se till att anbudsgivare som behöver det kan använda provisoriska anordningar som görs tillgängliga kostnadsfritt online (punkten b). För det tredje kan myndigheten eller enheten stödja en alternativ kanal för elektronisk inlämning av anbud (punkten c).

Bestämmelser som genomför artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet föreslås i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör framgå att det alternativa elektroniska medlet ska tillhandahållas utan kostnad för leverantörerna. Regeringen ser i likhet med utredningen inte något behov av att lagfästa den exemplifierande uppräknings i artiklarna. Regeringen delar *Lagrådets* bedömning att de aktuella bestämmelserna bör placeras omedelbart efter de bestämmelser som innehåller den allmänna skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel. Detta underlättar förståelsen av regelverket och framhåller inriktningen att elektroniska medel som huvudregel ska användas.

I artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet beskrivs en särskild situation där medlemsstaterna under upphandlingsfasen får kräva användning av elektroniska medel som inte är allmänt tillgängliga. Bestämmelserna är inte obligatoriska att genomföra för medlemsstaterna. Enligt artiklarna får medlemsstaterna kräva att särskilda elektroniska verktyg, t.ex. elektroniska modellverktyg för bygginformation (s.k. byggnadsinformationsmodellering, BIM) eller liknande, ska användas för offentliga byggtreprenadkontrakt och projekttävlingar. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten eller enheten erbjuda alternativa medel för tillgång enligt artikel 22.5 i LOU-direktivet respektive artikel 40.5 i LUF-direktivet fram till dess att verktygen i fråga blir allmänt tillgängliga.

BIM förutsätter, men inskränker sig inte till, att den geometriska informationen om byggnader och anläggningar beskrivs som tredimensionella produktmodeller med hjälp av olika typer av dataprogram (se SOU 2012:30 s. 180). *VVS Företagen* och *BIM Alliance Sweden* anser att de nya lagarna bör klargöra att upphandlande myndigheter och enheter får ställa krav på elektronisk kommunikation med BIM-teknik såväl under upphandlingsfasen som under kontraktetsfasen. Enligt de båda remissinstanserna är BIM ett allmänt vedertaget arbetssätt vid bygg- och installationsentreprenader,

Prop. 2015/16:195 projekteringar och projekttävlingar. Enligt *Byggherrarna* bör det klargöras att krav på användning av BIM-teknik under kontraktfasen kan ställas genom tekniska specifikationer.

Regeringen konstaterar att artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet utgör en exemplifiering av artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet. Några särskilda bestämmelser som genomför artikel 22.4 i LOU-direktivet och artikel 40.4 i LUF-direktivet behöver därför inte införas i de nya lagarnas kapitel om kommunikation under upphandlingen.

Det ankommer inte på regeringen att i detta lagstiftningsärende uttala sig om huruvida en särskild standard eller teknik är allmänt tillgänglig inom en viss bransch. Om ett elektroniskt verktyg för BIM anses som ett allmänt tillgängligt elektroniskt medel, är krav på användning av verktyget tillåtet vid en upphandling enligt de bestämmelser som genomför artikel 22.1 i LOU-direktivet och artikel 40.1 i LUF-direktivet. Om ett elektroniskt verktyg för BIM inte anses vara allmänt tillgängligt, kan krav på användning av verktyget under upphandlingen ställas med tillämpning av de bestämmelser som genomför artikel 22.5 i LOU-direktivet och artikel 40.5 i LUF-direktivet. Regeringen instämmer mot denna bakgrund i utredningens bedömning att det inte finns något hinder mot att kräva en BIM-baserad kommunikation vid upphandling av byggentreprenadkontrakt eller projekttävlingar. Någon bestämmelse som särskilt reglerar användning av BIM-teknik vid kommunikation under upphandlingsfasen föreslås därför inte. Vilka krav som kan ställas på en vara, tjänst eller byggentreprenad genom tekniska specifikationer behandlas i avsnitt 17.1.1.

Ett allmänt undantag från skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel

I artikel 22.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 andra stycket i LUF-direktivet finns en uppräkningslista över situationer som innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte behöver anvisa leverantörerna allmänt tillgängliga elektroniska medel för inlämning. Uppräkningen innehåller fyra punkter (a–d).

Punkten a gäller om användningen av elektroniska medel, på grund av upphandlingens specialiserade beskaffenhet, skulle kräva särskilda verktyg, anordningar eller filformat som inte finns allmänt tillgängliga eller inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer.

Enligt punkten b gäller undantaget om applikationer, som stöder filformat som är lämpliga för beskrivningen av anbuden, använder filformat som inte kan användas av några andra öppna eller allmänt tillgängliga applikationer eller omfattas av en licensordning och inte kan göras tillgänglig för nedladdning eller fjärranvändning av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Punkten c gäller om användningen av elektroniska medel skulle kräva specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för den upphandlande myndigheten eller enheten. I skäl 53 i LOU-direktivet och skäl 64 i LUF-direktivet nämns storformatsskrivare som ett exempel på sådan kontorsutrustning.

Punkten d avser situationer där upphandlingsdokumenten efterfrågar fysiska modeller eller arkitektmodeller som inte kan översändas med elektroniska medel.

Punkterna a–c beskriver enligt regeringens mening situationer där det elektroniska medlet för kommunikation inte uppfyller de lagstadgade krav som gäller för ett elektroniskt medel. Det är fråga om elektroniska medel som kräver användning av maskin- eller programvara eller utrustning som inte är allmänt tillgänglig. Enligt regeringens bedömning finns det inte något behov av att räkna upp dessa undantagssituationer i lagarna.

Punkten d avser situationer där det inte är möjligt att använda elektroniska medel över huvud taget. Regeringen kan inte heller se något behov av att reglera denna situation i lagarna.

Enligt regeringens mening bör undantaget från skyldigheten att anvisa allmänt tillgängliga elektroniska medel formuleras generellt i de nya lagarna. Undantagsbestämmelsen bör innebära att allmänt tillgängliga elektroniska medel inte behöver användas eller anvisas, om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller de lagstadgade kraven. Undantagsbestämmelsen innehåller ingen skyldighet att använda eller anvisa någon annan form av elektronisk kommunikation. Den upphandlande myndigheten kan exempelvis välja en postbaserad hantering. Om elektroniska medel anvisas ska det vara fråga om sådana alternativa elektroniska medel som den upphandlande myndigheten eller enheten kostnadsfritt tillhandahåller leverantörerna (se ovan).

I artikel 22.1 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 tredje stycket i LUF-direktivet regleras hur kommunikationen ska ske när förutsättningarna enligt någon av punkterna i andra stycket är uppfyllda. Regleringen innebär att den kommunikation där elektroniska medel inte används ska ske via post eller annan lämplig transportör eller en kombination av post eller annan lämplig transportör och elektroniska medel. I likhet med utredningen anser regeringen att det är obehövligt att närmare reglera på vilka sätt denna kommunikation ska äga rum. Att anbudsansökningar och anbud inte får lämnas muntligt framgår av artikel 22.2 i LOU-direktivet och artikel 40.2 i LUF-direktivet (se nedan). De aktuella artiklarna behöver således inte genomföras enligt regeringens mening. I de nya lagarna bör emellertid klargöras att det allmänna undantaget endast gäller för den del av upphandlingen där elektroniska medel inte kan användas.

I skäl 53 tredje stycket i LOU-direktivet och skäl 64 tredje stycket i LUF-direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten, där så krävs av tekniska skäl, bör kunna fastställa en maximigräns för storleken på de filer som kan överföras. En motsvarande skrivning saknas i direktivens artiklar. Att ett krav av aktuellt slag kan ställas följer av proportionalitetsprincipen och kräver ingen särskild författningsreglering.

Undantag från elektronisk kommunikation på grund av säkerhetsskäl

Ett ytterligare undantag från kravet att anvisa allmänt tillgängliga elektroniska medel för kommunikation finns i artikel 22.1 fjärde stycket i

Prop. 2015/16:195 LOU-direktivet och artikel 40.1 fjärde stycket i LUF-direktivet. Enligt dessa artiklar är den upphandlande myndigheten eller enheten inte skyldig att anvisa leverantörerna elektroniska medel för inlämning i den mån det är nödvändigt på grund av säkerhetsbrister i de elektroniska medlen eller för att skydda den särskilt känsliga karaktären hos information som kräver en så hög skyddsnivå att den inte kan säkerställas på korrekt sätt genom användning av elektroniska medel som är allmänt tillgängliga eller som kan göras tillgängliga som alternativa medel (se nedan).

Utredningens förslag innebär att undantaget på grund av säkerhetsbrister ska avse förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten. *Försvarets materielverk (FMV)* anser att undantaget även bör gälla om det finns säkerhetsbrister hos leverantörerna i de tjänster för elektronisk kommunikation som tillhandahålls dessa. Enligt regeringens mening faller det undantag som FMV föreslår inom ramen för undantaget enligt direktiven. Undantaget bör framgå av lagtexten och gälla om det råder säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation.

Bestämmelser som genomför direktivens reglering om undantag från elektronisk kommunikation på grund av säkerhetsskäl föreslås i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör framgå att den upphandlande myndigheten eller enheten måste pröva möjligheten att använda alternativa elektroniska medel innan det blir tillåtet att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska.

FMV föreslår vidare att det införs ett särskilt undantag i lagarna för situationen att det framstår som osäkert om elektronisk kommunikation kommer att fungera tillförlitligt. Den situation som FMV avser är att internet under en längre tid inte fungerar av skäl som de upphandlande myndigheterna och enheterna inte kan kontrollera eller åtgärda (t.ex. vid cyberkrigföring och it-attacker). Som framgår ovan föreslår regeringen ett allmänt undantag från elektronisk kommunikation på grund av säkerhetsskäl. Om något fungerande elektroniskt medel för kommunikation inte finns tillgängligt över huvud taget, gäller självfallet inte skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel. Detta ligger i sakens natur och behöver enligt regeringens mening inte anges särskilt i de nya lagarna.

Muntlig kommunikation

Av artikel 22.2 i LOU-direktivet och artikel 40.2 i LUF-direktivet framgår att muntlig kommunikation får användas vid annan kommunikation än den som avser de väsentliga delarna av upphandlingsförfarandet, under förutsättning att innehållet i den muntliga kommunikationen dokumenteras i tillfredsställande utsträckning. Med de väsentliga delarna av upphandlingsförfarandet inbegrips enligt artiklarna upphandlingsdokument, anbudsansökningar, intresseförklaringar och anbud. Särskilt ska sådan muntlig kommunikation med anbudsgivare som väsentligen kan påverka innehållet i och bedömningen av anbudet dokumenteras i tillräcklig utsträckning och på lämpligt sätt.

Bestämmelser som genomför direktivens reglering om muntlig kommunikation bör införas i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör

framgå att muntlig kommunikation dock inte får användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem, se artikel 34.3 i LOU-direktivet och artikel 52.3 i LUK-direktivet.

Med muntlig kommunikation avses samtal som äger rum vid fysiska möten. *Lagrådet* har anförut att det är oklart vad som i övrigt avses med muntlig kommunikation i detta sammanhang. Enligt regeringens mening står det klart att telefonsamtal också anses utgöra muntlig kommunikation, oavsett om samtalet äger rum via fast telefon eller mobiltelefon. Eftersom telefonen inte används för lagring av data från samtalet anses kommunikationen inte ske med elektroniska medel enligt direktivets definition (jfr även artikel 29.1 c i LUK-direktivet där telefonsamtal anges som ett exempel på muntlig kommunikation). Som *Lagrådet* har påpekat innebär direktivets definition av elektroniska medel att inspelade muntliga meddelanden som skickas via MMS anses ha skickats med elektroniska medel enligt huvudregeln för kommunikation.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

Enligt artikel 22.3 första meningen i LOU-direktivet och artikel 40.3 första meningen i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten säkerställa att kommunikationen, informationsutbytet och lagringen av uppgifter sker på ett sådant sätt att alla uppgifters integritet bevaras. Detta motsvarar regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv, som har genomförts genom 9 kap. 6 § LOU respektive LUF. I dessa bestämmelser anges att kommunikation, informationsutbyte och lagrade uppgifter som rör ett upphandlingsärende ska bevaras säkert. I rubriken till bestämmelserna anges att uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert. Promemorians förslag motsvarar i huvudsak bestämmelserna i LOU och LUF.

Lagrådet har anförut att det bör klargöras vad som avses med att uppgifterna ska bevaras säkert och att rubrikens utformning bör övervägas. Av direktivtexten får anses framgå att syftet med bestämmelserna är att skydda uppgifterna från förvanskning (jfr de engelska språkversionernas uttryck ”the integrity of data - - - are preserved”). Detta bör framgå av bestämmelserna. Enligt regeringens mening bör bestämmelserna därför uttrycka att kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas. Rubriken i nuvarande lagstiftning är missvisande, eftersom bestämmelserna inte bara avser uppgifter från leverantörer. Därtill kommer att bestämmelserna även reglerar hanteringen av uppgifter vid kommunikation. Enligt regeringens mening bör rubriken därför mer allmänt ange att bestämmelsen avser hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

I artikel 22.3 första meningen i LOU-direktivet och artikel 40.3 första meningen i LUF-direktivet anges även att den upphandlande myndigheten eller enheten ska säkerställa att kommunikationen, informationsutbytet och lagringen av uppgifter sker på ett sådant sätt att den sekretess som gäller för anbuden och anbudsansökningarna bevaras. Detta följer av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen

Prop. 2015/16:195 (1990:409) om skydd för företagshemligheter och bör inte anges särskilt i bestämmelsen.

Bestämmelsen reglerar hur uppgifter ska behandlas när de kommuniceras och lagras. Däremot regleras inte vilka uppgifter som ska dokumenteras eller vilka dokument som ska bevaras efter en avslutad upphandling. Dessa frågor behandlas i avsnitt 20.3.

Öppnande av anbud

Artikel 22.3 andra meningen i LOU-direktivet och artikel 40.3 andra meningen i LUF-direktivet förbjuder den upphandlande myndigheten eller enheten att ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet innan tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut. Bestämmelser med detta innehåll finns i dag i 9 kap. 7 § första stycket LOU respektive LUF. Bestämmelserna bör tas in i de nya lagarna.

I likhet med 2004 års upphandlingsdirektiv är den svenska språkversionen av direktiven felaktig på så sätt att artiklarna hänvisar till anbudsansökningar och anbud men endast till tidsfristen för att komma in med anbud (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 376). Det är uppenbart att myndigheten eller enheten måste ta del av anbudsansökningarna innan tidsfristen för anbud har gått ut. Felaktigheten har korrigerats i lagbestämmelserna.

I 9 kap. 7 § andra stycket LOU respektive LUF finns en nationell bestämmelse som föreskriver att försändelser med anbud, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, ska öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten eller enheten ska delta. Anbudet ska föras upp i en förteckning som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en av en handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Utredningen har föreslagit att bestämmelsen ska tas in i de nya lagarna. Några remissinstanser anser att bestämmelsen synes förutsätta att anbudet lämnas i pappersform och att bestämmelsen bör kunna utgå vid elektronisk anbudslämning. Remissinstanserna påtalar att elektroniska anbud inte kan öppnas före anbudstidens utgång och att de inte kan manipuleras i systemet.

Regeringen konstaterar att bestämmelsen är tillämplig även på elektroniska anbud (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 376). Bestämmelsen fanns redan i de upphandlingsföreskrifter som föregick 1992 års LOU (jfr prop. 1992/93:88 s. 70). Den har enligt regeringens mening alltså ett värde som garanti för insyn i förfarandet. Bestämmelsen kan inte anses vara särskilt betungande att tillämpa för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Enligt regeringens mening finns det goda skäl för att låta bestämmelsen vara kvar. Den nuvarande bestämmelsen om anbudsöppning bör således tas in i de nya lagarna.

Lagrådet har ifrågasatt varför bestämmelsen inte gäller även för anbudsansökningar. Som både regeringen och Lagrådet har uttalat vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 376 och del 2 s. 627) kan det dock finnas skäl för en något

mindre strikt behandling av anbudsansökningar. Bestämmelsen har vidare funnits under mycket lång tid utan att vara tillämplig på anbudsansökningar. Några egentliga överväganden om att eventuellt utöka tillämpningsområdet till att även omfatta anbudsansökningar har heller inte gjorts i det här lagstiftningsärendet. Något sådant förslag lämnas därför inte.

Kammarrätten i Göteborg har framfört att en av handelskammare utsedd person även borde kunna användas i andra situationer under en upphandling. Enligt regeringens mening saknas det dock förutsättningar för att inom ramen för detta lagstiftningsärende om genomförande av direktiv, överväga ett sådant förslag.

Information om användning av elektroniska medel

Enligt artikel 22.6 första stycket a i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket a i LUF-direktivet ska information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, finnas tillgänglig för alla berörda parter. Med undantag för skrivningen om tidsstämpling motsvarar detta regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv, som har genomförts genom 9 kap. 3 § första stycket LOU respektive LUF. Dessa bestämmelser bör därför tas in i de nya lagarna. Bestämmelserna bör kompletteras med ett krav på information avseende tidsstämpling.

Krav på en avancerad elektronisk underskrift

I LOU och LUF finns inget krav på att leverantören måste underteckna en anbudsansökan eller ett anbud. Något sådant krav föreslås inte heller i denna proposition. Det är alltså en fråga för de upphandlande myndigheterna och enheterna att avgöra om en anbudsansökan eller ett anbud ska undertecknas och i så fall hur.

Enligt artikel 22.6 första stycket b i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket b i LUF-direktivet ska medlemsstaterna, eller de upphandlande myndigheter och enheter som agerar inom en övergripande ram som fastställts av medlemsstaten, ange den säkerhetsnivå som krävs för de elektroniska medlen i olika skeden av upphandlingsförfarandet. Säkerhetsnivån ska stå i proportion till de risker som är förknippade med förfarandet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan i vissa fall anse att säkerhetsnivån kräver att en anbudsansökan eller ett anbud ska undertecknas med en avancerad elektronisk underskrift (jfr skäl 57 i LOU-direktivet och skäl 68 i LUF-direktivet). Om risknivån är sådan att avancerade elektroniska underskrifter krävs, ska myndigheterna och enheterna enligt artiklarnas punkt c godta avancerade elektroniska underskrifter som stöds av ett kvalificerat certifikat (en s.k. kvalificerad elektronisk underskrift).

Europaparlamentet och rådet har den 23 juli 2014 antagit en ny förordning (EU) nr 910/2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG (EU:s förordning om elektronisk identifiering). Förordningen träder i kraft i sina materiella delar den 1 juli 2016. Förordningen syftar till att underlätta gränsöverskridande elektroniska transaktioner för medborgare i medlemsstaterna.

Prop. 2015/16:195 Genom EU:s förordning om elektronisk identifiering ersätts begreppet avancerad elektronisk signatur med begreppet avancerad elektronisk underskrift. Enligt 9 kap. 3 § andra stycket LOU respektive LUF, i deras lydelse från och med den 1 juli 2016, får en upphandlande myndighet eller enhet kräva att elektroniska anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i EU:s förordning om elektronisk identifiering. Före den 1 juli 2016 har lagrummen i stället hänvisat till en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer. Nämda lag upphör att gälla vid utgången av juni 2016.

Kraven på en avancerad elektronisk underskrift motsvarar kraven på en avancerad elektronisk signatur (jfr prop. 2015/16:72 s. 53). I praktiken är en avancerad elektronisk underskrift en e-legitimation, ett bank-ID eller annan motsvarande signeringsfunktion som tas fram genom kryptering med någon form av personlig nyckel hos användaren. En kvalificerad elektronisk underskrift är en avancerad elektronisk underskrift med högre krav på säkerhet och kryptering. Ordningen med kvalificerade elektroniska signaturer har ännu inte fått genomslag i Sverige.

Av LOU- och LUF-direktiven framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa krav på att anbud ska vara försedda med en avancerad elektronisk underskrift, om det behövs på grund av säkerhetsskäl. Bestämmelserna i 9 kap. 3 § andra stycket LOU respektive LUF som tillåter ett sådant krav bör därför tas in i de nya lagarna. Bestämmelserna bör även omfatta anbudsansökningar.

En kvalificerad elektronisk underskrift är en avancerad elektronisk underskrift med högre krav på säkerhet och kryptering. Det innebär att en kvalificerad elektronisk underskrift, som uppfyller direktivens krav, ska godtas om myndigheten eller enheten har ställt krav på en avancerad elektronisk underskrift. Regeringen anser i likhet med utredningen att direktivens uttalanden i denna del inte behöver genomföras genom någon särskild bestämmelse. Detsamma gäller artikel 22.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 40.6 andra stycket i LUF-direktivet, som upplyser om vad som följer av kommissionens beslut av den 25 februari 2011 om fastställande av minimikrav för behandling över gränserna av dokument som signerats elektroniskt av behöriga myndigheter i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden.

Lantbrukarnas riksförbund (LRF) och *Företagarna* hyser vissa farhågor kring små och medelstora företags tillträde till upphandlingar om krav ställs på avancerade elektroniska underskrifter. Regeringen konstaterar emellertid att det inte är fråga om en skyldighet att ställa ett sådant krav utan en möjlighet om behovet av en säker identifikation av undertecknaren gör det nödvändigt i den enskilda upphandlingen. Det finns även andra, mindre ingripande lösningar som kan användas i elektroniska upphandlingssystem för att identifiera den person som ska underteckna en anbudsansökan eller ett anbud. Kostnaderna för en avancerad elektronisk underskrift synes inte heller vara så höga att de riskerar att nämnvärt försvåra små och medelstora företags tillträde till upphandlingar.

Som framgår ovan innebär artikel 22.6 första stycket b i LOU-direktivet och artikel 40.6 första stycket b i LUF-direktivet att medlemsstaterna, eller de upphandlande myndigheter och enheter som agerar inom en övergripande ram som fastställts av medlemsstaten, ska ange den säkerhetsnivå som krävs för de elektroniska medlen för kommunikation i olika skeden av upphandlingsförfarandet. Säkerhetsnivån ska stå i proportion till de risker som är förknippade med förfarandet.

I bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet finns vidare särskilda bestämmelser med krav på de verktyg och anordningar som används vid elektronisk mottagning av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Bilagorna innehåller bl.a. regler till skydd för anbudssekretessen.

Det är inte möjligt att i de nya lagarna – utöver vad som följer av ovan angivna bilagor till direktiven – närmare ange vilken säkerhetsnivå som ska gälla för kommunikation med elektroniska medel under en upphandlings olika skeden. Lagarna bör i stället innehålla bestämmelser som anger den övergripande ramen inom vilken de upphandlande myndigheterna och enheterna ska ange denna säkerhetsnivå. Bestämmelserna bör innebära att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska se till att kommunikationen med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

De krav som myndigheterna och enheterna ställer på leverantörerna avseende säkerheten vid elektronisk kommunikation ska vara förenliga med proportionalitetsprincipen. Detta behöver inte särskilt anges i lagarna.

I 9 kap. 3 § tredje stycket LOU respektive LUF finns bestämmelser om den utrustning som en upphandlande myndighet eller enhet ska ha för att kunna ta emot elektroniska anbudsansökningar, anbud, ritningar och planer på ett säkert sätt. Enligt bestämmelserna ska utrustningen vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig person har tagit del av uppgifterna. Kompletterande bestämmelser om säkerhetsanordningarna finns i 13 § upphandlingsförordningen (2011:1040), som genomför huvuddelen av de krav som anges i bilagor till 2004 års upphandlingsdirektiv.

De nuvarande bestämmelserna i LOU och LUF om utrustningen vid elektronisk kommunikation bör tas in i de nya lagarna. Av bestämmelserna bör enligt regeringens mening även framgå att säkerhetsanordningarna ska fastställa exakt tidpunkt för mottagande av handlingarna och säkerställa att ingen har tillträde till uppgifterna före utgången av tidsfristen. Dessa krav följer av bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet. Skrivningen att utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att ”vissa uppgifter går att få fram” är oklar och bör utgå ur lagarna.

Av 9 kap. 3 § fjärde stycket LOU respektive LUF framgår att regeringen meddelar närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna. Även de nya lagarna bör innehålla bestämmelser som upplyser om att regeringen kan meddela sådana föreskrifter. Regeringen avser att

Prop. 2015/16:195 meddela kompletterande föreskrifter om säkerhetsanordningarna i den nya upphandlingsförordningen. Föreskrifterna kommer att genomföra de delar av bilaga IV till LOU-direktivet och bilaga V till LUF-direktivet som inte genomförs i lag.

20.2 Information till leverantörer vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

20.2.1 Kompletterande upplysningar

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet skriftligen lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för att lämna anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. Vid ett påskyndat förfarande ska denna tidsfrist vara fyra dagar.

Tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar ska anges i en inbjudan att lämna anbud.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Enligt promemorians förslag ska kompletterande handlingar och kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten lämnas till alla anbudsgivare som deltar i upphandlingsförfarandet.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: En leverantör får begära att en upphandlande myndighet eller enhet lämnar förtydligande och kompletterande information om upphandlingen. LOU- och LUF-direktiven innehåller bestämmelser som reglerar inom vilken tid sådan information ska lämnas. Enligt artikel 53.2 i LOU-direktivet och artikel 73.2 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten till alla anbudsgivare som deltar i upphandlingsförfarandet lämna ut ”kompletterande upplysningar om specifikationerna och de kompletterande handlingarna” senast sex dagar före tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. I artiklarna anges vidare att tidsperioden ska vara fyra dagar vid påskyndat förfarande (se avsnitt 19.1.10). Bestämmelserna är tillämpliga oavsett vilket förfarande som används.

Bestämmelser om kompletterande upplysningar och handlingar finns i dag i artiklarna 39.2 och 40.4 i 2004 års LOU-direktiv samt artiklarna 46.2 och 47.3 i 2004 års LUF-direktiv. Bestämmelserna har genomförts genom 8 kap. 9 § andra stycket och 12 § LOU samt 8 kap. 10 § andra stycket och 13 § LUF. Tidsgränserna för att lämna ut den kompletterande informationen enligt 2004 års upphandlingsdirektiv motsvarar tidsgränserna i LOU- och LUF-direktiven.

Enligt 2004 års upphandlingsdirektiv ska de kompletterande upplysningarna avse förfrågningsunderlaget (”specifications” i de engelska språkversionerna). I LOU- och LUF-direktiven förekommer

inte begreppet förfrågningsunderlag. I stället används det vidare begreppet upphandlingsdokumenten. Prop. 2015/16:195

Bestämmelser som genomför LOU- och LUF-direktivens regleringar om kompletterande upplysningar föreslås i de nya lagarna. De kompletterande upplysningarna bör avse upphandlingsdokumenten. De upplysningar som avses är av sådan vikt att de bör lämnas skriftligen. Detta bör framgå av bestämmelserna. Det är enligt regeringens mening överflödigt att särskilt tala om kompletterande handlingar i de aktuella bestämmelserna.

Lagrådet har ifrågasatt den begränsning till anbudsgivare som finns i direktivbestämmelserna och i lagrådsremissens förslag. Som *Lagrådet* har påpekat innebär bestämmelserna enligt sin ordalydelse att endast den som har lämnat anbud senast sex dagar före slutdagen har rätt att få kompletteringarna. En sådan begränsning är svårförenlig med likabehandlingsprincipen. De nuvarande bestämmelserna om kompletterande upplysningar i LOU och LUF har inte någon motsvarande begränsning. Regeringen anser mot denna bakgrund att upplysningarna enligt de nya bestämmelserna ska lämnas till samtliga leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Om kompletterande upplysningar inte lämnas inom angivna tidsfrister, ska tidsfristen för anbud förlängas så att alla leverantörer ges tillräcklig tid att utarbeta ett anbud (se avsnitt 19.1.8). En sådan förlängning förutsätter att upplysningarna har begärts i god tid. För att underlätta bedömningen av om en begäran har framställts i god tid, bör en inbjudan att lämna anbud innehålla uppgifter om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar. LOU och LUF samt 2004 års LUF-direktiv innehåller, till skillnad från LOU- och LUF-direktiven, en sådan reglering (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 368 och 515). Bestämmelser med denna innebörd föreslås i de nya lagarna. Inbjudan att lämna anbud behandlas närmare i avsnitt 18.2.2.

20.2.2 Underrättelse om beslut

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal inte får ingås (avtalsspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfordran eller att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna har inga invändningar mot förslaget. *Trafikverket* anser att underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska innehålla de upplysningar som enligt direktiven ska lämnas på begäran av en leverantör som har lämnat ett godtagbart

Prop. 2015/16:195 anbud (se avsnitt 20.2.3). *Advokatfirman Lindahl* anser att det bör framgå av lag att någon underrättelse om tilldelningsbeslutet inte behöver skickas när det endast finns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 55.1 i LOU-direktivet och artikel 75.1 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om ingåendet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt eller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, inklusive skälen till att den har beslutat att inte ingå ett ramavtal eller tilldela ett kontrakt efter anbudsinfördran eller att upprepa förfarandet eller att inte inrätta ett dynamiskt inköpssystem. Regleringen motsvarar i allt väsentligt regleringen i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Av ordalydelsen i direktiven synes följa att upplysningar om skälen endast ska lämnas när den upphandlande myndigheten eller enheten har beslutat att inte fullfölja ett påbörjat upphandlingsförfarande. I likhet med vad som gäller i dag enligt 9 kap. 9 § LOU respektive LUF bör dock upplysningar alltid lämnas om skälen för ett beslut i ett upphandlingsärende (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 378 och 522).

Av en underrättelse om tilldelningsbeslut ska omständigheterna som legat till grund för beslutet framgå tydligt så att en leverantör kan avgöra om man vill ansöka om överprövning av upphandlingen. Vilka upplysningar som bör lämnas för att uppfylla detta får avgöras med hänsyn till omständigheterna i varje enskild upphandling. I enlighet med den bedömning som regeringen har gjort i tidigare lagstiftningsärenden är det inte lämpligt att i lag närmare reglera vilken information som ska tas in i en beslutsunderrättelse (se prop. 2001/01:142 s. 61 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 112–115). De båda s.k. rättsmedelsdirektiven kräver enligt regeringens bedömning inte att underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehåller en fullständig redogörelse för sådana uppgifter som ska lämnas på begäran av leverantör (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 114 f. och avsnitt 20.2.3 nedan). Regeringen ser därför inte skäl att tillmötesgå *Trafikverkets* önskemål om en sådan reglering (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 380). En lagstiftning i enlighet med vad Trafikverket föreslår innebär bl.a. att underrättelsen skulle behöva utformas på olika sätt till olika mottagare, eftersom det vinnande anbudet då ska jämföras med anbudet från den leverantör som ska ta emot underrättelsen.

Enligt 9 kap. 9 § LOU respektive LUF ska underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehålla uppgift om den period under vilken avtal inte får ingås (avtalsspärr). Denna reglering trädde i kraft den 15 juli 2010 och infördes med anledning av implementeringen av det s.k. ändringsdirektivet (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 99–106, 115, 338 och 382). Enligt artikel 2a.2 i ändringsdirektivet ska underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehålla information om den exakta tiden för avtalsspärrens längd. Av artikel 91 i LOU-direktivet och artikel 107 i LUF-direktivet följer att hänvisningar i ändringsdirektivet till 2004 års båda upphandlingsdirektiv ska anses avse LOU-direktivet respektive LUF-direktivet.

Vid införandet av den s.k. tiodagarsfristen i 1992 års LOU uttalade regeringen att det inte finns någon skyldighet att skicka en underrättelse

om tilldelningsbeslutet om det endast finns en anbudsgivare och ingen berörd anbudssökande. Regeln i 1992 års LOU om att det ska gå tio dagar innan upphandlingen får avslutas är således inte tillämplig i sådana fall (se prop. 2001/02:142 s. 81). Undantagen ansågs inte behöva anges i lagen. Vid genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr i LOU och LUF har regeringen gjort samma bedömning (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 117). Någon avtalsspärr råder alltså inte i dessa fall. Det saknas anledning att i detta lagstiftningsärende frånga regeringens tidigare bedömning. Till skillnad från *Advokatfirman Lindahl* ser således regeringen inte något behov av att nu lagfästa undantaget från underrättelseskyldigheten. Frågan om rätten till överprövning i nu aktuella fall behandlas i avsnitt 30.

Bestämmelser som genomför LOU-direktivets och LUF-direktivets regleringar om underrättelser till leverantörer om beslut under upphandlingen bör införas i de nya lagarna. Bestämmelserna bör i huvudsak motsvara 9 kap. 9 § LOU respektive LUF. Härav följer att en underrättelse om tilldelningsbeslut ska innehålla uppgift om avtalsspärr. Det innebär vidare att en skriftlig underrättelse ska lämnas snarast möjligt till anbudssökandena och anbudsgivarna när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfordran eller att göra om upphandlingen. Även en sådan underrättelse ska innehålla skälen för beslutet.

LOU- och LUF-direktiven samt de nya lagarna innebär att skyldigheten att underrätta anbudssökandena om att upphandlingen har avbrutits inträder på ett tidigare stadium än i dag vid tvåstegsförfaranden. Enligt den nya regleringen ska nämligen den upphandlande myndigheten eller enheten informera om att en upphandling har avbrutits efter anbudsinfordran. En anbudsinfordran kan göras genom en annons om upphandling, en förhandsannons eller en annons om kvalificeringssystem (jfr avsnitt 18.1.1). I LOU och LUF gäller i stället skyldigheten att underrätta om en avbruten upphandling efter det att det har gått ut en inbjudan att lämna anbud (jfr avsnitt 18.2.2).

Uppgifter får tas in i en beslutsunderrättelse först efter sekretessprövning (se prop. 2001/02:142 s. 63–65). Den särskilda sekretessreglering som finns i artikel 55.3 i LOU-direktivet och artikel 75.3 i LUF-direktivet behandlas i avsnitt 21.2. Information till leverantörerna om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem behandlas i avsnitt 16.1.3.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet. Under samma förutsättningar ska myndigheten eller enheten i förekommande fall lämna upplysningar om hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar på begäran av en leverantör ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig särskilt över förslaget. *Kammarrätten i Göteborg* anför att uppgifter om förhandlingar eller dialog med anbudsgivare i merparten av fallen kommer att omfattas av sekretess, varför den nya bestämmelsen riskerar att bli tandlös. Det kan enligt kammarrätten ifrågasättas om information om pågående förhandlingar med andra anbudsgivare alls kan lämnas ut med hänsyn till principen om likabehandling. Det finns vidare enligt kammarrätten anledning att överväga om tidsfristen om 15 dagar för att lämna upplysningar bör avkortas så att den bättre harmoniserar med bestämmelserna om avtalsspärr när ett tilldelningsbeslut meddelas leverantörerna elektroniskt. *Trafikverket* anser att den information som på begäran ska lämnas till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud i stället bör tas in i underrättelsen om tilldelningsbeslutet (se avsnitt 20.2.2). *Tillväxtverket* välkomnar förslaget att en upphandlande myndighet eller enhet på begäran ska underrätta varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 55.2 i LOU-direktivet och artikel 75.2 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran av en anbudssökande, vars ansökan avslagits, underrätta denne om skälen för avslaget. En motsvarande upplysningsplikt finns gentemot en anbudsgivare vars anbud avslagits. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vidare på begäran underrätta varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet. En anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud har dessutom rätt att på begäran få upplysningar av den upphandlande myndigheten eller enheten om genomförandet av och framstegen i förhandlingarna samt dialogen med anbudsgivarna. Det sistnämnda är en nyhet i förhållande till 2004 års båda upphandlingsdirektiv.

I såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet anges att upplysningarna ska lämnas snarast möjligt, och i alla händelser senast 15 dagar från mottagandet av en skriftlig begäran. Tidsfristen är oförändrad i förhållande till 2004 års upphandlingsdirektiv.

Regeringen anser att bestämmelsen om tidsfristen för att lämna upplysningar bör genomföras i enlighet med direktivens reglering på samma sätt som har skett i LOU och LUF. Den översyn av tidsfristen som förordats av *Kammarrätten i Göteborg* låter sig inte göras i detta sammanhang. Det torde vidare ligga i den upphandlande myndighetens eller enhetens eget intresse att lämna ut begärda upplysningar i så god tid att onödiga överprövningar kan undvikas.

En underrättelse om tilldelningsbeslut ska innehålla skälen för att en viss leverantör har tilldelats kontraktet. Upplysningar på begäran av en leverantör ska däremot ange skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats. Vidare kan sådana upplysningar innebära att en jämförelse måste göras mellan leverantörens anbud och det vinnande anbudet. Upplysningsskyldigheten på begäran av leverantör sträcker sig således längre än underrättelseskyldigheten avseende ett tilldelningsbeslut (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 379 f.). Skyldigheten att lämna upplysningar om dialog eller förhandlingar med andra anbudsgivare är enligt direktiven inte begränsad till avslutade upphandlingar.

Trafikverkets synpunkt på den föreslagna bestämmelsen om upplysningsskyldighet behandlas i avsnitt 20.2.2. Som *Kammarrätten i Göteborg* har uppmärksammat innebär skyldigheten att lämna upplysningar till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud inte att den upphandlande myndigheten eller enheten får åsidosätta bestämmelser om sekretess och företagshemligheter (jfr artikel 55.3 i LOU-direktivet, artikel 75.3 i LUF-direktivet och prop. 2001/02:142 s. 63–65). Före tilldelningsbeslutet råder enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, absolut sekretess för uppgifter som rör anbud. Det innebär att uppgift om vilka anbudsgivare som förhandlar eller för dialog med en myndighet eller enhet omfattas av sekretess. En sådan uppgift får även betraktas som en företagshemlighet enligt lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. De upplysningar som under en pågående upphandling på begäran ska lämnas om förhandlingar och dialoger med andra anbudsgivare får således lämnas på en mycket övergripande nivå och utan att uppgifter som rör anbudens röjs. Ett sådant uppgiftslämnande kan inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Efter tilldelningsbeslutet råder inte längre absolut sekretess. Uppgifter om dialoger och förhandlingar får då lämnas ut efter sekretessprövning (jfr 19 kap. 3 § första stycket samt 31 kap. 16 och 17 §§ OSL).

I artikel 55.2 i LOU-direktivet och artikel 75.2 i LUF-direktivet anges vissa exempel på omständigheter som lett till att anbud förkastats och som ska motiveras. Det rör sig om anbud som innehåller avvikelser från angivna specifikationer eller som hänvisar till vissa standarder, när den upphandlande myndigheten ställt krav på prestanda eller funktion (artikel 42.5 och 42.6 i LOU-direktivet och artikel 60.5 och 60.6 i LUF-direktivet). Det får anses uppenbart att en upphandlande myndighet eller enhet, som inte godtar ett anbud av en sådan anledning som avses, på

Prop. 2015/16:195 begäran måste lämna upplysningar om skälen. Något behov av att ange dessa exempel i lag finns därför inte (se motsvarande bedömning i prop. 2006/07:128 del 1 s. 379).

Bestämmelser som genomför LOU-direktivets och LUF-direktivets regleringar om upplysningar på begäran av en leverantör föreslås i de nya lagarna. Bestämmelserna bör motsvara dagens reglering i 9 kap. 10 § LOU respektive LUF och dessutom innehålla en skyldighet att, på begäran av en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud, i förekommande fall lämna upplysningar om hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Som framgår ovan får upplysningar lämnas till leverantörer först efter sekretessprövning. Den särskilda sekretessreglering som finns i artikel 55.3 i LOU-direktivet och artikel 75.3 i LUF-direktivet behandlas i avsnitt 21.2.

20.3 Dokumentation vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

En upphandlande myndighet ska upprätta en individuell rapport för varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas. En upphandlande enhet ska i dessa situationer i stället bevara lämplig information, som ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut under upphandlingen. En individuell rapport ska inte behöva upprättas om kontrakt tilldelas på grundval av vissa ramavtal.

Vad en individuell rapport ska innehålla ska i huvudsak regleras i den nya lagen om offentlig upphandling. Denna lag ska upplysa om att regeringen kan meddela närmare föreskrifter om innehållet i en sådan rapport. Vilken information som ska bevaras av en upphandlande enhet ska framgå av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

En individuell rapport ska på begäran sändas till Europeiska kommissionen eller den svenska tillsynsmyndigheten. Detsamma ska gälla den information och dokumentation som en upphandlande enhet har bevarat.

De nuvarande bestämmelserna om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden ska tas in i de nya lagarna. I bestämmelserna ska dessutom anges att upphandlande myndigheter och enheter ska bevara ingångna kontrakt och ramavtal åtminstone under kontraktets eller ramavtalets löptid.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Enligt utredningens förslag ska dock kraven på innehållet i en individuell rapport endast regleras i förordning. Utredningen föreslår att skyldigheten att på begäran sända handlingar till kommissionen eller den

Remissinstanserna: Några remissinstanser uttalar sig i frågan. *Domstolsverket, Kriminalvården och Försvarets materielverk (FMV)* anmärker att kravet på individuella rapporter innebär en ökad administrativ börda. *Konkurrensverket* anser att den ansvariga myndigheten bör bemyndigas att meddela föreskrifter om vad en individuell rapport ska innehålla och om hur uppgifterna ska lämnas till den myndigheten. *Konkurrensverket* påtalar vidare att direktivens bestämmelser om rätt att få tillgång till sparade kontrakt inte fullt ut motsvaras av offentlighetsprincipen enligt tryckfrihetsförordningen. *Sandvikens kommun* tillstyrker förslaget om individuella rapporter.

Skälen för regeringens förslag

Dokumentation av förfaranden

Enligt artikel 84.2 i LOU-direktivet och artikel 100.2 i LUF-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten dokumentera genomförandet av alla upphandlingsförfaranden oavsett om förfarandena sker med hjälp av elektroniska medel eller inte. Myndigheten eller enheten ska spara tillräcklig dokumentation för att motivera beslut som fattats i samtliga skeden i upphandlingsförfarandet. Detta inbegriper dokumentation om kommunikation med leverantörer, interna överläggningar, utformning av upphandlingsdokumenten, eventuella dialoger och förhandlingar samt urval och tilldelning av kontrakt. Dokumentationen ska sparas i minst tre år från den dag då kontraktet tilldelades.

Dagens lagstiftning saknar bestämmelser som tar sikte på den upphandlande myndighetens eller enhetens allmänna dokumentationsplikt under en upphandling. Sådana bestämmelser bör införas i de nya lagarna med anledning av direktivens reglering. Bestämmelserna bör föreskriva att myndigheten eller enheten ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Enligt *Lagrådet* innebär sistnämnda krav en föreskrift om beslutsunderlagets kvalitet som inte hör hemma i en bestämmelse om dokumentation. Lagrådets kritik avser innehållet i LOU- och LUF-direktiven. Till skillnad från *Lagrådet* ser regeringen inte något tungt vägande skäl mot ett direktivnära genomförande av aktuella bestämmelser.

Bevarande av handlingar

I 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § andra stycket LUF finns bestämmelser om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden. Bestämmelserna gäller för det mindre antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Enligt bestämmelserna ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när en upphandling har avslutats, på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll

Prop. 2015/16:195 och liknande. Handlingarna ska bevaras i minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades. Om upphandlingen har avsett ett ramavtal innebär bestämmelserna att handlingarna ska bevaras minst fyra år från det att sista kontraktet tilldelades enligt ramavtalet. De myndigheter och enheter som omfattas av arkivlagen har en motsvarande skyldighet att bevara allmänna handlingar enligt gällande arkiveringsbestämmelser (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 383).

De redovisade bestämmelserna om bevarande av handlingar bör tas in i de nya lagarna. Bestämmelsernas uppräknings över de handlingar som ska bevaras bör anpassas till de nya bestämmelserna om dokumentation. Uppräkningsen bör därför utökas med hänvisningar till sådana dokument som upprättats enligt den allmänna dokumentationsplikten, individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt och bevarad information (se nedan).

Enligt *Lagrådet* bör huvudregeln att arkivlagen gäller uttryckas positivt i de nya bestämmelserna. Regeringen anser att detta ökar tydligheten och lämnar därför ett sådant förslag. Lagrådet har vidare begärt att det klargörs hur handlingar ska bevaras vid anskaffningar från eller genom en inköpscentral. Denna fråga behandlas i författningskommentaren.

Bevarande av kontrakt och ramavtal

Enligt artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna åtminstone under kontraktets löptid, spara kopior på alla kontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varukontrakt eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt. Bestämmelsen i LUF-direktivet gäller alltså endast för upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter. Regleringen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Utredningen har bedömt att de redovisade artiklarna inte behöver genomföras särskilt i svensk rätt. Enligt utredningen motsvaras artiklarna om sparande av kontrakt av de föreslagna bestämmelserna om bevarande av handlingar.

Enligt regeringens mening går det inte att utläsa av bestämmelserna om bevarande av handlingar i 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § LUF att de innebär en skyldighet att bevara det ingångna kontraktet. Regeringen föreslår därför ett tillägg i bestämmelserna så att det klart framgår att de även omfattar det kontrakt som har ingåtts i upphandlingsärendet. Det finns ingen anledning att begränsa bestämmelsernas tillämplighet till kontrakt med högre värden än de som anges i direktiven. Någon anledning att begränsa tillägget i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna till att endast avse upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter finns inte heller. Samtliga ingångna kontrakt bör alltså bevaras åtminstone under kontraktets löptid. För de upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av arkivlagen uppnås motsvarande ordning genom en tillämpning av gällande arkivföreskrifter.

Lagrådet har efterlyst besked om vad som gäller i fråga om ramavtal. Även sådana avtal bör naturligtvis bevaras under sin löptid. Enligt regeringens mening bör detta uttryckligen anges i lagarna.

I artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 90.6 andra stycket i LUF-direktivet finns bestämmelser om att den upphandlande myndigheten ska ge tillgång till de kontrakt som har sparats. Dessa bestämmelser behandlas i avsnitt 20.6.

Individuella rapporter och bevarande av information

I artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet finns bestämmelser om individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt. Enligt artikel 84.1 i LOU-direktivet ska den upphandlande myndigheten upprätta en skriftlig rapport för varje kontrakt eller ramavtal som tilldelas och varje dynamiskt inköpssystem som inrättas. Av en uppräknig i punkterna a–i i artikeln framgår vad rapporten ska innehålla. Rapporten ska bl.a. ange skälen till att myndigheten valt att tilldela en viss leverantör kontraktet och skälen till att anbud förkastats som onormalt låga. Vidare ska rapporten exempelvis innehålla skälen till att myndigheten har använt andra medel än elektroniska för inlämning av anbud. Regleringen motsvarar i huvudsak artikel 43 i 2004 års LOU-direktiv om protokoll, som har genomförts genom 9 kap. 12 § LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 382 f.). De huvudsakliga föreskrifterna om vad ett protokoll ska innehålla finns i 14 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

Regleringen i LUF-direktivet är delvis annorlunda än LOU-direktivet. Trots att rubriken till artikel 100 i LUF-direktivet talar om rapporter reglerar artikeln inte någon skyldighet att upprätta en rapport. Enligt artikel 100.1 i LUF-direktivet ska den upphandlande enheten i stället bevara lämplig information om varje kontrakt eller ramavtal som tilldelas och varje dynamiskt inköpssystem som inrättas. Informationen ska vara tillräcklig för att det vid ett senare tillfälle ska gå att motivera de beslut som avses i punkterna a–d i artikeln. Det rör sig bl.a. om beslut om kvalificering och urval av ekonomiska aktörer, kontraktstilldelning och orsaken till att enheten har använt andra medel än elektroniska för inlämning. Regleringen motsvarar i huvudsak artikel 50.1 i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts genom 9 kap. 14 § första stycket LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 524–526).

Regeringen delar utredningens bedömning att skillnaderna mellan direktiven bör komma till uttryck i lagtexten på samma sätt som skett i nuvarande lagstiftning. Vid offentlig upphandling ska således den upphandlande myndigheten upprätta en individuell rapport för varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas. Vid upphandling inom försörjningssektorerna ska i stället den upphandlande enheten i dessa fall bevara lämplig information, som ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut under upphandlingen. Enligt artikel 84.1 andra stycket i LOU-direktivet behöver någon individuell rapport inte upprättas om ett kontrakt tilldelas på grundval av vissa former av ramavtal. Undantaget bör tas in i den nya lagen om offentlig upphandling. LUF-direktivet saknar ett motsvarande undantag från skyldigheten att bevara lämplig information.

Konkurrensverket önskar att den ansvariga myndigheten ska bemyndigas att meddela föreskrifter om vilka statistikuppgifter som ska lämnas i en rapport och hur dessa ska lämnas. Regeringen konstaterar att

Prop. 2015/16:195 kraven på innehållet i en individuell rapport regleras uttömmande i LOU-direktivet. Enligt regeringens mening är de flesta av LOU-direktivets krav på innehållet av sådan karaktär att de bör tas in i den nya lagen om offentlig upphandling på motsvarande sätt som har skett i bestämmelsen om protokoll i 10 kap. 12 § LUF (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 225–227). Regeringen kan inte se något behov av att bemyndiga en myndighet att meddela föreskrifter om innehållet i en individuell rapport.

LUF-direktivets uppräknade av vilka beslut som kräver bevarande av lämplig information är relativt kortfattad och bör tas in i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Av artikel 22.1 femte stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 femte stycket i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten i den individuella rapporten eller den bevarade informationen ska motivera varför anbud har fått lämnas med andra medel än elektroniska. Detta uttrycks även i artikel 84.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 100.1 första stycket i LUF-direktivet. Enligt regeringens mening bör denna skyldighet anges i de nya lagbestämmelserna.

De krav på innehållet i en individuell rapport som inte anges i lag bör anges i förordning. Den nya lagen om offentlig upphandling bör upplysa om regeringens rätt att meddela sådana föreskrifter. Regeringen avser att meddela föreskrifterna i den nya upphandlingsförordningen. Förordningen bör även genomföra artikel 84.1 tredje stycket i LOU-direktivet, som innebär att den individuella rapporten kan hänvisa till en efterannons som innehåller sådana uppgifter som ska anges i rapporten. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 100.1 andra stycket i LUF-direktivet. I likhet med utredningen anser regeringen att den artikeln utgör en överflödlig reglering, som endast exemplifierar på vilket sätt den upphandlande enheten kan välja att bevara lämplig information. Artikeln bör därför inte genomföras i svensk rätt.

Artikel 84.3 i LOU-direktivet och artikel 100.3 i LUF-direktivet föreskriver att rapporten respektive informationen eller dokumentationen på begäran ska tillställas kommissionen eller vissa närmare angivna mottagare. Regleringen skiljer sig åt på så sätt att LOU-direktivet hänvisar till rapporten enligt artikel 84.1 medan LUF-direktivet hänvisar till informationen enligt artikel 100.1 och dokumentationen enligt artikel 100.2.

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att de mottagare som anges i artiklarna motsvaras av den nationella tillsynsmyndigheten. Utredningen föreslår att endast den bevarade informationen ska omfattas av regleringen på försörjningsområdet. Till skillnad från utredningen kan regeringen dock inte se något skäl att avvika från ordalydelsen i LUF-direktivet vad gäller vilka handlingar som ska tillhandahållas på begäran. Bestämmelsen i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör således omfatta såväl den bevarade informationen som dokumentationen. I sammanhanget bör även nämnas att den föreslagna regleringen om tillsyn innebär att tillsynsmyndigheten ska kunna infordra material från en upphandlande myndighet eller enhet.

20.4 Det icke direktivstyrda området vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

20.4.1 Kommunikation

Regeringens förslag: De nya lagarnas bestämmelser om kommunikation och öppnande av anbud ska även gälla på det icke direktivstyrda området.

Bestämmelserna om skyldighet att kommunicera med elektroniska medel ska dock inte gälla vid direktupphandling.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår att det ska gälla samma bestämmelser som på det direktivstyrda området. Utredningens förslag på det direktivstyrda området innebär dock att skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel endast ska gälla vid inlämning av uppgifter från leverantörer. I övrigt ska det vara en målsättning att elektroniska medel används vid kommunikation under en upphandling. Utredningen föreslår inte något undantag för direktupphandling.

Remissinstanserna: Ingen remissinstans behandlar frågan.

Skälen för regeringens förslag: Av avsnitt 31 framgår att de nya lagarnas 19 kap. kommer att innehålla bestämmelser om upphandling utanför det direktivstyrda området. Nuvarande reglering i 15 kap. 8 och 11 §§ LOU respektive LUF innebär att det råder samma ordning på det icke direktivstyrda området som på det direktivstyrda området vad gäller kommunikation och öppnande av anbud. Enligt regeringens mening bör denna ordning gälla även i de nya lagarna. Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel bör således få genomslag på det icke direktivstyrda området. De myndigheter som tillämpar elektronisk upphandling gör det i ungefär samma omfattning över som under tröskelvärdet. Till följd av obligatoriet på det direktivstyrda området bör de upphandlande myndigheterna och enheterna över lag vara väl förberedda för att kommunicera med elektroniska medel även vid upphandling under tröskelvärdena. Innebörden av bestämmelserna om kommunikation framgår av avsnitt 20.1.

Vid direktupphandling finns det dock skäl att göra en annan bedömning i fråga om skyldigheten att använda elektroniska medel för kommunikation. Direktupphandling är enligt legaldefinitionen en upphandling utan krav på anbud i viss form. Det är därför inte möjligt att kräva elektronisk inlämning av anbud vid en direktupphandling. Det är inte heller rimligt att kräva elektronisk kommunikation vid övriga delar av en direktupphandling. I sammanhanget bör nämnas att genomförandet av en direktupphandling ska dokumenteras, om upphandlingens värde uppgår till minst 100 000 kronor (se avsnitt 20.4.3).

Regeringens förslag: De nuvarande bestämmelserna om information till leverantörer ska tas in i de nya lagarna. Bestämmelserna ska gälla även vid konkurrenspräglad dialog och upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna har inga invändningar mot förslaget eller yttrar sig inte i frågan. *Försvarets materielverk (FMV)* instämmer i promemorians bedömning att de aktuella reglerna på det icke direktivstyrda området ska gälla oförändrade i de nya lagarna.

Skälen för regeringens förslag: Enligt 15 kap. 10 § LOU respektive LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Av 15 kap. 19 § LOU respektive LUF framgår vidare att den upphandlande myndigheten eller enheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om upphandlingsbeslut (se avsnitt 20.2.2) och lämna upplysningar på begäran av en leverantör (se avsnitt 20.2.3). Vilka upplysningar som ska lämnas på begäran framgår genom en hänvisning till bestämmelsen på det direktivstyrda området. Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

Något skäl att ändra de redovisade bestämmelserna har inte framkommit. De bör således tas in i de nya lagarnas kapitel om upphandling som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområde (se avsnitt 31.1). Bestämmelsen om kompletterande upplysningar bör utformas efter mönster av motsvarande bestämmelse på det direktivstyrda området (se avsnitt 20.2.1). Det innebär bl.a. att de kompletterande upplysningarna ska avse upphandlingsdokumenten. Bestämmelserna bör gälla även vid konkurrenspräglad dialog och upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Såväl de nuvarande som de föreslagna bestämmelserna innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna ”sådana upplysningar som avses” i de direktivstyrda bestämmelserna om upplysningar på begäran av en leverantör. *Lagrådet* har anmärkt att upplysningar enligt de direktivstyrda bestämmelserna endast ska lämnas på begäran men att denna begränsning inte föreskrivs i bestämmelserna på det icke direktivstyrda området. Det bör enligt *Lagrådet* klargöras om skillnaden är avsiktlig.

Regeringens avsikt är inte att upplysningsskyldigheten ska vara mer långtgående på det icke direktivstyrda området. Skyldigheten att lämna upplysningar på det icke direktivstyrda området gäller sådana upplysningar som avses i de direktivstyrda bestämmelserna. Dessa bestämmelser avser sådana upplysningar som ska lämnas på begäran en leverantör. Härigenom framgår enligt regeringens mening att

skyldigheten att lämna upplysningarna på det icke direktivstyrda området endast gäller om de har begärts av en leverantör. Någon skillnad mot vad som gäller på det direktivstyrda området följer enligt regeringens mening inte av bestämmelserna. Det finns naturligtvis inget hinder mot att upplysningarna (t.ex. namnet på den vinnande leverantören) lämnas trots att de inte har begärts av en leverantör.

20.4.3 Dokumentation

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Dokumentationsplikten ska dock inte gälla om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Vid offentlig upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet ska bestämmelserna om individuella rapporter tillämpas. Vid upphandling av sådana tjänster på försörjningsområdet ska bestämmelserna om bevarande av lämplig information tillämpas.

Bestämmelserna om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden ska gälla även på det icke direktivstyrda området.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens förslag om dokumentationsplikt omfattar dock endast upphandlingar vars värden understiger 100 000 kronor.

Remissinstanserna: Några remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, påtalar att utredningens förslag om dokumentationsplikt, till synes på grund av ett förbiseende, endast omfattar upphandlingar till ett värde understigande 100 000 kronor.

Skälen för regeringens förslag: Enligt regeringens mening bör det finnas bestämmelser om dokumentationsplikt även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Enligt 15 kap. 18 § LOU respektive LUF i deras lydelse från och med den 1 juli 2014 ska en upphandlande myndighet eller enhet anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen, om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor. Denna beloppsgräns bör enligt regeringens mening även gälla för dokumentationsplikten enligt de nya lagarnas kapitel om upphandling på det icke direktivstyrda området (se avsnitt 31.1.). Bestämmelsen om dokumentationsplikt bör i övrigt utformas på motsvarande sätt som på det direktivstyrda området.

Bestämmelserna om individuella rapporter i LOU-direktivet och om bevarande av lämplig information i LUF-direktivet gäller även vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet (jfr avsnitt 20.3). Bestämmelserna om detta bör därför göras tillämpliga vid sådan upphandling. Något motsvarande dokumentationskrav finns i dag inte för de s.k. B-tjänsterna i 15 kap. LOU respektive LUF.

I 15 kap. 20 § LOU respektive LUF finns i dag bestämmelser om bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden.

Prop. 2015/16:195 Bestämmelserna gäller för upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Bestämmelser av motsvarande slag bör införas i de nya lagarnas 19 kap. Regleringen bör i likhet med i dag motsvara ordningen på det direktivstyrda området (se avsnitt 20.3).

20.5 Upphandling av koncessioner

20.5.1 Kommunikation

Regeringens förslag: Bestämmelserna om kommunikation vid upphandling av koncessioner ska motsvara bestämmelserna vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas någon bestämmelse om förrättning för öppning av anbudsansökningar och anbud.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår att det ska gälla samma bestämmelser som för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Utredningens förslag på dessa områden innebär dock att skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel endast ska gälla vid inlämning av uppgifter från leverantörer. I övrigt ska det enligt utredningen vara en målsättning att elektroniska medel används vid kommunikation under en upphandling.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig om förslaget framför olika uppfattningar. *Kammarrätten i Stockholm* anser att utredningens förslag att avvika från LUK-direktivets reglering görs av väl motiverade skäl. *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)* och *Konkurrensverket* välkomnar att elektronisk kommunikation blir obligatorisk vid upphandling av koncessioner på samma sätt som vid övrig upphandling. Konkurrensverket konstaterar att LUK-direktivet ger möjligheter att nationellt gå längre än direktivet när det gäller krav på elektronisk kommunikation. Om elektronisk kommunikation blir obligatorisk vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, kommer upphandlande myndigheter och enheter enligt verket inte att behöva ändra sina inköpsrutiner och tekniska system för att kommunicera elektroniskt även vid upphandling av koncessioner. Därmed innebär det enligt Konkurrensverket inte någon extra börda för de upphandlande myndigheterna och enheterna om elektronisk kommunikation blir obligatorisk även vid upphandling av koncessioner. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser däremot att bestämmelserna för kommunikation bör utformas i enlighet med vad som gäller i LUK-direktivet och inte efter regelverket i LOU- och LUF-direktiven. Enligt SKL är det rimligt att den upphandlande myndigheten eller enheten i den konkreta upphandlingssituationen får bestämma på vilket sätt kommunikationen ska ske.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Regleringen kring kommunikation i LUK-direktivet är betydligt mer kortfattad och allmänt hållen än motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven. Av artikel 29.1 första stycket i LUK-direktivet framgår att medlemsstaterna

eller de upphandlande myndigheterna eller enheterna får välja mellan ett eller flera alternativ för kommunikation. Det valda medlet eller de valda medlen ska användas för all kommunikation och allt informationsutbyte. De medel som direktivet tillåter för kommunikation är elektroniska medel, post eller fax, muntlig kommunikation och personligt överlämnande mot bekräftelse i form av mottagningsbevis. Muntlig kommunikation får dock inte användas i de väsentliga delarna av koncessionstilldelningsförfarandet och måste dokumenteras på lämpligt sätt.

Artikel 29.1 andra stycket i LUK-direktivet medger att medlemsstaterna gör användning av elektroniska medel obligatorisk i fler situationer än de som avses i artiklarna 33.2 och 34. Enligt artikel 33.2 i LUK-direktivet är det obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda elektroniska medel när annonser om upphandling skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå. Det är vidare enligt artikel 34 i LUK-direktivet obligatoriskt att göra koncessionsdokumenten tillgängliga för leverantörerna med elektroniska medel vid annonsering av upphandlingen och vid inbjudan att lämna anbud.

De krav som ställs på elektroniska medel enligt artikel 29.2 första stycket i LUK-direktivet motsvarar kraven enligt LOU- och LUF-direktiven. Medlen ska alltså bl.a. vara allmänt tillgängliga, icke-diskriminerande och driftskompatibla med den informations- och kommunikationsteknik som används i allmänhet.

Även regleringen i artikel 29.2 andra stycket i LUK-direktivet motsvarar regleringen i LOU- och LUF-direktiven. Artikel 29.2 reglerar kraven på säkerhet vid kommunikation, informationsbyte och lagring av uppgifter. Enligt artikel 29.2 får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för att lämna in dem har löpt ut.

Elektronisk upphandling är en prioriterad fråga för regeringen. Målet är att användningen av elektroniska lösningar i upphandlingar ska öka väsentligt. Enligt regeringens mening saknas det därför skäl att ha andra bestämmelser om kommunikation vid upphandling av koncessioner än vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Detta innebär att det även på koncessionsområdet kommer att råda en principiell skyldighet att använda elektroniska medel vid kommunikation under en upphandling. Som *Konkurrensverket* har anmärkt kommer en sådan ordning inte att innebära någon extra börda för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Tvärtom finns det praktiska och ekonomiska fördelar med att ha samma rutiner och tekniska system för all typ av upphandling. Innebörden av nu aktuella bestämmelser redovisas i avsnitt 20.1.

LUK-direktivet innehåller inte någon procedurregel om förrättningen vid öppnande av anbudsansökningar och anbud. Upphandling av koncessioner bör enligt regeringens mening inte tyngas av detaljregler som inte är strikt nödvändiga. Någon bestämmelse i denna del föreslås därför inte.

Regeringens förslag: Bestämmelserna om information till leverantörer vid upphandling av koncessioner ska i huvudsak motsvara bestämmelserna vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock inte att upplysningar på begäran av en leverantör ska lämnas till samtliga leverantörer som har lämnat ett godtagbart anbud.

Remissinstanserna: Några remissinstanser framför synpunkter på förslaget. *Almega, Företagarna* och *Svenskt Näringsliv* påtalar att tidsfristen för att lämna vissa upplysningar på begäran av leverantör enligt artikel 40.1 andra stycket i LUK-direktivet inte harmonierar med avtalsspärrens längd. De nämnda remissinstanserna befarar att leverantörer som inte får begärd information innan avtalsspärren löper ut kan tvingas att söka överprövning av taktiska skäl för att inte gå miste om sin talerätt. *Malmö kommun* anser det vara orimligt att upphandlande myndigheter eller enheter ska tvingas att ange uppgifter kring relativa fördelar anbud emellan. *Malmö kommun* vill framhålla att det kan råda sekretess för uppgifter i anbud.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 34.3 i LUK-direktivet ska upphandlande myndigheter eller enheter eller behöriga avdelningar till alla sökande eller anbudsgivare som deltar i koncessionstilldelningsförfarandet lämna ut kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten senast sex dagar före tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid. Artikel 34.3 i LUK-direktivet bör genomföras på samma sätt som motsvarande artiklar i LOU- och LUF-direktiven (se avsnitt 20.2.1). Regeringen instämmer i utredningens bedömning att hänvisningen i direktivet till behöriga avdelningar är överflödigt och inte bör tynga lagtexten.

Artikel 40 i LUK-direktivet reglerar information till anbudssökande och anbudsgivare om beslut under upphandlingen. Enligt artikelns första stycke ska upphandlande myndigheter och enheter så snart som möjligt underrätta varje anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattats rörande koncessionstilldelningen, inklusive namnet på den utvalda anbudsgivaren, skälen till att de har beslutat att förkasta en ansökan eller ett anbud samt till att de har beslutat att inte tilldela ett kontrakt för vilket en annons om upphandling publicerats eller att upprepa förfarandet.

Artikel 40 skiljer sig från motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven på så sätt att upplysningar om skälen för att förkasta en ansökan eller ett anbud ska lämnas utan att den berörda leverantören behöver begära det. Vidare ska uppgiften om namnet på den utvalda anbudsgivaren anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Enligt LOU- och LUF-direktiven behöver denna uppgift lämnas först på begäran av leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud.

Enligt artikel 40.1 andra stycket ska upphandlande myndigheter och enheter på begäran av berörd part snarast möjligt, och i alla händelser senast 15 dagar från mottagandet av en skriftlig begäran, underrätta alla

anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Artikel 40.2 i LUK-direktivet avser sekretess och behandlas i avsnitt 21.2.

Bestämmelserna om information till leverantörer vid upphandling av koncessioner bör utformas på liknande sätt som dessa bestämmelser vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. De skillnader som finns i LUK-direktivet jämfört med LOU- och LUF-direktiven bör få genomslag i lagstiftningen. Det innebär bl.a. att bestämmelsen om upplysningar på begäran av en leverantör bör innehålla en skyldighet att lämna upplysningar till samtliga leverantörer som har lämnat ett godtagbart anbud.

I likhet med den bedömning som har gjorts i avsnitt 20.2.3 vad gäller motsvarande reglering i LOU- och LUF-direktiven anser regeringen att LUK-direktivets bestämmelse om tidsfristen för att lämna upplysningar på begäran bör genomföras i enlighet med sin ordalydelse. Det saknas förutsättningar för att inom ramen för det här lagstiftningsärendet göra en sådan översyn av tidsfristerna som begärts av *Almega, Företagarna* och *Svenskt Näringsliv*. Det torde ligga i den upphandlande myndighetens eller enhetens eget intresse att undvika onödiga överprövningar genom att lämna ut begärda upplysningar i god tid.

Med anledning av synpunkten från *Malmö kommun* kan regeringen konstatera att skyldigheten att lämna upplysningar till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud inte innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten får åsidosätta bestämmelser om sekretess och företagshemligheter (jfr artikel 40.2 i LUK-direktivet samt avsnitten 20.2.3 och 21.2).

20.5.3 Dokumentation

Regeringens förslag: Den nya lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om dokumentation av förfaranden och bevarande av handlingar. Bestämmelserna ska motsvara bestämmelserna vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Några remissinstanser yttrar sig över förslaget. *Kammarkollegiet* tillstyrker förslaget. *Kammarrätten i Stockholm* och *Konkurrensverket* anser att utredningen har motiverat förslaget väl. Konkurrensverket påtalar dock att en koncession kan ha en längre löptid än den tid som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att bevara handlingarna. Enligt verket bör därför skyldigheten anges i ett lämpligt antal år efter det att avtalet löpt ut.

Skälen för regeringens förslag: Regleringen kring dokumentationsplikten i LUK-direktivet är knapphändig och lämnar ett stort handlingsutrymme åt medlemsstaterna. Enligt artikel 37.5 i LUK-direktivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten på lämpligt sätt registrera etapperna i förfarandet med hjälp av de medel den anser lämpliga. Detta ska ske i enlighet med artikel 28.1 som avser sekretess.

Som utredningen har anfört förutsätter en ändamålsenlig tillämpning av rättsmedlen att beslut under en upphandling dokumenteras och att handlingar av betydelse för upphandlingsärendet bevaras. Den nya lagen om upphandling av koncessioner bör således innehålla bestämmelser om dokumentation av förfaranden och bevarande av handlingar. Regeringen finner i likhet med utredningen att bestämmelserna om dokumentation bör motsvara de bestämmelser som gäller vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (se avsnitt 20.3). Den dokumentation som upprättas ska alltså vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Enligt LOU- och LUF-direktiven är den upphandlande myndigheten eller enheten skyldig att bevara handlingar i minst tre år från kontraktstilldelningen. Nuvarande bestämmelser i LOU och LUF samt regeringens förslag i avsnitt 20.3 innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) ska bevara handlingarna i minst fyra år från kontraktstilldelningen vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Vid sådan upphandling kan kontraktets löptid vara längre än den tid som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att bevara handlingarna. Att så även kan vara fallet vid upphandling av koncessioner utgör inte skäl att ha en annan reglering på detta område. Även vid upphandling av koncessioner bör således en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen vara skyldig att bevara handlingarna i minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Regeringen föreslår inte några bestämmelser om individuella rapporter eller motsvarande på koncessionsområdet (jfr avsnitt 20.3).

20.5.4 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om information till leverantörer och dokumentation ska motsvara bestämmelserna på det direktivstyrda området.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några bestämmelser om kommunikation.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Den remissinstans som yttrar sig särskilt, *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, påtalar att 15 kap. 9 § i utredningens lagförslag om information till leverantörer även bör gälla för upphandlande enheter.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: För att det ska finnas möjlighet till en fungerande rättslig prövning av en upphandling

förutsätts att berörda leverantörer får information om beslut som fattas under upphandlingen, att genomförandet av upphandlingen dokumenteras och att dokumentationen bevaras. Bestämmelser i dessa delar behövs således även på det icke direktivstyrda området. Bestämmelserna bör motsvara bestämmelserna på det direktivstyrda området (se avsnitten 20.5.2 och 20.5.3). Bestämmelserna bör gälla såväl för upphandlande myndigheter som för upphandlande enheter.

Utgångspunkten i detta lagstiftningsärende är att upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området inte ska regleras mer än vad som är nödvändigt för att garantera ett rättssäkert förfarande. I så stor utsträckning som möjligt ska de allmänna principerna vara styrande för hur upphandlingen ska gå till. Regeringen delar mot den bakgrunden utredningens bedömning att några bestämmelser om kommunikation inte bör införas i den nya lagens kapitel om icke direktivstyrd upphandling av koncessioner. Någon skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att använda elektroniska medel för kommunikation föreslås således inte på detta område. Principerna om öppenhet och likabehandling kommer att gälla för kommunikationen under en upphandling.

I likhet med det direktivstyrda området föreslås det inte någon bestämmelse om förrättning för öppnande av anbudsansökningar och anbud.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet som inte omfattas av offentlighetsprincipen ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Bestämmelserna ska gälla varu- eller tjänstekontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro samt byggentreprenadkontrakt som ingåtts till ett värde av minst 10 000 000 euro.

Företagshemligheter i kontrakten ska inte få lämnas ut. Detsamma ska gälla uppgifter i kontrakten som kan röja säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlade myndigheten.

En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet, som lämnar ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, ska inte få ta mer betalt för utlämnandet än den avgift och den kostnadsersättning som en statlig myndighet skulle få ta ut vid ett motsvarande utlämnande av en allmän handling.

När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i förvaltningslagen.

Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Prövningstillstånd ska krävas för prövning i kammarrätten.

Den upphandlande myndigheten ska vara den enskildes motpart i domstol.

Regeringens bedömning: Lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter är tillämplig på överklaganden av beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt.

Förslagen i promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling: Överensstämmer delvis med regeringens. Promemorians förslag är mer omfattande. Det gäller oavsett kontraktets värde samt omfattar även kontrakt hos upphandlande enheter och koncessionskontrakt. Vidare gäller promemorians förslag till förmån för alla som begär att få tillgång till ett kontrakt. Promemorians bestämmelse om skydd för företagshemligheter är något annorlunda formulerad. Promemorian saknar en bestämmelse till skydd för uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder. Regleringen om prisbegränsning har en annan lagteknisk konstruktion i promemorian.

Promemorians bedömning: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian görs bedömningen att den upphandlande myndigheten inte bör ges partsställning i domstol.

Remissinstanserna: Remissutfallet är delat. Merparten av de remissinstanser som yttrar sig tillstyrker förslaget eller har inga invändningar mot det. De remissinstanser som enligt förslaget ska ge

tillgång till kontrakt är dock mycket kritiska. *Kammarrätten i Stockholm, Kriminalvården, Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten, Svenskt Näringsliv, Almega, Företagarna, Sveriges Byggindustrier, Swedish Medtech, Konkurrenskommissionen och Advokatfirman Kahn Pedersen* tillstyrker i allt väsentligt förslaget. Flera remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, anser att det av tydlighetsskäl bör uttryckas direkt i lagbestämmelserna att de gäller för upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. *Försvarets materielverk (FMV), Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), SKL Kommentus, Svensk Energi, Sveriges Television AB (SVT), Sveriges advokatsamfund, Sveriges Offentliga Inköpare (SOI), Almi Företagspartner AB, AB Svenska Spel, PostNord Sverige AB, Sveriges Radio AB, Swedavia AB och Advokatfirman Delphi* lämnar kritiska synpunkter på förslaget. Flertalet av de kritiska remissinstanserna invänder mot att promemorians förslag går längre än vad direktiven kräver, främst genom att låta bestämmelserna gälla oavsett kontraktets värde. Dessa remissinstanser anser att beredningsunderlaget och konsekvensanalysen inte är tillräcklig för att motivera ett strängare införande av direktiven än vad som krävs. Flera remissinstanser, bl.a. SVT och AB Svenska Spel, bedömer att bestämmelserna kommer att påverka leverantörernas vilja att delta i upphandlingar och att de kommer att innebära en ökad administrativ börda för de berörda organen. Svensk Energi, PostNord Sverige AB och Swedavia AB motsätter sig att bestämmelserna ska gälla för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. De anser vidare att några bestämmelser om tillgång till kontrakt inte ska införas i LUK. FMV, SKL och SKL Kommentus anför att promemorian inte har utrett tillräckligt vilka andra skyddsintressen som bör hindra utlämnande av information. SVT anser att bestämmelsen om uppgiftsskydd är alltför snäv och otydlig. Det är enligt SVT oklart om bestämmelsen har exakt samma innebörd som lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. SVT, AB Svenska Spel och Sveriges Radio AB påtalar behovet att skydda säkerhetsuppgifter i kontraktet. De remissinstanser som är kritiska till förslaget om tillgång till kontrakt anser genomgående att överklagande bör ske till kammarrätten. *Kammarrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Härnösand och Förvaltningsrätten i Malmö* har emellertid ingen invändning mot förvaltningsrätten som första instans. Några remissinstanser, bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, anser att den upphandlande myndigheten bör göras till den enskildes motpart i domstol. Förvaltningsrätten i Stockholm anser att prisbegränsningsbestämmelsens förenlighet med regeringsformen bör analyseras närmare.

Skälen för regeringens förslag

LOU- och LUF-direktivens reglering om tillgång till kontrakt

Enligt artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna åtminstone under kontraktets löptid, spara kopior på alla kontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varukontrakt eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggentreprenadkontrakt. Bestämmelsen i

Prop. 2015/16:195 LUF-direktivet gäller alltså endast för upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter. Regleringen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv. Som framgår av avsnitt 20.3 föreslås särskilda bestämmelser om bevarande av kontrakt och ramavtal i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

I artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska bevilja tillgång till de sparade kontrakten. Tillgång till specifika dokument eller specifik information kan dock vägras i den mån och på de villkor som anges i tillämpliga unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser om tillgång till handlingar och uppgiftsskydd. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att regleringen syftar till att öka spårbarheten och öppenheten i beslutsfattandet. Enligt skälen bör de upphandlande myndigheterna behålla kopior av ingångna kontrakt av högt värde, så att de kan ge berörda parter tillgång till dessa dokument i enlighet med tillämpliga regler om tillgång till handlingar. LUK-direktivet saknar en reglering om tillgång till kontrakt.

Vad gäller rätten att få tillgång till kontrakt instämmer regeringen i Genomförandeutredningens bedömning (SOU 2014:51) att det inte behövs någon reglering för sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen (förkortad TF). Nämnda princip gäller även till förmån för utländska medborgare (jfr 14 kap. 5 § andra stycket TF). Det finns emellertid ett antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och som således inte utan särskild reglering är skyldiga att lämna ut handlingar (se nedan).

Upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen

Handlingsoffentlighet och sekretess gäller hos myndigheter. Merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna är statliga och kommunala myndigheter som omfattas av bestämmelserna i TF om allmänna handlingars offentlighet.

De nya lagarnas definitioner av upphandlande myndighet och upphandlande enhet behandlas närmare i avsnitten 6.7.1 och 6.8.3, jfr även prop. 2006/07:128 del 1 s. 144–149. LOU- och LUF-direktivens definitioner i dessa delar motsvarar definitionerna i 2004 års upphandlingsdirektiv. Någon ändring i sak av definitionerna har inte gjorts i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Juridiska personer som finansieras eller kontrolleras av staten, kommuner, landsting eller upphandlande myndigheter jämställs i de nya upphandlingslagarna med upphandlande myndigheter, om de tillgodoser behov i det allmännas intresse och behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. I upphandlingslagarna används begreppet offentligt styrda organ för dessa juridiska personer. EU-domstolen har uttalat att begreppet ska ges en funktionell tolkning utifrån syftet med upphandlingsdirektiven och säkerställandet av direktivens ändamålsenliga verkan. Riksrevisionen har 2006 granskat de statliga bolagens tillämpning av upphandlingsregelverket (se RiR 2006:15

Statliga bolag och offentlig upphandling). Motsvarande granskning har på regeringens uppdrag tidigare gjorts av den dåvarande Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU), se rapporter den 30 november 1998 (NOU:s dnr 172/98-28) respektive den 3 februari 2000 (NOU:s dnr 1999/0234-28). Som exempel på statliga bolag som uppträder som upphandlande myndigheter kan nämnas Apoteket AB (publ), Sveriges Television AB, AB Svenska Spel och Vattenfall AB.

Av 2 kap. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, framgår att offentlighetsprincipen gäller inte bara för myndigheter utan även för vissa privaträttsliga subjekt. Sådana statliga bolag och stiftelser, som anges i bilagan till OSL, ska enligt 2 kap. 4 § samma lag jämföras med myndighet såvitt avser den verksamhet som särskilt anges i bilagan. Högsta förvaltningsdomstolen har dock slagit fast att bestämmelserna i TF och OSL inte gäller för enskilda rättssubjekt som ägs av ett sådant organ som anges i bilagan (se HFD 2014 ref. 70). De flesta statliga bolagen och stiftelserna omfattas inte av offentlighetsprincipen.

Av 2 kap. 3 § första stycket OSL framgår vidare att offentlighetsprincipen gäller hos företag där kommuner eller landsting utövar ett bestämmande inflytande. Vad som ska avses med bestämmande inflytande framgår av bestämmelsens andra och tredje stycken. De associationsformer som omfattas är aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag (inklusive kommanditbolag) och stiftelser. Däremot omfattas inte ideella föreningar. Kommunala företag i form av ideella föreningar utgörs i huvudsak av intresseorganisationer och den verksamhet som dessa organisationer bedriver har inte ansetts motsvara sådan verksamhet som normalt eller lika väl kan skötas av en kommunal myndighet (se prop. 1993/94:48 s. 19). Det tidigare Landstingsförbundet omfattades t.ex. inte av bestämmelsen, se rättsfallet RÅ 1997 not. 108. En ideell förening omfattas således inte av offentlighetsprincipen, vilket inte hindrar att en sådan förening kan vara ett offentligt styrt organ och därmed en upphandlande myndighet eller enhet.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) är en intresse- och arbetsgivarorganisation för kommuner och landsting. Organisationen har ersatt Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. SKL är en ideell förening och utgör exempel på ett kommunförbund. SKL driver verksamhet dels inom förbundet, dels i aktiebolag. I rättspraxis har offentlighetsprincipen inte ansetts vara tillämplig hos de aktiebolag som SKL bedriver verksamhet i och som uppträder som upphandlande myndigheter.

Ett offentligt styrt organ i upphandlingsregelverkets mening behöver inte vara ägt eller kontrollerat av det allmänna. Det är tillräckligt att organet till största delen är offentligt finansierat. En sådan upphandlande myndighet omfattas inte av 2 kap. 3 § OSL och därmed inte heller av offentlighetsprincipen.

Begreppet upphandlande enhet i de nya lagarna om upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner omfattar vidare i vissa fall företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Sådana företag kan vara privatägda.

Prop. 2015/16:195 Av det anförda framgår sammanfattningsvis att det finns ett antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av bestämmelserna i TF och OSL.

Bestämmelser om tillgång till kontrakt bör införas

I promemorian görs bedömningen att offentlighetsprincipen inte är tillräcklig för att tillgodose det krav på tillgång till kontrakt som följer av LOU- och LUF-direktiven. *AB Svenska Spel* invänder mot bedömningen och hänvisar till att LOU- och LUF-direktiven medger att tillgång får vägras till specifika dokument eller specifik information enligt vad som föreskrivs i nationell rätt. Regeringen kan dock konstatera att såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet ovillkorligt föreskriver att den upphandlande myndigheten ”ska bevilja tillgång till dessa kontrakt”. Att tillgång får vägras till specifika dokument eller specifik information innebär således inte att direktivens artiklar om tillgång till kontrakt skulle vara valfria att genomföra.

AB Svenska Spel och *Sveriges advokatsamfund* anför vidare att bestämmelserna är onödiga mot bakgrund av förvaltningsrättens utredningsskyldighet i överprövningsmål och möjligheten till edition i sådana mål. I ett mål om överprövning av kontraktets giltighet har leverantören nämligen möjlighet att enligt bestämmelserna om partsinsyn ta del av kontraktet och andra handlingar som förvaltningsrätten har infortrat från den upphandlande myndigheten eller enheten (jfr HFD 2015 ref. 55). Regeringen kan dock konstatera att LOU- och LUF-direktiven anger att det är den upphandlande myndigheten som ska bevilja tillgång till kontraktet. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten ska ge tillgången till ”berörda parter”. Möjligheten att via förvaltningsrätten försöka få tillgång till kontraktet i ett mål om överprövning av kontraktets giltighet tillgodoser enligt regeringens mening inte det krav som direktiven ställer. Till detta kommer att det inte är en ändamålsenlig ordning att en leverantör ska vara hänvisad till att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet för att eventuellt få tillgång till kontraktet. Den naturliga ordningen är tvärtom att kontraktet är tillgängligt så att leverantören kan bedöma om det finns grund för att ansöka om överprövning eller inte.

Av det anförda framgår sammanfattningsvis att regeringen anser att Sverige till följd av LOU- och LUF-direktivens reglering är skyldigt att införa bestämmelser om tillgång till kontrakt överstigande vissa värden från upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Befintlig lagstiftning motsvarar inte de krav som direktiven ställer. Bestämmelser om tillgång till kontrakt bör därför införas i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Omfattningen och utformningen av de nya bestämmelserna

Enligt promemorians förslag ska alla tilldelade kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner vara tillgängliga för den som begär det oavsett kontraktets värde. Promemorians förslag omfattar

alltså fler kontrakt än vad upphandlingsdirektiven kräver i tre avseenden. För det första skulle skyldigheten gälla oavsett vilket värde kontraktet har. För det andra omfattar förslaget även kontrakt hos upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. För det tredje gäller förslaget även koncessionskontrakt.

Flera remissinstanser, däribland *Svensk Energi*, *Sveriges Television AB (SVT)* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)*, är kritiska mot att promemorians förslag går längre än vad som följer av direktiven. De anser sammanfattningsvis att beredningsunderlaget och konsekvensanalysen inte är tillräckliga för att motivera bestämmelser som innebär en generell offentlighetsprincip för upphandlingskontrakt. Några remissinstanser, bl.a. *AB Svenska Spel*, anmärker att handlingsoffentlighet hos statliga bolag på konkurrensutsatta marknader är en komplex fråga som har utretts tidigare utan att leda till lagstiftningsförslag. Enligt dessa remissinstanser bör statliga bolag på sådana marknader ha samma spelregler som konkurrenterna. Som påtalats av *PostNord Sverige AB* kan vissa upphandlande enheter som verkar på konkurrensutsatta marknader inom försörjningssektorerna och som omfattas av promemorians förslag vara privatägda. *Svensk Energi* anmärker att koncessioner har en kommersiell särart som har motiverat EU-lagstiftaren att inte införa bestämmelser om tillgång till kontrakt i LUK-direktivet. Regeringen instämmer i bedömningen att frågan kräver mer analys än vad promemorian innehåller.

Förevarande lagstiftningsärende avser genomförande av upphandlingsdirektiv. Det har uppenbart inte varit EU-lagstiftarens avsikt att införa en allmän offentlighetsprincip för alla kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven. Upphandlingsdirektiven och upphandlingslagarna innehåller särskilda bestämmelser om information till leverantörer i samband med tilldelningen av ett kontrakt. Bestämmelserna syftar till att ge leverantörerna tillräcklig information för att bedöma om det finns möjlighet att ansöka om överprövning. Det torde dessutom ofta ligga i den upphandlande myndighetens eller enhetens eget intresse att lämna ut sådan information som kan innebära att onödiga överprövningar undviks. Att införa bestämmelser om tillgång till fler kontrakt än vad som krävs enligt direktiven förutsätter enligt regeringens mening ytterligare överväganden, vilka inte är möjliga att göra inom ramen för detta lagstiftningsärende.

Det sagda innebär att bestämmelserna om tillgång till kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna endast bör gälla för varu- eller tjänstekontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro och för byggentreprenadkontrakt som ingåtts till ett värde av minst 10 000 000 euro. Vidare bör bestämmelserna i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna endast gälla för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter. Slutligen bör något förslag inte lämnas såvitt avser koncessionskontrakt.

Några bestämmelser om beräkningen av värdet av ett kontrakt finns inte i direktiven. Av direktiven framgår dock att värdetidpunkten är den dag då kontraktet undertecknades ("ingåtts till ett värde av..."). I 5 kap. och 19 kap. 8 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och

Prop. 2015/16:195 upphandling inom försörjningssektorerna finns bestämmelser om beräkningen av en upphandlings värde. Det ligger i sakens natur att värdet av ett kontrakt ska uppskattas utifrån samma principer som värdet av en upphandling. Det innebär bl.a. att kontraktets värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet, att options- och förlängningsklausuler i kontraktet ska beaktas som om de utnyttjats och att värdet ska beräknas exklusive mervärdesskatt. Ytterst kan frågan om uppskattningen av ett kontraktets värde komma att avgöras av domstol.

Enligt promemorians förslag ska kontrakten lämnas ut till den som begär det. SVT och SOI anmärker att LOU- och LUF-direktiven bör tolkas så att kravet endast innebär att berörda leverantörer ska ges tillgång till kontrakten. Regeringen gör samma tolkning. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att syftet med direktivens artiklar inte är att införa en allmän offentlighetsprincip för kontrakt utan att artiklarna gäller till förmån för ”berörda parter”. Som angetts ovan är syftet med detta lagstiftningsärende att genomföra upphandlingsdirektiven. Regeringen ser inte något skäl att i detta sammanhang införa en mer vidsträckt reglering och ge vem som helst rätt att ta del av kontrakt. Bestämmelserna bör således endast gälla till förmån för berörda leverantörer.

Samtliga leverantörer som har deltagit i upphandlingen i egenskap av anbudssökande eller anbudsgivare får anses vara berörda. Även en leverantör som inte har lämnat en anbudsansökan eller ett anbud i upphandlingen men som har eller – efter det att tidsfristen för överprövning av kontraktets giltighet har löpt ut – skulle ha haft talerätt i ett sådant mål om överprövning, får anses vara berörd. I frågan om talerätt finns en utvecklad praxis. Skyldigheten att ge tillgång till ett kontrakt gäller så länge kontraktet bevaras, vilket ska ske åtminstone under kontraktets löptid.

Bestämmelserna om tillgång till kontrakt bör sammanfattningsvis innebära att en upphandlande myndighet som bevarar ett kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna på begäran av en berörd leverantör ska lämna ut en kopia av kontraktet, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

Av upphandlingslagarnas definition av kontrakt framgår att ett kontrakt är ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor. Kravet på skriftlighet kan uppfyllas med elektroniska medel (se artikel 2.18 i LOU-direktivet och artikel 2.14 i LUF-direktivet). Ett kontrakt som har upprättats och undertecknats med elektroniska medel kan även bevaras i elektronisk form. Bestämmelserna om tillgång till kontrakt bör därför innebära att elektroniska kontrakt ska göras tillgängliga genom att en utskrift av kontraktet lämnas ut på begäran av en berörd leverantör.

Almi Företagspartner AB efterlyser en möjlighet att begränsa utlämnandet i fall då kontraktsbilagorna utgörs av omfattande handlingar som inte är lättkopierade (jfr begränsningen i 2 kap. 13 § TF). Även om det är förenligt med direktiven att kontrakten tillhandahålls på plats i sådana situationer, finns det enligt regeringens mening inte något beredningsunderlag för att nu föreslå en bestämmelse av detta slag. Frågan får övervägas i ett annat sammanhang.

I promemorian görs bedömningen att det inte är nödvändigt att i lagarna särskilt ange att bestämmelserna gäller för sådana upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Det följer av normhierarkin att sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt TF i stället ska tillämpa bestämmelserna om utlämnande av allmänna handlingar. Vidare hänvisar de i promemorian föreslagna bestämmelserna till kontrakt som bevaras enligt särskilda bestämmelser i upphandlingslagarna. De sistnämnda bestämmelserna gäller endast för upphandlande myndigheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Sådana myndigheter omfattas inte heller av offentlighetsprincipen.

Flera remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten* och *Sveriges advokatsamfund*, anser emellertid att det bör framgå tydligare av lagbestämmelserna att de gäller för upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Regeringen gör motsvarande bedömning och föreslår därför att bestämmelserna utformas med beaktande av remissinstansernas önskemål om tydlighet.

Lagrådet har anmärkt att det är missvisande att tala om upphandlande myndigheter i bestämmelserna, eftersom myndigheter inte omfattas av förslaget. Lagrådet har därför förordat att ett annat uttryck används för att beskriva de organ och sammanslutningar som bestämmelserna riktas till.

Regeringen har förståelse för Lagrådets synpunkt. Begreppet upphandlande myndighet används emellertid genomgående i upphandlingslagstiftningen. Det omfattar såväl myndigheter som andra organ och sammanslutningar. Av de föreslagna bestämmelserna framgår tydligt att de endast gäller sådana upphandlande myndigheter som inte ska tillämpa bestämmelserna om allmänna handlingars offentlighet i TF. Någon risk för missförstånd om bestämmelsernas tillämpningsområde kan enligt regeringens mening inte finnas. I nuvarande lagstiftning används begreppet upphandlande myndighet även i bestämmelser som inte gäller för myndigheter (se 9 kap. 13 § och 15 kap. 20 § LOU som avser bevarande av handlingar i avslutade upphandlingsärenden). Det är vidare förenat med svårigheter att finna ett lämpligt samlande uttryck enligt Lagrådets önskemål utan att uttrycket samtidigt kommer att omfatta vissa organ eller sammanslutningar som omfattas av offentlighetsprincipen. Regeringen ser mot angiven bakgrund inte tillräckliga skäl att avvika från den inarbetade begreppsbyggnaden. Bestämmelserna bör således använda uttrycket upphandlande myndighet.

Skydd för uppgifter i kontrakt

För myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen gäller bestämmelserna om sekretess i OSL. För kontrakt som tilldelats efter upphandling kan främst bestämmelserna i 19 kap. 3 § första stycket och 31 kap. 16 § OSL komma i fråga att tillämpas. Enligt det förstnämnda lagrummet gäller sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. I 31 kap. 16 § OSL regleras sekretess vid enskilda affärsförbindelse med myndighet. Enligt bestämmelsen gäller sekretess för uppgift om en

Prop. 2015/16:195 enskilda affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sådana privaträttsliga subjekt som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL anses vara myndigheter vid tillämpningen av OSL.

För upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och OSL är i stället bestämmelserna i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter tillämpliga. Med företagshemlighet avses enligt 1 § lagen om skydd för företagshemligheter sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Enligt 6 § samma lag ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Begreppet näringsidkare ska fattas i vidsträckt bemärkelse och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. En upphandlande myndighet kan därmed i vissa fall betraktas som näringsidkare. Sådana privaträttsliga subjekt som omfattas av de nu aktuella förslagen i egenskap av upphandlande myndigheter torde i flera fall ses som näringsidkare.

Även vid utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagarna finns det ett behov av att skydda känsliga uppgifter om affärs- eller driftförhållanden som har tagits in i kontraktet. Skyddet för affärshemligheter är en allmän EU-rättslig princip (se bl.a. EU-domstolens dom Varec SA, C-450/06, EU:C:2008:91, punkt 49). En bestämmelse om skydd för sådana uppgifter vid utlämnandet av ett kontrakt bör därför införas. De upphandlande myndigheter som träffas av den föreslagna regleringen omfattas inte av OSL utan av lagen om skydd för företagshemligheter. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att skyddsnivån för dessa uppgifter vid utlämnande av ett kontrakt bör motsvara vad som annars gäller för avtalsparterna enligt den lagen. Företagshemligheter bör således skyddas i utlämnandesituationen. Skyddet bör gälla oavsett om uppgifterna avser leverantören eller den upphandlande myndigheten.

Några remissinstanser, bl.a. *Sveriges Television AB (SVT)*, anmärker att ordalydelsen i den föreslagna bestämmelsen om uppgiftsskydd inte helt överensstämmer med definitionen i lagen om skydd för företagshemligheter. De anser därför att det är oklart om den föreslagna bestämmelsen innebär samma uppgiftsskydd som nämnda lag. Enligt regeringens mening bör bestämmelsen formuleras i närmare anknytning till definitionen i lagen om skydd för företagshemligheter så att det klart framgår att det är samma uppgifter som avses. Bestämmelsen bör innebära att en uppgift i kontraktet om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande myndighetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, inte får lämnas ut. Om en sådan uppgift har tagits in i kontraktet, ska den således maskeras vid utlämnandet.

Kravet att uppgiften ska hållas hemlig innebär att kontraktet ska innehålla en klausul om sekretess eller tystnadsplikt för uppgiften. SVT

efterlyser klargörande uttalanden om hur sekretessbestämmelser i kontraktet förhåller sig till skyldigheten att tillhandahålla kontrakt. Regeringen konstaterar inledningsvis att domstolen inte är bunden av klausulen. En skyldighet enligt tvingande lag kan inte inskränkas genom avtal. Det faktum att vissa uppgifter om affärs- eller driftförhållanden i ett kontrakt omfattas av en sekretessklausul indikerar att parterna anser att ett röjande av uppgifterna är ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende. För att domstolen ska göra en annan bedömning än vad parterna gjort i kontraktet i detta avseende torde förutsättas att det finns särskilda omständigheter som talar för att parternas bedömning är felaktig.

En annan fråga som lyfts av SVT är om en upphandlande myndighet, som i kontraktet garanterar motparten sekretess för en viss uppgift, kan bli skadeståndsskyldig om uppgiften lämnas ut efter ett beslut av allmän förvaltningsdomstol. Det kan röra sig om en situation där motparten anser att domstolen har gjort en felaktig bedömning av begreppet företagshemlighet eller om en situation där den upphandlande myndigheten har garanterat sekretess utan att det finns lagliga förutsättningar för det. De fall som kan uppstå av dessa slag får enligt regeringens mening lösas i rättstillämpningen. I praktiken torde flertalet sekretessklausuler vara utformade så att de medger att uppgifter lämnas ut med anledning av domstols beslut.

SVT undrar vidare om en upphandlande myndighets utlämnande av ett kontrakt i strid med upphandlingslagarnas bestämmelser om uppgiftsskydd kan innebära skadeståndsskyldighet enligt dessa lagar. Regeringen kan konstatera att upphandlingslagarnas bestämmelser om skadeståndsskyldighet gäller om en upphandlande myndighet inte har följt bestämmelserna i lagarna. Bestämmelserna om uppgiftsskydd ingår i upphandlingslagarna och har inte undantagits i bestämmelserna om skadeståndsskyldighet.

SVT, *AB Svenska Spel* och *Sveriges Radio AB* framhåller särskilt behovet av att skydda säkerhetsrelaterad information i kontrakten. SVT poängterar behovet av skydd för IT-system. Enligt regeringens mening framstår det som uppenbart att det finns ett behov av att skydda uppgifter i kontraktet som avser säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlande myndigheten. Något motstående intresse att ta del av sådana uppgifter som ska beaktas i lagstiftningsärendet kan inte anses finnas. Med anledning av remissynpunkterna bör därför skyddet för uppgifter i kontraktet kompletteras med ett skydd för säkerhets- eller bevakningsåtgärder. Bestämmelsen bör innebära att uppgifter som lämnar eller kan bidra till upplysning om säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten inte får lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas (jfr 18 kap. 8 § OSL).

Några remissinstanser, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, påpekar att det även finns andra skyddsintressen som kan utgöra grund för sekretess enligt OSL och att behovet av att skydda uppgifter i de aktuella kontrakten behöver analyseras ytterligare. Regeringen instämmer i den bedömningen men kan konstatera att det inte är möjligt att inom ramen för detta lagstiftningsärende göra en sådan djuplodande analys.

Prop. 2015/16:195 Regeringen avser att följa frågan och, om det visar sig behövas, återkomma med förslag.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) och SKL Kommentus anför att det skulle kunna tänkas finnas uppgifter av försvars- och säkerhetsintresse eller uppgifter som rör rikets säkerhet i kontrakt hos upphandlande myndigheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Något exempel på en sådan situation lämnas dock inte. Med anledning av dessa synpunkter bör det först framhållas att några bestämmelser om tillgång till kontrakt inte föreslås i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Vidare innehåller de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna vissa undantag från lagarnas tillämpning för sådana situationer som nu avses.

Enligt 3 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna gäller lagarna inte om skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen eller projektävlingen genomförs enligt lagarna. Vidare gäller enligt samma bestämmelser ett undantag från lagarnas tillämpning, om en tillämpning av lagarna skulle kräva att en upphandlande myndighet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen. Om sådan information behöver tas in i kontraktet är detta således något som innebär att lagarna inte är tillämpliga för en upphandlande myndighet av aktuellt slag.

I författningskommentaren till bestämmelsen i den nya lagen om offentlig upphandling anføres att paragrafen avser sådana fall då ett kontrakt inte omfattas av LUFS, eller något av undantagen i LUFS, men det finns väsentliga säkerhetsintressen som gör att det ändå är olämpligt att genomföra ett offentligt upphandlingsförfarande. I begreppet rikets säkerhet ingår även det civila försvaret, vilket bl.a. omfattar samhällsviktig infrastruktur som elförsörjning, vattenförsörjning, telekommunikation, hälso- och sjukvård, radio och tv m.m.

Vidare gäller enligt 3 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 3 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ett undantag från lagarnas tillämpning om upphandlingen och fullgörandet av kontraktet omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling enligt lagarna. I författningskommentaren till den förstnämnda bestämmelsen anføres att paragrafen riktar in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse. Som exempel nämns upphandlingar som avser sådana säkerhets- eller bevakningsåtgärder som omfattas av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL.

I författningskommentaren till undantagsbestämmelserna anges att mindre ingripande åtgärder än att undanta upphandlingen från lagens tillämpning kan vara att ingå säkerhetsskyddsavtal eller lämna ut handlingar med sekretessförbehåll enligt OSL. Sådana upphandlande myndigheter som nu avses är emellertid enligt 8 § säkerhetsskyddslagen (1996:627) förhindrade att ingå säkerhetsskyddsavtal för att skydda uppgifter som rör rikets säkerhet vid upphandling. Flera av de subjekt som omfattas av den nu föreslagna regleringen är statliga bolag och stiftelser. Det torde ligga i sakens natur att ett samhällsuppdrag som har

Om kontraktet överlämnas till förvaltningsrätten blir det en allmän handling där. I förvaltningsrätten gäller 36 kap. 2 § OSL i mål eller ärende i domstolens rättskipande eller rättsvårdande verksamhet i fråga om uppgifter som avser affärs- eller driftförhållanden. Enligt den bestämmelsen gäller sekretess om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada, om uppgiften lämnas ut. Av förarbetena framgår att sekretessbestämmelsen i regel bör kunna tillämpas i fall där en företagshemlighet annars skulle röjas (jfr prop. 1979/80:2 del A s. 247). För uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder hos den upphandlande myndigheten råder sekretess hos förvaltningsrätten enligt 18 kap. 8 § OSL.

Avslutningsvis bör framhållas att bestämmelserna om tillgång till kontrakt inte reglerar vilka uppgifter och handlingar som ska tas in i ett kontrakt. Det är fortfarande en fråga för parterna. Syftet med bestämmelserna är dock att villkoren i kontraktet ska kunna jämföras med de villkor som har ställts i upphandlingsdokumenten.

Betalning för utlämnande av kontrakt

Av 2 kap. 13 § TF framgår att den myndighet som lämnar ut en allmän handling får ta ut en fastställd avgift för detta. För statliga myndigheter är avgifterna för kopior av allmänna handlingar fastställda i avgiftsförordningen (1992:191). Det finns inget hinder mot att avgiftsförordningens regler får tjäna till vägledning vid avgiftssättningen inom den kommunala sektorn.

Regeringen instämmer i promemorians bedömning att det är rimligt att även de upphandlande myndigheter som omfattas av den föreslagna regleringen ska ha möjlighet att ta betalt för att lämna ut en kopia på kontraktet. Detta kan bl.a. minska risken för okynnesbeställningar. Det krävs inte någon särskild lagreglering för att dessa privaträttsliga subjekt ska ha en sådan möjlighet. Priset är som utgångspunkt en avtalsfråga mellan parterna. Regeringen instämmer även i promemorians bedömning att det framstår som en rimlig ordning att priset inte får överstiga den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut enligt avgiftsförordningen vid utlämnande av en allmän handling av motsvarande slag. Genom bestämmelser om prisbegränsning hindras den upphandlande myndigheten från att försvåra tillgången till kontrakt genom höga betalningskrav. Det är enligt regeringens mening inte av någon avgörande betydelse att rätten att få tillgång till kontrakt enligt förslaget endast gäller till förmån för berörda leverantörer.

Enligt promemorians lagförslag får en upphandlande myndighet inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag. *Förvaltningsrätten i Stockholm* anför att det ligger nära till hands att se avgiftstaket som en sådan reglering av enskildas ekonomiska förhållanden inbördes som enligt 8 kap. 2 § första stycket 1 regeringsformen ska meddelas i lag. Genom upphandlingslagarnas hänvisning till vad som gäller för statliga myndigheter kommer avgiftstaket dock i realiteten att regleras i avgiftsförordningen. Enligt

Prop. 2015/16:195 förvaltningsrätten bör frågan om prisbegränsningsregelns förenlighet med regeringsformen därför analyseras närmare.

Regeringen konstaterar att prisregleringen avser enskildas ekonomiska förhållanden inbördes och därför måste göras i lag. Av 8 kap. 3 § regeringsformen framgår att riksdagen inte får bemyndiga regeringen att meddela föreskrifter på detta område. De föreslagna hänvisningarna i upphandlingslagarna till vad som gäller för statliga myndigheter har samma innebörd som om lagarna direkt hade hänvisat till avgiftsförordningen. Frågan bör i stället regleras direkt i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Regleringen bör i likhet med promemorians förslag utgå från avgiftsförordningen. Bestämmelserna bör således innebära att den upphandlande myndigheten inte får ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor (jfr 16 § första stycket avgiftsförordningen). För en kopia eller utskrift som omfattar tio sidor bör myndigheten få ta högst 50 kronor. För varje sida därutöver bör myndigheten få ta högst 2 kronor (jfr 16 § andra stycket avgiftsförordningen). Om myndigheten får ta betalt för kopia eller utskrift, bör myndigheten även få ta ut ersättning för portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram samt för postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian till mottagaren (jfr 15 § andra stycket avgiftsförordningen). I avgiftsförordningen är viktgränsen för att få ta ut ersättning för portokostnad angiven till 20 gram. Sedan 2014 gäller dock viktgränsen 50 gram i de portotabeller som tillämpas. Denna viktgräns bör avspeglas i de nya bestämmelserna.

PostNord Sverige AB invänder att den föreslagna regleringen inte medger att den upphandlande myndigheten får kostnadstäckning för det arbete som har lagts ned med anledning av en begäran om att få tillgång till ett kontrakt. Det är en korrekt iakttagelse men enligt regeringens mening något som får accepteras i sammanhanget. I flertalet fall torde ett kontrakt begäras ut av en konkurrerande leverantör kort tid efter det att kontraktet har undertecknats. Det får förutsättas att den upphandlande myndigheten har förberett sig för en sådan situation under upphandlingen. Eftersom bestämmelserna endast omfattar kontrakt till mycket stora värden torde det inte tillhöra vanligheterna att en upphandlande myndighet tvingas avsätta särskilda resurser för att bedöma frågan om utlämnande.

Rätt till domstolsprövning

För att bestämmelserna om tillgång till kontrakt inte ska riskera att bli verkningslösa, behöver de kompletteras med bestämmelser om rätt till domstolsprövning. En leverantör som helt eller delvis vägras tillgång till ett kontrakt bör kunna överklaga beslutet. Avslagsbeslut kommer att kunna meddelas av den upphandlande myndigheten på fyra grunder. För det första kan myndigheten besluta att inte lämna ut uppgifter i kontraktet med hänvisning till att uppgifterna inte får lämnas ut enligt bestämmelserna om uppgiftsskydd. För det andra kan myndigheten hänvisa till att kontraktets värde understiger den beloppsgräns som gäller. För det tredje kan myndigheten göra gällande att sökanden inte är

en berörd leverantör. För det fjärde kan myndigheten uppge att myndigheten inte har tillgång till kontraktet. Avslagsbeslutet bör få överklagas i samtliga dessa fall.

Tyngdpunkten i rättskipningen ligger i första instans (jfr prop. 2012/13:45 En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess). Beslut i förvaltningsärenden överklagas därför som huvudregel till förvaltningsrätt. Beslut att inte lämna ut en allmän handling (sekretessmål) överklagas dock sedan länge direkt till kammarrätt. Utredningen om fortsatt utveckling av förvaltningsprocessen har utrett frågan om även sekretessmålen bör överklagas till förvaltningsrätten som första instans (se SOU 2014:76 s. 439–468). Utredningen gör bedömningen att det finns sakliga skäl för att kammarrätterna även i fortsättningen ska pröva sekretessmålen som första instans. Något förslag om att flytta ned sekretessmålen till förvaltningsrätterna lämnas därför inte. Utredningen pekar bl.a. på det grundlagsfästa skyndsamhetskravet vid en begäran om att få ut en allmän handling. En första prövning i förvaltningsrätten kan fördröja utlämnandet av handlingen. Vidare anmärker utredningen att OSL är en omfattande och komplicerad lag med sekretessbestämmelser av vitt skilda slag. Med hänsyn till målens komplexitet anser utredningen därför att det krävs särskild kompetens och erfarenhet hos de domare som ska hantera dem. Den beslutande myndigheten är inte den enskildes motpart i sekretessmålen och kan därför inte överklaga rättens beslut att en handling ska lämnas ut. Även denna omständighet innebär enligt utredningen att särskilda krav måste ställas på de domstolar och domare som ska hantera sekretessmålen. Utredningen konstaterar även att det inte har framkommit någon kritik mot kammarrätternas hantering av sekretessmålen.

De mål som nu avses har vissa likheter med sekretessmålen, vilket påpekas av de remissinstanser som förordar att målen ska överklagas till kammarrätten. Det finns dock ett antal skillnader mot sekretessmålen. Kravet på skyndsamt handläggning är inte reglerat i grundlagen. Det är vidare inte fråga om att tolka ett större regelverk som OSL med ett flertal sekretessgrunder utan om att tillämpa enskilda bestämmelser som skyddar företagshemligheter och säkerhetsuppgifter. Rätten att få tillgång till kontrakt gäller endast berörda leverantörer. Vidare ska enligt förslaget det beslutande organet vara den enskildes motpart och därmed ges rätt att överklaga förvaltningsrättens beslut. Som *Kammarrätten i Stockholm* konstaterar i sitt remissvar prövar förvaltningsrätterna redan i dag yrkanden om edition i upphandlingsmål samt gör sekretessprövningar när handlingar begärs från respektive förvaltningsrätt. Regeringen instämmer mot denna bakgrund i promemorians bedömning att det inte har framkommit tillräckliga skäl att avvika från huvudregeln om förvaltningsrätten som första domstolsinstans.

Enligt upphandlingslagarna gäller att en ansökan om överprövning ska ges in till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Motsvarande ordning för behörig förvaltningsätt bör enligt regeringens mening gälla för överklagande av de nu aktuella besluten. Av 18 § fjärde stycket 5 lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar framgår att mål enligt

Prop. 2015/16:195 upphandlingslagarna får avgöras av en lagfaren domare ensam i förvaltningsrätten.

För de mål där det är särskilt föreskrivet krävs prövningstillstånd i kammarrätten vid överklagande av ett förvaltningsrättsavgörande. Enligt 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelas prövningstillstånd när det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall), när det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (granskningsfall), när det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall) eller när det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Systemet med prövningstillstånd innebär att rättskipningen får sin tyngdpunkt i förvaltningsrätt, samtidigt som kammarrättens kontrollerande funktion sätts i fokus. Systemet leder till ett snabbare avgörande i de fall prövningstillstånd inte meddelas, samtidigt som kammarrätten ges förutsättningar att snabbare och mer koncentrerat handlägga de mål som kräver en fullständig prövning. De flesta måltyper som överklagas till kammarrätten omfattas numera av systemet med prövningstillstånd. Regeringen gör bedömningen att det inte finns några särskilda skäl för att undanta de nu aktuella målen från kravet på prövningstillstånd i kammarrätten.

Överklagande och rättidsprövning

Enligt 1 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter gäller lagen beslut av bolag och andra enskilda organ, som enligt särskilda bestämmelser får överklagas till regeringen, till en förvaltningsdomstol eller till en förvaltningsmyndighet. Trots ordalydelsen i lagrubriken innehåller lagen inte någon begränsning till organ med offentliga förvaltningsuppgifter. Som utgångspunkt är alltså lagen tillämplig på de nu aktuella besluten. Lagen är dock subsidiär till föreskrifter i annan författning. I lagen regleras hur beslut överklagas, överklagandetiden, rättidsprövning och avvisning av för sent inkomna överklaganden. Enligt lagens 2 § ska överklagandet ges in till den myndighet som ska pröva överklagandet. Denna myndighet ska pröva om överklagandet har kommit in i rätt tid. Överklagandetiden är tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Den angivna ordningen för överklagande och rättidsprövning avviker något från den ordning som gäller enligt 23 och 24 §§ förvaltningslagen (1986:223). I sådana fall ska överklagandet i stället ges in till den beslutande myndigheten, som prövar om det har kommit in i rätt tid. Denna ordning gäller enligt 6 kap. 11 § OSL när beslut av sådana privaträttsliga organ som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ samma lag överklagas.

De beslutande enskilda organen i dessa fall är juridiska personer av olika slag. Det går inte att på förhand utpeka alla enskilda organ som träffas av regleringen. Förmågan att hantera ett överklagande på det sätt som anvisas i förvaltningslagen kan förutsättas variera mellan organen. Det får därför antas att förvaltningsrätten i dessa fall är mer lämpad att göra rättidsprövningen än de beslutande organen. Regeringen instämmer

således i promemorians bedömning att överklagandet bör ges in till förvaltningsrätten och inte till den upphandlande myndigheten.

I promemorian föreslås inte några särskilda bestämmelser om överklagande, vilket innebär att lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter ska tillämpas. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att det inte finns skäl att avvika från den ordning för överklagande som gäller enligt den lagen.

Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter bör gälla när det inte finns anledning att särreglera överklagandeförfarandet. Det är därför inte lämpligt att införa en reglering i upphandlingslagarna som i sak överensstämmer med regleringen i den angivna överklagandelagen. Som *Lagrådet* har påpekat är det inte heller lämpligt att införa en överklagandereglering i form av en blandning av fullständiga regler och hänvisningar till andra lagar. Regeringen anser således att någon bestämmelse om ordningen för överklagande inte bör tas in i de nya lagarna. Till skillnad från *Sveriges Television AB (SVT)* ser regeringen inte heller något behov av att ta in en bestämmelse som upplyser om att lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter ska tillämpas. Hur och inom vilken tid ett överklagande ska ges in kommer att framgå av den överklagandehänvisning som den upphandlande myndigheten ska lämna.

Handläggningen

I likhet med vad som gäller vid utlämnande av allmänna handlingar bör den upphandlande myndigheten vara skyldig att skyndsamt ta ställning till begäran om utlämnande. Ett snabbt utlämnande kan ha stor betydelse för en leverantör som överväger att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet.

Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter innehåller inga bestämmelser om handläggningen av ett ärende. Förvaltningslagen med dess handläggningsbestämmelser gäller inte för de privaträttsliga subjekt som det är fråga om. Den upphandlande myndigheten bör dock givetvis motivera ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt, underrätta sökanden om beslutet och lämna överklagandehänvisning. Bestämmelser om detta finns i 20 och 21 §§ förvaltningslagen. Beslutsmotiveringen har betydelse såväl för den leverantör som överväger att överklaga beslutet som för förvaltningsrättens prövning av målet. Regeringen instämmer i promemorians bedömning att dessa helt grundläggande bestämmelser bör göras tillämpliga på handläggningen av ärenden om att lämna ut kontrakt.

Förvaltningsrätten i Stockholm föreslår att även bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen ska göras tillämpliga på handläggningen. Dessa bestämmelser är tillämpliga när en statlig myndighet handlägger en begäran om att lämna ut en allmän handling. Förvaltningslagens jävsbestämmelser har dock inte gjorts tillämpliga på själva upphandlingsförfarandet hos de nu aktuella upphandlande myndigheterna. I avsnitt 10.9.1 gör regeringen bedömningen att LOU- och LUF-direktivens reglering om intressekonflikter inte bör införas i

Prop. 2015/16:195 upphandlingslagarna. Regeringen hänvisar bl.a. till att den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen innefattar ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn. Av principen följer att en upphandlande myndighet ska kontrollera om det finns intressekonflikter och vidta lämpliga åtgärder för att förhindra, upptäcka och hantera dessa. Regeringen har vidare aviserat att den avser att ge ett uppdrag till Upphandlingsmyndigheten att synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. Genom likabehandlingsprincipen, mutbrottslagstiftningen och uppdraget till Upphandlingsmyndigheten anser regeringen att direktivens krav vad gäller intressekonflikter uppfylls även i fråga om sådana upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagen vid upphandling. Enligt regeringens bedömning i avsnitt 10.9.1 finns det inte ett fullgott beredningsunderlag för att föreslå att förvaltningslagens jävsbestämmelser ska utsträckas till att omfatta även sådana upphandlande myndigheter. Det kan dock enligt regeringen finnas anledning att återkomma till den frågan.

Likabehandlingsprincipen kommer att vara tillämplig i ett ärende om utlämnande av kontrakt. I likhet med den bedömning som görs i avsnitt 10.9.1 anser regeringen att det varken är nödvändigt eller lämpligt att nu göra förvaltningslagens jävsbestämmelser tillämpliga i detta sammanhang.

Den upphandlande myndigheten bör ges partsställning

Om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut ska enligt 7 a § första stycket förvaltningsprocesslagen den myndighet som först beslutade i saken vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet överlämnats till domstolen. Detta gäller dock inte för beslut som överklagas direkt hos kammarrätt (se 7 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen). Vid överklagande av ett beslut att inte lämna ut en allmän handling är således den beslutande myndigheten inte den enskildes motpart i kammarrätten. Denna ordning hänger samman med det grundlagsfästa skyndsamhetskravet vid utlämnande av allmänna handlingar (jfr prop. 1975/76:160 s. 204).

De beslutande organen i dessa fall är inte förvaltningsmyndigheter och de får därför inte utan särskild föreskrift ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten. Endast om de ges partsställning i målet, får de rätt att överklaga förvaltningsrättens beslut att uppgifter i kontraktet ska lämnas ut.

I promemorian görs bedömningen att det inte har framkommit några särskilda skäl att ge de beslutande organen ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten när de nu aktuella besluten överklagas. *Förvaltningsrätten i Malmö, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *SKL Kommentus* invänder dock mot denna bedömning. De anmärker bl.a. att målen kan vara av mycket stor betydelse för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter.

Regeringen konstaterar att det skyndsamhetskrav som gäller för utlämnande av kontrakten inte är grundlagsfäst och inte heller återfinns i direktiven. Bestämmelserna om tillgång till kontrakt har i direktiven inte någon uttalad koppling till bestämmelserna om överprövning utan syftar mer allmänt till att öka transparensen vid upphandling. Förslaget avser

vidare kontrakt till mycket höga belopp där ett felaktigt utlämnande av uppgifter kan orsaka skada. Målen kan vara komplicerade. Vikten av materiellt riktiga beslut och en god prejudikatbildning får i dessa fall anses väga tyngre än behovet av en snabb handläggning. De upphandlande myndigheterna kommer ofta att ha ett eget skyddsintresse att värna i målet. De kommer alltså inte enbart att bevaka intressen hos den leverantör som är part i avtalet (jfr prop. 1995/96:22 s. 80). Regeringen anser mot denna bakgrund att det finns särskilda skäl för att ge den upphandlande myndigheten partsställning när ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt har överklagats till förvaltningsrätten. Partsställningen bör enligt regeringens mening även gälla när ett beslut att inte lämna ut själva kontraktet överklagas.

Förvaltningsrätten i Malmö anser att det även bör övervägas att ge den leverantör som har ingått kontraktet partsställning i vissa fall. Sådana leverantörer har inte partsställning i mål om utlämnande av allmänna handlingar. Leverantörens intresse att skydda företagshemligheter i kontraktet kommer enligt förslaget att bevakas av den upphandlande myndigheten. Regeringen anser att det inte har framkommit särskilda skäl för att ge även leverantören partsställning.

Ikraftträdande av bestämmelserna

Bestämmelserna om tillgång till kontrakt ska enligt förslaget tas in i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna föreslås inte gälla för kontrakt som har ingåtts efter upphandling enligt de nuvarande upphandlingslagarna.

21 Sekretess

21.1 Upphandlingsdirektivens generella bestämmelser om sekretess

Regeringens bedömning: Det bör inte göras några ändringar i svensk lagstiftning med anledning av direktivens generella bestämmelser om sekretess.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna (delbetänkandet Nya regler om upphandling): Endast en remissinstans, *Advokatfirman Lindahl*, invänder mot bedömningen. Advokatfirman anser att LOU- och LUF- direktiven reglerar krav på informationssäkerhet hos leverantörer och vill se en lagreglering av detta. *Kammarrätten i Stockholm*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Svensk kollektivtrafik* instämmer däremot i bedömningen att det inte behöver införas några nya bestämmelser om sekretess på grund av LOU- och LUF-direktivens reglering.

Remissinstanserna (slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner): De remissinstanser som uttalar sig särskilt i frågan,

Prop. 2015/16:195 *Kammarrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Härnösand och Kammarkollegiet*, instämmer i utredningens bedömning i fråga om sekretess enligt LUK-direktivet.

Skälen för regeringens bedömning

Upphandlingsdirektivens reglering

Artikel 21 i LOU-direktivet, artikel 39 i LUF-direktivet och artikel 28 i LUK-direktivet innehåller generella bestämmelser om sekretess. Utöver dessa bestämmelser innehåller direktiven särskilda sekretessbestämmelser (se avsnitt 21.2).

Enligt artikel 21.1 i LOU-direktivet, artikel 39.1 i LUF-direktivet och artikel 28.1 i LUK-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten inte offentliggöra uppgifter som lämnas in och förklaras konfidentiella av de ekonomiska aktörerna. Som exempel på sådana uppgifter anges tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet. Den angivna sekretessen gäller enligt artiklarna om inte annat föreskrivs i direktivet eller i nationell rätt, särskilt när det gäller lagstiftning om tillgång till information. Artiklarna är inte begränsade till själva upphandlingsförfarandet utan avser även tiden efter en avslutad upphandling. En motsvarande reglering om sekretess finns i artikel 6 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 13.2 i 2004 års LUF-direktiv.

Som framgår ovan är artiklarna om sekretess underordnade avvikande bestämmelser i nationell rätt. Direktiven lämnar med andra ord ett stort nationellt handlingsutrymme i frågan om vilken skyddsnivå som ska gälla för uppgifter från leverantörer under en upphandling.

Någon bestämmelse om sekretess till skydd för en upphandlande myndighets eller enhets ekonomiska intressen under en upphandling finns inte i de nya direktiven. I artikel 21.2 i LOU-direktivet, artikel 39.2 i LUF-direktivet och artikel 28.2 i LUK-direktivet anges dock att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa krav på de ekonomiska aktörerna för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten eller enheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. En liknande bestämmelse finns i artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv. Möjligheterna att ställa krav på de ekonomiska aktörerna enligt denna bestämmelse är begränsad till en viss situation och en viss tidsperiod. Artikel 13.1 i 2004 års LUF-direktiv är med andra ord en särskild sekretessbestämmelse.

Behöver direktivens generella bestämmelser om sekretess genomföras i svensk rätt?

Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv gjorde regeringen en grundlig analys av behovet av att införa bestämmelser i svensk rätt med anledning av direktivens bestämmelser om sekretess (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 265–277). I det sammanhanget har regeringen utförligt redogjort för den svenska regleringen i frågorna om offentlighet, sekretess och företagshemligheter. Regeringen gjorde bedömningen att den då gällande sekretesslagen (1980:100) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter gav ett sådant skydd för hemliga uppgifter

som direktiven kräver. Varken de generella eller de särskilda sekretessbestämmelserna i 2004 års upphandlingsdirektiv föranledde därmed några ändringar i svensk rätt. Bestämmelserna i sekretesslagen har motsvarigheter i den nu gällande offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL.

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL råder det absolut sekretess i upphandlingsärenden för uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande fram till dess att alla anbud eller erbjudanden har offentliggjorts, ett tilldelningsbeslut har fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts (se prop. 2001/02:142 s. 54–58). Sedan den absoluta sekretessen har upphört kan det råda sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska intresse enligt nämnda paragrafs första stycke. Sekretessen förutsätter att det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Det kan vidare råda sekretess till skydd för en enskilds affärs- eller driftförhållanden enligt 31 kap. 16 eller 17 § OSL. I 16 § regleras enskilds affärsförbindelse med myndighet. Sekretess enligt bestämmelsen förutsätter att det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sådana juridiska personer som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL ska vid tillämpningen av lagen jämföras med myndigheter. I 17 § regleras enskilds affärsförbindelse med bolag, förening, samfällighet eller stiftelse som driver affärsverksamhet och vari det allmänna genom myndigheten utövar ett bestämmande inflytande eller bedriver revision. Sekretess enligt denna bestämmelse råder om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Vid en enskild upphandling kan även andra sekretessbestämmelser än de nyss nämnda vara tillämpliga (se t.ex. 31 kap. 3 § OSL).

I 10 kap. 14 § OSL finns en bestämmelse som medger att myndigheten ställer krav på mottagaren vid utlämnande av uppgifter. Bestämmelsen innebär att sekretessbelagda uppgifter ska lämnas ut med förbehåll om myndigheten finner att den skada, men eller annan olägenhet som är grunden för sekretessen kan undanröjas genom förbehållet. Ett förbehåll innebär en inskränkning av mottagarens rätt att lämna en uppgift vidare eller att utnyttja uppgiften. Något förbehåll kan inte göras vid utlämnande av offentliga uppgifter.

OSL gäller för en överväldigande majoritet av de upphandlande myndigheterna och enheterna. Det finns dock ett mindre antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av OSL (jfr avsnitt 20.6). Det rör sig bl.a. om statliga bolag och stiftelser som inte finns upptagna i bilagan till OSL samt vissa privata bolag som anses vara upphandlande enheter enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och den nya lagen om upphandling av koncessioner (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 267). För sådana myndigheter och enheter kan lagen om skydd för företagshemligheter tillämpas på uppgifter som lämnas av leverantörerna under en upphandling. För myndigheter som omfattas av båda lagarna är lagen om skydd för företagshemligheter subsidiär i förhållande till OSL. En uppgift hos en myndighet kan utgöra en företagshemlighet endast så länge sekretess gäller för uppgiften (se prop. 1987/88:155 s. 54).

Enligt 6 § lagen om skydd för företagshemligheter ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en

Prop. 2015/16:195 affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Med företagshemlighet avses enligt lagens 1 § sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Begreppet näringsidkare ska fattas i vidsträckt bemärkelse och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. En upphandlande myndighet eller enhet kan därmed i vissa fall betraktas som näringsidkare. En anbudssökande får anses ha trätt i affärsförbindelse med den upphandlande myndigheten eller enheten.

Advokatfirman Lindahl anför att artikel 21.2 i LOU-direktivet och artikel 39.2 i LUF-direktivet avser informationssäkerhet, vilket inte regleras av OSL. Enligt advokatfirman bör de nya lagarna innehålla bestämmelser om informationssäkerhet som motsvarar bestämmelserna i 7 kap. 13–15 §§ LUFs.

Enligt artikel 7 i LUFs-direktivet ska en upphandlande myndighet eller enhet få kräva att ekonomiska aktörer uppfyller vissa krav som syftar till att skydda sekretessbelagd information som den överlämnar under upphandlingsförfarandet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får också kräva att de ekonomiska aktörerna ska säkerställa att deras underleverantörer uppfyller sådana krav. Enligt artikel 1.8 i LUFs-direktivet avses med sekretessbelagd information all information och allt material oavsett dess form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå och som med hänsyn till den nationella säkerheten och enligt den berörda medlemsstatens gällande lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person, eller någon annan typ av risk (jfr 2 kap. 22 § LUFs).

Som framgår ovan avser LUFs-direktivets reglering om informationssäkerhet sådan information som måste skyddas med hänsyn till den nationella säkerheten. Regeringen konstaterar att LOU-, LUF- och LUK-direktiven saknar en reglering om informationssäkerhet motsvarande den som finns i LUFs-direktivet. Regeringen delar således inte *Advokatfirman Lindahls* uppfattning att de nya upphandlingsdirektiven innehåller bestämmelser om informationssäkerhet som bör genomföras i lagarna. Av artiklarna i LOU- och LUF-direktiven följer endast att upphandlande myndigheter och enheter ska få ställa krav på leverantörerna för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten eller enheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet. Sådana krav får ställas genom förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL. Röjande av en mottagen företagshemlighet innebär skadeståndsskyldighet. Ett utlämnande av en företagshemlighet innefattar därmed ett krav på att uppgiften inte får röjas. Rent generellt gäller dessutom att krav på säker hantering av uppgifter får ställas i en upphandling i den mån det är förenligt med proportionalitetsprincipen. Det kan även nämnas att de nya lagarna på upphandlingsområdet till stor del inte är tillämpliga, om upphandlingen rör den nationella säkerheten (se avsnitten 8.1, 8.2 och 8.10).

Syftet med detta lagstiftningsärende är att genomföra direktivets reglering. Det saknas enligt regeringens mening anledning att göra en

annan bedömning i denna del än den som gjordes vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv. Direktivens generella reglering om sekretess får således anses vara tillgodosedd genom bestämmelserna i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter. Något nytt eller ökat behov av sekretesskydd har enligt regeringens mening inte uppstått med anledning av de nya upphandlingsdirektiven. Några bestämmelser för att genomföra direktivens generella sekretessreglering föreslås därför inte.

Advokatfirman Lindahl önskar vidare att lagstiftaren ska klargöra vad som gäller i sekretesshänseende om ett öppet eller selektivt förfarande eller en konkurrenspräglad dialog övergår till ett förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering. *Försvarets materielverk (FMV)* efterfrågar en fördjupad bedömning av hur sekretessen hos domstol i upphandlingsmål och möjligheten till partsinsyn i sådana mål förhåller sig till EU-domstolens uttalanden om en avvägning mellan principen om skydd för affärshemligheter och principen om rätten till en rättvis rättegång (jfr EU-domstolens dom *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91). Regeringen konstaterar även vad gäller dessa frågor att syftet med lagstiftningsärendet är att genomföra de nya upphandlingsdirektiven. De frågor som Advokatfirman Lindahl och FMV har lyft fram regleras inte i direktiven utan rör OSL. Regeringen tar därför inte ställning till dessa frågor inom ramen för förevarande lagstiftningsärende.

Det kan nämnas att artikel 3.2 i LUK-direktivet innehåller en bestämmelse som föreskriver att upphandlande myndigheter och enheter ska sträva efter att säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet och vid kontraktets fullgörande, samtidigt som artikel 28 om sekretess iakttas. Enligt regeringens mening bör detta målsättningsstadgande inte genomföras i svensk rätt. Att principen om öppenhet ska tillämpas vid en upphandling framgår av de allmänna bestämmelserna i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

Ändringar i OSL

Införandet av de nya upphandlingslagarna föranleder ett flertal ändringar i andra lagar. Hänvisningar i lag till LOU och LUF ersätts med hänvisningar till de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Av avsnitt 33 framgår att sådana ändringar föreslås i 19 kap. 3 § andra stycket och 31 kap. 3 § OSL. I avsnitt 33 föreslås även att en hänvisning till den nya lagen om upphandling av koncessioner ska tas in 31 kap. 3 § OSL. Genom ändringen behandlas upphandling av koncessioner på samma sätt som offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna i fråga om sekretess enligt paragrafen.

Regeringens bedömning: Det bör inte göras några ändringar i svensk lagstiftning med anledning av direktivens särskilda bestämmelser om sekretess.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens i fråga om innovationspartnerskap enligt LOU- och LUF-direktiven och information till leverantörer om kontraktstilldelning enligt LUK-direktivet.

Remissinstanserna (delbetänkandet och promemorian Nya regler om upphandling): *Kammarrätten i Stockholm* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* instämmer i bedömningen att det inte behöver införas några bestämmelser om sekretess med anledning av LOU- och LUF-direktivens reglering. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* delar utredningens bedömning i fråga om sekretess vid innovationspartnerskap. *Advokatfirman Delphi* anser att bestämmelserna om förbud för upphandlande myndigheter och enheter att meddela vilka som deltar i elektroniska auktioner bör ingå i lagtexten.

Remissinstanserna (slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner): Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens bedömning

Sekretess vid konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering

Av artikel 30.3 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 48.3 andra stycket i LUF-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska garantera likabehandling av samtliga deltagare under en konkurrenspräglad dialog. Myndigheten eller enheten får inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa deltagare i förhållande till andra. Enligt artikel 29.5 första stycket i LOU-direktivet uppställs motsvarande krav vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Enligt artikel 30.3 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 48.3 tredje stycket i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten inte röja för de övriga deltagarna vid en konkurrenspräglad dialog vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som en deltagare har lämnat utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information. En motsvarande bestämmelse finns för förhandlat förfarande med föregående annonsering i LOU-direktivet (se artikel 29.5 andra stycket).

Vid införandet av konkurrenspräglad dialog som ett upphandlingsförfarande i svensk rätt hade regeringen att ta ställning till om motsvarande sekretessbestämmelser i 2004 års LOU-direktiv borde genomföras i LOU. Regeringen konstaterade att det finns bestämmelser om sekretess hos myndigheter i OSL och att det även finns bestämmelser

om tystnadsplikt i lagen om skydd för företagshemligheter. Mot denna bakgrund bedömde regeringen att det inte behövdes några särskilda bestämmelser om sekretess för förfarandet konkurrenspräglad dialog i LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 242 f.). Denna bedömning äger fortfarande giltighet. Bedömningen är även tillämplig vad gäller konkurrenspräglad dialog enligt LUF-direktivet och förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LOU-direktivet (jfr artikel 30.3 i 2004 års LOU-direktiv som inte har genomförts genom någon bestämmelse om sekretess). Genom befintlig reglering i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter uppfylls således direktivens särskilda krav på sekretesskydd vid aktuella förfaranden. Som framgår av avsnitt 21.1 innebär regleringen i OSL att det råder absolut sekretess för uppgifter som rör anbudsansökningar och anbud under ett pågående upphandlingsförfarande.

De ovan nämnda artiklarna innehåller krav på likabehandling av alla deltagande leverantörer. Regeringen konstaterar att de nya lagarna på upphandlingsområdet kommer att innehålla en bestämmelse som slår fast den allmänna principen att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Någon ytterligare reglering med krav på likabehandling vid aktuella förfaranden behövs inte (se motsvarande bedömning i prop. 2009/10:180 del 1 s. 243).

Sekretess vid innovationspartnerskap

I artikel 31.4 första och andra styckena i LOU-direktivet samt artikel 49.4 första och andra styckena i LUF-direktivet finns bestämmelser om sekretess vid förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap. Dessa bestämmelser motsvarar sekretessregleringen för konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering (se ovan). Det saknas anledning att behandla angivna sekretessbestämmelser på något annat sätt än bestämmelserna för konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Några särskilda sekretessbestämmelser föreslås därför inte för förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap.

Efter tilldelning av ett kontrakt om innovationspartnerskap till flera partner gäller den särskilda sekretessregleringen i artikel 31.6 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 49.6 tredje stycket i LUF-direktivet. Regleringen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten – i enlighet med artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet – inte för övriga partner får röja vilka lösningar som har föreslagits eller annan konfidentiell information som har förmedlats av en partner inom ramen för partnerskapet utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information. Till skillnad från övriga särskilda sekretessbestämmelser avser regleringen ett avslutat upphandlingsförfarande. Innovationspartnerskapets konstruktion behandlas i avsnitt 12.1.4.

Efter tilldelningen av kontraktet gäller inte längre den absoluta anbudsekreessen. I stället skyddas leverantörernas behov av sekretess under innovationspartnerskapet av bestämmelserna i 31 kap. 16 och

Prop. 2015/16:195 17 §§ OSL. Dessa bestämmelser är försedda med ett rakt skaderekvisit, vilket innebär att det måste antas att leverantören lider skada genom utlämnandet för att sekretess ska gälla. En uppgift som omfattas av sekretess enligt nämnda bestämmelser är att betrakta som konfidentiell i den mening som avses i LOU- och LUF-direktiven. Artikel 21.1 i LOU-direktivet och artikel 39.1 i LUF-direktivet, som ska tillämpas även i dessa fall, innebär ett stort nationellt handlingsutrymme i frågan om vilken skyddsnivå som ska gälla för uppgifter från leverantörer. Uppgifter om vilka lösningar som har föreslagits inom ramen för ett pågående innovationspartnerskap torde regelmässigt vara sådana att det kan antas att den berörda deltagaren lider skada om uppgifterna lämnas ut till en annan deltagare.

Om en uppgift från en leverantör under ett innovationspartnerskap omfattas av sekretess får den röjas av myndigheten gentemot en annan deltagande partner, om leverantören i fråga lämnar sitt samtycke till det (se 10 kap. 1 § och 12 kap. 2 § OSL). Även vid tillämpning av OSL gäller att ett samtycke inte får ges ett så generellt innehåll att den enskilde allmänt förklarar sig avstå från sekretessen hos en viss myndighet.

Det torde inte vara möjligt att lämna ut en sekretessbelagd uppgift till en konkurrerande partner i innovationspartnerskapet med stöd av ett förbehåll enligt 10 kap. 14 § OSL, om den berörda leverantören inte samtycker till utlämnandet. Det låter sig i en sådan situation svårigen sägas att risken för skada kan undanröjas genom ett förbehåll vid utlämnandet. Det torde inte heller komma i fråga att lämna ut en uppgift av aktuellt slag till en annan partner i innovationspartnerskapet med stöd av bestämmelsen om nödvändigt utlämnande i 10 kap. 2 § OSL. En annan deltagande partner i ett innovationspartnerskap har inte ställning som part i ett förvaltningsärende och kan därmed inte hos den upphandlande myndigheten åberopa bestämmelsen om partsinsyn i 10 kap. 3 § OSL.

Regeringen anser mot bakgrund av det anförda att den nuvarande regleringen i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter ger ett sådant skydd för konfidentiella uppgifter som LOU- och LUF-direktiven kräver vid ett pågående innovationspartnerskap med flera partner.

Sekretess vid elektroniska auktioner

I artikel 35.7 sista meningen i LOU-direktivet och artikel 53.7 sista meningen i LUF-direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten eller enheten under inga omständigheter får röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna i den elektroniska auktionen.

Motsvarande bestämmelse i 2004 års LOU-direktiv genomfördes inte särskilt i svensk rätt, eftersom detsamma bedömdes följa av bestämmelsen om anbudssekretess i 19 kap. 3 § OSL (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 333). Inte heller den motsvarande bestämmelsen i 2004 års LUF-direktiv genomfördes särskilt i svensk rätt (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 380).

I enlighet med den bedömning som gjordes när bestämmelser om elektroniska auktioner infördes i LOU och LUF anser regeringen att bestämmelserna om anbudssekretess i OSL täcker in det förbud mot att

röja anbudsgivarnas identitet som föreskrivs i aktuella artiklar. Att frågan endast regleras i OSL och inte i upphandlingslagarna har såvitt framkommit inte gett upphov till några tillämpningsproblem. Regeringen anser därför, till skillnad från *Advokatfirman Delphi*, att någon särskild bestämmelse om förbud att röja anbudsgivares identitet vid elektroniska auktioner inte bör införas i de nya upphandlingslagarna.

Sekretess vid efterannonsering

Enligt artikel 50.4 i LOU-direktivet och artikel 70.3 i LUF-direktivet behöver viss information som rör kontraktstilldelningen eller ingåendet av ett ramavtal inte offentliggöras om ett utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpning av lagen eller i övrigt strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat leverantör eller motverka sund konkurrens mellan leverantörer.

Regeringen konstaterar att en upphandlande myndighet eller enhet alltid ska beakta att de uppgifter som tas in i en annons inte strider mot bestämmelserna i OSL eller lagen om skydd för företagshemligheter. Dessa lagar innehåller bestämmelser som motsvarar artiklarna ovan. I likhet med den bedömning som gjordes vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv anser regeringen därför att aktuella artiklar inte bör genomföras särskilt i de nya upphandlingslagarna (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 272, 359 och 508).

Sekretess vid information till leverantörer om kontraktstilldelning

Enligt artikel 55.3 i LOU-direktivet och artikel 75.3 i LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten besluta att inte lämna ut sådan information som avses i artiklarna och som rör kontraktstilldelningen, ingåendet av ett ramavtal eller tillträde till ett dynamiskt inköpssystem, om utlämnande av sådan information skulle kunna hindra tillämpningen av lagen, strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för en viss offentlig eller privat ekonomisk aktör eller motverka sund konkurrens mellan ekonomiska aktörer. En bestämmelse med i allt väsentligt motsvarande innehåll finns i artikel 40.2 i LUK-direktivet.

Bestämmelser med angivet innehåll i 2004 års båda upphandlingsdirektiv har beträffande LOU och LUF inte bedömts kräva särskilt genomförande, eftersom de motsvarades av bestämmelser i sekretesslagen (1980:100) och lagen om skydd för företagshemligheter (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 272, 380 och 522). Bestämmelserna i sekretesslagen finns numera i OSL.

I likhet med den bedömning som gjordes vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv anser regeringen att det saknas det skäl att i de nya lagarna genomföra aktuella artiklar (jfr prop. 2010/11:150 del 1 s. 223).

Sekretess vid projekttävlingar på tjänsteområdet

Enligt artikel 79.2 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 96.2 tredje stycket i LUF-direktivet behöver resultatet av en projekttävling inte offentliggöras om detta skulle hindra tillämpning av lag, strida mot

Prop. 2015/16:195 allmänintresset, skada offentliga eller privata företags berättigade affärsintressen eller motverka en sund konkurrens mellan tjänsteleverantörerna.

Som framgår ovan ska en upphandlande myndighet eller enhet alltid beakta att de uppgifter som tas in i en annons inte strider mot bestämmelserna i OSL eller lagen om skydd för företagshemligheter. Dessa lagar innehåller bestämmelser som motsvarar artiklarna ovan (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 421). Någon särskild bestämmelse behöver därför inte införas med anledning av direktivens reglering i denna del.

Sekretess vid tilldelning av en koncession

Enligt artikel 30.2 andra meningen i LUK-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten inte, särskilt inte under koncessionstilldelningsförfarandet, särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudssökande eller anbudsgivare i förhållande till andra.

Motsvarande skrivningar finns i LOU- och LUF-direktiven vad gäller konkurrenspräglad dialog, förhandlat förfarande med föregående annonsering och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap (se ovan). I likhet med den bedömning som gjorts i dessa fall finner regeringen att det inte finns något behov av att genomföra den aktuella artikeln i svensk rätt

22.1 Offentlig upphandling

22.1.1 Uteslutning på grund av brott

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om den får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för sådana brott som avses i artikel 57.1 första stycket i LOU-direktivet.

När leverantören är en juridisk person, ska denne uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan är dömd för något av brotten. Detsamma ska gälla om personen är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissinstanserna har inte haft något att invända mot förslaget att en leverantör ska uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören är dömd för sådana brott som avses i artikel 57.1 första stycket LOU-direktivet. Ett par remissinstanser har synpunkter på förslaget i den del som rör vilken anknytning en fysisk person ska ha till leverantören för att missförhållanden hänförliga till den fysiska personen ska kunna beaktas. *Västra Götalands läns landsting* ställer sig bakom utredningens förslag medan *Advokatfirman Delphi* är kritisk till utredningens bedömning i fråga om de nya bestämmelserna i förhållande till 2004 års LOU-direktiv. Advokatfirman Delphi anser att bestämmelserna i direktivet i denna del endast förtydligar det som redan gäller enligt 2004 års direktiv.

Skälen för regeringens förslag

I artikel 57.1 första stycket i LOU-direktivet finns bestämmelser om uteslutning på grund av brott. Motsvarande bestämmelser finns i artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv och artikel 39.1 i Europaparlamentet och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (LUFSDirektivet). Dessa bestämmelser har genomförts i 10 kap. 1 § LOU och 11 kap. 1 § första stycket LUFSD. Nu aktuella bestämmelser – artikel 57.1 första stycket i LOU-direktivet – bör därför kunna genomföras med nämnda bestämmelser i LOU och LUFSD som förebilder. Av detta följer att en leverantör ska uteslutas från att delta i en upphandling, om den upphandlande myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för vissa i artikeln uppräknade brott.

Metoden för genomförandet av tidigare motsvarande direktivbestämmelser framgår av 10 kap. 1 § LOU och 11 kap. 1 § första stycket LUFSD och av förarbetena till dessa lagar (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 227–236 och 386–388 och prop. 2010/11:150 del 1 s. 228–

Prop. 2015/16:195 234,396, 397 och 463). Metoden innebär att det i den nya lagen om offentlig upphandling bör hänvisas till EU-rättsakterna som räknas upp i artikeln. Det finns enligt regeringens mening ingen anledning att nu avvika från denna metod, som också godtagits av *Lagrådet*.

Den angivna metoden är dock inte invändningsfri från tillämpnings-synpunkt men framstår likväl som acceptabel, om den kombineras med en beskrivning av innebörden av referenserna till de olika EU-rättsakterna. En sådan beskrivning bör återge de överväganden lagstiftaren har gjort vid det svenska genomförandet av rättsakterna i fråga. Därigenom ges en bild av vilka svenska straffbestämmelser som har bedömts motsvara gärningarna i EU-rättsakterna. Vilka svenska straffbestämmelser som får bedömas motsvara de gärningar som räknas upp i artikel 57.1 första stycket LOU-direktivet framgår av den fortsatta redogörelsen i detta avsnitt.

När det gäller brott som en leverantör har dömts för utomlands, anser dock regeringen att det inte är möjligt att ge någon generell vägledning. Det går i detta sammanhang inte att konstatera något annat än att när sådana förhållanden blir aktuella, får bedömningen göras med beaktande av den aktuella statens straffbestämmelser och hur de bestämmelserna förhåller sig till de relevanta EU-rättsakterna.

Organiserad brottslighet

I artikel 57.1 första stycket a i LOU-direktivet hänvisas till artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet. Rambeslutet genomfördes genom ändringar den 1 juli 2011 i brottsbalken, miljöbalken, skattebrottslagen (1971:69), jaktlagen (1987:259), lagen (1998:506) om punktskattekontroll av transporter m.m. av alkoholvaror, tobaksvaror och energiprodukter och lagen (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument (prop. 2010/11:76, bet. 2010/11:JuU26, rskr. 2010/11:255).

I artikel 2 i rambeslutet föreskrivs följande under rubriken Brott som rör deltagande i en kriminell organisation.

Varje medlemsstat ska vidta nödvändiga åtgärder för att se till att den ena eller båda av följande typer av beteende som rör en kriminell organisation betraktas som brottsliga gärningar.

a) Beteendet hos en person, som med avsikt och med kunskap om antingen den kriminella organisationens syfte och allmänna verksamhet eller organisationens avsikt att begå brotten i fråga, aktivt deltar i organisationens brottsliga verksamhet, vari inbegrips tillhandahållande av information eller materiellt stöd, rekrytering av nya medlemmar och alla former av finansiering av verksamheten, med vetskap om att deltagandet kommer att bidra till genomförandet av organisationens brottsliga verksamhet.

b) Det beteende hos en person som utgörs av en överenskommelse med en eller flera personer om en verksamhet, som om den genomförs innebär att brott som avses i artikel 1 begås, även om personen i fråga inte deltar i det egentliga genomförandet av verksamheten.

Med kriminell organisation avses enligt definitionen i artikel 1 i rambeslutet en strukturerad sammanslutning, som har inrättats under en tid, av mer än två personer som handlar i samförstånd för att begå brott som bestraffas med frihetsberövande eller en frihetsberövande säkerhetsåtgärd på maximalt minst fyra år eller en strängare sanktion, för att direkt eller indirekt erhålla ekonomiska eller materiella fördelar. En strukturerad sammanslutning är enligt samma artikel en sammanslutning som inte tillkommit slumpartat i det omedelbara syftet att begå ett brott eller som inte nödvändigtvis har formellt fastställda roller för medlemmarna, kontinuitet i sammansättningen eller en utarbetad struktur.

Vid genomförandet av rambeslutet bedömde regeringen att det inte krävdes att det infördes en legaldefinition av begreppet kriminell organisation (prop. 2010/11:76 s. 20). De gärningstyper som fick anses omfattas av rambeslutet var enligt regeringen sådana som normalt var att förknippa med organiserad brottslighet och som var av allvarlig och gränsöverskridande karaktär. Till dessa typer hörde enligt regeringen stöld, rån, bedrägeri, penningförfalskning, dobbleri, koppleri, människohandel, bestickning (numera givande av muta), narkotikabrott, vapenhandel, smugglingsbrott och människosmuggling (prop. 2010/11:76 s. 21).

Regeringen bedömde att rambeslutet lämpligen borde genomföras enligt modellen i artikel 2 a i rambeslutet, vilket innebar att det fick övervägas kriminalisering på försöks- och förberedelsestadierna för vissa brottstyper (prop. 2010/11:76 s. 26). Regeringen sammanfattade vilka brottstyper rambeslutet omfattade och angav dels att det rörde sig om brottstyper som hade ett maximistraff om minst fyra års fängelse, dels att en väsentlig begränsning följde av att brottsligheten skulle syfta till att direkt eller indirekt ge ekonomiska eller materiella fördelar, dels att rambeslutet inte var tillämpligt på situationen att en gärningsman tog emot ersättning för att utföra vilket som helst brott som inte i sig skulle leda till någon ekonomisk eller materiell fördel.

När det gällde kriminalisering på försöks- och förberedelsestadierna ansåg regeringen att koppleri, grov förskingring, grovt bokföringsbrott, bestickning (grovt brott, numera grovt givande av muta), grovt skattebrott, olovlig förflyttning av punktskattepliktiga varor (grovt brott) och grovt insiderbrott skulle kriminaliseras på förberedelsestadiet. Vidare skulle grovt miljöbrott, grovt artskyddsbrott samt de grova fallen av jaktbrott och jakthäleri kriminaliseras på försöks- och förberedelsestadierna (prop. 2010/11:76 s. 27).

Det bör avslutningsvis noteras när det gäller rambeslutet att flera medlemsstater, bl.a. Tyskland, Österrike, Nederländerna och Finland, har valt att införa särskilda straffbestämmelser för deltagande i en kriminell organisation. Om en leverantör enligt en lagakraftvunnen utländsk dom har dömts för ett sådant brott, får det enligt regeringen antas att utslutning bör ske (jfr prop. 2010/11:150 del 1 s. 230).

Korruption

I artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet refereras till definitionerna av bestickning i dels artikel 3 i konvention utarbetad på grundval av

Prop. 2015/16:195 artikel K 3.2 c i Fördraget om Europeiska unionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruptionskonventionen (se rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i Fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i), dels artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn. I led b i samma artikel hänvisas vidare till korruption enligt definitionen i den nationella lagstiftning som är tillämplig på en upphandlande myndighet eller leverantör.

Med bestickning avses enligt artikel 3 i korruptionskonventionen varje avsiktlig handling som utförs av en person för att direkt eller genom tredje man utlova eller bevilja en förmån, oavsett art, till en tjänsteman, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denne på ett sätt som strider mot hans officiella förpliktelser ska utföra eller underlåta att utföra en handling i tjänsten eller vid utövandet av tjänsten.

Vid ratificeringen av korruptionskonventionen bedömde regeringen att bestickning enligt 17 kap. 7 § brottsbalken med vissa förtydliganden täckte det handlande som skulle straffbeläggas enligt konventionen (prop. 1998/99:32 s. 43–45, 52, 53 och 71–74).

I artikel 2 i det ovan nämnda rambeslutet finns bestämmelser om aktiv och passiv korruption. Med aktiv korruption (jfr bestickning enligt korruptionskonventionen) avses enligt artikel 2.1 i rambeslutet att direkt eller genom en mellanhand lova, erbjuda eller ge en person som i någon egenskap leder eller arbetar för ett företag inom den privata sektorn en otillbörlig förmån, oavsett art, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denna person i strid med sina skyldigheter ska utföra eller underlåta att utföra en handling.

Rambeslutet har inte föranlett någon lagstiftning i Sverige, vilket beror på att den svenska lagstiftningen om givande av muta redan omfattar såväl offentlig som privat sektor. Det som sagts ovan beträffande korruptionskonventionens definition får därför i allt väsentligt bedömas gälla även för definitionen av aktiv korruption enligt rambeslutet (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 231).

Den svenska mutbrottslagstiftningen har relativt nyligen reformerats (prop. 2011/12:79, bet. 2011/12:JuU23, rskr. 2011/12:222). Sedan den 1 juli 2012 är mutbrott kriminaliserat som tagande av muta (10 kap. 5 a § brottsbalken) och bestickning som givande av muta (10 kap. 5 b § brottsbalken). Till mutbrotten fördes också genom reformen två nya brott, nämligen handel med inflytande (10 kap. 5 d § brottsbalken) och vårdslös finansiering av mutbrott (10 kap. 5 e § brottsbalken).

Att reglerna om givande av muta, liksom dess tidigare motsvarighet bestickning, motsvarar den kriminalisering som åsyftas med artiklarna i de ovan berörda EU-rättsakter står enligt regeringens mening klart. Med tanke på att artikel 57 första stycket b i LOU-direktivet utöver berörda EU-rättsakter också hänvisar till nationella bestämmelser om korruption, finns det ingen anledning att nu närmare analysera i vilken utsträckning den nya svenska mutbrottslagstiftningen går utöver den kriminalisering som följer av EU-rättsakterna. En fråga som bör behandlas före en sådan analys är i stället vad hänvisningen till nationella bestämmelser om

korruption i led b i artikeln i LOU-direktivet innebär för svenskt vidkommande.

När det gäller hänvisningen till nationella bestämmelser om korruption i artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet bör först noteras att regleringstekniken lämnar ett betydande utrymme att ta hänsyn till vad som enligt nationell rätt har kriminaliserats som korruption. I led b i nämnda artikel anges ju att hänvisningen rör ”korruption enligt definition i nationell lagstiftning”. Bedömningen av om de nationella reglerna rör just korruption i direktivets mening, får således göras utifrån en nationell kontext.

I likhet med utredningen anser regeringen att hänvisningen till nationella korruptionsbestämmelser i led b innebär att mutbrottens båda sidor träffas. Hänvisningen tar alltså sikte på nationell kriminalisering av både tagande och givande av muta. I svensk rätt blir det alltså brotten tagande och givande av muta. Det framstår vidare som följdriktigt att den svenska kriminaliseringen av handel med inflytande bör omfattas av referensen till nationella korruptionsbestämmelser. Även det svenska brottet vårdslös finansiering av mutbrott bör falla in under vad som avses med nationella korruptionsbestämmelser. Det senare brottet innebär att straffansvar kan inträda för medverkan utan att den medverkande haft uppsåt att främja gärningen i fråga. Det som är straffbelagt är att en näringsidkare tillhandahåller pengar eller andra tillgångar åt den som företräder näringsidkaren i en viss angelägenhet och därigenom av grov oaktksamhet främjar givande av muta, grovt givande av muta, eller handel med inflytande i den angelägenheten.

Sammanfattningsvis innebär det ovan anförda beträffande hänvisningen till nationella bestämmelser om korruption, att grund för uteslutning av en leverantör enligt artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet finns, om han eller hon har dömts genom en lagakraftvunnen dom för något av brotten tagande av muta, givande av muta, grovt tagande av muta, grovt givande av muta, handel med inflytande och vårdslös finansiering av mutbrott enligt 10 kap. 5 a–5 e §§ brottsbalken. Detta gäller med hänsyn till regleringstekniken i artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet även om de nationella bestämmelserna i 10 kap. 5 a–5 e §§ brottsbalken i något avseende skulle anses gå utöver det som krävs i fråga om kriminalisering enligt de två omnämnda EU-rättsakterna i led b i artikeln. Om det i något fall kan konstateras att en lagakraftvunnen dom för något av de nyss nämnda brotten i 10 kap. brottsbalken går utöver det krav på kriminalisering som följer av hänvisningen till de två EU-rättsakterna i led b, så finns det i kraft av hänvisningen till nationella korruptionsbestämmelser i samma led ändå grund för uteslutning. Det finns därför mot denna bakgrund inte någon anledning att närmare analysera i vilken utsträckning den nya svenska mutbrottslagstiftningen i någon del går utöver den kriminalisering som följer av artiklarna i EU-rättsakterna enligt artikel 57.1 första stycket b i LOU-direktivet.

Bedrägeri

I artikel 57.1 första stycket c i LOU-direktivet hänvisas till artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om

Prop. 2015/16:195 Europeiska unionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, bedrägerikonventionen (se rådets akt av den 26 juli 1995 om utarbetandet av konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen). Artikel 1 i bedrägerikonventionen har följande lydelse.

1. I denna konvention förstås med bedrägeri som riktar sig mot Europeiska gemenskapernas finansiella intressen

a) i fråga om utgifter, varje uppsåtlig handling eller uppsåtlig underlåtenhet som är att hänföra till

– användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning otillbörligen uppbärs eller innehålls,

– undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt,

– användning av sådana medel för andra syften än dem som medlen ursprungligen har beviljats för,

b) i fråga om inkomster, varje uppsåtlig handling eller uppsåtlig underlåtenhet som är att hänföra till

– användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning minskas på ett olagligt sätt,

– undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt,

– missbruk av en förmån som lagligen erhållits, om gärningen har samma effekt.

2. Om inte annat följer av artikel 2.2 skall varje medlemsstat vidta nödvändiga och lämpliga åtgärder för att överföra bestämmelserna i punkt 1 till den nationella straffrätten så att de förfaranden som avses där beläggs med straff.

3. Om inte annat följer av artikel 2.2 skall varje medlemsstat också vidta nödvändiga åtgärder för att uppsåtligt upprättande eller uppsåtligt tillhandahållande av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument som har den effekt som anges i punkt 1, beläggs med straff om gärningarna inte redan är straffbelagda, antingen som gärningsmannaskap eller som medhjälp, anstiftan eller försök till bedrägeri enligt definitionen i punkt 1.

4. Bedömningen av om en handling eller underlåtenhet enligt punkterna 1 och 3 varit uppsåtlig får göras mot bakgrund av yttre faktiska omständigheter.

När frågan om tillträde till bedrägerikonventionen behandlades uttalade regeringen att gärningarna i artikel 1.1 i konventionen i huvudsak redan torde vara straffbelagda enligt svensk rätt (prop. 1998/99:32 s. 23). Regeringen nämnde därvid följande straffbestämmelser eller strafflagar: bedrägeri (9 kap. 1 § brottsbalken), oredligt förfarande (9 kap. 8 § brottsbalken), osann försäkran (15 kap. 10 § brottsbalken), osant

intygande eller brukande av osann urkund (15 kap. 11 § brottsbalken), skattebrottslagen (1971:69) och lagen (1962:120) om straff i vissa fall för oriktiga ursprungsintyg. Därutöver hänvisades till de numera upphävda lagen (1960:418) om straff för varusmuggling och tullagen (1994:1550). De upphävda lagarna har ersatts av lagen (2000:1225) om straff för smuggling och tullagen (2000:1281).

Regeringen framhöll bl.a. att brott enligt lagen om straff för varusmuggling (numera lagen om straff för smuggling) kan föreligga om gods förs in till Sverige utan att anmälningsskyldigheten enligt den lagen fullgörs på ett riktigt sätt (prop. 1998/99:32 s. 24). När det gällde skattebrottslagens bestämmelser uttalade regeringen att de mer sällan torde bli aktuella att tillämpa i de situationer som avsågs i bedrägerikonventionen. Värt att notera är vidare att regeringen i sammanhanget även nämnde den administrativa sanktionen tulltillägg.

Med hänvisning till den ovan nämnda regleringen uttalade regeringen att den svenska lagstiftningen väl torde uppfylla de krav på kriminalisering eller andra sanktioner som bedrägerikonventionen i detta avseende förutsatte (prop. 1998/99:32 s. 24).

Tredje strecksatserna i leden a och b i artikel 1.1 i bedrägerikonventionen medförde dock att en bestämmelse om subventionsmissbruk infördes i svensk rätt, 9 kap. 3 a § brottsbalken. Regeringen anförde att de situationer som avsågs i nämnda strecksatser i vissa fall torde träffas av bestämmelsen om förskingring enligt 10 kap. 1 § brottsbalken (prop. 1998/99:32 s. 24). För att samtliga situationer enligt strecksatserna skulle vara straffbelagda enligt svensk rätt bedömdes det emellertid som nödvändigt med nykriminalisering.

De gärningar som avsågs i artikel 1.3 i bedrägerikonventionen bedömde regeringen (prop. 1998/99:32 s. 29) vara kriminaliserade som urkundsförfälskning (14 kap. 1 § brottsbalken) eller som osant intygande eller brukande av osann urkund (15 kap. 11 § brottsbalken).

Om en leverantör genom en lagakraftvunnen dom befinns straffrättsligt ansvarig för någon av de gärningar som behandlats ovan, så följer dock inte med automatik att en sådan leverantör ska uteslutas. Som framgått innehåller nämligen artikel 1 i bedrägerikonventionen flera begränsande moment.

För det första ska ett bedrägeri i bedrägerikonventionens mening rikta sig mot Europeiska gemenskapernas finansiella intressen. Enligt den första och andra strecksatsen i led a (utgiftssidan) i artikel 1.1 i konventionen ska gärningarna leda till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning otillbörligen uppbärs eller innehålls. När det gäller led b (inkomstsidan) krävs i stället att medel från de nämnda budgeterna på olagligt sätt minskas.

För det andra ska hänsyn tas till bedrägerikonventionens konstruktion när det gäller inkomstsidan (artikel 1.1 b). I samband med bedrägerikonventionens ratificering uttalade regeringen följande beträffande vad som avsågs med inkomster enligt led b i artikel 1.1 i konventionen (prop. 1998/99:32 s. 17).

Med inkomster avses bl.a. tullar och avgifter för handeln med tredjeländ inom ramen för den gemensamma tull- och jordbrukspolitiken. När det gäller mervärdesskatt och avgifter beräknade på

Prop. 2015/16:195 medlemsstaternas bruttonationalprodukt bedömde regeringen vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv att skattebrott innefattande momsbedrägeri visserligen indirekt kunde leda till en effekt på inkomstsidan av de finansiella intressen som bedrägerikonventionen tog sikte på, men att en sådan indirekt effekt inte torde innebära att sådana gärningar skulle omfattas av artikel 1.1 i konventionen (prop. 2006/07:128 del 1 s. 233 och 234). EU-domstolen har emellertid i en dom därefter slagit fast att momsbedrägerier, trots att mervärdesskatt inte uppbärs direkt för unionens räkning, omfattas av artikel 1 i konventionen (dom meddelad den 8 september 2015 i målet Taricco m.fl., C-105/14, EU:C:2015:555).

För det tredje tar artikel 1 i bedrägerikonventionen enbart sikte på uppsåtliga gärningar. Oavsett hur ett tulltillägg förhåller sig till bedrägerikonventionen i övrigt, torde kravet på uppsåt göra att ett tulltillägg inte ska medföra uteslutning på grund av brott. Detta följer av att uteslutningsreglerna kräver att en leverantör enligt en lagkraftvunnen dom ska ha dömts för ett brott som innefattar en gärning som omfattas av artikel 1 i bedrägerikonventionen. Även om grunden för ett tulltillägg mycket väl kan vara en uppsåtlig handling, så innefattar ett beslut om tulltillägg inte något ställningstagande i fråga om uppsåtet.

Terroristbrott och brott med anknytning till terroristverksamhet

I artikel 57.1 första stycket d i LOU-direktivet hänvisas till artiklarna 1, 3 och 4 i rådets rambeslut av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism (2002/475/RIF). Artikel 1 i LOU-direktivet hänvisar endast till 2002 års rambeslut. Rambeslutet ändrades dock år 2008 genom rådets rambeslut 2008/919/RIF av den 28 november 2008 om ändring av rambeslut 2002/475/RIF om bekämpande av terrorism. Hänvisningen i artikeln i LOU-direktivet till 2002 års rambeslut måste enligt regeringens mening förstås som gällande rambeslutet i dess konsoliderade version, dvs. att den innefattar ändringarna enligt 2008 års rambeslut (se prop. 2010/11:150 del 1 s. 232).

I artikel 1.1 i rambeslutet, som innehåller rambeslutets definition på terroristbrott, anges följande.

Varje medlemsstat skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att de uppsåtliga handlingar som avses i punkterna a–i och som genom sin art eller sitt sammanhang allvarligt kan skada ett land eller en internationell organisation skall betraktas som terroristbrott i enlighet med brottsbeskrivningarna i nationell lagstiftning, när de begås i syfte att

- injaga allvarlig fruktan hos en befolkning,
- otillbörligen tvinga offentliga organ eller en internationell organisation att utföra eller att avstå från att utföra en viss handling, eller
- allvarligt destabilisera eller förstöra de grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land eller i en internationell organisation,
 - a) angrepp mot en persons liv som kan leda till döden,
 - b) allvarliga angrepp på en persons fysiska integritet,
 - c) människorov eller tagande av gisslan,

d) förorsakande av omfattande förstörelse av en regeringsanläggning eller offentlig anläggning, transportsystem, infrastruktur, inklusive datasystem, en fast plattform belägen på kontinentalsockeln, en offentlig plats eller privat egendom, som kan komma att utsätta människoliv för fara eller förorsaka betydande ekonomiska förluster,

e) kapning av luftfartyg och fartyg eller andra kollektiva transportmedel eller godstransportmedel,

f) tillverkning, innehav, förvärv, transport, tillhandahållande eller användning av skjutvapen, sprängämnen eller kärnvapen, av biologiska eller kemiska vapen, samt, när det gäller biologiska och kemiska vapen, forskning och utveckling,

g) utsläpp av farliga ämnen eller orsakande av brand, översvämningar eller explosioner, vilka utsätter människoliv för fara,

h) att störa eller avbryta försörjningen av vatten, elkraft eller andra grundläggande naturresurser, när detta utsätter människoliv för fara,

i) hot om att utföra någon av de handlingar som räknas upp i punkterna a–h.

I artikel 1.2 erinras om att rambeslutet inte ska kunna ha som effekt att skyldigheten att respektera de grundläggande rättigheterna och de grundläggande rättsprinciperna i enlighet med vad som fastställs i artikel 6 i Fördraget om Europeiska unionen på något sätt ändras.

Som angetts ovan ändrades rambeslutet år 2008 genom rådets rambeslut 2008/919/RIF av den 28 november 2008 om ändring av rambeslut 2002/475/RIF om bekämpande av terrorism. Därefter har artiklarna 3 och 4 i rambeslutet följande lydelse.

Artikel 3

Brott med anknytning till terroristverksamhet

1. I detta rambeslut gäller följande definitioner:

a) offentlig uppmaning till terroristbrott: att sprida eller på annat sätt göra ett meddelande tillgängligt för allmänheten i syfte att anstifta till något av de brott som anges i artikel 1.1 a–h, om detta handlings sätt, oavsett om det är fråga om att direkt förespråka terroristbrott eller inte, medför fara för att ett eller flera sådana brott begås.

b) rekrytering för terroristis syften: att försöka förmå en annan person att begå något av de brott som anges i artikel 1.1 a–h eller artikel 2.2.

c) utbildning för terroristis syften: att tillhandahålla instruktioner för tillverkning eller användning av sprängämnen, skjutvapen, andra vapen eller skadliga eller farliga ämnen, eller instruktioner om andra speciella metoder eller tekniker, i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1 a–h och med vetskap om att de kunskaper som tillhandahålls är avsedda för detta ändamål.

2. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följande uppsåtliga gärningar ska betraktas som brott med anknytning till terroristverksamhet:

a) Offentlig uppmaning till terroristbrott.

b) Rekrytering för terroristis syften.

c) Utbildning för terroristis syften.

d) Grov stöld i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1.

- e) Utpressning i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1.
 - f) Upprättande av förfalskade administrativa dokument i syfte att begå något av de brott som anges i artiklarna 1.1 a–h och 2.2 b.
3. För att en gärning enligt punkt 2 ska vara straffbar behöver ett terroristbrott inte ha begåtts.

Artikel 4

Medhjälp, anstiftan och försök

1. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga medhjälp till något av de brott som anges i artikel 1.1, artiklarna 2 eller 3.
2. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga anstiftan till något av de brott som anges i artikel 1.1, artikel 2 eller artikel 3.2 d–f.
3. Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga försök att begå något av de brott som anges i artiklarna 1.1 och 3.2 d–f, med undantag för innehav enligt artikel 1.1 f och brott enligt artikel 1.1 i.
4. Varje medlemsstat får besluta att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att straffbelägga försök att begå något av de brott som anges i artikel 3.2 b och c.

I svensk rätt genomfördes rambeslutet i dess ursprungliga lydelse genom lagen (2003:148) om straff för terroristbrott (prop. 2002/03:38, bet. 2002/03:JuU12, rskr. 2002/03:148). Regeringen angav att terroristbrott enligt artikel 1 i rambeslutet skulle motsvara terroristbrott enligt 2 och 3 §§ lagen om straff för terroristbrott (prop. 2002/03:38 s. 55–62).

I fråga om de gärningar som i dag nämns i artikel 3.2 d–f i rambeslutet uttalade regeringen att dessa motsvarades av stöld och grov stöld, 8 kap. 1 och 4 §§ brottsbalken, rån och grovt rån, 8 kap. 5 och 6 §§ brottsbalken, utpressning, 9 kap. 4 § brottsbalken, samt urkundsförfalskning och grov urkundsförfalskning, 14 kap. 1 och 3 §§ brottsbalken (prop. 2002/03:38 s. 92). Om någon har begått ett sådant brott, eller försök till sådant brott, med uppsåt att främja terroristbrott, ska detta enligt 5 § lagen om straff för terroristbrott beaktas som en försvårande omständighet vid bedömningen av straffvärdet.

Ändringarna av rambeslutet genomfördes genom lagen (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet (prop. 2009/10:78, bet. 2009/10:JuU22, rskr. 2009/10:234). Brott med anknytning till terroristverksamhet enligt artikel 3.2 a–c i rambeslutet motsvarade brotten enligt 3–5 §§ i den lagen.

När det gällde kravet enligt artikel 4 i rambeslutet på kriminalisering av medhjälp till, anstiftan av eller försök till brotten enligt artikel 1.1 i rambeslutet, bedömde regeringen att det var uppfyllt dels genom försök straffbelades enligt 4 § lagen om straff för terroristbrott, dels genom bestämmelserna om anstiftan och medhjälp enligt 23 kap. 4 §

brottsbalken (prop. 2002/03:38 s. 63 och 92). Regeringen gjorde samma bedömning i fråga om medhjälp till brotten enligt artikel 3.2 a-c i rambeslutet (prop. 2009/10:78 s. 32). Prop. 2015/16:195

Penningtvätt och finansiering av terrorism

I artikel 57.1 första stycket e i LOU-direktivet hänvisas till artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism (tredje penningtvättsdirektivet). I artikel 1 i det tredje penningtvättsdirektivet anges följande.

1. Medlemsstaterna skall säkerställa att penningtvätt och finansiering av terrorism förbjuds.

2. Följande handlingar skall vid tillämpningen av detta direktiv anses som penningtvätt när de begås uppsåtligen:

a) Omvandling eller överföring av egendom i vetskap om att egendomen härrör från brottsliga handlingar eller från medverkan till brottsliga handlingar och i syfte att hemlighålla eller dölja egendomens olagliga ursprung, eller för att hjälpa någon som är delaktig i sådan verksamhet att undandra sig de rättsliga följderna av sitt handlande.

b) Hemlighållande eller döljande av en viss egendoms rätta beskaffenhet eller ursprung, av dess belägenhet, av förfogandet över den, av dess förflyttning, av de rättigheter som är knutna till den, eller av äganderätten till den, i vetskap om att egendomen härrör från brottsliga handlingar eller från medverkan till brottsliga handlingar.

c) Förvärv, innehav eller brukande av egendom i vetskap om, vid tiden för mottagandet, att egendomen härrörde från brottsliga handlingar eller från medverkan till brottsliga handlingar.

d) Deltagande, sammanslutning för att utföra försök att utföra och medhjälp, underlättande och rådgivning vid utförandet av någon av de handlingar som nämnts i de tidigare leden.

3. Penningtvätt skall anses som sådan även om de handlingar som frambringat den egendom som skall tvättas begåtts inom en annan medlemsstats territorium eller i tredjeländ.

4. I detta direktiv avses med finansiering av terrorism tillhandahållande eller insamling av medel, oavsett tillvägagångssätt, direkt eller indirekt, i uppsåt att dessa skall användas eller med vetskap om att dessa helt eller delvis kommer att användas för att genomföra något av de brott som anges i artiklarna 1–4 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism.

5. Vetskap, uppsåt och syfte som utgör rekvisit för de handlingar som avses i punkt 2 och punkt 4 får härledas ur objektiva, faktiska omständigheter.

Vid genomförandet av 2004 års LOU-direktiv var det direktiv som nu har ersatts av det tredje penningtvättsdirektivet aktuellt, nämligen rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt (andra penningtvättsdirektivet). Definitionen av penningtvätt är densamma i det andra och tredje penningtvättsdirektivet. Nytt i förhållande till det andra

Prop. 2015/16:195 penningtvättsdirektivet är att det i det tredje finns en bestämmelse om finansiering av terrorism.

I fråga om vilka brott i svensk rätt som motsvarar definitionen av penningtvätt enligt det tredje penningtvättsdirektivet, gällde att den typiskt sett motsvarades av penninghäleri och penninghäleriförseelse enligt 9 kap. 6 a och 7 a §§ brottsbalken. Genom en reform år 2014 samlades dock bestämmelser om penningtvättsbrott i en särskild lag, lagen (2014:307) om straff för penningtvättsbrott (prop. 2013/14:121, bet. 2013/14:JuU25, rskr. 2013/14:253). Bestämmelserna om penninghäleri och penninghäleriförseelse upphörde därmed att gälla den 1 juli 2014. De upphävda bestämmelserna motsvaras närmast av brotten penningtvättsbrott och penningtvättsförseelse i den nya lagen (3–6 §§). Därutöver finns det i lagen en bestämmelse om brottet näringspenningtvätt (7 §). Det nya brottet penningtvättsbrott omfattar även s.k. självtvätt, dvs. tvätt av vinster från egen brottslighet.

Lagstiftningstekniken var tidigare sådan att det inte var uteslutet att penningtvätt enligt definitionen i penningtvättsdirektivet i vissa fall kunde uppfylla rekvisiten för både häleri, 9 kap. 6 § brottsbalken, och penninghäleri. I sådana fall borde gärningsmannen dömas för häleri (se prop. 1998/99:19 s. 25 och 37). Denna ordning ändrades genom 2014 års reform. Om det beträffande en och samma gärning finns förutsättningar att döma för både penningtvättsbrott och häleri, bör gärningsmannen numera i stället dömas för penningtvättsbrott (se prop. 2013/14:121 s. 112).

Den straffrättsliga ordning som tillämpades i svensk rätt innebar vidare att den brottsliga handling som den ”tvättade” egendomen härrörde från inte alltid ledde till straff för häleri, penninghäleri m.m. enligt 9 kap. 6–7 a §§ brottsbalken. Detta följde av nämnda straffbestämmelsers konstruktion och innebar att den som hade begått det s.k. förbrottet inte också separat dömdes för de penningtvättåtgärder han eller hon vidtagit för att dölja förbrottet. Sådana penningtvättåtgärder var i stället en med förbrottet medbesträffad gärning. Detta innebar att en dom med annan brottsrubricering än de som följde av 9 kap. 6–7 a §§ brottsbalken kunde omfattas av det tredje penningtvättsdirektivets definition av penningtvätt, t.ex. domar för stöld, bedrägeri, narkotikabrott, skattebrott och tullbrott (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 236.)

Beträffande de konkurrenssituationer som kan uppstå mellan självtvätt och ett förbrott uttalade regeringen följande vid 2014 års reform (prop. 2013/14:121 s. 112).

Enligt allmänna straffrättsliga principer anses visst efterföljande handlande ingå som en så naturlig del i förbrottet att det ska betraktas som konsumerat av och medbesträffat med förbrottet. Normalt bör därför domstolen döma till ansvar enbart för förbrottet. I vissa fall finns emellertid anledning att döma för förbrottet och penningtvättsbrottet i konkurrens. Det gäller framför allt situationer där en person endast har deltagit i begränsad utsträckning i förbrottet men haft en avgörande roll när det gäller den efterföljande penningtvätten. Det kan vidare aktualiseras i vissa situationer då penningtvättåtgärderna klart går utöver vad som får anses utgöra sedvanlig hantering av brottsutbyte.

När uteslutning på grund av penningtvätt aktualiseras handlar det alltså ytterst om att den upphandlande myndigheten får ta ställning till om brottet omfattas av det tredje penningtvättsdirektivets definition av penningtvätt. Det kan därvid noteras att den definition som finns i lagen om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism är i hög grad en komprimerad version av motsvarigheten i det tredje penningtvättsdirektivet och som dessutom synes vara vidare än penningtvättsdirektivets (se prop. 1992/93:207 s. 12 och 27, prop. 2008/09:70 s. 183, SOU 2012:12 s. 148 och 149 och 1 kap. 5 § 6 b lagen om åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism).

När det gäller kravet på kriminalisering av finansiering av terrorism enligt artikel 1 i det tredje penningtvättsdirektivet, bedömde regeringen att det uppfylldes genom lagen (2002:444) om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall (prop. 2008/09:70 s. 56). Kriminaliseringen enligt den lagen är dock vidare än det som krävs enligt det tredje penningtvättsdirektivet. Regeringen uttalade därvid att de brott som nämnda direktiv (artikel 1.4) hänvisade till hade genomförts genom definitionen av terroristbrott enligt lagen (2003:148) om straff för terroristbrott (prop. 2008/09:70 s. 56). Det sagda innebär således att förutsättningar för uteslutning finns när en leverantör har dömts för brott enligt lagen om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall och den brottsliga gärningen samtidigt motsvarar det som avses med terroristbrott enligt 2 och 3 §§ lagen om straff för terroristbrott.

Människohandel

I artikel 57.1 första stycket f i LOU-direktivet hänvisas till artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF (människohandelsdirektivet). I artikel 2 i människohandelsdirektivet anges följande under rubriken Människohandelsbrott.

1. Medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att följande uppsåtliga gärningar är straffbelagda:

Rekrytering, transport, överföring, hysande eller mottagande av personer, inbegripet utbyte eller överföring av kontroll över dessa personer, genom hot om eller användning av våld eller andra former av tvång, bortförande, bedrägeri, vilseledande, maktmissbruk eller missbruk av en persons utsatta situation eller givande eller mottagande av betalning eller förmåner för att erhålla samtycke från en person som har kontroll över en annan person i syfte att utnyttja denna person.

2. Med en utsatt situation avses en situation där den berörda personen inte har något verkligt eller godtagbart alternativ till att underkasta sig utnyttjandet.

3. Utnyttjande ska omfatta åtminstone utnyttjande av andras prostitution eller andra former av sexuell exploatering, tvångsarbete eller tvångstjänster, inklusive tiggeri, slaveri eller slaveriliknande förhållanden, trældom, utnyttjande av brottslig verksamhet eller avlägsnande av organ.

4. Samtycke från den som är offer för människohandel till utnyttjandet, oavsett om det är avsett eller faktiskt, ska sakna betydelse, om något av de medel som anges i punkt 1 har använts.
5. När en handling som avses i punkt 1 involverar ett barn ska det vara ett straffbelagt människohandelsbrott, även om inget av de medel som anges i punkt 1 har använts.
6. I detta direktiv avses med barn varje person som är under 18 år.”

Vid beredningen av frågan om Sveriges genomförande av människohandelsdirektivet bedömdes att Sverige genom befintlig reglering levde upp till åtagandena enligt direktivet. Det ansågs därvid bl.a. att samtliga de brottsliga gärningar som beskrevs i ovanstående artikel täcktes av straffbestämmelsen människohandel enligt 4 kap. 1 a § brottsbalken i dess lydelse enligt SFS 2010:371.

Beträffande övervägandena om människohandelsbrottets utformning framgår det av förarbetena till 4 kap. 1 a § brottsbalken att brottet hade utformats och avgränsats i internationella överenskommelser som Sverige åtagit sig att följa (prop. 2009/10:152 s. 14). Regeringen konstaterade att brottet människohandel i grunden bestod av tre olika moment, nämligen när någon med användande av otillbörligt medel vidtar någon handelsåtgärd med offret i syfte att han eller hon ska utnyttjas för visst ändamål.

När det gällde det tredje momentet – utnyttjas för visst ändamål – utvecklade regeringen sin syn på detta moment under rubriken Syfte att exploatera offret (prop. 2009/10:152 s. 19–21). I den ovan nämnda promemorian framhölls beträffande detta moment att den svenska straffbestämmelsen människohandel hade fått en vid utformning, då den åsyftade exploateringen enligt 4 kap. 1 a § brottsbalken uttrycktes med bl.a. ”annan verksamhet i en situation som innebär nödläge för den utsatte”. I författningskommentaren till paragrafen anförde regeringen följande beträffande formuleringen (prop. 2009/10:152 s. 60 och 61).

Med verksamhet avses någon form av åtgärd som offret ska utföra eller underkasta sig. Med nödläge avses situationer där offret är förhindrat att fritt bestämma över sina göranden och låtanden. Gemensamt för dessa situationer som innebär nödläge är att offret befinner sig i en verkligt svår situation som inte är helt tillfällig eller övergående. Ett exempel på en verksamhet i en situation som innebär nödläge för den utsatte är när en person – utan att det är fråga om tvångsarbete – förmås arbeta under synnerligen svåra förhållanden till en mycket låg lön. Andra exempel är när en person förmås att tigga eller stjäla. Ytterligare ett exempel är när en person förmås att avlägsna annat biologiskt material än organ, t.ex. vävnad såsom hud och brosk.

När det gäller anstiftan, medhjälp och försök, kan det noteras att artikel 57.1 första stycket f i LOU-direktivet inte hänvisar till de särskilda bestämmelserna på området, artikel 3 i människohandelsdirektivet. I likhet med utredningen bedömer regeringen att detta får antas innebära att anstiftan av, medhjälp till eller försök till människohandel inte ska utgöra grund för uteslutning.

Avslutningsvis instämmer regeringen i utredningens bedömning att barnarbete, som nämns i artikel 57.1 första stycket f i LOU-direktivet, inte särskilt ska anges i den bestämmelse som genomför artikeln.

Personer med anknytning till leverantören

Regelverket beträffande uteslutning av leverantörer kompletteras i LOU-direktivet med en uttrycklig bestämmelse om vilken anknytning en fysisk person ska ha till en leverantör som är en juridisk person för att den fysiska personens lämplighet ska få betydelse vid en uteslutningsbedömning. Detta är, som också utredningen påpekar, en skillnad mot de vaga anvisningar i frågan som finns i 2004 års direktiv (se artikel 45.1 fjärde stycket i 2004 års LOU-direktiv).

Artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv genomfördes bl.a. genom bestämmelserna i 10 kap. 1 § andra stycket och 2 § andra stycket LOU. Enligt dessa bestämmelser kan ett agerande av en person som företräder en leverantör medföra att leverantören utesluts. Reglerna om företrädare gäller vid uteslutning på grund av brott enligt 10 kap. 1 § första stycket och 2 § första stycket 3 LOU eller på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU.

Med hänsyn till att artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv har genomförts i svensk rätt genom uttryckliga bestämmelser om företrädare, blir det av intresse hur begreppet företrädare i LOU förhåller sig till det som följer av artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet.

När det gäller denna jämförelse instämmer regeringen i utredningens bedömning att artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet i och för sig inte tycks ha fått sin utformning på grundval av en ambition från EU-lagstiftarens sida att förändra regelverket på denna punkt. Detta är en bedömning som även en av remissinstanserna, *Advokatfirman Delphi*, instämmer i. Däremot skiljer sig utredningens och Advokatfirman Delphis uppfattningar från varandra när det gäller i vilken utsträckning EU-lagstiftarens förmodade avsikter ska påverka tolkningen av artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet.

Utredningen anför att de omständigheter som räknas upp i artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet är av formell karaktär och att bestämmelsen enligt artikelns ordalydelse därmed ger uttryck för ett något snävare synsätt än det som ligger till grund för bestämmelserna i LOU och Högsta förvaltningsdomstolens tolkning av dessa (se RÅ 2010 ref. 79 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 226 och 388). Enligt Advokatfirman Delphi är emellertid uppräknningen i artikeln enbart ett förtydligande av det som redan gäller enligt artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv. Advokatfirman anser vidare att personkretsen enligt den nuvarande regleringen som den tolkas i RÅ 2010 ref. 79 inte är vidare än den som följer av artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet.

Enligt regeringens uppfattning pekar en tolkning av artikeln enligt dess ordalydelse på att det inte finns samma utrymme för att beakta sådana omständigheter som enligt 59 kap. 12–15 §§ skatteförfarandelagen (2011:1244) och 3 § första stycket lagen (2014:836) om näringsförbud (jfr 4 § andra stycket i den numera upphävda lagen [1986:436] om näringsförbud) motiverar att en person i de båda lagarnas mening bedöms som en företrädare. Det kan enligt regeringens bedömning inte

Prop. 2015/16:195 uteslutas att EU-lagstiftaren av rättssäkerhetsskäl har önskat få till stånd en något striktare bedömning. Detta skulle i så fall kunna vara motiverat av att brister i en persons lämplighet som kan hänföras till en leverantör ska innebära att leverantören utesluts från deltagande i upphandlingen. De obligatoriska grunderna för uteslutning av brott skulle därmed balanseras med en något striktare bedömning av vilken krets av personer vars lämplighet som kan påverka en uteslutningsbedömning. Regeringen kan dock, även med hänsyn tagen till en eventuell förskjutning av rättsläget, instämma i utredningens bedömning att en person som ingår i styrelsen, är firmatecknare eller är vd för ett svenskt aktiebolag får antas ingå i personkretsen enligt artikeln. *Lagrådet* har efterfrågat ytterligare förtydliganden av personkretsen och om t.ex. en advokat eller en extern revisor ska anses ingå. Enligt regeringens bedömning torde dessa inte vara sådana som avses ingå i personkretsen. Enligt regeringens mening får frågan om någon är att anse som företrädare för en leverantör dock bedömas vid tillämpningen nationellt inom ramen för direktiven och med utgångspunkt i EU-domstolens praxis. Praxis från en medlemsstat tolkad med beaktande av nationell associationsrätt kan då få betydelse för bedömningen i Sverige av frågan om någon är att anse som företrädare för en leverantör från den medlemsstaten. Sammanfattningsvis får det således överlämnas till rättstillämpningen att närmare bestämma gränserna för vilka personers lämplighet som kan beaktas i sammanhanget.

22.1.2 Uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om den får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter. Detta gäller för obetalda skatter och avgifter såväl i leverantörens eget land som i det land där upphandlingen sker. Att leverantörens skyldigheter inte är fullgjorda ska ha fastställts genom ett lagkraftvunnet och bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut. Om något sådant avgörande eller beslut inte föreligger, får leverantören trots det uteslutas om myndigheten på något annat lämpligt sätt kan visa att skyldigheterna inte har fullgjorts.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De remissinstanser som yttrar sig över förslaget är i huvudsak positiva. *Stockholms läns landsting* tillstyrker förslaget att genomföra bestämmelserna i artikel 57.2 första och andra styckena i LOU-direktivet som en ska-regel och en får-regel. Att en del av bestämmelserna genomförs som en ska-regel är enligt *Sveriges Byggindustrier* positivt. *Advokatfirman Delphi* anför att innebörden av vissa begrepp måste klargöras. *Västra Götalands läns landsting* och *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* uttalar sig allmänt om genomförandet av bestämmelserna om skäl för uteslutning i artikel 57. De instämmer därvid i utredningens bedömning av vilka grunder som ska

genomföras som obligatoriska och vilka som ska genomföras som fakultativa uteslutningsgrunder.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 57.2 första och andra styckena i LOU-direktivet finns bestämmelser om uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter. Grunden som sådan – obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter – är ingen nyhet i förhållande till 2004 års LOU-direktiv (se artikel 45.2 första stycket e och f). Regleringen i LOU-direktivet skiljer sig dock från dess tidigare motsvarighet i 2004 års direktiv på så sätt att uteslutning kan bli aktuell i två olika situationer. Den första grunden (artikel 57.2 första stycket i LOU-direktivet) innebär att betalningsskyldigheten ska ha fastställts genom ett domstolsavgörande eller genom ett administrativt beslut med slutlig och bindande verkan. Den andra grunden (artikel 57.2 andra stycket i LOU-direktivet) saknar koppling till hur nämnda skyldighet har bestämts.

De ovan beskrivna två grunderna skiljer sig också åt på en avgörande punkt när det gäller genomförandet av direktivet. Enligt bestämmelserna i artikel 57.2 första stycket i LOU-direktivet ska en leverantör uteslutas om förutsättningarna för uteslutning är för handen. Enligt andra stycket i samma artikel får en leverantör uteslutas om skäl för uteslutning finns. Att en leverantör ska uteslutas i vissa situationer är också en viktig skillnad i förhållande till 2004 års direktiv. Enligt det direktivet är nämligen uteslutningsgrunden i sin helhet fakultativ.

När det gäller de ovan beskrivna skillnaderna mellan första och andra styckena i artikel 57.2 i LOU-direktivet bedömer regeringen i likhet med utredningen att denna skillnad bör återspeglas i de bestämmelser som genomför styckena.

En av remissinstanserna, *Advokatfirman Delphi*, anser att det bör klargöras vid vilken tidpunkt en skyldighet att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter är att anse som inte fullgjord. Som framgått är uteslutningsgrunden obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter inte någon nyhet i upphandlingslagstiftningen. Redan i dag formuleras också grunden med en koppling till att leverantören ”inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt” (se 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU). Skillnaden är dock att den bestämmelse i dagens ordning i vilken formuleringen används är enbart fakultativ.

När det gäller tidpunkten för när ett uteblivet fullgörande ska anses föreligga, konstaterar regeringen att obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter i något annat land än Sverige får bedömas enligt det landets bestämmelser om betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter. I fråga om obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter i Sverige finns det anledning att framhålla att frågan om fullgörande ska bedömas enligt de svenska nationella bestämmelser som gäller för betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter. Vad som gäller i det avseendet framgår framför allt av skatteförarandelagen (2011:1244). Detta innebär enligt regeringens mening att en betalning ska ha bokförts på Skatteverkets särskilda konto för skattebetalningar senast på förfallodagen. Hur förfallodagen bestäms framgår av 62 kap. skatteförarandelagen.

I fråga om förutsättningen att skyldigheten avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter ska ha fastställts genom ett

Prop. 2015/16:195 lagakraftvunnet och bindande beslut ("beslut med slutlig och bindande verkan" enligt artikel 57.2 första stycket i LOU-direktivet), kan noteras att denna begränsar möjligheten att tillämpa den obligatoriska uteslutningsgrunden när det gäller obetalda svenska skatter och socialförsäkringsavgifter. Tiden för överklagande av beslut om skatter och socialförsäkringsavgifter är nämligen enligt skatteförordningen i normalfallet sex år efter utgången av beskattningsåret. När det rör sig om obetalda svenska skatter och socialförsäkringsavgifter blir därför i stället i normalfallet den fakultativa uteslutningsgrunden tillämplig.

Lagrådet har ifrågasatt valet att låta beviskravet vara avgörande för om uteslutningsgrunden är obligatorisk eller fakultativ och anser att skälen för den bedömningen behöver redovisas närmare. Ett tungt vägande skäl att genomföra artikel 57.2 andra stycket som en fakultativ uteslutningsgrund är att den är formulerad på detta sätt i direktivet, även om medlemsstaterna ges möjlighet att göra även andra stycket obligatoriskt. Att utslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter gjorts obligatorisk i de nya direktiven i de fall det finns en dom som vunnit laga kraft är redan en utvidgning av de obligatoriska uteslutningsgrunderna jämfört med nuvarande ordning. *Lagrådet* har också ansett det oklart varför en misskötsamhet ska föranleda obligatorisk utslutning om den fastställts genom ett lagakraftvunnet beslut, medan den upphandlande myndigheten själv får besluta i saken om samma misskötsamhet visas på annat lämpligt sätt. Regeringen konstaterar att denna ordning har sin grund i att så länge ett beslut inte är lagakraftvunnet är saken i viss mån fortfarande öppen och inte slutligt fastställt. Enligt regeringens mening är det därför, bl.a. av rättssäkerhetsskäl, motiverat att myndigheten lämnas ett större utrymme att beakta omständigheterna i det enskilda fallet. Det bör även noteras att de obligatoriska uteslutningsgrunderna på grund av brott i artikel 57.1 kräver en dom som fått laga kraft medan de fakultativa uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 uppvisar en variation av lägre beviskrav.

Den fakultativa uteslutningsgrunden berörs av Advokatfirman Delphi som anser att det bör förtydligas hur en upphandlande myndighet "på något lämpligt sätt" kan visa att en leverantör inte har fullgjort sin skyldighet att betala skatter och socialförsäkringsavgifter (se artikel 57.2 andra stycket i LOU-direktivet). Vad som närmare avses med formuleringen är enligt regeringen något oklart. Det kan dock inte uteslutas att den får betydelse när det rör sig om obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter i något annat land än Sverige. Hur bestämmelsen då ska tolkas får avgöras i rättstillämpningen. När det däremot gäller obetalda svenska skatter och socialförsäkringsavgifter står det klart att den fakultativa uteslutningsgrunden får betydelse.

För svenskt vidkommande innebär den fakultativa uteslutningsgrunden att beslut att utesluta en leverantör från att delta i en upphandling på grund av obetalda svenska skatter och socialförsäkringsavgifter normalt kommer att grundas på att det finns ett beslut som får verkställas trots att det inte har fått laga kraft. Om det finns förfallna obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter på leverantörens skattekonto får det anses ha påvisats på ett lämpligt sätt att skyldigheterna i fråga inte är fullgjorda. *Lagrådet* har ifrågasatt om utslutning ska kunna ske i sådan situation,

där obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter finns på leverantörens skattekonto men där det aktuella skattebeslutet har överklagats. Som Lagrådet påpekat innebär det svenska skatteförfarandet att en skatt normalt ska betalas även om den överklagas. Om den inte betalas utgör detta således en misskötsamhet som kan föranleda uteslutning. Eftersom uteslutning i en sådan situation emellertid är fakultativ finns det inget som hindrar att en upphandlande myndigheten, när den bedömer om leverantören ska uteslutas eller inte, beaktar att det finns en pågående överprövningsprocess.

Lagrådet har även konstaterat att lagrådsremissen inte berör frågan om skillnader mellan skattesystemen i olika länder kan medföra risk för att vissa leverantörer missgynnas. Regeringen, som i och för sig är tveksam till om detta är en fråga som kan anses ligga inom ramen för lagstiftningsärendet, konstaterar att det – på samma sätt som när det gäller brott som en leverantör har dömts för utomlands – inte är möjligt att ge någon generell vägledning. Det kan vidare konstateras att en bedömning måste göras från fall till fall med beaktande av likabehandlingsprincipen. I sammanhanget kan också tilläggas att det administrativa samarbete som medlemsstaterna enligt direktiven ska tillhandahålla kan tjäna till hjälp för upphandlande myndigheter och enheter om behov av information och vägledning i den fråga som här är aktuell skulle uppkomma.

Som framgår i avsnitt 22.1.5 ska åtgärden att utesluta en leverantör stå i proportion till bl.a. det förfallna beloppets storlek. Det ovan sagda överensstämmer för övrigt med det som gäller i dag enligt 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU. Den ordning som nu föreslås innebär således i praktiken att rättsläget inte förändras.

22.1.3 Uteslutning på grund av missförhållanden i övrigt

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om det framkommer sådana missförhållanden som avses i artikel 57.4 första stycket a–i) i LOU-direktivet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i sak med regeringens. Utredningen föreslår dock en annan lagteknisk lösning.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Västra Götalands läns landsting* och *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* uttalar sig allmänt om genomförandet av bestämmelserna om skäl för uteslutning i artikel 57. De instämmer i utredningens bedömning av vilka grunder som ska genomföras som obligatoriska och vilka som ska genomföras som fakultativa uteslutningsgrunder. *Kronofogdemyndigheten* är dock kritisk till förslaget och anser att artikel 57.4 bör regleras som en obligatorisk grund. Enligt Kronofogdemyndigheten leder denna skillnad mellan uteslutningsgrunderna till praktiska problem vid tillämpningen. Flera remissinstanser anser att den närmare betydelsen av flera av begreppen som används i bestämmelserna måste klargöras.

Förslaget i delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna:

Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig om lagförslagen i de delar som har kompletterats med Genomförandeutredningens förslag. *Migrationsverket* anser att bestämmelserna om uteslutning av leverantörer leder till tillämpningssvårigheter. *Konkurrenskommissionen* anser att nämnda bestämmelser medför en negativ särbehandling av företag som är kollektivavtalsbundna framför deras konkurrenter som inte är kollektivavtalsbundna. Både *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* avstyrker därför förslaget i den delen. *Förvaltningsrätten i Malmö* invänder mot att bestämmelsen har utformats som en regel om beviskrav. Enligt förvaltningsrättens mening är det tillräckligt att ange att myndigheten får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social-, eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss: Överensstämmer delvis med regeringens. I utkastet föreslås dock att direktivets uttryck ”på något lämpligt sätt” ska återges i lagtexten.

Remissinstanserna: *Skatteverket* avstyrker att arbetsrättsliga hänsyn ska utgöra en fakultativ uteslutningsgrund eftersom upphandlande myndighet ska ställa krav på arbetsrättsliga hänsyn när det är behövligt. *Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker förslaget till genomförande men vill ha klargörande av vad som avses med tillämpliga skyldigheter. *Arbetsmiljöverket* anser att det ska vara tvingande att utesluta en leverantör som har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. *Kammarrätten i Göteborg*, *Företagarna*, *Näringslivets regelrådet (NNR)* och *Advokatfirman Delphi* anser att uttrycket ”på något lämpligt sätt” är otydligt och kan utgå eftersom det är tillräckligt att myndigheten kan visa att skyldigheterna åsidosatts.

Skälen för regeringens förslag: De i avsnitten ovan behandlade reglerna om uteslutning på grund av brott och på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter kompletteras med bestämmelser i artikel 57.4 i LOU-direktivet. Bestämmelserna reglerar uteslutning på grund av brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs. I artikeln beskrivs nio olika sådana situationer. Tre av dem, leden b, c och h, regleras i allt väsentligt redan i dag i 2004 års LOU-direktiv, nämligen i

- artikel 45.2 första stycket a och b i 2004 års LOU-direktiv som motsvarar artikel 57.4 första stycket b i LOU-direktivet,
- artikel 45.2 första stycket c och d i 2004 års LOU-direktiv som motsvarar artikel 57.4 första stycket c i LOU-direktivet, och
- artikel 45.2 första stycket g i 2004 års LOU-direktiv som motsvarar artikel 57.4 första stycket h i LOU-direktivet.

Leden a, d, e, f, g och i i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet saknar direkta motsvarigheter i 2004 års LOU-direktiv. Som framgått (se avsnitt 9.2) föreslår regeringen dock inte nu hur led a ska genomföras.

Uteslutningsgrunderna i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet är fakultativa. Som framgår av artikeln kan dock medlemsstaterna genomföra även denna reglering som obligatoriska grunder för uteslutning. När det gäller frågan om huruvida denna möjlighet bör utnyttjas råder det delade meningar bland remissinstanserna. Det finns

därför skäl att instämna i utredningens bedömning, att artikel 57.4 i LOU-direktivet bör genomföras genom fakultativa bestämmelser.

Såvitt gäller uppräknigen i de nio olika leden i artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet, används skiftande tekniker för att beskriva det som tycks uttrycka vad som krävs för att skälen för uteslutning ska anses vara tillräckliga. Som utredningen konstaterar är det oklart vad skillnaderna leden emellan i artikeln syftar till. I likhet med utredningen anser regeringen att variationerna knappast är ett uttryck för att kravet på vad som är tillräckliga skäl för uteslutning växlar beroende på vilket av leden som tillämpas. Det skillnaderna uttrycker får snarare antas vara en omsorg om att ett så ingripande beslut som uteslutning inte ska tillåtas fattas på oprecisa eller vaga indikationer. För att försäkra sig om detta har EU-lagstiftaren sannolikt bedömt det nödvändigt att genom särskilda formuleringar betona vikten av att så inte sker. Som utredningen påpekar innebär dock redan en tillämpning av proportionalitetsprincipen att sådana indikationer inte är tillräckliga för uteslutning. Regeringen delar utredningens bedömning att den växlande begreppsbildningen tycks sakna betydelse. För att inte äventyra kopplingen till direktivet och EU-domstolens tolkning av detta, bedömer regeringen likväl att de skiftande begreppen i artikeln huvudsakligen måste föras över till den nya lagen om offentlig upphandling. Uttrycket ”på något lämpligt sätt” förs dock efter synpunkter från *Kammarrätten i Göteborg*, *Företagarna*, *Näringslivets regelrådet (NNR)* och *Advokatfirman Delphi* inte in i författningstexten eftersom det inte uttrycker någon bevisnivå.

Som angetts ovan regleras tre av de situationer som räknas upp i artikel 57.4 första stycket i allt väsentligt redan i dag i 2004 års upphandlingsdirektiv. Det finns således inte någon anledning för regeringen att kommentera dessa särskilt. Leden a, d, e, f, g och i saknar dock direkta motsvarigheter i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Enligt led a får den upphandlande myndigheten utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en leverantör, om den upphandlande myndigheten på något lämpligt sätt kan påvisa åsidosättande av de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2, dvs. de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheterna. Sådana brister kan i och för sig vara uteslutningsgrundande enligt nuvarande 10 kap. 2 § första stycket 3 eller 4 LOU eller 10 kap. 3 § första stycket 3 eller 4 LUF, dvs. som brott avseende yrkesutövningen eller som allvarligt fel i yrkesutövningen. Artikel 18.2 adresserar dock specifikt de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheterna. För att genomföra led a som reglerar uteslutning på grund av bristande efterlevnad av dessa skyldigheter, föreslår Genomförandeutredningen och Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal att den tillförs katalogen av fakultativa uteslutningsgrunder som regeringen i lagrådsremissen föreslagit ska tas in i lagen. *Arbetsmiljöverket* anser att uteslutningsgrunden ska vara obligatorisk. Eftersom direktivet föreskriver en möjlighet till uteslutning instämmer regeringen dock i utredningarnas förslag. Den fakultativa katalogen innehåller dessutom i likhet med direktivet skiftande uttrycksätt för vad som ska vara visat för att uteslutning ska kunna vara möjlig. Regeringen instämmer med *Förvaltningsrätten i Malmö* i att denna variation kan ifrågasättas. Flera remissinstanser föreslår att uttrycket ”på lämpligt sätt” kan utgå. Regeringen delar uppfattningen att

Prop. 2015/16:195 uttrycket är överflödigt och föreslår att det inte tas in i lagtext. Några remissinstanser framför att förslaget innebär en risk för negativ särbehandling. De skyldigheter som leverantörerna ska följa är dock de som redan gäller till följd av miljö-, social- och arbetsrättsliga regler. Det följer av rekvisitet tillämpliga. Regeringen bedömer därför att risken för negativ särbehandling inte är så stor som vissa av remissinstanserna befarar. Tillämpliga skyldigheter behandlas i avsnitten 9.2 och 26.2.1. Det framgår där att sådana kan fastställas i bl.a. nationell rätt och i kollektivavtal. Av det följer att även bindande föreskrifter från myndigheter kan innehålla sådana skyldigheter.

Led d tar sikte på situationer där en leverantör har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen. Att överenskommelsen också faktiskt har fått det åsyftade resultatet är dock enligt regeringens mening inte nödvändigt. Detta följer av, precis som utredningen påpekar, att bestämmelsen enbart tar upp syftet med överenskommelsen och inte något om effekten.

När det gäller tillämpningen av bestämmelserna i led d, anger utredningen att Konkurrensverket i en skrivelse den 10 december 2013 till utredningen (S 2012:09/2013/68-69) redogjort för sin uppfattning om hur det konkurrensrättsliga regelverket om eftergift av konkurrenskadeavgift förhåller sig till grunden för uteslutning i nämnda led. I remissyttrandena beträffande utredningens betänkanden vidhåller *Konkurrensverket* denna uppfattning. Enligt verket bör det införas en uttrycklig regel i de nya upphandlingslagarna som skyddar ett företag som har beviljats eftergift av konkurrenskadeavgift från att på grund av den anmälda överträdelsen uteslutas från att delta i en upphandling. Verket tillägger att det vid kontakter med andra konkurrensmyndigheter har framkommit att det i några medlemsstater också finns bestämmelser som medger undantag från uteslutning för leverantörer som har beviljats eftergift.

Med utgångspunkt från bestämmelsens ordalydelse i led d, anser regeringen i likhet med utredningen att LOU-direktivet inte ger stöd för att begränsa bestämmelsens tillämpningsområde genom en uttrycklig begränsningsregel som rör leverantörer som har beviljats eftergift av konkurrenskadeavgift. Huruvida en eftergift bör beaktas inom ramen för den proportionalitetsavvägning som ska göras inför varje beslut om uteslutning behandlas nedan i avsnitt 22.1.5.

I leden e och f finns bestämmelser som inriktar sig på två olika situationer under ett upphandlingsförfarande. Gemensamt för dessa situationer är att de reser frågor om principen om icke-diskriminering har iakttagits under förfarandet. Regleringen i leden medger att uteslutning kan tillgripas som en sista åtgärd, om en tillämpning av bestämmelserna om intressekonflikter enligt artikel 24 i LOU-direktivet eller om anbudssökandes och anbudsgivares tidigare deltagande enligt artikel 41 i direktivet inte får avsedda effekter. Det framgår sålunda av leden e och f att en upphandlande myndighet får besluta om uteslutning av en leverantör, om det inte genom någon annan åtgärd går att hindra att upphandlingen påverkas av sådana otillbörliga hänsyn som avses i artiklarna 24 och 41 i LOU-direktivet. Genomförandet av dessa artiklar behandlas i avsnitt 10.9 respektive avsnitt 10.2.

I led e anges att bristerna ”inte kan avhjälpas effektivt genom andra, mindre ingripande åtgärder” medan det i led f föreskrivs att bristerna ”inte kan avhjälpas genom andra, mindre ingripande åtgärder”. När det gäller tillägget ”effektivt” instämmer regeringen i utredningens bedömning att detta kan lämnas åt sidan i de svenska bestämmelser som genomför de båda leden.

Regleringen i led g rör brister i hur en leverantör har fullgjort ”ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt med en upphandlande enhet eller ett tidigare koncessionskontrakt”. En nödvändig förutsättning för uteslutning är enligt bestämmelsen att bristerna i fullgörandet har lett till uppsägning, skadestånd eller jämförbar påföljd. En av remissinstanserna, *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)*, är positiv till att bestämmelsen i ledet införs men anför att det bl.a. behöver tydliggöras när i tiden ett bristfälligt fullgörande upphör att vara relevant för en uteslutningsbedömning. Frågan om uteslutningsgrundernas betydelse i tiden behandlas nedan, se avsnitt 22.1.4.

Lagrådet har anfört att det framgår av LOU-direktivet att även brister i fullgörandet av ett avtal enligt LUFs ska kunna medföra uteslutning, likväl som brister vid fullgörandet av andra avtal med upphandlande enheter än sådana som omfattas av upphandlingslagstiftningen. Regeringen ställer sig dock tveksam till att en sådan extensiv tolkning har stöd i direktiven. Direktivens bestämmelser rör enligt ordalydelsen bristande fullgörande av ett offentligt kontrakt, ett kontrakt med en upphandlande enhet eller ett tidigare koncessionskontrakt. Med det avses i första hand de upphandlingsdirektiv som nu genomförs, dvs. LOU-, LUF- och LUK-direktivet. Som regleringen är utformad måste emellertid också LUFs-direktivet anses omfattas, då definitionen av kontrakt ansluter till definitionen enligt det klassiska direktivet som nu ersatts av LOU-direktivet. Att det skulle göras en skillnad mellan direktiven framstår också som omotiverat. Bristande fullgörande av kontrakt enligt LUFs bör därför också, som *Lagrådet* föreslagit, kunna beaktas. Regeringen anser dock inte att artikeln ger tillräckligt stöd för slutsatsen att även bristande fullgörande av andra avtal än sådana som omfattas av upphandlingslagstiftningen skulle kunna beaktas som en möjlig uteslutningsgrund.

Sammanfattningsvis anser regeringen att bestämmelserna bör genomföras på ett sätt som nära ansluter till direktiven. Det innebär även att den variation av uttryck för den bevisning som föreskrivs i direktiven huvudsakligen ska återspeglas i lagtexten, även om *Lagrådet* förordat en precisering och ett tydliggörande. Regeringen vill dock framhålla att ett direktivnära genomförande inte kan anses innebära att det helt saknas möjlighet att utesluta leverantörer som brutit mot fullgörandet av andra kontrakt än sådana som omfattas av de aktuella bestämmelserna. I sådana fall torde enligt regeringens bedömning den upphandlande myndigheten kunna pröva frågan utifrån bestämmelserna om uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

När det gäller den närmare utformningen av bestämmelserna har *Lagrådet* föreslagit att direktivens uttryck materiellt krav ska ersättas med uttrycket väsentligt krav. *Lagrådet* har hänvisat till den engelska språkversionen, som anger substantive requirements. Det är enligt

Prop. 2015/16:195 regeringens mening i och för inte helt klart att den engelska språkversionen ger tillräckligt stöd för en sådan ändring, men däremot anges i den franska språkversionen obligation essentielle, i den danska väsentligt krav och i den tyska wesentlichen Anforderung, vilka alla talar för att materiellt krav bör ersättas med väsentligt krav. Det kan alltså konstateras att de olika språkversionerna på ett inte obetydligt sätt i sak skiljer sig åt, vilket inte kan ha varit avsikten. Det kan också konstateras att det i skäl 101 i den svenska språkversionen av LOU-direktivet talas om väsentliga krav. Mot denna bakgrund anser regeringen sammantaget att det finns skäl att i enlighet med Lagrådets förslag ersätta materiellt krav med väsentligt krav i de bestämmelser som genomför direktivens bestämmelser i denna del.

I led i finns bestämmelser om uteslutning av en leverantör som otillbörligt har försökt att påverka utgången av en upphandling. Huruvida ledet tar sikte på otillbörlig påverkan i den aktuella upphandlingen eller också i tidigare gjorda upphandlingar är enligt regeringen öppet för tolkning. Det ligger dock närmast till hands med hänsyn till ordvalen att det ska röra sig om påverkan i den aktuella upphandlingen. Av ledet följer nämligen att det är påverkan på ”den upphandlande myndighetens beslutsprocess” som avses och att det handlar om ”otillbörliga fördelar i upphandlingsförfarandet”. I begreppet ”har försökt” ligger vidare ett moment av avsikt. Leverantören ska således enligt regeringens tolkning ha haft en avsikt att otillbörligt påverka eller i övrigt skaffa sig otillbörliga fördelar. Som framgår av hur ledet avslutas kan även ett oaksamt vilseledande resultera i uteslutning.

När det gäller bestämmelserna i led i, anser *Swedish Medtech*, att det behöver klargöras huruvida en leverantör ska uteslutas om denne får del av handlingar som lämnas ut av en myndighet trots att myndigheten rätteligen borde ha vägrat att lämna ut dem med hänvisning till att uppgifter i handlingarna borde ha sekretessbelagts. Om en leverantör får del av uppgifter på ett sådant sätt, kan leverantören enligt regeringens uppfattning inte anses ha otillbörligt försökt att påverka den upphandlande myndigheten. I en sådan situation bör således leverantören inte uteslutas.

22.1.4 Uteslutningsgrundernas betydelse i tiden

Regeringens bedömning: Det bör i lagen inte finnas några bestämmelser med uttryckliga tidsgränser för uteslutningsgrundernas betydelse i tiden. Lagen bör inte heller innehålla bestämmelser om att ett beslut om uteslutning inte bara ska gälla för den aktuella upphandlingen utan även för kommande upphandlingar under en viss tidsperiod.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna framför inga synpunkter på bedömningen. *Advokatfirman Delphi* instämmer i bedömningen att det inte bör införas en ordning som innebär att ett beslut om uteslutning inte bara ska gälla för den aktuella upphandlingen utan

även för kommande upphandlingar under en viss tidsperiod. *Konkurrenskommissionen* anser dock att ett sådant system bör införas.

Advokatfirman Delphi menar vidare att det är oklart vilken ledning man kan få av de tidsgränser som anges i artikel 57.7 i LOU-direktivet. Enligt advokatfirman framgår det inte om EU-lagstiftarens mening är att tidsgränserna uttrycker maximalt så långt tillbaka i tiden som en upphandlande myndighet får beakta händelser, när den ska besluta om uteslutning av en leverantör, eller enbart syftar på de tidsgränser som ska gälla i fall en medlemsstat faktiskt inför regler om framtida verkan av uteslutningsbeslut. Advokatfirman framhåller vidare att det måste klargöras på vilket sätt formuleringen ”dagen för den relevanta händelsen” kan tjäna som vägledning när det rör sig om ihållande brister som sammantaget men inte var för sig utgör skäl för uteslutning. Konkurrenskommissionen förordar dock att bestämmelserna i artikel 57.6 fjärde stycket och 57.7. i LOU-direktivet om hur länge en lagakraftvunnen dom får göras gällande om någon längsta uteslutningsperiod inte har fastställts i en dom eller ett beslut bör genomföras.

Enligt *Västra Götalands läns landsting* är utredningens slutsatser i fråga om särskilda bestämmelser om tidsgränser inte tillräckligt motiverade för att något ställningstagande ska kunna tas i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: Artikel 56.4 i LOU-direktivet är en nyhet i förhållande till 2004 års direktiv och reglerar möjligheten för en leverantör som annars skulle riskera att uteslutas från en upphandling att vidta sådan rättelse att denne kan undgå att bli utesluten. Av bestämmelserna framgår att en leverantör som befinner sig i någon av de situationer som avses i artikel 57.1 (obligatoriska uteslutningsgrunder på grund av brott) eller artikel 57.4 (fakultativa uteslutningsgrunder på grund av andra missförhållanden) får lämna bevis på att leverantören vidtagit tillräckliga åtgärder för att visa att denne är tillförlitlig, trots att det föreligger relevanta skäl för uteslutning. Om den upphandlande myndigheten bedömer att bevisen är tillräckliga ska leverantören inte uteslutas. Artikeln i dessa delar behandlas vidare nedan, avsnitt 22.1.5.

I artikel 57.6 fjärde stycket anges att en leverantör som genom en lagakraftvunnen dom har uteslutits från att delta i en upphandling inte ska ha rätt att utnyttja möjligheten till ”självrättelse” under den period som uteslutningen gäller enligt domen i den medlemsstat där domen är giltig. Av detta framgår att det finns medlemsstater inom EU som har ett system där en leverantör genom en dom kan uteslutas från att delta i framtida upphandlingar. Något sådant system finns emellertid inte i Sverige.

Av artikel 57.7, som reglerar att medlemsstaterna ska fastställa villkoren för tillämpningen av artikeln, framgår att medlemsstaterna särskilt ska fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperiod som ska tillämpas om leverantören inte vidtar några åtgärder för rättelse för att visa sin tillförlitlighet. Om denna period inte har fastställts i den lagakraftvunna domen får den inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades när det gäller de obligatoriska uteslutningsgrunderna och tre år från dagen för relevant händelse när det gäller de fakultativa uteslutningsgrunderna.

Som *Lagrådet* har påpekat finns det i lagrådsremissens förslag inte några bestämmelser som reglerar hur lång tid efter ett brott som myndigheten ska vara skyldig att lägga det till grund för uteslutning. Detta innebär dock inte att en leverantör för all framtid ska vara utesluten från att delta i offentliga upphandlingar på grund av en uteslutningsgrund, ens om den är obligatorisk. Åtgärdens ingripande karaktär innebär i stället att stora krav ställs på att den är proportionerlig. De förhållanden som åberopas som grund för en uteslutning får t.ex. inte vara för inaktuella. Om ett brott eller ett missförhållande ligger alltför långt tillbaka i tiden, ska dessa alltså inte längre leda till uteslutning av leverantören.

Lagrådet har ifrågasatt bedömningen i lagrådsremissen att artikel 57.6 fjärde stycket och 57.7 endast innebär skyldigheter för de medlemsstater som tillämpar en ordning där ett beslut om uteslutning ska gälla även för framtida upphandlingar. Lagrådet har vidare framhållit att det under den fortsatta beredningen bör övervägas att genomföra direktiven i de delar där de preciserar vad den europeiske lagstiftaren uppenbarligen har funnit motsvara kraven på proportionalitet och nämner i sammanhanget bl.a. artikel 57.7.

När det gäller frågan om det bör införas en ordning som innebär att ett beslut om uteslutning inte bara ska gälla för den aktuella upphandlingen utan även för kommande upphandlingar under en viss tidsperiod, instämmer regeringen – vilket även Lagrådet gjort – i utredningens bedömning att LOU-direktivet inte kräver att en sådan ordning införs. Lagrådet har dock ansett att det förhållandet att det saknas sådana direktivbestämmelser närmast ger vid handen att de tidsgränser som föreskrivs i artikel 57.7 ska gälla i alla de fall där en uteslutningsperiod inte har fastställts i en dom. Enligt Lagrådet ligger det nära till hands att anta att tidsgränserna i artikel 57.7 kan tillmätas betydelse vid den proportionalitetsbedömning som ska göras, vare sig en viss uteslutningsperiod fastställts i en dom eller inte.

Enligt regeringens mening framgår det inte klart av de nu aktuella bestämmelserna vilka skyldigheter som följer för de medlemsstater som inte har en ordning där leverantörer genom en lagakraftvunnen dom kan uteslutas från att delta i framtida upphandlingsförfaranden.

I likhet med Genomförandeutredningens synsätt bedömer regeringen att skälet till att artikel 57.7 andra meningen hänvisar till uteslutningsperioden är att bestämmelsen har en direkt koppling till artikel 57.6 fjärde stycket och undantaget från möjligheten att åberopa ”självrättelse” i de fall uteslutningsperioden fastställts i en dom. Den mest rimliga tolkningen är därför enligt regeringens mening att artikel 57.7 andra meningen innefattar en förpliktelse endast för de medlemsstater som har ett sådant system och att syftet med detta är att säkerställa att leverantörer som är föremål för sådana domar under en inte allt för lång tid hindras från möjligheten till ”självrättelse”.

När det gäller frågan om artikel 57.7 i LOU-direktivet kan, som Genomförandeutredningen gör gällande, ge viss ledning beträffande tidsaspekten trots att artikeln inte genomförs vill regeringen framhålla att det centrala momentet vid en uteslutningsbedömning är den proportionalitetsavvägning som ska göras och som innefattar de omständigheter som är av betydelse i det enskilda fallet. Vid en sådan avvägning bör

myndigheten beakta bl.a. tidsaspekter, hur allvarligt det bristfälliga fullgörandet är i termer av bl.a. varaktighet och frekvens och hur det bristfälliga fullgörandet påverkar leverantörens lämplighet i den aktuella upphandlingen. Naturligtvis är tiden en viktig faktor vid denna bedömning och som Lagrådet har konstaterat torde de tidsgränser som anges i artikel 57.7 kunna tjäna till viss vägledning för denna bedömning.

Lagrådet har ansett att en ordning där den enskilda upphandlande myndigheten i varje enskilt fall ska ta ställning till hur lång tid en leverantör ska vara utesluten svårligen låter sig förenas med elementära krav på rättssäkerhet för leverantörer eller med proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna. Lagrådet har vidare framfört att en sådan ordning ställer orimliga krav på den myndighet som är skyldig att utesluta en leverantör. Regeringen konstaterar emellertid att varken 2004 års direktiv eller – med den bedömning regeringen redovisat ovan om genomförandet av artikel 57.7 andra meningen – 2014 års direktiv innehåller några uttryckliga bestämmelser om tidsgränser för uteslutning. I likhet med Genomförandeutredningen bedömer regeringen i stället att tidsaspekten, på samma sätt som enligt nuvarande LOU och LUF, får beaktas inom ramen för proportionalitetsbedömningen. Till skillnad från Lagrådet bedömer regeringen att några särskilda bestämmelser om detta inte krävs i anslutning till bestämmelserna om uteslutning, eftersom proportionalitetsprincipen redan framgår av de allmänna bestämmelserna i lagarna 4 kap. Att beslut om uteslutning kan bli föremål för domstolsprövning innebär enligt regeringens mening att kraven på tillräckliga rättssäkerhetsgarantier får anses uppfyllda.

Lagrådet har även efterfrågat överväganden om uteslutning, i ljuset av Europakonventionen, ska bedömas som ett straff eller som en administrativ eller disciplinär sanktion och om åsidosättanden av miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som gjorts före lagens ikraftträdande kan ligga till grund för uteslutning. Regeringen noterar i det sammanhanget att reglerna om uteslutning förts över från 1992 års lag om offentlig upphandling till den nuvarande utan några övergångsbestämmelser. Åsidosättanden av miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser har enligt dessa lagar bedömts som allvarliga fel i yrkesutövningen. Sådana åsidosättanden kan därför redan leda till uteslutning av en leverantör. De nya direktiven innebär förtydliganden av bestämmelserna och av möjligheten att utesluta leverantörer i sådana situationer. Enligt regeringens mening ska omständigheter beträffande en leverantörs agerande således kunna beaktas även för tid före de nu föreslagna lagarnas ikraftträdande. Frågan om övergångsbestämmelser har inte berörts i direktiven. Inte heller har Europakonventionen, som är en del av EU-rätten, hindrat antagandet av dessa regler. Bedömningen av i vilken utsträckning tidigare åsidosättanden av rättsliga skyldigheter kan leda till uteslutning får göras med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. transparens och proportionalitet.

22.1.5 Handläggning vid uteslutning

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, ge leverantören tillfälle att yttra sig över de omständigheter som myndigheten anser är skäl för uteslutningen.

En leverantör ska inte uteslutas om leverantören

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller misskötsamheten,

2. klagjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och

3. vidtagit tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller misskötsamhet.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter att betala skatter eller socialförsäkringsavgifter eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter.

Regeringens bedömning: Det bör inte föreskrivas något särskilt undantag i lagen på grund av brister i fråga om proportionalitet när det gäller dels uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter, dels uteslutning enligt den grund som tar sikte på leverantörer som är i konkurs.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget. *Kammarrätten i Göteborg* instämmer i utredningens bedömning att undantagsbestämmelsen i artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet framstår som dubbelreglering av det som redan gäller enligt proportionalitetsprincipen och att den därför inte bör genomföras i lagen. *Advokatfirman Delphi* delar dock inte utredningens bedömning på denna punkt. Det finns enligt advokatfirman anledning att framhålla att en proportionalitetsavvägning ska göras även när de obligatoriska grunderna för uteslutning bedöms.

Skälen för regeringens förslag och bedömning*Allmänna utgångspunkter vid handläggningen*

Grunderna för uteslutning av leverantörer kan, som framgått ovan, delas in i tre grupper, uteslutning på grund av brott (artikel 57.1 i LOU-direktivet), uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter (artikel 57.2 i LOU-direktivet) och uteslutning på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs (artikel 57.4 i LOU-direktivet). Vissa av grunderna är obligatoriska, dvs. innebär en skyldighet för myndigheten att utesluta leverantören, medan andra är fakultativa och ger ett utrymme för den upphandlande myndigheten att bedöma om uteslutning ska ske eller inte. Även om bestämmelserna om uteslutning för dessa tre grupper skiljer sig åt på flera punkter, så finns det fyra gemensamma huvuddrag i regleringen som är vägledande för handläggningen vid uteslutning.

För det första fordrar regleringen inte att en upphandlande myndighet regelmässigt kräver in utredning som helt eliminerar risken för att det i en upphandling deltar leverantörer som borde ha uteslutits. För myndigheten handlar det i stället om att åtgärderna för att undvika att uteslutningsmässiga leverantörer tillåts delta i upphandlingen, inte strider mot proportionalitetsprincipen. Bestämmelserna för samtliga tre grupper av uteslutningsgrunder ger enligt regeringens uppfattning uttryck för att ett beslut om uteslutning är ett resultat av en proportionalitetsavvägning som ytterst tar sikte på bristernas faktiska betydelse för leverantörens yrkeskvalifikationer för den upphandling som är aktuell.

När det däremot finns indikationer på att grund för uteslutning föreligger, följer det för det andra av regelverket, att en upphandlande myndighet bör vidta de åtgärder som LOU-direktivet anvisar för att förvissa sig om eventuella uteslutningsgrunders existens och betydelse för den aktuella upphandlingen. Sådana indikationer kan vara den upphandlande myndighetens tidigare kännedom om leverantören eller uppgifter om leverantören i massmedia eller från andra leverantörer. En indikation som framkommer i ett ärende kan dock inte utan vidare läggas till grund för ett beslut om uteslutning. Som framgår av praxis från EU-domstolen (se bl.a. dom Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, p. 32) ska det göras en prövning av i vilken utsträckning omständigheterna är av betydelse för den aktuella upphandlingen. Förekomsten av en indikation får därför framför allt den konsekvensen att den upphandlande myndigheten bör överväga att företa utredningsåtgärder.

Av bestämmelserna framgår för det tredje att ovan nämnda utredningsåtgärder ytterst syftar till att ge ett fullgott underlag för ett motiverat ställningstagande vid uteslutningsbedömningen. Den åtgärd som anvisas i direktivet beträffande samtliga tre grupper av uteslutningsgrunder kan enligt regeringen sammanfattas med att leverantören i fråga tillåts ifrågasätta indikationen eller förklara varför den inte ska leda till uteslutning från den aktuella upphandlingen, eller med andra ord, varför den påstådda indikationen saknar relevans för den aktuella upphandlingen.

För det fjärde ska eller får den upphandlande myndigheten utesluta leverantören, om leverantören lämnar en förklaring som inte är tillräcklig eller inte lämnar någon förklaring över huvud taget.

Undantag från uteslutning

Vilka åtgärder en leverantör som påstås befinna sig i någon av de uteslutningsgrundande situationer som räknas upp i artikel 57.1, 57.2 och 57.4 i LOU-direktivet kan vidta för att ett beslut om uteslutning inte ska fattas, beror på vilken av grunderna som är aktuell. Vilka åtgärderna är framgår av artikel 57.2 tredje stycket, 57.4 andra stycket och 57.6 i LOU-direktivet. När en fråga om uteslutning kan väckas framgår av artikel 57.5 i LOU-direktivet. Av bestämmelserna framgår bl.a. att en upphandlande myndighet kan väcka en fråga om uteslutning när som helst under ett upphandlingsförfarande. Bestämmelserna förutsätter bl.a. att leverantören i fråga underrättas om att det har uppkommit en fråga om uteslutning och bereds möjlighet att innan beslut i frågan fattas förklara varför det inte finns skäl för uteslutning. Dessa grundläggande

Prop. 2015/16:195 förutsättningar bör enligt regeringen komma till tydligt uttryck i de paragrafer som genomför artikeln. Ett sådant förtydligande vid genomförandet ligger inom det handlingsutrymme som medlemsstaterna har enligt artikel 57.7 i LOU-direktivet. Regeringen instämmer i *Lagrådets* bedömning att det inte finns skäl att införa bestämmelser om vad en leverantör ska ange i yttrandet eller vilken utredning som ska ges in, eftersom sådana anvisningar inte behöver regleras i lag.

Det bör i sammanhanget klargöras att en kontroll i enlighet med artiklarna 59–61 i LOU-direktivet kan indikera såväl förekomst som frånvaro av uteslutningsgrunder. Detta gäller för samtliga tre grupper av uteslutningsgrunder. Kontrollen avser således inte, vilket hänvisningen i artikel 57.1 felaktigt kan ge intryck av, enbart de obligatoriska uteslutningsgrunderna utan även de fakultativa. Som Lagrådet har föreslagit bör det tydliggöras i de bestämmelser som genomför artikel 57 att en upphandlande myndighet i förekommande fall ska eller får utesluta en leverantör om myndigheten genom en kontroll enligt 15 kap. eller på annat sätt får kännedom om en uteslutningsgrundande omständighet.

Enligt artikel 57.2 tredje stycket i LOU-direktivet innebär ett fullgörande av betalningsskyldigheten eller en bindande överenskommelse om ett sådant fullgörande att grunden obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter inte längre ska tillämpas. I fråga om när en leverantör senast måste vidta sådana åtgärder, instämmer regeringen i utredningens bedömning. Åtgärden måste alltså vidtas av leverantören innan ett beslut om uteslutning meddelas. Regleringen medger därmed inte att en redan utesluten leverantör återinträder som deltagare i samma upphandling av det skälet att betalningsskyldigheten har fullgjorts eller att en överenskommelse om ett sådant fullgörande har träffats.

En leverantörs möjligheter att undvika uteslutning enligt de regler som avses ovan kompletteras med den allmänna förutsättningen att en uteslutning i det enskilda fallet ska vara förenlig med proportionalitetsprincipen. I artikeln nämns denna princip särskilt beträffande en av uteslutningsgrunderna, obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter.

I artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet anges att medlemsstaterna får föreskriva att obligatorisk uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter enligt artikel 57.2 i direktivet inte ska tillämpas när en uteslutning med stöd av artikeln skulle vara klart oproportionerlig. Därefter framhålls i punkten två omständigheter som kan motivera att undantag görs. Den första är att en betalningsskyldighet endast avser små belopp. Den andra är att beloppet som betalningsskyldigheten gäller har kommit till leverantörens kännedom i ett sådant sent skede att leverantören inte har haft några möjligheter att fullgöra sina skyldigheter. Det preciseras att detta gäller om skyldigheterna inte har kunnat fullgöras innan tiden har löpt ut för att ansöka om deltagande eller för att lämna in ett anbud i en upphandling.

Lagrådet har ifrågasatt bedömningen att bestämmelsen i artikeln uttrycker tillämpningen av en proportionalitetsprincip som ett skäl för undantag. Enligt regeringens mening är det dock oklart vad bestämmelsen tillför utöver den proportionalitetsprincip som gäller för alla åtgärder som vidtas under en upphandling. Regeringen delar därför utredningens uppfattning att det som undantaget syftar till uppnås redan

med en tillämpning av den proportionalitetsprincip som är en av de allmänna principer som ska följas vid en upphandling (se avsnitt 9.1).

De garantier mot orimliga konsekvenser av hur grunderna för uteslutning i artikel 57.2 i LOU-direktivet tillämpas framstår sammantaget med proportionalitetsprincipen som tillräckliga, även utan bestämmelserna i artikel 57.3 andra stycket i direktivet. Som framgått ovan är ju uteslutningsgrunden inte längre tillämplig efter att betalningsskyldigheten har fullgjorts eller en bindande överenskommelse om ett sådant fullgörande har ingåtts. Det står inte heller i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen att utesluta en leverantör som inte har haft någon möjlighet att fullgöra en betalningsskyldighet som denne helt nyligen fått kännedom om.

Sammanfattningsvis bedömer regeringen att artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet inte bör genomföras särskilt. Proportionalitetsprincipen och övriga garantier är sammantaget tillräckliga för att skydda en leverantör mot ett orimligt resultat av en tillämpning av bestämmelserna om uteslutning på grund av obetalda skatter eller socialförsäkringsavgifter.

Regeringen gör samma bedömning som i stycket närmast ovan beträffande bestämmelserna i artikel 57.4 andra stycket i LOU-direktivet. Det finns vidare inte någon anledning att utnyttja möjligheten att genomföra en regel som innebär att en leverantör under vissa förutsättningar inte får uteslutas med stöd av sådana grunder som avses i artikel 57.4 första stycket b i direktivet.

I artikel 57.6 i LOU-direktivet finns bestämmelser om åtgärder som kan vidtas för att ett beslut om uteslutning inte ska fattas, när grunderna uteslutning på grund av brott och uteslutning på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs aktualiseras. Som framgått ovan (se avsnitt 22.1.4) saknar dock artikelns fjärde stycke betydelse för svenskt vidkommande. Bestämmelserna i denna punkt i artikeln ger tydligt uttryck för tillämpningen av proportionalitetsprincipen. I punkten räknas upp sådana omständigheter som ska vägas in vid uteslutningsbedömningen.

Som framgått (se avsnitt 22.1.3) anser Konkurrensverket att ett beslut att efterge en konkurrenskadeavgift ska beaktas när ställning tas till om en leverantör bör uteslutas på den grund som avses i artikel 57.4 första stycket d i LOU-direktivet. Om hänsyn inte tas till att en leverantör har beviljats eftergift, så kan det enligt verket vara en omständighet som bidrar till att företag inte uppmärksammar verket på otillåtna samarbeten och därmed minskar verkets möjligheter att på ett effektivt sätt fullgöra de uppgifter de är ålagda och som följer av konkurrenslagen (2008:579).

Regeringen instämmer i utredningens bedömning att varken artikeltexten eller skälen till LOU-direktivet ger något stöd för att särskilt framhålla funktionen av det konkurrensrättsliga regelverket som en anledning att underlåta att besluta om uteslutning på sådana grunder som avses i artikel 57.4 första stycket d i LOU-direktivet. Bestämmelserna i nämnda led och skälen i direktivet, särskilt skäl 101 första stycket, ger snarare stöd för att överträdelse av konkurrensregler är så pass allvarliga att de typiskt sett bör leda till uteslutning. Det betonas dock i skäl 101 tredje stycket i direktivet att vid en tillämpning av de fakultativa

Prop. 2015/16:195 utslutningsgrunderna bör de upphandlande myndigheterna ägna särskild uppmärksamhet åt proportionalitetsprincipen.

Mot denna bakgrund anser regeringen i likhet med utredningen att ett beslut att efterge en konkurrensskadeavgift är en omständighet bland flera som ska beaktas när ställning tas till om en leverantör ska uteslutas. Det ankommer på leverantören att bl.a. visa att de åtgärder denne har vidtagit är tillräckliga för att anse leverantören som tillförlitlig. Hur ett eftergiftsbeslut och de omständigheter som har legat till grund för beslutet bör påverka tillämpningen av grunderna för uteslutning, får ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Avslutningsvis bör noteras att personkretsbestämningen enligt artikel 57.1 andra stycket i LOU-direktivet inte gäller andra grunder för uteslutning än uteslutning på grund av brott (artikel 57.1 i direktivet). Frågan blir därmed i vilken utsträckning uttryckliga regler i ämnet kan föreskrivas i svensk rätt beträffande uteslutning på grunder som inte omfattas av artikel 57.1 i direktivet. Enligt regeringen finns det inget stöd för att låta personkretsbestämningen enligt artikel 57.1 andra stycket i direktivet gälla även andra grunder för uteslutning än de som räknas upp i artikel 57.1 i direktivet. Att en person har en sådan anknytning till en leverantör som avses i artikel 57.1 andra stycket i direktivet är dock en indikation på att oegentligheter som ska tillskrivas den personen också bör beaktas vid en utslutningsbedömning enligt bl.a. artikel 57.4 första stycket c i direktivet om allvarligt fel i yrkesutövningen (jfr 10 kap. 2 § andra stycket LOU). Det kan också tänkas att en person med hänsyn till de faktiska omständigheterna bör anses som faktisk företrädare och därmed tillhöra den personkrets som kan påverka bedömningen av om uteslutning ska beslutas eller inte. Ytterst handlar det dock om att åtgärden alltid måste stå i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

Sammanfattande slutsatser

Artikel 57.2 tredje stycket, 57.4 andra stycket, 57.5 och 57.6 första-tredje styckena i LOU-direktivet ska genomföras i enlighet med det ovan anförda. Direktivens bestämmelser om undantag från uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter med hänvisning till att en uteslutning skulle vara oproportionerlig enligt artikel 57.3 andra stycket i LOU-direktivet bör dock inte genomföras genom särskilda bestämmelser i kapitlet om uteslutning. De omfattas av genomförandet av den allmänna proportionalitetsprincipen som föreslås i 4 kap. Möjligheten i artikel 57.4 andra stycket i LOU-direktivet att föreskriva att en leverantör inte får uteslutas bör inte heller utnyttjas.

22.1.6 Tvingande hänsyn till allmänintresset

<p>Regeringens förslag: En upphandlande myndighet får underlåta att utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset.</p>
--

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna framför inte några invändningar mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 57.3 första stycket i LOU-direktivet finns bestämmelser som medger att medlemsstaterna föreskriver att obligatorisk uteslutning enligt punkterna 1 och 2 i artikeln inte ska tillämpas när det finns tvingande hänsyn till allmänintresset såsom folkhälsa eller miljöskydd. I artikel 45.1 tredje stycket i 2004 års LOU-direktiv finns en motsvarande formulering – ”motiverat av tvingande allmänna intressen” – som genomfördes genom begreppet särskilda skäl (se 10 kap. 1 § fjärde stycket LOU, 11 kap. 1 § fjärde stycket LUFSS, prop. 2006/07:128 del 1 s. 236 och 237 och prop. 2010/11:150 del 1 s. 234).

Vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv valde man att använda ett och samma begrepp, särskilda skäl, för att täcka in de situationer då uteslutning inte skulle beslutas med hänsyn till proportionalitetsprincipen eller till tvingande allmänna intressen. En ordning som förutsätter att proportionalitetsprincipen är ett särskilt skäl återspeglar dock enligt regeringens mening inte den betydelse principen har vid handläggningen av ett ärende om uteslutning. Principen är inte något särskilt skäl utan en generell anvisning om att en sammanvägning av skälen för och emot en uteslutning aldrig får leda till att en uteslutning i det enskilda fallet framstår som orimlig. Principen tillhör de allmänna principer som gäller vid upphandling. Tillämpningen av proportionalitetsprincipen kräver alltså inte en regel som den som gäller i dag (10 kap. 1 § fjärde stycket LOU) och som föreskriver särskilda skäl.

Då proportionalitetsprincipen inte kräver någon särskild reglering i nu aktuellt hänseende, finns det inte heller anledning att genomföra artikel 57.3 första stycket i LOU-direktivet på något annat sätt än genom ett direktivnära genomförande. Av detta följer att ”tvingande hänsyn till allmänintresset” bör användas i den paragraf som genomför artikeln. I fråga om tolkningen av detta begrepp instämmer regeringen i utredningens bedömning att det inte bör tolkas på något annat sätt än det motsvarande begreppet ”tvingande hänsyn till ett allmänintresse” enligt 16 kap. 14 § LOU (se även artikel 2d.3 första stycket i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten i dess lydelse).

I skäl 100 i LOU-direktivet anges två exempel när undantaget bör kunna tillämpas, nämligen när ”det snabbt behövs vaccin eller nödutrustning och detta endast kan köpas från en ekonomisk aktör för vilken ett av de obligatoriska skälen för uteslutning föreligger”.

Lagrådet har anfört att det enligt Lagrådets erfarenhet alltid finns hänsyn till allmänintresset som måste betecknas som tvingande, men har inte närmare utvecklat detta i yttrandet. Lagrådet har dock på denna grund föreslagits att det i bestämmelsen ska anges att den endast får tillämpas ”i undantagsfall”.

Termen tvingande hänsyn till allmänintresset finns på flera områden inom EU-rätten och har utvecklats i EU-domstolens praxis. Utgångspunkten är att begreppet ska tolkas restriktivt (prop. 2008/09:180 del 1 s. 362). Begreppet i sig innebär alltså att tillämpning endast får ske i undantagsfall. Såsom konstaterats i lagrådsremissen får alltså undantagsregleringen redan med formuleringen ”tvingande hänsyn till allmänintresset” en restriktiv innebörd. Mot denna bakgrund bör

22.2 Upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: I den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska det finnas bestämmelser om uteslutning av leverantörer som motsvarar bestämmelserna om uteslutning av leverantörer i den nya lagen om offentlig upphandling. Bestämmelserna ska utformas med bestämmelserna i 10 kap. LUF som förebilder.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna invänder inte mot utredningens förslag.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 53.3 och artikel 54.4 i 2004 års LUF-direktiv finns uttryckliga hänvisningar till artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv. Av artiklarna framgår att en upphandlande enhet får utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Om det rör sig om en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet, är den däremot skyldig att utesluta en leverantör enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna i artikel 45.1 i 2004 års LOU-direktiv.

Bestämmelserna om uteslutning av leverantörer har genomförts genom bestämmelserna i 10 kap. LUF. Uteslutningsgrunderna framgår direkt av kapitlet till skillnad mot 2004 års LUF-direktiv som ju enbart hänvisar till grunderna för uteslutning i artikel 45 i 2004 års LOU-direktiv.

Bestämmelser om skäl för uteslutning finns även i 2014 års direktiv, nämligen i artikel 80 i LUF-direktivet under rubriken ”Tillämpning av skäl för uteslutning och urvalskriterier i enlighet med direktiv 2014/24/EU”.

Av artikel 80.1 andra stycket i LUF-direktivet framgår att en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska tillämpa de obligatoriska uteslutningsgrunderna i LOU-direktivet. I artikel 80.1 tredje stycket i LUF-direktivet finns vidare en bestämmelse som innebär att medlemsstaterna får föreskriva att en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska tillämpa de fakultativa bestämmelserna i artikel 57.4 i LOU-direktivet som obligatoriska uteslutningsgrunder.

Frågan om uteslutning av leverantörer och kopplingen till LOU-direktivet behandlas utförligt i skälen (skälen 105–107 i LUF-direktivet).

Skäl 105 i LUF-direktivet kan sägas motsvara skäl 54 första stycket i 2004 års LUF-direktiv. I båda skälen uttrycks principen att en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska tillämpa de obligatoriska uteslutningsgrunderna som gäller vid offentlig upphandling. I övrigt får en upphandlande enhet tillämpa såväl de obligatoriska som de fakultativa grunderna.

Skälen 105–107 i LUF-direktivet motsvarar vidare skälen 100–102 i LOU-direktivet. Förutom den ovan beskrivna skillnaden i tillämpningen beroende på huruvida det rör sig om en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet, är skälen i de båda direktiven närmast identiska. Den enda markanta skillnaden gäller uttalandena beträffande

s.k. efterlevnadsåtgärder i skäl 107 i LUF-direktivet och skäl 102 i LOU-direktivet.

I skäl 107 i LUF-direktivet anges att när en upphandlande enhet tillämpar LOU-direktivets uteslutningsgrunder ska den också tillämpa det direktivet i fråga om leverantörens möjligheter att vidta efterlevnadsåtgärder för att avhjälpa konsekvenserna av brott eller fel eller för att effektivt förhindra att de upprepas. Skäl 102 i LOU-direktivet inleds visserligen på samma sätt. Efter inledningen följer dock en relativt utförlig redogörelse av bl.a. vilka åtgärder som kan vara lämpliga.

I den sista punkten i artikeln, artikel 80.3 i LUF-direktivet, anges att när en upphandlande enhet bl.a. tillämpar sådana uteslutningsgrunder som avses i artikel 80.1 i LUF-direktivet, ska också vissa i punkten uppräknade artiklar i LOU-direktivet tillämpas. Uppräkningen består av artiklarna 59–61 i LOU-direktivet. I dessa finns bestämmelser om europeiskt enhetligt upphandlingsdokument (artikel 59), bevismedel (artikel 60) och online-verktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat, e-Certis, (artikel 61).

Enligt regeringen bör genomförandet av bestämmelserna om uteslutning i artikel 80.1 i LUF-direktivet lösas på samma sätt som det har lösts i nuvarande lag av motsvarande bestämmelser i 2004 års direktiv. Det innebär att det även i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör finnas ett kapitel om uteslutning av leverantörer som innehåller grunderna för uteslutning. Att en sådan teknik för genomförandet hittills inte tycks ha rest några invändningar är ett skäl för att inte nu ändra teknik.

Det finns enligt regeringens uppfattning även systematiska skäl för att hålla fast vid ordningen. Som regeringen har konstaterat innebär den svenska genomförandemetoden att grunderna för uteslutning regleras uttömmande i författning. Att några andra grunder än de särskilt reglerade inte kan göras gällande motiverar att bestämmelserna kommer till direkt uttryck i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisningsteknik med LUF-direktivet som förebild framstår mot denna bakgrund som otillfredsställande.

Enligt regeringens bedömning finns det ingen anledning att utnyttja möjligheten i artikel 80.1 tredje stycket i LUF-direktivet att genomföra ytterligare uteslutningsgrunder som obligatoriska uteslutningsgrunder.

22.3 Upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: I den nya lagen om upphandling av koncessioner ska det finnas bestämmelser om uteslutning av leverantörer som motsvarar bestämmelserna om uteslutning av leverantörer i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig särskilt över förslaget. *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* anser att det bör klargöras hur de olika uteslutningsgrunderna förhåller sig till varandra (se författningskommentaren till 13 kap. 3 § i den nya lagen om

Prop. 2015/16:195 offentlig upphandling). Konkurrenskommissionen anser vidare att det bör klargöras vid vilken tidpunkt en leverantör ska anses ha fullgjort en skyldighet att betala skatter och socialförsäkringsavgifter (se avsnitt 22.1.2). *Kammarrätten i Göteborg* framhåller oklarheter i fråga om bevisbörda och beviskrav när det gäller bestämmelserna om uteslutning på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs (se avsnitt 22.1.3 och författningskommentaren till 13 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling).

Skälen för utredningens förslag: En jämförelse mellan skälen i 2014 års direktiv visar att uteslutningsreglerna i allt väsentligt är likadana. För LUK-direktivets del anges bakgrunden till direktiven i denna del i skälen 69–72. Reglerna om uteslutning m.m. finns i artikel 38.4–10.

LUK-direktivets bestämmelser om uteslutning bör genomföras med genomförandet av motsvarande bestämmelserna i LUF-direktivet som förebild.

22.4 Det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Grunderna för uteslutning av leverantörer på grund av brott, obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter och allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs ska även tillämpas på det icke direktivstyrda området vid upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Grunderna för uteslutning på grund av brott ska vara obligatoriska medan grunderna för uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter och allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs ska vara fakultativa enligt lagen om offentlig upphandling.

Grunderna för uteslutning på grund av brott ska vara obligatoriska enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, när upphandlingen genomförs av en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet. I andra fall ska även grunderna för uteslutning på grund av brott vara fakultativa. Övriga grunder för uteslutning enligt denna lag ska vara fakultativa.

Regeringens bedömning: I lagen om upphandling av koncessioner bör det inte finnas några bestämmelser om uteslutning av leverantörer på det icke direktivstyrda området.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Några av remissinstanserna, *Svenskt Näringsliv*, *Sveriges Byggindustrier* och *Konkurrenskommissionen* invänder särskilt mot förslaget vid uteslutning vid offentlig upphandling på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter ska vara en fakultativ grund på det icke direktivstyrda området men en obligatorisk grund på det direktivstyrda området. *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* är vidare kritiska till att möjligheterna att

undgå uteslutning inte uttryckligen regleras på det icke direktivstyrda området.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Utgångspunkten för regeringens förslag till bestämmelser på det icke direktivstyrda området i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna i detta lagstiftningsärende är att regleringen så långt möjligt ska motsvara 15 kap. i både LOU och LUF. Med en sådan utgångspunkt ändras inte regleringsgraden på det icke direktivstyrda området i förhållande till de nu tillämpliga bestämmelserna på detta område. Att en av konsekvenserna av regeringens synsätt på regleringen på det icke direktivstyrda området blir att grunden uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter är obligatorisk på det ena och fakultativ på det andra området är något som får accepteras.

Regeringen anser därmed i likhet med utredningen att bestämmelserna om uteslutning av leverantörer på det icke direktivstyrda området i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska utformas med 15 kap. 13 och 13 a §§ i både LOU och LUF som förebilder. När det gäller handläggningen av ett upphandlingsärende i vilket en fråga om uteslutning aktualiseras, kan även noteras att de åtgärder som vidtas ska vara förenliga med principerna för offentlig upphandling, varav en är proportionalitetsprincipen. Detta följer av hänvisningarna till bestämmelserna om principer för offentlig upphandling och för upphandling i lagarnas kapitel som gäller för det icke direktivstyrda området.

I fråga om upphandlingar av koncessioner på det icke direktivstyrda området, instämmer regeringen i utredningens förslag och bedömning. Det innebär att kapitlet som ska gälla för sådana upphandlingar inte bör innehålla några uttryckliga bestämmelser om uteslutning av leverantörer.

23 Kvalificering

En upphandlande myndighet kan i en upphandling ställa vissa krav på leverantörernas lämplighet, som har att göra med leverantörens förmåga att fullgöra kontraktet. I direktivet används begreppet urvalskriterier som benämning på sådana krav. Regeringen väljer i stället att använda begreppet kvalificeringskrav för att markera att det är fråga om krav som ställs på leverantörerna för att de ska vara kvalificerade att delta i upphandlingen. Endast leverantörer som uppfyller kvalificeringskraven får delta i upphandlingen. Liksom uteslutningsgrunderna ska kvalificeringskraven kontrolleras innan kontraktet tilldelas. I LOU-direktivet finns relativt utförliga bestämmelserna om urvalskriterier. I LUF-direktivet är bestämmelserna mer grundläggande och där finns även en hänvisning till bestämmelserna i LOU-direktivet. I LUF-direktivet görs även skillnad mellan urvalskriterier och kvalificering till ett kvalificeringssystem. I LUK-direktivet finns ett fåtal grundläggande bestämmelser som handlar om urval och kvalitativ bedömning som

Prop. 2015/16:195 delvis motsvarar bestämmelserna om urvalskriterier i de två andra direktiven. I regelverket för urvalskriterier ingår även bestämmelser som reglerar när en leverantör kan förlita sig på ett annat företags kapacitet för att uppfylla lämplighetskraven och hur dessa företags lämplighet ska kontrolleras.

23.1 Offentlig upphandling

23.1.1 Kvalificeringskrav

Regeringens förslag: Upphandlande myndigheter ska endast kunna ställa krav på leveratören avseende behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Bestämmelser ska införas med närmare beskrivning av vilken typ av krav den upphandlande myndigheten kan ställa i fråga om de tre kategorierna.

Kraven ska benämnas kvalificeringskrav.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen använder sig dock av en annan begreppsbildning.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag

I LOU-direktivets skäl behandlas inte bestämmelserna om urvalskriterier särskilt. Vad som anförs i skälen i de gamla direktiven utgör dock en bakgrund även till de nya bestämmelserna. I skäl 39 i 2004 års LOU-direktiv betonas vikten av att kontrollen av leverantörernas lämplighet genomförs på öppna villkor. I syfte att åstadkomma öppenhet bör vidare den upphandlande myndigheten åläggas att, redan vid inbjudan att lämna anbud, ange vilka urvalskriterier den kommer att tillämpa samt vilka särskilda krav på kapacitet den kommer att kräva av leverantörerna för att de ska kunna delta i upphandlingsförfarandet. Bestämmelserna om kvalificeringskrav i 2004 års LOU-direktiv sätter bevismedlen i förgrunden. I LOU-direktivet är emellertid bestämmelser om utredning och kontroll samlade i en särskild artikel. Bestämmelserna har därmed kommit att få delvis en annan struktur än i nuvarande reglering. I artikel 58.1 första stycket i LOU-direktivet anges att urvalskriterierna kan avse behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. I artikel 58.1 andra stycket anges att de upphandlande myndigheterna ”endast får tillämpa kriterierna i punkterna 2–4 i artikeln på ekonomiska aktörer som krav för deltagande”. Regeringen anser att formuleringen ger stöd för att de enda typer av kvalificeringskrav som får ställas upp är de som räknas upp i artikel 58.1 första stycket. Några andra kategorier av krav får alltså inte ställas avseende leverantörernas lämplighet. Regeringen anser att det inte finns stöd för att anta att de krav som får ställas enligt punkterna 2–4 skulle vara uttömmande uppräknade. Som punkterna har utformats rör det sig om exempel. Exempelen är dock viktiga då de beskriver sådana

krav som typiskt sett står i överensstämmelse med de allmänna principerna. *Lagrådet* har ansett att bestämmelsen om vad myndigheten får kräva av leverantören bör utformas som en skyldighet för leverantören att uppfylla kravet. *Lagrådet* har på ett flertal ställen kritiserat bestämmelser som är skrivna som en handlingsregel för den upphandlande myndigheten men som rimligen avser att åstadkomma en skyldighet för leverantören. Nu aktuell bestämmelse avser emellertid att uttrycka att myndigheten tillåts att ställa krav av visst slag. Bestämmelsen är uttömmande vilket innebär att krav av andra slag inte får ställas. Regeringen anser därför att det i detta fall är motiverat att skriva bestämmelsen som en handlingsregel för myndigheten. Något krav på leverantören att efterkomma myndighetens uppställda krav uttrycks inte i bestämmelsen men om leverantören inte uppfyller ställda krav kan den givetvis inte tillåtas att delta i upphandlingen. Att tillåta en leverantör att delta som inte uppfyller kvalificeringskraven skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

I den avslutande punkten, artikel 58.5 i direktivet, finns bestämmelser om offentlighöret. Bestämmelserna bör genomföras med endast redaktionella avvikelser från direktivet. Då begreppet kvalificeringskrav bättre ger uttryck för vad som avses bör detta begrepp användas i lagstiftningen istället för urvalskriterier. I artikel 58.2 regleras krav på behörighet att utöva yrkesverksamhet. Artikel 58.2 överensstämmer i huvudsak med nuvarande bestämmelser och bör genomföras med nuvarande bestämmelser som förebild.

Bestämmelser om ekonomisk och finansiell ställning finns i artikel 58.3. I första stycket anges att syftet med att ställa sådana krav ska vara att se till att leverantörerna har den nödvändiga ekonomiska och finansiella kapaciteten att fullgöra kontraktet.

I andra till fjärde styckena redogörs för mer detaljerade krav på omsättning vid olika typer av upphandling. Artikel 58.4 bör genomföras med endast redaktionella avvikelser från direktivets lydelse.

I artikel 58.4 regleras teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Artikel 58.4 andra stycket andra meningen är oklar till såväl innebörd som vad den syftar till. Vad bestämmelserna troligen syftar till är att klargöra att tidiga kontakter under ett projekt, exempelvis i samband med testning av en produkt, kan leda till att fullgörandet av ett kontrakt som avser granskning av projektet kan påverkas av det tidigare engagemanget. I sådana situationer skulle det alltså enligt artikeln finnas anledning att ifrågasätta leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet med hänsyn till att det föreligger en intressekonflikt. Det framstår dock som tveksamt att ta sådana hänsyn vid bedömningen av om tillämpliga kvalificeringskrav är uppfyllda. En sådan omständighet får i stället beaktas inom ramen för bestämmelserna om uteslutning av leverantörer. Enligt regeringens bedömning uppnås det som åsyftas med nu aktuell bestämmelse i direktivet genom bestämmelserna i 13 kap. om uteslutning av leverantörer.

I fråga om krav som avser ekonomisk och finansiell ställning, liksom teknisk och yrkesmässig kapacitet, finns det anledning att nämna betydelsen av bestämmelserna om bevismedel i artikel 60 i LOU-direktivet. Även om artikel 60 reglerar vilken utredning som kan krävas till stöd för att kvalificeringskraven är uppfyllda får den betydelse för

Prop. 2015/16:195 vilka krav som faktiskt ställs. En upphandlande myndighet är nämligen förhindrad att kräva att leverantörer ska lämna in annan utredning än den som särskilt räknas upp i artiklarna 60 och 62 i direktivet. Detta kommer troligtvis att begränsa myndighetens möjligheter när den bestämmer vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i en upphandling. Om direktivets bestämmelser om bevismedel inte tillåter att för det uppställda kravet relevant utredning begärs in är det rimligt att anta att kravet inte kommer att ställas upp. Med tanke på de relativt öppet formulerade bestämmelserna om bevismedel får det antas att situationen sällan uppstår i praktiken.

23.1.2 Åberopande av andra företags kapacitet

Regeringens förslag: En leverantör ska kunna åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Företag som åberopas av en leverantör ska kontrolleras med avseende på uteslutningsgrunder och kvalificeringskrav. En upphandlande myndighet ska begära att leverantören byter ut företaget om det inte uppfyller relevanta kvalificeringskrav eller om det föreligger skäl för uteslutning av företaget.

En upphandlande myndighet ska i vissa fall få kräva att leverantören och de företag leverantören utnyttjar ska vara solidariskt ansvariga för fullgörande av kontraktet eller att vissa för kontraktet avgörande uppgifter ska utföras direkt av leverantören.

Regeringens bedömning: Bestämmelser om grupper av leverantörer behöver inte genomföras genom särskilda föreskrifter om åberopande av andra företags kapacitet.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens lagförslag är dock något annorlunda utformat.

Remissinstanserna: De flesta av remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget. *Arbetsförmedlingen*, *Advokatfirman Lindahl* och *Företagarna* anser att direktivets bestämmelser om grupper av leverantörer bör genomföras. *Skatteverket* och *Lantbrukarnas riksförbund (LRF)* framför synpunkter på förslaget om att leverantörer kan ges möjlighet att byta ut en underleverantör. *Trafikverket* framför lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Bestämmelserna om en leverantörs möjligheter att åberopa annans kapacitet har i LOU-direktivet samlats i artikel 63. Vissa remissinstanser har synpunkter som egentligen rör anlitande av underleverantörer. *Skatteverket* anser att det är fel att lägga ansvaret på myndigheten för att underleverantörerna uppfyller kraven. Det är anbudsgivaren som ska säkerställa att de underleverantörer man offererar ska leva upp till de i förfrågningsunderlaget ställda kvalificeringskraven. *Skatteverket* anser att om underleverantören inte uppfyller kvalificeringskraven ska anbudet som helhet förkastas. *LRF* anser att samma krav ska ställas på

underleverantörer som på huvudleverantören och att anbudsgivarens underleverantörer ska uppfylla ställda krav. Ett anbud som innehåller brister hos underleverantören bör inte antas. Regeringen anser att det finns anledning att poängtera att det är skillnad mellan underleverantörer som en leverantör anlitar sig av för att fullgöra ett kontrakt och ett företag som leverantören förlitar sig på för uppfyllelse av kvalificeringskraven. Det ligger i myndigheternas eget intresse, och är även i linje med direktivet i övrigt, att i det senare fallet kontrollera att det åberopade företaget uppfyller aktuella krav. När det gäller kvalificeringskraven är det nödvändigt att kontrollera företaget för att kunna avgöra om leverantören uppfyller de ställda kraven eftersom leverantören förlitar sig på företaget för uppfyllelse av kraven. Även när det gäller uteslutningsgrunder är det lämpligt att myndigheten kontrollerar att det företag som åberopas inte är i en sådan situation som avses i artikel 57, dvs. att företaget inte omfattas av någon uteslutningsgrund.

Placering av bestämmelserna i lagen

Artikel 63 om utnyttjande av andra enheters kapacitet innehåller bestämmelser som rör flera olika moment under en upphandling. *Trafikverket* anser att bestämmelsen om hur kontrakt ska fullgöras när andra företags kapacitet utnyttjas och bestämmelserna som rör upphandlande myndigheters möjlighet att begära att leverantören byter ut en underleverantör ska placeras i kapitlet ”val av leverantörer”. Dessa villkor är förknippade med leverantörens möjlighet att utnyttja andra företags kapacitet och bör därför placeras ihop med huvudvillkoren för detta. Regeringen delar *Trafikverkets* uppfattning att en placering av de aktuella bestämmelserna i det kapitel i lagen som fått namnet ”kvalificering” är mer logisk och underlättar tillämpningen av bestämmelserna.

I artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet klargörs att en upphandlande myndighet ska kontrollera de företag vars kapacitet åberopas med avseende på uteslutningsgrunder och för att säkerställa att kvalificeringskraven är uppfyllda. Kontrollen ska göras i enlighet med artiklarna 59–61 i direktivet vilket motsvarar 15 kap. 1–14 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling. Denna bestämmelse bör som utredningen föreslagit placeras i kapitlet ”Allmänna bestämmelser”.

Möjlighet att åberopa andra företags kapacitet

Bestämmelserna i artikel 63.1 första stycket anger att en upphandlande myndighet vid behov och för ett visst kontrakt kan utnyttja andra enheters kapacitet när det gäller ekonomisk och finansiell ställning och när det gäller kriterier för teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det anges uttryckligen att möjligheten att åberopa en annan enhets kapacitet gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och de enheter den avser att utnyttja. *Advokatfirman Delphi* anser att formkrav för dessa förbindelser bör tydliggöras och förordar skriftlighet. Regeringen konstaterar att direktivet inte uppställer något formkrav och anser att det saknas anledning att föra in ett sådant krav i lagstiftningen. Det följer emellertid av artikelns övriga bestämmelser att det åligger

Prop. 2015/16:195 leverantören att bevisa att den kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna.

Det finns även vissa möjligheter för den upphandlande myndigheten att ställa krav på hur kontraktet ska fullgöras när ett annat företag åberopas för att uppfylla kvalificeringskraven.

Byte av det företag som leverantören åberopar

I artikel 63.1 andra stycket finns bestämmelser som reglerar situationen att den vars kapacitet åberopas av leverantören inte uppfyller ett relevant kvalificeringskrav eller befinner sig i en sådan situation som utgör grund för uteslutning enligt de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Den svenska översättningen av direktivet anger att en myndighet i sådana fall får begära att en leverantör byter ut den vars kapacitet som åberopas. Den engelska versionen anger däremot ”the contracting authority shall require...”. Regeringen konstaterar att den svenska direktivtexten inte språkligt stämmer överens med den engelska direktivtexten och att den svenska lagstiftningen bör följa den engelska direktivtexten. Det framstår också som logiskt att det är obligatoriskt för myndigheterna att kräva att ett företag som är föremål för en obligatorisk uteslutningsgrund ska bytas ut. Om en leverantör efter en sådan begäran inte byter ut det företag som åberopats och som inte uppfyller lämplighetskraven kan naturligtvis inte heller leverantören anses uppfylla dessa krav.

Sist i stycket anges att den upphandlande myndigheten får begära, eller får av medlemsstaterna åläggas att begära, att en leverantör byter ut en enhet för vilken det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning. Regeringen delar utredningens uppfattning att det inte ska göras obligatoriskt för den upphandlande myndigheten att kräva att en leverantör byter ut ett företag för vilken det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning. Om en begäran om byte görs av myndigheten måste leverantören däremot efterfölja den för att kunna anses uppfylla lämplighetskraven.

Regeringen delar också utredningens invändningar att det framstår som märkligt att en leverantör, som inte själv uppfyller kvalificeringskraven utan förlitar sig på ett annat företags kapacitet, ska få en chans att ändra sitt anbud för att uppfylla kraven genom att byta ut det företag vars kapacitet man åberopar för att uppfylla det aktuella kravet. Utgångspunkten annars att en leverantörs kapacitet bedöms enligt de handlingar som leverantören har lämnat in, eller som finns tillgängligt för den upphandlande myndigheten. Uppfyller leverantören inte tillämpliga krav utifrån denna utredning leder det till att leverantören, utan möjlighet att komplettera anbudet, inte kan tilldelas kontrakt. Dessa invändningar är dock inte enligt regeringens mening av sådan karaktär att de allmänna riktlinjerna vid genomförande av direktivet inte bör följas. Även nu aktuella delar i artikel 63.1 andra stycket i direktivet bör sålunda genomföras i nära anslutning till direktivet.

Lagrådet har förespråkade att bestämmelsen om byte av företag som åberopas ska formuleras som en skyldighet för leverantören att efterkomma begäran från myndigheten. Regeringen lägger emellertid vikt vid att direktivet uttrycker detta som en handlingsregel för myndigheten och anser att bestämmelsen framförallt avser att reglera när

en myndighet får respektive ska begära att ett byte av åberopat företag ska ske. Följden för en leverantör av att inte efterkomma en sådan begäran från myndigheten blir givetvis att denne inte kan tillåtas delta i förfarandet. En annan fråga är om regleringen medger att en upphandlande myndighet, i stället för att ge leverantören chansen att byta ut det åberopade företaget som inte uppfyller lämplighetskraven, direkt utesluter leverantören från upphandlingen. Regeringen konstaterar att det är möjligt att någon icke-obligatorisk uteslutningsgrund i 13 kap. 3 § skulle kunna tillämpas vid en sådan situation. Detta är emellertid en fråga om proportionalitet.

Grupper av leverantörer

Artikel 63.1 avslutas i fjärde stycket med en bestämmelse om grupper av leverantörer. I artikel 63.2 anges även att bestämmelserna i den punkten kan tillämpas om leverantören är en grupp av leverantörer. Särskilda bestämmelser om grupper av leverantörer bedömdes vid genomförandet av 2004 års LOU-direktiv som överflödiga när det gäller utnyttjande av andra företags kapacitet, med hänsyn till att definitionen av leverantör (2 kap 11 § LOU) skulle omfatta också grupper av leverantörer (se prop. 2006/07:128 del I s. 400 f.). Argumentet är relevant även vid genomförandet av LOU-direktivet.

Till ovan nämnda argument kan enligt regeringens mening även läggas att det ter sig som oklart vad de särskilda bestämmelserna om grupper av leverantörer i artikel 63 i LOU-direktivet tillför vad gäller regelverkets tillämplighet när en grupp av leverantörer deltar i en upphandling. Mycket av det som kan uppnås genom reglerna om utnyttjande av andra företags kapacitet uppnås redan genom regleringen i artikel 19.2 i direktivet, se avsnitt 10.2.

Vidare tycks bestämmelserna om byte av företag i artikel 63.1 andra stycket i LOU-direktivet bl.a. medföra att en myndighet kan ställa krav på att en leverantör i gruppen ska bytas ut. I vilken utsträckning en sådan konsekvens står i överensstämmelse med artikel 19.2 i direktivet är oklart. Regleringen i den punkten tycks utgå ifrån att det är likgiltigt vilken leverantör i gruppen som har erforderlig kapacitet. Det primära är att gruppen som sådan uppfyller tillämpliga krav. Mot denna bakgrund bedömer regeringen att det inte finns anledning att genomföra de särskilda bestämmelserna om grupper av leverantörer i artikel 63 i LOU-direktivet.

23.2 Upphandling inom försörjningssektorerna

Vid upphandling inom försörjningssektorerna kan kvalificeringen av leverantörer göras antingen direkt genom att kvalificeringskrav ställs upp eller genom att leverantörerna först får kvalificera sig till ett kvalificeringssystem varefter leverantörerna väljs ut från deltagarna i systemet.

Regeringens förslag: Bestämmelser om krav på leverantörerna för kvalificering ska genomföras med nuvarande reglering i LUF som förebild. Begreppet kvalificeringskrav ska ersätta begreppet urvalskriterier.

En bestämmelse ska införas som anger att myndigheten får tillämpa de kvalificeringskrav som framgår av den nya lagen om offentlig upphandling. I sådana fall ska leverantörerna kontrolleras i enlighet med 15 kap. i den lagen.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en delvis annorlunda disposition av lagtexten.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget. *Affärsverket svenska kraftnät* anser att bestämmelserna om urvalskriterier inte bör genomföras genom hänvisningar.

Skälen för regeringens förslag

Inga detaljerade bestämmelser om kvalificeringskrav

Skäl 92 i LUF-direktivet inleds med att det så långt det är förenligt med behovet av att säkerställa god affärssed och samtidigt medge största möjliga flexibilitet bör vara möjligt att tillämpa LOU-direktivets bestämmelser om krav som gäller ekonomisk och finansiell kapacitet samt skriftliga bevis. Av skälet kan alltså utläsas en av de grundläggande skillnaderna mellan regelverken i LUF-direktivet och LOU-direktivet. Skillnaden består i att LUF-direktivet lämnar ett större handlingsutrymme åt upphandlande enheter. Skälet avslutas med att upphandlande enheter som väljer att tillämpa de urvalskriterier som följer av LOU-direktivet ska vara skyldiga att tillämpa vissa andra bestämmelser om framför allt taket för krav på en minsta omsättning samt om användning av det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet, vilket regleras i 14 och 15 kap. i den nya lagen om offentlig upphandling.

Det finns alltså inte detaljerade bestämmelser om kvalificeringskrav i LUF-direktivet utan direktivet hänvisar till de bestämmelser som finns i LOU-direktivet. I artikel 78.1 finns grundläggande bestämmelser om att den upphandlande enheten får fastställa objektiva regler och kriterier för uteslutande och urval av anbudsgivare eller anbudsgivare och att dessa regler och kriterier ska tillhandahållas leverantörerna. Bestämmelserna som hänvisar till LOU-direktivet när det gäller urvalskriterier finns i artikel 80.2 där det anges att en upphandlande enhet får tillämpa de urvalskriterier som fastställs i LOU-direktivets bestämmelser.2.

Regeringen anser att de nya direktiven inte innebär några större förändringar i förhållande till 2004 års direktiv vad avser urvalskriterier, förutom att det möjligen enligt LUF-direktivet är tydligare att regleringen för försörjningssektorerna är mer flexibel än regelverket för offentlig upphandling. Mot denna bakgrund anser regeringen att artikel 78 i LUF-direktivet bör genomföras med nuvarande reglering som förebild.

Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska hänvisa till den nya lagen om offentlig upphandling.

När det gäller kvalificeringskrav medger LUF att andra krav tillämpas än de som regleras och är uttömmande i LOU. Regeringen ser inte anledning att nu genomföra LUF-direktivet på något annat sätt. En grundläggande bestämmelse bör därför införas som genomför artikel 78.1 och som anger att den upphandlande enheten får fastställa objektiva kriterier för uteslutande och urval. Bestämmelserna i artikel 80.2 bör genomföras i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna genom en bestämmelse som anger att den upphandlande enheten vid fastställande av de objektiva kriterierna får tillämpa bestämmelserna om kvalificeringskrav i den nya lagen om offentlig upphandling.

Som regeringen konstaterat hindrar LUF-direktivet inte att en upphandlande enhet tillämpar andra kvalificeringskrav än de som regleras i LOU-direktivet. En uppräknning av dessa krav efter mönster i den nya lagen om offentlig upphandling skulle således inte vara uttömmande i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Det skulle därför bli nödvändigt att på något sätt markera att även andra kvalificeringskrav kan tillämpas. Det skulle ofrånkomligen medföra att de krav som härrör från LOU-direktivet skulle hamna i förgrunden. Den flexibilitet som framhålls i skäl 92 skulle därmed riskera att skymmas av att det i lagtexten i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna skulle finnas förhållandevis detaljerade bestämmelser om sådana kvalificeringskrav som motsvarar de i den nya lagen om offentlig upphandling. Med LUF-direktivets hänvisningsteknik är det tydligare att varje upphandlande enhet har ett handlingsutrymme när tillämpliga krav ska bestämmas.

Affärsverket svenska kraftnät anser att en sådan metod riskerar att minska överskådligheten av bestämmelserna i nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, eftersom det medför att denna inte kommer att kunna läsas självständigt. Risken att bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling kommer i förgrunden är enligt Affärsverket svenska kraftnäts mening lika stor med den föreslagna hänvisningstekniken. Behovet av enkel tillgång till tillämpliga regler direkt i lagtexten bör enligt Affärsverket inte underskattas. Regeringen anser dock i motsats till Affärsverket svenska kraftnät att huvudregeln, nämligen att den upphandlande enheten kan välja att tillämpa de regler den finner lämpligt, genom hänvisningstekniken kommer i förgrunden. Hänvisningen till den nya lagen om offentlig upphandling blir ett stöd till de upphandlande enheter som föredrar att ha ett mer detaljerat regelverk att hålla sig till. Om den upphandlande myndigheten väljer att tillämpa reglerna om kvalificeringskrav i den nya lagen om offentlig upphandling måste den också följa hela regelverket inklusive bestämmelserna om utredning och kontroll i enlighet med artikel 80.3 i LUF-direktivet, Regeringen anser därför att bestämmelserna om kvalificeringskrav i artikel 80.2 i LUF-direktivet bör genomföras genom att det i den nya

23.2.2 Kvalificeringssystem

Regeringens förslag: Bestämmelserna om kvalificeringssystem ska genomföras med nuvarande reglering i LUF som förebild.

Informationsbestämmelserna ska tas in i det kapitel i lagen som innehåller materiella bestämmelser om kvalificeringssystem.

Regeringens bedömning: Bestämmelsen om proportionalitet vid avgiftsuttag behöver inte genomföras genom särskilda föreskrifter i lag.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I utredningens förslag är bestämmelserna annorlunda strukturerade i kapitlet. Vissa mindre ändringar har gjorts på *Lagrådets* inrådan.

Promemorians förslag: Överensstämmer i sak med regeringens. I promemorians förslag är dock informationsbestämmelserna placerade i det kapitel i lagen som reglerar kommunikation, information till leverantörer och dokumentation.

Remissinstanserna (utredningen): De remissinstanser som yttrar sig är positiva till förslaget.

Remissinstanserna (promemorian): Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

De materiella bestämmelserna om kvalificeringssystem

Materiella bestämmelser om kvalificeringssystem finns i 11 kap. 2–7 §§ LUF. I 9 kap. 12 och 13 §§ LUF finns särskilda bestämmelser om information till leverantörer när kvalificeringssystem används av den upphandlande enheten.

I LUF-direktivet berörs inte bestämmelserna om kvalificeringssystem särskilt i skälen. De materiella bestämmelserna om kvalificeringssystem finns i artikel 77 i LUF-direktivet. Artikel 77 är indelad i sex punkter. Artikel 77 i LUF-direktivet motsvaras i huvudsak av nuvarande reglering även om regelverket i det nya direktivet är annorlunda uppbyggt än i det gamla. Bestämmelserna har enligt regeringens bedömning huvudsakligen sin motsvarighet i det gamla regelverket. Det är bara en bestämmelse i artikel 77 i LUF-direktivet som inte motsvaras av någon bestämmelse i 2004-års direktiv, nämligen artikel 77.6. De flesta övriga bestämmelser i artikel 77 i LUF-direktivet bör därför kunna genomföras med bestämmelserna i 11 kap. 2–7 §§ LUF som förebild. *Lagrådet* har i vissa fall förordat en mer direktivnära lydelse av bestämmelserna. I några fall har bestämmelserna därför utformats i närmare anslutning till direktivets lydelse i enlighet med *Lagrådets* förslag. Bestämmelser om information till leverantörer när den upphandlande enheten använder sig av ett kvalificeringssystem finns i artiklarna 75.4, 75.5 och 75.6 i LUF-direktivet (se nedan).

Vad gäller bestämmelserna i artikel 77.6 i LUF-direktivet bör noteras att de inte ger en upphandlande enhet någon rätt att ta ut en avgift bl.a. i samband med ansökan om kvalificering. Frågan om rätten att ta ut avgifter tycks alltså inte ha reglerats av EU-lagstiftaren. Huruvida en sådan rätt finns får alltså avgöras med tillämpning av nationella bestämmelser. Mot denna bakgrund framstår bestämmelserna i artikel 77.6 i LOU-direktivet som tämligen innehållslösa. Ett uttag av oproportionerliga avgifter får nämligen anses strida mot proportionalitetsprincipen oavsett regleringen i artikeln. Dessutom kan det antas att ett sådant uttag riskerar att strida även mot principen om icke-diskriminering. Slutligen bör även uppmärksammas att en tillämpning av bestämmelserna som de har utformats i artikeln, kan leda till konflikter i fråga om de krav som följer av proportionalitetsprincipen i allmänhet. Regleringen i artikeln synes nämligen inte ställa något krav på att själva utformningen av systemet ska vara motiverat för att uppnå ändamålet med kvalificeringssystemet. Det tycks alltså enligt artikeln inte finnas något hinder mot att skapa ett system vars drift leder till omotiverat höga kostnader som täcks av avgifter som i och för sig står i proportion till kostnaderna för driften. Sammantaget anser regeringen att det saknas anledning att låta artikel 77.6 få en direktivnära motsvarighet i bestämmelserna som genomför artikel 77. Någon avvikelse från direktivet i denna del är dock inte avsedd.

Beslut om kvalificering av en leverantör

Enligt artikel 75.4 i LUF-direktivet ska en upphandlande enhet som upprättar och förvaltar ett kvalificeringssystem inom sex månader underrätta de sökande om huruvida de kvalificerat sig. Om beslutet kommer att ta längre tid än fyra månader efter det att ansökan lämnats in ska den upphandlande enheten inom två månader efter det att ansökan lämnats in underrätta den sökande om orsakerna till att tidsfristen blivit förlängd och meddela datum för när ansökan kommer att bli godkänd eller avslås.

Enligt artikel 75.5 i LUF-direktivet ska en sökande, vars ansökan om kvalificering avslås, underrättas om avslagsbeslutet samt om skälen till det beslutet så snart som möjligt och senast inom 15 dagar efter det att avslagsbeslutet fattats. Skälen ska grundas på kvalificeringskriterierna i artikel 77.2.

Artiklarna 75.4 och 75.5 i LUF-direktivet motsvarar artiklarna 49.3 och 49.4 i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts genom 9 kap. 12 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 523). Tidsgränsen om sex månader för underrättelsen till sökandena är dock en nyhet. Enligt artikel 49.4 i 2004 års LUF-direktiv ska underrättelsen om kvalificering lämnas inom skälig tid.

En bestämmelse som genomför LUF-direktivets reglering om beslut om kvalificering av en leverantör bör införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. *Lagrådet* har anmärkt att bestämmelsens rätta plats är i något av de kapitel i lagarna som innehåller bestämmelser om kvalificeringssystem (dvs. 13 och 14 kap.). Bestämmelsen bör enligt regeringens mening placeras i det kapitel i

Prop. 2015/16:195 lagen som innehåller materiella bestämmelser om kvalificeringssystem (dvs. 14 kap.).

Underrättelse om att uteslutning övervägs

Enligt artikel 75.6 i LUF-direktivet får en upphandlande enhet som upprättar och förvaltar ett kvalificeringssystem utesluta en ekonomisk aktör endast av skäl som grundas på kvalificeringskriterierna i artikel 77.2. En planerad uteslutning ska föregås av ett skriftligt meddelande till leverantören senast 15 dagar före uteslutningen tillsammans med skälen till uteslutningen.

Artikel 75.6 i LUF-direktivet motsvarar artikel 49.5 i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts genom 9 kap. 13 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 524). En bestämmelse som genomför artikel 75.6 i LUF-direktivet bör införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelsen bör placeras i det kapitel i lagen som innehåller materiella bestämmelser om kvalificeringssystem (dvs. 14 kap.).

23.2.3 Åberopande av andra företags kapacitet

Regeringens förslag: En leverantör ska kunna åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Separata bestämmelser ska i vissa fall införas dels för ansökan om kvalificering i ett kvalificeringssystem, dels för anbud i en upphandling enligt ett upphandlingsförfarande.

En upphandlande enhet ska i vissa fall få kräva att leverantören och de företag leverantören åberopar ska vara solidariskt ansvariga för fullgörande av kontraktet. Enheten ska även i vissa fall få kräva att vissa för kontraktet avgörande uppgifter ska utföras direkt av leverantören.

I de fall den upphandlande enheten ställt krav med avseende på uteslutningsgrunder eller krav i enlighet med vad som anges i den nya lagen om offentlig upphandling ska det åberopade företaget också kontrolleras i enlighet med den lagens bestämmelser om egen försäkran och annan utredning om leverantörer. Den upphandlande enheten ska i sådana fall begära att leverantören ersätter företaget med ett annat om det inte uppfyller relevanta kvalificeringskrav eller om det föreligger skäl för uteslutning av företaget.

Regeringens bedömning: Bestämmelser om grupper av leverantörer behöver inte genomföras genom särskilda föreskrifter om åberopande av andra företags kapacitet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag och bedömning. Utredningens lagförslag är dock något annorlunda utformat. Utredningen föreslår vidare att särskilda bestämmelser om grupper av leverantörer ska införas.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser som yttrar sig över förslagen om utnyttjande av andra enheters kapacitet yttrar sig över

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Möjligheterna för en leverantör att åberopa andra företags kapacitet regleras i artikel 79 i direktivet. Artikel 79.1 och 79.2 i direktivet är så gott som identiska. Skillnaden dem emellan är att den förra gäller för kvalificering till ett kvalificeringssystem och den senare gäller för uppfyllande av urvalskriterier i de olika upphandlingsförfarandena. Enligt regeringens mening finns det ingen anledning att denna uppdelning inte skulle återspeglas i den nya lagen. Reglerna är mycket snarlika de som finns i LOU-direktivet. Bestämmelserna bör genomföras med endast redaktionella ändringar av direktivtexten och bör utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling

Uteslutningsgrunder och andra företags kapacitet

När det gäller utformningen av punkterna ett och två kan noteras att det inledningsvis i båda anges att de gäller när de ”objektiva reglerna och kriterierna för uteslutande och urval av ekonomiska aktörer” ska uppfyllas. En tolkning av artikel 79.1 och 79.2 i LUF-direktivet enligt dess ordalydelse kan ge sken av att en leverantör som en upphandlande enhet avser att utesluta skulle kunna undvika detta genom att åberopa förhållanden hos andra leverantörer. Detta kan dock knappast ha varit EU-lagstiftarens avsikt. En sådan tillämpning av bestämmelserna om uteslutning skulle enligt regeringens mening strida mot grunderna för uteslutning. Det kan vidare noteras att de förhållanden som kan åberopas hos en annan leverantör beskrivs i båda punkterna som gällande krav avseende leverantörers ekonomiska och finansiella kapacitet eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Regeringen konstaterar således att det är krav rörande leverantörers ekonomiska och finansiella kapacitet eller tekniska och yrkesmässiga kapacitet som andra enheter kan utnyttjas för att uppfylla.

Möjlighet att åberopa andra företags kapacitet

Liksom i LOU-direktivet kan andra företags kapacitet enligt LUF-direktivet utnyttjas oberoende av de rättsliga förbindelserna företagen emellan. Det ankommer även enligt LUF-direktivet på leverantören att visa att den kommer att förfoga över de åberopade resurserna. Liksom i LOU-direktivet finns vissa bestämmelser om att den upphandlande enheten kan ställa krav på hur kontraktet ska fullgöras när andra företag åberopas för att uppfylla kvalificeringskraven

Kontroll av företag som åberopas

Den upphandlande myndigheten ska kontrollera företag vars kapacitet åberopas i enlighet med artikel 79. Detta följer av artikel 79.1 andra stycket och 79.2 andra stycket i LUF-direktivet som hänvisar till artikel 80.3. Detta innebär dels att de åberopade företagen ska kontrolleras med

Prop. 2015/16:195 avseende på uteslutningsgrunder i enlighet med 15 kap. i den nya lagen om offentlig upphandling. Detta gäller dock endast då uteslutningsgrunderna omfattas av de objektiva reglerna och kriterierna för uteslutning och urval som den upphandlande enheten fastställt. För upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter är det obligatoriskt att ställa krav i enlighet med de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Dels innebär hänvisningen till artikel 80.3 att företaget som åberopas ska kontrolleras i enlighet med 15 kap. i den nya lagen om offentlig upphandling med avseende på sådana kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten har hänvisat till med tillämpning av den lagen. Samma sak ska alltså gälla för företag som leverantören åberopar som för leverantören själv. Om ett företag som åberopas inte uppfyller ett relevant kvalificeringskrav eller ska uteslutas ska myndigheten begära att leverantören åberopar ett annat företag för att uppfylla de relevanta kvalificeringskraven på samma sätt som beträffande motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet.

Grupper av leverantörer

Bestämmelserna om grupper av leverantörer behöver på de skäl som beträffande motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet inte genomföras genom särskilda föreskrifter om åberopande av andra företags kapacitet.

23.3 Kvalificeringskrav på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling om behörighet att utöva yrkesverksamhet ska göras tillämpliga även på upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Bestämmelserna om särskilda kvalificeringssystem ska göras tillämpliga vid urvalsförfaranden enligt bestämmelserna på det icke-direktivstyrda området.

Bestämmelser på det icke direktivstyrda området om utnyttjande av andra företags kapacitet ska överensstämma med nuvarande bestämmelser.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Den paragraf i LOU som motsvarar den nya bestämmelsen om behörighet att utöva yrkesverksamhet har gjorts tillämplig på upphandlingar på det icke direktivstyrda området genom hänvisning i 15 kap 2 §. Den nya bestämmelsen om behörighet att utöva yrkesverksamhet bör därför i den nya lagen om offentlig upphandling göras tillämplig på upphandlingar inom det icke direktivstyrda området.

Även bestämmelserna om kvalificeringssystem vid upphandling inom försörjningssektorerna är tillämpliga vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området när urvalsförfarande används. Detsamma bör även gälla i den nya lagstiftningen.

Enligt 15 kap 15 a § LOU och LUF får en leverantör vid behov åberopa andra företags kapacitet när det gäller ett visst kontrakt. Leverantören ska visa att den kommer att förfoga över nödvändiga resurser. Regeringen föreslår att bestämmelserna om åberopande av andra företags kapacitet tas in i de nya lagarna.

23.4 Upphandling av koncessioner

23.4.1 Villkor för kvalificering

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får för kvalificering av leverantörerna endast uppställa villkor om yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning.

En upphandlande myndighet eller enhet ska kontrollera att leverantören uppfyller villkoren innan kontrakt tilldelas. De krav som ställs ska vara proportionerliga med hänsyn till föremålet för kontraktet och syftet att säkerställa verklig konkurrens.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser yttrar sig inte särskilt över förslaget. Kammarrätten i Göteborg har lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I LUK-direktivet återfinns regler om urval och kvalitativ bedömning i artikel 38. Artikeln behandlar både leverantörens lämplighet med utgångspunkt i ekonomisk förmåga m.m., men också med utgångspunkt i huruvida leverantören dömts för viss angiven brottslighet m.m., dvs. uteslutningsgrunderna. Motiven för artikeln finns, såvitt avser villoren för kvalificering, i skäl 63 och 64. En jämförelse med vad som kan anses utgöra motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet ger samma intryck som sådana jämförelser också på andra områden inom regelverket ger, dvs. att reglerna i LUK-direktivet lämnar ett förhållandevis stort handlingsutrymme för den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten. Det resonemang som regeringen fört såvitt avser kvalificeringskrav i enlighet med LOU-direktivet och LUF-direktiven är visserligen inte fullt ut överförbart till LUK-direktivet. Resonemanget kan ändå tjäna som en grund, eftersom alla tre direktiven bygger på samma tanke, dvs. att främja likabehandling leverantörer emellan och säkerställa så långt det går att upphandlande myndighet eller upphandlande enhet har objektiva verktyg för att klara urvalet.

Lagrådet har ansett att lagen om upphandling av koncessioner bör innehålla annan terminologi än den nya lagen om offentlig upphandling vad gäller ekonomisk och finansiell ställning och yrkesmässig och teknisk kapacitet. Detta då begreppen enligt LUK-direktivet inte är styrda på samma sätt som enligt LOU-direktivet och därmed i praktiken kan få en något annan innebörd. Regeringen befarar emellertid att det skulle försvåra för tillämparen att i LUK mötas av nya begrepp. Även om begreppen enligt koncessionslagen inte är styrda till sitt innehåll kommer de att sammanfalla ungefärligt med de inarbetade begreppen i den nya

lagen om offentlig upphandling och det förefaller naturligt att upphandlande myndigheter och enheter hämtar ledning från de andra upphandlingslagarna beträffande begreppens innebörd.

Artikel 38.1 anger att den upphandlande myndigheten ska kontrollera att villkoren för deltagande i fråga om yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning är uppfyllda. Villkoren som kontrolleras ska vara icke-diskriminerande och stå i proportion till föremålet för koncessionen. Det senare framgår redan av de allmänna principerna och bör inte regleras särskilt. Kontrollen ska göras utifrån en egen försäkran från leverantören om att villkoren är uppfyllda eller referenser som lämnats in enligt kraven i koncessionsmeddelandet (annonsen enligt den terminologi som regeringen har valt i lagstiftningen). Det är här inte frågan om någon sådan formaliserad egen försäkran som avses med bestämmelserna om det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet i LOU-direktivet och LUF-direktivet. En egen försäkran enligt LUK-direktivet kan således lämnas helt formlöst.

Det anges vidare särskilt att villkoren för deltagande ska, med hänsyn till föremålet för koncessionen och syftet att säkerställa verklig konkurrens, ha samband med och vara proportionerliga till behovet av att se till att koncessionshavaren har förmåga att utföra koncessionen. Det uttrycks inte direkt att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp villkor utan detta framgår i stället indirekt av vad som sägs om kontroll av uppfyllelse och kraven på proportionalitet. Det bör emellertid i lagen enligt regeringen uttryckligen regleras att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får ställa sådana villkor för deltagande. Bestämmelserna bör i övrigt genomföras med endast redaktionella avvikelser från direktivtexten.

23.4.2 Åberopande av andra företags kapacitet

Regeringens förslag: En leverantör ska vid behov kunna åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i vissa fall få kräva att leverantören och de företag leverantören åberopar ska vara solidariskt ansvariga för fullgörande av kontraktet.

Regeringens bedömning: Bestämmelser om grupper av leverantörer behöver inte genomföras genom särskilda föreskrifter om åberopande av andra företags kapacitet.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag och bedömning. Utredningen föreslår dock särskilda regler om grupper av leverantörer.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser yttrar sig inte särskilt över förslaget. *Företagarna* tillstyrker att bestämmelserna om grupper av leverantörer genomförs.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: LUK-direktivet innehåller i artikel 38.2 bestämmelser om åberopande av andra företags kapacitet som liknar de som gäller enligt LOU- och LUF-direktivet. Bestämmelserna i LUK-direktivet är dock mindre detaljrika. Åberopande

av andra företags kapacitet får göras vid behov och för en specifik koncession för att uppfylla kraven som ställts på yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning. Åberopandet kan göras oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och enheten. *Post- och telestyrelsen (PTS)* anser att det bör ställas krav i lagen på att ett åtagande från ett företag som leverantören avser att utnyttja ska vara skriftligt. Regeringen konstaterar att direktivet inte uppställer något formkrav och anser att det saknas anledning att föra in ett sådant krav i lagstiftningen. Det ankommer dock på leverantören att visa att den kommer att förfoga över de åberopade resurserna under hela koncessionstiden.

Liksom enligt LOU-direktivet respektive LUF-direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att leverantören och det åberopade företaget åtar sig ett solidariskt ansvar för fullgörandet av kontraktet när den kapacitet som åberopar avser ekonomisk och finansiell ställning. Bestämmelserna bör genomföras med endast redaktionella avvikelser från direktivet.

Företagarna har ansett att bestämmelserna om grupper av leverantörer bör genomföras. Regeringen anser emellertid att bestämmelserna om grupper av leverantörer, av de skäl som anförs beträffande motvarande bestämmelser i LOU-direktivet inte behöver genomföras genom särskilda föreskrifter om utnyttjande av andra enheters kapacitet.

24 Egen försäkran och utredning om leverantörer

Enligt såväl LOU-direktivet som LUF-direktivet ska leverantörernas lämplighet kontrolleras innan kontrakt tilldelas. Med leverantörens lämplighet avses dels att leverantören inte befinner sig i någon sådan situation som kan föranleda uteslutning, dels att den uppfyller de ställda kvalificeringskraven. Ett helt nytt system för kontroll av leverantörens lämplighet införs i LOU-direktivet som skiljer sig åt i ett flertal avseenden från vad som gällde enligt 2004 års LOU-direktiv. Det nya systemet innebär en möjlighet för leverantörerna att lämna en egen försäkran om sin lämplighet samt regler för hur de upphandlande myndigheterna och enheterna ska kontrollera att lämplighetskraven är uppfyllda. Det nya regelverket finns enbart i LOU-direktivet. Genom en artikel i LUF-direktivet, som hänvisar till LOU-direktivet, har emellertid regelverket gjorts tillämpligt i vissa fall även på upphandlingar inom försörjningssektorerna. I avsnitt 24.1.3 behandlas särskilt den bestämmelse som gör regelverket tillämpligt på upphandlingar inom försörjningssektorerna.

Artiklarna i LOU-direktivet om utredning och kontroll har inte gjorts tillämpliga på upphandlingar av koncessioner. I LUK-direktivet finns en bestämmelse som bland annat handlar om egen försäkran och kontroll av lämplighet. Denna behandlas emellertid inte i detta avsnitt utan i samband med bestämmelserna om kvalificering i avsnitt 23.4.1.

24.1 Ett nytt system för utredning om leverantören

24.1.1 Egen försäkran

Regeringens förslag: Leverantörer ska när de lämnar anbud även kunna lämna en egen försäkran om sin lämplighet. En sådan egen försäkran ska lämnas i det standardformulär för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet som Europeiska kommissionen fastställt. En egen försäkran som lämnats på det sättet ska godtas av upphandlande myndigheter som preliminärt bevis för att uteslutningsgrunder saknas och att relevanta kvalificeringskrav är uppfyllda.

Bestämmelser ska införas om när den upphandlande myndigheten får eller ska begära in kompletterande dokument från en leverantör. En egen försäkran som lämnats genom ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument ska kunna återanvändas förutsatt att leverantören bekräftar att uppgifterna fortfarande är korrekta.

Regeringens bedömning: Bestämmelser som rör utformningen av europeiskt enhetligt upphandlingsdokument behöver inte genomföras. Direktivens möjlighet att senarelägga ikraftträdandet av bestämmelser om tillgång till kompletterande dokument bör inte utnyttjas.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens förslag om egen försäkran utgår dock ifrån att en sådan kan lämnas antingen i ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument eller på annat sätt. Utredningen föreslår vidare att vissa bestämmelser införs om vad dokumentet ska innehålla.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser yttrar sig inte om utredningens förslag och bedömning. Några remissinstanser tillstyrker förslagen, bl.a. *Ekonomistyrningsverket* och *Tillväxtverket*. Ekonomistyrningsverket ser även en risk i att det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet kan uppfattas som byråkratiskt och besvärligt av små och ovana leverantörer.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Europeiskt enhetligt upphandlingsdokument (ESPD)

Ett uttalat syfte med de nya direktiven är att minska den administrativa bördan för såväl upphandlande myndigheten som leverantörer vid upphandling och även att möjliggöra ett bättre marknadstillträde för små och medelstora företag. Ett led i den strävan är den nya standard för anbudsgivning som införts i LOU-direktivet, det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD). Ett standardformulär för ESPD har fastställts av Europeiska kommissionen i enlighet med artikel 59.2 i LOU-direktivet. I detta standardformulär kan leverantörer lämna en egen försäkran om att det saknas grund för uteslutning och att relevanta urvalskriterier är uppfyllda. I skäl 86 i LOU-direktivet anges att genom att ESPD utgörs av ett standardformulär kan de problem som kan uppstå vid formuleringen av formella förklaringar, förklaringar om samtycke och av andra språkfrågor minska. Ytterligare ett syfte med regleringen kan därför antas vara att ökad enhetlighet av de dokument leverantörerna

använder för att lämna en försäkran minskar hindren för gränsöverskridande deltagande i upphandlingar. Egen försäkran och ESPD behandlas i artikel 59 i LOU-direktivet. Artikel 59 är indelad i sex punkter av vilka två riktar sig direkt till kommissionen och därför inte föranleder några förslag i lagarna. Delar av artikeln som rör uppdatering och tillgängliggörande av databaser, bl.a. e-Certis, är lämpligast att genomföra i förordning och föranleder inte heller dessa några förslag i lagarna.

Egen försäkran som preliminärt bevis

I artikel 59.1 första stycket i LOU-direktivet anges att de upphandlande myndigheterna när anbudsansökningar eller anbud lämnas in ska godta ESPD, som består av en uppdaterad egen försäkran, som preliminärt bevis. En ESPD med uppdaterad egen försäkran ska alltså kunna lämnas in till den upphandlande myndigheten i stället för intyg om att inte någon av de utslutandegrunder som anges i artikel 57 föreligger och att leverantören uppfyller de krav som ställts av den upphandlande myndigheten enligt artikel 58. Även att de krav är uppfyllda som ställts för att begränsa antalet anbudssökande enligt artikel 65 omfattas av den egna försäkran. För den upphandlande myndigheten innebär den egna försäkran att den kan avvakta med att begära kompletterande dokument och utgå ifrån att det som sägs i försäkran är riktigt om inget annat talar för motsatsen. I andra stycket anges vidare att bestämmelsen också ska tillämpas beträffande sådana företag vars kapacitet en leverantör åberopar för att uppfylla kvalificeringskraven.

Lagrådet har föreslagit att begreppet europeiskt enhetligt upphandlingsdokument inte används i lagtexten. Regeringen delar Lagrådets uppfattning att det är den egna försäkran som är det centrala i bestämmelsen. Det är den egna försäkran som medför att den upphandlande myndigheten ska godta leverantörens uppgifter om sin lämplighet. För att den egna försäkran ska ha den rättsverkan som artikel 59 föreskriver måste den emellertid lämnas i standardformulär för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet som kommissionen fastsällt i enlighet med artikel 59.2. Bestämmelserna om egen försäkran bör utformas på det sätt *Lagrådet* har förespråkat. Bestämmelser om innehållet i standardformuläret bör som *Lagrådet* påpekat inte finnas i lagtexten.

Att den upphandlande myndigheten ska godkänna den egna försäkran som preliminärt bevis är en nödvändig reglering för att förenklingen ska få det genomslag som är tänkt. Regeringen kan emellertid inte finna något stöd i direktivet för att användandet av ESPD och egen försäkran skulle vara obligatoriskt för leverantören. Det bör således vara möjligt för den leverantör som föredrar det att direkt lämna in nödvändiga intyg och dokument. Upphandlande myndigheter måste emellertid för varje upphandling över tröskelvärdena tillhandahålla en ESPD för den aktuella upphandlingen för den leverantör som önskar använda sig av den.

Enligt artikel 59.1 tredje stycket ska ESPD innehålla en formell förklaring där leverantören intygar att det inte föreligger skäl för utslutning och att samtliga urvalskriterier är uppfyllda. Den formella förklaringen utgör den egna försäkran och ska ersätta intyg om de

Prop. 2015/16:195 förhållanden som den egna försäkran avser. Genom att en egen försäkran lämnas i stället för intyg är tanken att både upphandlande myndigheter och leverantörer ska besparas en omfattande dokumenthantering. De intyg som motsvaras av den egna försäkran kallas kompletterande dokument.

Den egna försäkran måste vara uppdaterad, vilket i princip innebär att en ny egen försäkran ska göras inför varje upphandling. Av artikel 59.1 femte stycket framgår emellertid att en leverantör som redan lämnat en egen försäkran till en myndighet i en tidigare upphandling kan återanvända denna om leverantören bekräftar att informationen fortfarande är korrekt. Genom att leverantören ges möjlighet att bekräfta att informationen i en redan lämnad egen försäkran fortfarande är korrekt minskar både leverantörers och upphandlande enheters dokumenthantering samtidigt som informationen hålls uppdaterad. För att ett sådant återvändande ska vara möjligt är det emellertid nödvändigt att den nya upphandlingen ställer samma krav som den tidigare upphandlingen. Den egna försäkran gäller nämligen för de krav som ställs i en viss upphandling. Den egen försäkran kan sägas vara generell när det gäller uteslutningsgrunderna som alltid är samma, medan den är specifik för kvalificeringskraven som skiljer sig åt mellan olika upphandlingar. I standardformuläret för ESPD finns en möjlighet för den upphandlande myndigheten att välja en förenklad form där leverantören beträffande kvalificeringskraven endast behöver fylla i om den uppfyller eller inte uppfyller kraven.

Om en leverantör åberopar andra företags kapacitet så ska ett separat dokument lämnas för var och en av de företag som åberopas. En egen försäkran ska i avges om att det även beträffande de andra företagen saknas skäl för uteslutning och att relevanta kvalificeringskrav är uppfyllda.

Krav på kompletterande dokument

I artikel 59.4 finns bestämmelser om de kompletterande dokumenten. Kompletterande dokument får begäras in när som helst under en upphandling om det är nödvändigt för att se till att förfarandet genomförs på ett korrekt sätt. Vidare ska den upphandlande myndigheten begära in de kompletterande dokumenten avseende den leverantör myndigheten avser att tilldela kontraktet. En leverantör ska alltså inte kunna tilldelas ett kontrakt innan den har kontrollerats med avseende på skäl för uteslutning och tillämpliga kvalificeringskrav. Detta görs obligatoriskt då det bör säkerställas att inte någon leverantör som inte uppfyller kraven tilldelas kontraktet. Det ger också en större trovärdighet åt systemet med egen försäkran då det minskar incitamenten för leverantörer att lämna en oriktig egen försäkran. De kompletterande dokumenten ska vara uppdaterade och aktuella då förändringar av uteslutningsgrunderna kan ske snabbt.

Lagrådet har föreslagit att bestämmelserna ska formuleras som en skyldighet för leverantören att efterkomma myndighetens begäran. Regeringen delar Lagrådets uppfattning om att en sådan ordning bättre speglar bestämmelsernas funktion. Oavsett hur bestämmelserna är formulerade i det här avseendet är konsekvensen för den leverantör som

inte lämnar in den utredning som myndigheten begär densamma, dvs. att den inte får delta i upphandlingsförfarandet. Mot denna bakgrund är det tydligare att beskriva den skyldighet som finns för leverantören att efterkomma en begäran om kompletterande dokument från den upphandlande myndigheten.

De kompletterande dokumenten omfattar som framgått ovan dokument som visar att grund för uteslutning saknas. När det gäller uteslutning på grund av brott så kommer detta i Sverige normalt sett att handla om belastningsregisterutdrag enligt lagen (1998:620) om belastningsregister. Kontroll av belastningsregister enligt nuvarande bestämmelser i LOU och LUF görs endast när det finns grundad anledning att anta att leverantören ska uteslutas. Den nya regleringen innebär däremot att det införs en obligatorisk kontroll av dokumentation rörande brottslighet avseende leverantörer som myndigheterna avser att tilldela kontrakt. Denna skyldighet för myndigheterna kan också i praktiken komma att innebära, trots att syftet med de nya direktiven kan sägas vara den motsatta, en viss ökning av antalet belastningsregisterutdrag som begärs ut och ges in till myndigheter med anledning av ett upphandlingsförfarande. Uppgifter i belastningsregistret anses vara särskilt integritetskänsliga. Mot denna bakgrund finns det anledning att överväga behovet av att anpassa det regelverk som styr tillgången till uppgifter i belastningsregistret. Regeringen avser att återkomma i denna del.

Undantag från kravet att begära in kompletterande dokument från den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontraktet görs för kontrakt som grundar sig på ramavtal om kontrakt ingås i enlighet med art 33.3 eller art 33.4 (a).

I artikel 59.5 regleras situationen att myndigheten på annat sätt har tillgång till de kompletterande dokumenten. Enligt övergångsbestämmelsen i artikel 90.4 ges möjlighet att senarelägga ikraftträdandet av artikel 59.5 med anledning av möjligheten att senarelägga ikraftträdandet av bestämmelserna om elektronisk kommunikation. Då regeringen gjort bedömningen att ikraftträdandet av reglerna om elektronisk kommunikation inte bör senareläggas saknas anledning att utnyttja den möjligheten även i detta sammanhang.

Förordningsändringar och övriga frågor

I artikel 59.2 och 59.3 i direktivet regleras frågor om utformningen av ESPD-formuläret samt vissa skyldigheter för kommissionen att följa upp tillämpningen av ESPD. Bestämmelserna riktar sig till kommissionen och ska därför inte genomföras i svensk rätt.

Bestämmelserna i artikel 59.5 tredje stycket och 59.6 har regeringen för avsikt att reglera i förordning och något förslag till föreskrifter lämnas därför inte i det här lagstiftningsärendet. Detsamma gäller bestämmelsen i artikel 60.2 tredje stycket om officiell förklaring.

Regeringens förslag: Samlade bestämmelser ska införas i lagen om offentlig upphandling om vilken utredning en upphandlande myndighet får kräva från en leverantör om att skäl för uteslutning saknas och att alla kvalificeringskraven är uppfyllda. Det ska särskilt anges att utredning även får krävas beträffande andra företag som leverantören avser att utnyttja.

Om den utredning som får krävas in av de upphandlande myndigheterna inte visar att det finns grund för uteslutning ska den godtas om inte utredningen i övrigt tyder på annat. De dokument beträffande uteslutning som får krävas in ska under vissa förutsättningar kunna ersättas av en försäkran på heder och samvete eller en liknande försäkran.

Regeringens bedömning: Bestämmelsen om administrativt bistånd behöver inte genomföras genom särskilda föreskrifter om utredning.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock en delvis annorlunda disposition av lagtexten.

Remissinstanserna: Det stora flertalet yttrar sig inte särskilt över utredningens förslag och bedömning. Vissa remissinstanser, bl.a. *Trafikverket*, framför lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

I LOU-direktivet har alla bestämmelser om utredning av förhållanden hos leverantören samlats i artikel 60. Detta bör få genomslag även i lagtexten. Det innebär att systematiken blir en annan i den nya lagen om offentlig upphandling än i LOU.

Bestämmelserna i artikel 60 reglerar vilken utredning en upphandlande myndighet ska eller bör godta som bevisning och möjligheterna för leverantörer att åberopa annan likvärdig utredning. Det finns ett samband i bestämmelserna om bevisning mellan vad som får krävas och vad som ska godtas av den upphandlande myndigheten. Däremot finns i direktivet inget krav i direktivet att upphandlande myndigheter måste kräva viss utredning. Det står alltså myndigheten fritt att acceptera den utredning som en leverantör lämnar in men myndigheten kan också välja att kräva den utredning som särskilt anges i direktivet. Utöver dessa aspekter tillkommer beträffande regleringen i artikel 60 frågan om utredningen som räknas upp i artikeln är uttömmande.

Trafikverket anser dock att lagtexten i stället för begreppet utredning bör använda begreppet bevismedel som används i direktivtexten. Regeringen anser att utredning är ett vidare begrepp som omfattar både vad som i vanligt språkbruk kan betecknas bevismedel och annan faktainsamling. Utredning är också ett begrepp som stämmer bättre överens med begreppsbildningen i övrigt i svensk lagstiftning. Enligt regeringens mening bör därför begreppet utredning användas i lagstiftningen.

Utformningen i direktivet av de bestämmelser som anger vilken bevisning som får krävas av myndigheterna kan ge intrycket av att de ska ses som anvisningar om vad som typiskt sett är acceptabelt utifrån principen om icke-diskriminering. Ordalydelsen i artikel 60.1 andra stycket anger emellertid tydligt att myndigheten inte får kräva att leverantörerna ska lämna in annan utredning än den som anges i artikeln eller i artikel 62. Det innebär uppräknings i artikeln av olika typer av utredningar som princip är uttömmande för en upphandlande myndighet. Att detta även gäller andra företag som leverantören avser att utnyttja framgår av artikel 63.1 andra stycket som bland annat hänvisar till artikel 60. Uttryckssätten i de olika punkterna i artikeln medför emellertid att det inte går att konsekvent säga att endast de handlingar som uttryckligen anges får krävas. I bestämmelsen som reglerar vilka bevis på en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning som kan krävas anges att bevisen som regel kan utgöras av de referenser som anges i bilaga XII. Med uttryckssättet som regel bör förstås att myndigheten i första hand ska kräva de bevis som räknas upp men att även andra handlingar kan krävas. Bestämmelsen har inte heller ändrats i de nya direktiven och har tidigare av EU-domstolen tolkats som inte uttömmande (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 396).

När det gäller leverantörer anges i 60.1 andra stycket att de kan använda alla lämpliga medel för att bevisa att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser om de avser att utnyttja andra företags kapacitet enligt artikel 63 i direktivet. Beträffande leverantörers möjligheter att avseende sig själva lämna in annan utredning än den som särskilt anges i direktivet ger artikel 60 inte något entydigt svar. Uttryckssätten i artikeln olik punkter är inte konsekventa. I bestämmelserna om kvalitetsssäkrings- och miljöledningstandarder kan noteras att det finns särskilda bestämmelser som anger att likvärdiga intyg m.m. ska godtas som tillräcklig bevisning under vissa förutsättningar. Liknande uttryckssätt återfinns i artikel 60.3 andra stycket avseende ekonomisk och finansiell ställning. Det finns enligt regeringens uppfattning inte något stöd i artikel 60 för att en leverantör skulle vara förhindrad att åberopa annan utredning än den i artikeln och bilaga XII till direktivet särskilt angivna. Frågan lär dock sällan ställas på sin spets med hänsyn till den omfattande uppräknings och den i flera fall relativt öppna beskrivningen av olika typer av utredning.

Lagrådet har även beträffande dessa bestämmelser föreslagit att de ska formuleras som en skyldighet för leverantören att lämna in viss utredning. Regeringen delar emellertid inte *Lagrådet*s uppfattning att bestämmelserna ska uttrycka en skyldighet för leverantören utan anser att de i första hand syftar till att beskriva vilken typ av utredning myndigheten har möjlighet att kräva och bör därför utformas som en handlingsregel för myndigheten. Den skyldighet som leverantören har att efterkomma en begäran från myndigheten uttrycks istället i de föregående bestämmelserna.

Utredning som rör uteslutning behandlas i artikel 60.2 i LOU-direktivet. I första stycket räknas de intyg upp som ska godtas som bevis för att skäl för uteslutning saknas. Bestämmelserna motsvaras i huvudsak av nuvarande reglering i LOU om bevismedel i fråga om uteslutningsgrunder. Bestämmelsen riktar sig till den upphandlande myndigheten och reglerar vilka intyg den får kräva av en leverantör. Det finns, som framgått tidigare, inget i artikeln som hindrar att leverantören åberopar annan utredning än den som särskilt räknas upp i artikeln.

Bestämmelserna om officiell förklaring i artikel 60.2 tredje stycket har regeringen för avsikt att reglera i förordning och några förslag till föreskrifter lämnas därför inte i det här lagstiftningsärendet.

Tillräcklig bevisning

I artikel 60.2 i LOU-direktivet anges att den upphandlande myndigheten ska godta uppräknade intyg som tillräckliga bevis på att ingen av de situationer som anges i artikel 57 är tillämpliga på leverantören. När det gäller uteslutning på grund av brott i artikel 57.1 (och även i brottskatalogen i 13 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna som genomför artikel 57.1) saknas emellertid för flera av de uppräknade brotten direkta motsvarigheter i svensk strafflagstiftning. Exempelvis kan en stor mängd brottstyper, liksom många gärningstyper på olika stadier av ett brotts utförande, motsvara de brott som får anses omfattas av artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF om kampen mot organiserad brottslighet, t.ex. grovt narkotikabrott eller grov misshandel. Dessa skulle kunna vara grund för uteslutning men utgör i de flesta fall inte det. Den information som finns i ett belastningsregisterutdrag är därför i många fall inte tillräckligt för att kunna avgöra om det föreligger ett uteslutningsgrundande brott eller inte. Skulle de aktuella handlingarna visa att det finns en dom som skulle kunna föranleda uteslutning kan det bli nödvändigt för myndigheten att ta del av denna dom eller på annat sätt fortsätta utredningen. Myndigheten kan i sådana fall alltså begära att leverantören ger in domar som den bedömer att det finns skäl att titta närmare på (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 238 f.).

Uttrycket tillräcklig bevisning i artikeln kan enligt regeringens mening inte ges den betydelsen att omständigheten som är tillräckligt bevisad inte kan motbevisas. Bestämmelsen får i stället anses uttrycka vilka skyldigheter en leverantör har att bevisa att uteslutningsgrunder saknas. Bestämmelsen står i samklang med artikel 60.1 som anger att en myndighet inte får kräva andra intyg än de som räknas upp. Det ska alltså från leverantörens sida vara tillräckligt att exempelvis ett belastningsregister lämnats in som inte innehåller några brott som kan falla in under någon uteslutningsgrund för att leverantören inte ska uteslutas. Detta hindrar emellertid inte att myndigheten på förekommen anledning eller annars får vidta egna utredningsåtgärder och utesluta leverantören om det på annat sätt än genom de intyg som räknas upp i artikeln framkommer att det finns uteslutningsgrunder. Detta synsätt stämmer även överens med artikel 57.1 som anger att en leverantör ska uteslutas om den upphandlande myndigheten genom kontroll enligt bl.a.

artikel 60 fastställt eller på annat sätt fått kännedom om att leverantören varit föremål för en lagakraftvunnen dom som faller in under artikel 57. Detta ger enligt regeringens uppfattning myndigheten en viss fri bevisprövning, trots den initiala presumptionen, vilket bör uttryckas i lagtexten.

Ekonomisk och finansiell ställning och teknisk kapacitet

Bestämmelserna om utredning beträffande ekonomisk och finansiell ställning finns i artikel 60.3 i LOU-direktivet. I första stycket hänvisas till del I i bilaga XII till direktivet. Som princip har den upphandlande myndigheten att hålla sig till den uppräknings som framgår av bilaga XII till direktivet, denna kan emellertid inte betraktas som uttömmande då direktivet uttrycker att bevisen enligt punkten som regel kan utgöras av de referenser som anges i bilagan. Uppräkningen bör enligt regeringen föras över till lagtexten i sin helhet och det bör anges att den upphandlande myndigheten i första hand ska kräva den utredning som räknas upp. Sådan utredning ska i normalfallet omfatta det myndigheten behöver kontrollera men det utesluts inte i bestämmelsen att myndigheten får begära annan bevisning.

I artikel 60.4 i LOU-direktivet finns regler om utredning avseende teknisk kapacitet. På samma sätt som beträffande ekonomisk och finansiell ställning räknas den bevisning som får begäras in beträffande företagets tekniska kapacitet upp i bilaga XII till direktivet. I detta fall räknas emellertid bevisning som kan krävas av leverantörerna upp uttömmande och den upphandlande myndigheten kan endast åberopa de handlingar som uttryckligen anges i bilagan. Även denna uppräknings bör enligt regeringen föras över till lagtexten i sin helhet.

Administrativt bistånd

I den avslutande punkten, artikel 60.5 i LOU-direktivet, finns bestämmelser om administrativt bistånd. Artikel 60.5 lägger fast en särskild informationsplikt medlemsstaterna emellan som gäller uteslutning, behörighet samt finansiell och teknisk kapacitet och alla upplysningar gällande bevisning. En generell informationsplikt följer emellertid även av artikel 86 i LOU-direktivet och den bestämmelsen gäller uttryckligen även artikel 60 och artikel 62. Regeringen bedömer att någon anledning att bland bestämmelserna om bevismedel särskilt införa en bestämmelse motsvarande artikel 60.5 inte finns då denna i sin helhet omfattas av artikel 86.

Regeringens förslag: När en upphandlande enhet kontrollerar en leverantör med avseende på de uteslutningsgrunder som regleras i bestämmelserna om uteslutningska den tillämpa bestämmelserna om egen försäkran och annan utredning om leverantörer i den nya lagen om offentlig upphandling.

När en upphandlande enhet har hänvisat till kvalificeringskrav enligt den nya lagen om offentlig upphandling ska den tillämpa bestämmelserna om egen försäkran och annan utredning om leverantörer när den kontrollerar en leverantör med avseende på kvalificeringskraven.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta av remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget. *Affärsverket svenska kraftnät* anser att bestämmelsen inte bör genomföras genom hänvisningsteknik.

Skälen för regeringens förslag

Bestämmelserna om hur en leverantör ska kontrolleras med avseende på skäl för uteslutning och kvalificeringskrav vid upphandling inom försörjningssektorerna finns i artikel 80.3 i LUF-direktivet. Bestämmelsen anger att artiklarna 59–61 i LOU-direktivet ska tillämpas av upphandlande enheter vid upphandling inom försörjningssektorerna. Som utvecklas nedan gäller detta emellertid endast då den upphandlande enheten väljer att tillämpa de uteslutningsgrunder och kvalificeringskrav som regleras i LOU-direktivet. I artikel 80.1 respektive 80.2 i LUF-direktivet görs nämligen även hänvisningar som anger att LOU-direktivets bestämmelser om uteslutningsgrunder (artikel 57) och urvalskriterier (artikel 58) får tillämpas av upphandlande enheter vid upphandling inom försörjningssektorerna. När det gäller de obligatoriska uteslutningsgrunderna anger bestämmelsen vidare att de ska vara obligatoriska att tillämpa för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter. Regeringen föreslår, som framgår av avsnitt 22, att uteslutningsgrunderna i LOU-direktivet ska införas även i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. De kvalificeringskrav som regleras i LOU, och som där är uttömmande uppräknade, föreslås, som framgår av avsnitt 23, emellertid endast införas i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna genom en hänvisning till den nya lagen om offentlig upphandling. Det står upphandlande enheter fritt att tillämpa kraven enligt LOU eller att inte göra det. Då artikel 80.3 är tillämplig vid kontroll av förutsättningar för både uteslutning och kvalificeringskrav uppkommer frågan vilken genomförandemetod som är den mest lämpliga för artikel 80.3.

Kontrollbestämmelsen genomförs genom hänvisning

Reglerna i artikel 60 i LOU-direktivet om kontroll av om leverantören uppfyller ställda kvalificeringskrav avseende ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet är förhållandevis detaljerade. Att föra in sådana bestämmelser i den nya lagen om

upphandling inom försörjningssektorerna är knappast lämpligt med tanke på att regeringen har valt att genom hänvisning genomföra artikel 80.2, som anger att upphandlande enheter får tillämpa kvalificeringskraven i den nya lagen om offentlig upphandling. Det framstår inte heller som lämpligt att föra in de regler om kontroll som avser uteslutning av leverantör i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna men att hänvisa avseende de regler som avser kvalificeringskrav.

Kontrollbestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling bör därför göras tillämpliga både avseende uteslutning och avseende kvalificeringskrav genom hänvisningar i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. *Affärsverket svenska kraftnät* anser att en sådan metod riskerar att minska överskådligheten av bestämmelserna i nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna eftersom det medför att denna lag inte kommer att kunna läsas självständigt. Regeringen anser emellertid att bestämmelserna som genomför artikel 80.3 i LUF-direktivet måste följa den princip som valts beträffande artikel 80.2 i direktivet och hänvisar därför till resonemanget i avsnitt 23.2.2.

När det gäller kvalificeringskrav kan bestämmelserna endast bli tillämpliga på de kvalificeringskrav som den upphandlande enheten hänvisat till med tillämpning av den nya lagen om offentlig upphandling. När det gäller uteslutning kommer upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter alltid att behöva kontrollera uteslutningsgrunderna i 13 kap. 1–4 §§ eftersom dessa uteslutningsgrunder gjorts obligatoriska för sådana enheter. När det gäller andra upphandlande enheter kommer tillämpligheten att bero på vilka regler och kriterier enheten har fastställt för upphandlingen i enlighet med artikel 78.1 i LUF-direktivet. Om de reglerna och kriterierna omfattar uteslutningsgrunderna i 13 kap. 1–4 ska dessa också kontrolleras enligt de här aktuella bestämmelserna.

24.1.4 Onlineverktyg för tillhandahållande av intyg och certifikat (e-Certis) vid offentlig upphandling

Regeringens bedömning: Direktivets bestämmelser om uppdatering och tillgång till e-Certis bör inte föranleda några föreskrifter i lag.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte över utredningens bedömning. *Tillväxtverket* tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens bedömning: Kommissionen tillhandahåller och förvaltar ett elektroniskt system, e-Certis, som nationella myndigheter för närvarande uppdaterar och verifierar på frivillig basis. Syftet med e-Certis är att underlätta utbytet av intyg och annan styrkande dokumentation som upphandlande myndigheter ofta kräver. Erfarenheten hittills tyder på att frivillig uppdatering och verifiering inte är tillräckligt för att garantera att e-Certis infriar hela sin potential att förenkla och underlätta dokumentutbytet till fördel särskilt för små och medelstora företag. Underhållet blir därför obligatoriskt i ett första steg i de nya direktiven och i ett senare steg blir det obligatoriskt att använda e-Certis.

Bestämmelserna om e-Certis finns i artikel 61 i LOU-direktivet. Artikel 61 är indelad i tre punkter. Artikel 61.1 har regeringen för avsikt att reglera i förordning. Några förslag till föreskrifter lämnas därför inte i det här lagstiftningsärendet.

I artikel 61.2 i direktivet slås fast att de upphandlande myndigheterna i första hand ska kräva den typ av intyg och skriftliga bevis som e-Certis innehåller. Det anges vidare att de upphandlande myndigheterna ska ha tillgång till systemet. Enligt regeringens bedömning bör denna del av artikel 61.2 i direktivet inte genomföras i nuläget.

Artikel 61.3 och delar av artikel 61.2 riktar sig till EU-kommissionen. Bestämmelserna bör inte föranleda några föreskrifter i lagen.

24.1.5 Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Bestämmelserna om vilka kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder som upphandlande myndigheter kan kräva ska införas med nuvarande reglering som förebild vid såväl offentlig upphandling som vid upphandling inom försörjningssektorerna. Tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning ska nämnas uttryckligen i lagtexten. Specifikationer under vilka förutsättningar en leverantör kan använda alternativa medel att visa att leverantören uppfyller kraven ska återges i lagtexten.

Regeringens bedömning: Bestämmelser om administrativt samarbete bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget och de som yttrar sig är i huvudsak positiva. Vissa remissinstanser, bl.a. *Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (Swedac)* och *DHR – Förbundet för ett samhälle utan rörelsehinder*, framför lagtekniska synpunkter på förslaget.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Bestämmelserna om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder i direktiven syftar framför allt till att krav på sådana standarder i en upphandling inte ska tillåtas påverka leverantörer på ett sätt som strider mot principen om icke-diskriminering. EU-lagstiftaren har för att undvika sådana effekter siktat in sig på två olika aspekter på en upphandling. Den första avser vilka standarder en upphandlande myndighet bör hänvisa till. Den andra gäller under vilka förutsättningar en leverantör kan använda sig av andra alternativ än de standarder som myndigheten har hänvisat till för att visa att leverantörens åtgärder överensstämmer med de som följer av standarden i fråga.

Den första aspekten, om vilka standarder en upphandlande myndighet bör hänvisa till, regleras i artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet och i artikel 81.1 och 81.2i LUF-direktivet. I artikel 62.1 respektive 81.1 finns bestämmelser om kvalitetssäkringsstandarder. Punkterna motsvaras av bestämmelser i 2004 års LOU- och LUF-direktiv med den skillnaden att tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning särskilt nämns i bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet. En annan skillnad mellan 2004 års LOU och LOU-direktivet beträffande miljöledningsstandarder är att det i skälen till 2004 års LOU-direktiv angavs att det ska röra sig om kontrakt som gäller tjänster eller byggentreprenader. *DHR* anser att det är bra att tillgänglighet fått en mer framskjutet position men att begreppet tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning alltid bör kombineras med ordet användbarhet. Regeringen konstaterar dock att den svenska översättningen av direktiven endast använder ordet tillgänglighet, och att endast det begreppet därför bör användas i lagstiftningen.

Swedac anser att formuleringen i 15 kap. 16 § i förslaget till den nya lagen om offentlig upphandling (och motsvarande i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna) antyder att det är de ackrediterade organen som utfärdar europeiska och internationella standarder vilket inte kan vara avsikten. Det bör förtydligas att de ackrediterade organen endast utför certifiering. Regeringen delar *Swedacs* bedömning och bestämmelsen ska därför omformuleras i linje med *Swedacs* förslag. Vidare anser *Swedac* att lagstiftaren i 15 kap. 15 och 16 §§ (och motsvarande bestämmelser i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna) bör hänvisa specifikt till Europaparlamentet och rådets förordning (EG) nr 765/2008. Regeringen anser dock inte att detta är lämpligt då direktivet inte specifikt hänvisar till denna förordning.

De få skillnaderna mellan artiklarna i 2004-års LOU-direktiv och LOU-direktivet är enligt regeringens bedömning inte större än att bestämmelserna i LOU-direktivet bör genomföras med bestämmelserna i LOU som förebild. Samtidigt ska dock föreskrifterna som genomför artiklarna så långt möjligt ges en direktivnära utformning.

Andra alternativ

I artikel 62.1 och 62.2 respektive 81.1 och 81.2 beskrivs under vilka förutsättningar en leverantör kan använda sig av andra alternativ än de standarder som myndigheten har hänvisat till för att visa att leverantörens åtgärder överensstämmer med de som följer av standarden i fråga.

I skäl 88 i LOU-direktivet anges att miljöledningssystem kan visa att leverantören har teknisk kapacitet att fullgöra kontraktet oberoende av om systemet är registrerat i överensstämmelse med unionsinstrument som förordning 1221/2009 eller inte. Det anges vidare att detta inbegriper intyg för EU-miljömärket som omfattar miljöledningskriterier. Vidare anges att då en leverantör inte har tillgång till registrerade system för miljöledning eller inte har möjlighet att få det inom aktuella tidsfrister, bör det vara tillåtet för denne att lämna en beskrivning av de åtgärder för miljöledning som har genomförts. Detta förutsätter att

Prop. 2015/16:195 leverantören visar att åtgärderna garanterar samma miljöskydd som de åtgärder som krävs enligt miljöledningen.

Artikel 62.1 i LOU-direktivet och 81.1 i LUF-direktivet avslutas med bestämmelser som i viss utsträckning begränsar en leverantörs möjlighet att åberopa andra kvalitetssäkringssystem än de som den upphandlande myndigheten eller enheten har krävt. Utöver att det av det åberopade materialet ska framgå att de föreslagna kvalitetssäkringsåtgärderna överensstämmer med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har hänvisat till ska leverantören inte ha haft möjlighet att erhålla intygen inom gällande tidsfrister och detta ska inte kunna tillskrivas leverantören.

I likhet med artikel 62.1 och 81.1 avslutas artikel 62.2 i LOU-direktivet och artikel 81.2 i LUF-direktivet med bestämmelser som i viss utsträckning begränsar en leverantörs möjlighet att åberopa andra standarder än de som den upphandlande myndigheten eller enheten har hänvisat till.

Särskilt om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder vid upphandling inom försörjningssektorerna

Ordalydelsen är desamma i artikel 81.1 och 81.2 i LUF-direktivet respektive i artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet vilket talar för att de bör genomföras på samma sätt. Det finns dock vissa nyansskillnader i skälen i respektive direktiv vad gäller de aktuella artiklarna. En jämförelse mellan de olika skälen ger intrycket av att skäl 93 i LUF-direktivet uttrycker en mer tillåtande inställning än skäl 88 i LOU-direktivet till vilka alternativ som en leverantör kan använda sig av för att visa att kontraktet kommer att fullgöras i enlighet med uppställda krav.

Enligt regeringens mening bör dock närmast identiska artikeltexter inte genomföras på olika sätt av den anledningen att uttalandena i skälen skiljer sig åt. Artikel 81.1 i LUF-direktivet och artikel 81.2 i LUF-direktivet ska således genomföras med de föreskrifter som förebilder som genomför motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet, artikel 62.1 och 62.2 i LOU-direktivet. Olikheter i skälen till direktiven bör inte heller leda till olikheter i tillämpningen av de likalydande bestämmelserna.

Administrativt samarbete

I enlighet med artikel 62.3 i LOU-direktivet och artikel 81.3 i LUF-direktivet ska medlemsstaterna bistå varandra med information om sådana bevis som avses i punkterna 1 och 2 i artikeln. Regeringen gör bedömningen att bestämmelserna i artiklarna inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder. Enligt regeringens mening uppnås syftet med regleringen genom de föreskrifter som genomför direktivets artikel 86 i LOU-direktivet respektive artikel 102 i LUF-direktivet.

24.1.6 Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligt rättsliga eller privat rättsliga organ

Prop. 2015/16:195

Regeringens förslag: Bestämmelserna i artikel 64.4 i LOU-direktivet ska genomföras med nuvarande reglering som förebild.

Regeringens bedömning: Övriga bestämmelser i artikel 64 bör inte genomföras i svensk rätt.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna yttrar sig inte över utredningens förslag och bedömning. *Advokatfirman Lindahl* tillstyrker utredningens förslag.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Liksom i 2004 års LOU-direktiv kan medlemsstaterna enligt artikel 64.1 i LOU-direktivet välja om de vill införa ett system med officiella förteckningar eller certifiering genom certifieringsorgan. I artikel 64.4 i direktivet finns en obligatorisk bestämmelse som motsvarar den i artikel 52.3 i 2004 års LOU-direktiv vilken genomförts i 11 kap. 16 § LOU.

Det finns inte heller i dag något behov av att i Sverige införa nationella system med officiella förteckningar eller certifiering genom certifieringsorgan. Genomförandet av artikel 64 i LOU-direktivet kan därför begränsas till punkten 4. Paragrafen som genomför artikel 64.4 i LOU-direktivet kan utformas med nuvarande 11 kap. 16 § LOU som förebild.

24.2 Utredning avseende förhållanden hos leverantören på det icke-direktivstyrda området

Regeringens förslag: Nuvarande bestämmelser på det icke direktivstyrda området om begränsad kontroll ska föras över till de nya lagarna.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I 15 kap. 13 b LOU och LUF finns en bestämmelse om begränsad kontroll av leverantörerna. Något skäl att ändra den regleringen har inte framkommit. Den bör således föras över med endast redaktionella ändringar till de nya lagarna.

25 Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

25.1 Tilldelningskriterier vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på någon av grunderna bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris.

Vid utvärdering på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska anbudet bedömas utifrån tilldelningskriterier som har anknytning till det som ska anskaffas, såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter. Vid utvärdering på grunden kostnad ska anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln, bedömas.

De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om tilldelningskriteriernas utformning och om viktning av tilldelningskriterier.

Bestämmelserna om tilldelningskriterier som gäller vid icke direktivstyrda upphandlingar ska i huvudsak motsvara bestämmelserna som gäller vid direktivstyrda upphandlingar.

Regeringens bedömning: Möjligheten att begränsa användningen av tilldelningskriterierna pris och kostnad bör inte utnyttjas. Det bör inte införas särskilda bestämmelser i lagarna om att kostnadselementet kan ha formen av fast pris.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag och bedömning. Enligt utredningens förslag ska dock de enda grunderna för utvärdering vara pris och kostnad.

Remissinstanserna: Ett flertal remissinstanser, däribland *Försvarets materielverk (FMV)*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)* och *Tillväxtverket*, tillstyrker förslaget eller har inget att invända mot det.

Malmö kommun, *Västra Götalands läns landsting* och *Advokatfirman Lindahl* anser det dock tillräckligt att begreppsmässigt endast använda ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som grund för utvärdering, då denna grund kan innehålla ett eller flera tilldelningskriterier. *Kriminalvården* anser att det vore tydligare om kriterierna benämns lägsta pris och totalkostnad. Enligt *Post- och telestyrelsen (PTS)* vore det, för att undvika missförstånd och på ett tydligt sätt förmedla vad som avses, lämpligt att använda det i direktiven definierade begreppet bästa förhållandet mellan pris och kvalitet i stället för kostnad.

Förvaltningsrätten i Malmö anser att artikeltexten på ett tydligare sätt än utredningens förslag återger vilka kriterier som ska beaktas och föreslår därför en mer direktivnära utformning av lagtexten. Liknande synpunkter framförs av *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)*, som framhåller att direktiven har ett övergripande begrepp, ekonomiskt mest fördelaktigt, och under det finns tilldelningskriterier vilka är antingen pris, kostnad eller kvalitetskriterier. *Sveriges Arkitekter* och flera

idéburna organisationer, däribland *Famna – Riksorganisationen för idéburen vård och social omsorg*, *Coompanion Sverige* och *Pingst Socialt och LP-verksamheten*, anser att bestämmelserna om tilldelningskriterierna bör genomföras så direktivnära som möjligt för att bättre balansera relationen mellan pris och kvalitet. Av motsvarande skäl anser dessa organisationer och *Lantbrukarnas Riksförbund (LRF)* att möjligheten enligt direktiven att begränsa användningen av pris ska utnyttjas. Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i denna fråga, däribland *Domstolsverket*, *FMV*, *Konkurrensverket* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, anser dock att denna möjlighet inte bör utnyttjas.

Några remissinstanser, bl.a. *Trafikverket*, *SOI* och *Samverkansorganet i Värmlands län (Region Värmland)* anser att direktivens bestämmelser om att kostnadselementet kan ha formen av fast pris bör genomföras i uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna.

Elektriska Installatörsorganisationen (EIO) anser att bestämmelserna om tilldelningskriterierna bör vara desamma oavsett om det är fråga om upphandling enligt de direktivstyrda reglerna eller de nationella bestämmelserna. I övrigt kommenterar inte remissinstanserna frågan.

Några remissinstanser har lagtekniska och redaktionella synpunkter respektive efterfrågar förtydliganden.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Grunder för utvärdering och tilldelningskriterier enligt 2014 års direktiv

Vilka grunder för utvärdering och tilldelningskriterier som upphandlande myndigheter och enheter kan använda regleras i artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet och även i skälen 89–94 i LOU-direktivet och 94–99 i LUF-direktivet. I direktiven används inte en konsekvent begreppsbildning i fråga om dessa företeelser. Begreppet tilldelningskriterier används som benämning på de kriterier som används vid utvärderingen av anbud men även ibland som benämning på de grunder som används för utvärdering.

I artikel 67.1 i LOU-direktivet och artikel 82.1 i LUF-direktivet anges att en tilldelning ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I 67.2 första stycket LOU-direktivet och artikel 82.2 första stycket LUF-direktivet klargörs att vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska avgöras ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel på grundval av priset eller kostnaden och får innefatta bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vidare anges att bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska bedömas på grundval av kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter, som är kopplade till föremålet för kontraktet. Artiklarna innehåller även exemplifierande listor på sådana kriterier.

Av artikeltexterna och skälen framgår således klart att terminologin har ändrats jämfört med 2004 års direktiv och att en tilldelning alltid ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Begreppet ska användas som ett överordnat begrepp, och ska inte förväxlas med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i den betydelse det har enligt 2004 års upphandlingsdirektiv. Begreppet ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt 2004 års direktiv bör därför

Prop. 2015/16:195 enligt skäl 89 i LOU-direktivet och skäl 94 i LUF-direktivet ersättas med bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Förutom att ange att tilldelning ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet talar artiklarna om tre begrepp, priset, kostnaden och det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Av artikeltexten går det inte att entydigt utläsa hur dessa begrepp förhåller sig till varandra. I skäl 90 första stycket i LOU-direktivet och skäl 95 första stycket i LUF-direktivet anförs dock att det uttryckligen bör anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör bedömas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, som alltid bör inbegripa ett pris- eller kostnadselement. I samma skäl anges vidare att det likaså bör klargöras att en sådan bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet också kan göras på grundval av antingen enbart pris eller enbart kostnadseffektivitet. En tolkning av artiklarna utifrån skältexterna talar således för att det finns tre separata grunder för utvärdering. Denna tolkning vinner även stöd av artikel 67.2 tredje stycket i LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket i LUF-direktivet, där det anges att medlemsstaterna får föreskriva att upphandlande myndigheter och enheter inte får använda enbart priset eller kostnaden som det enda tilldelningskriteriet.

Direktiven anger vidare att det enda kriteriet för tilldelning vid innovationspartnerskap (artikel 31.1 fjärde stycket i LOU-direktivet och artikel 49.1 fjärde stycket i LUF-direktivet) och konkurrenspräglad dialog (artikel 30.1 tredje stycket LOU-direktivet och artikel 48.1 tredje stycket LUF-direktivet) ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Lagrådet har framfört att det är oklart vad som avses med begreppet tilldelningskriterier och hur detta begrepp förhåller sig till begrepp som grunder, kostnadseffektivitet och livscykelkostnader som används i lagtextförslag och författningskommentarer. Vidare framgår enligt Lagrådet inte hur nämnda begrepp förhåller sig till tekniska krav och specifikationer som avses i 9 kap. Det är enligt Lagrådet uppenbart att ett för upphandlingslagstiftningen så centralt begrepp måste vara klart och tydligt definierat och väl avgränsat mot andra uttryck för egenskaper och omständigheter som enligt lagstiftningen ska beaktas på ett eller annat sätt vid upphandlingen. Regeringen delar Lagrådets uppfattning att begreppen bör användas på ett sådant sätt att de klart kan skiljas från varandra. Som ovan konstateras används inte begreppen konsekvent i direktiven vilket i vissa fall har blivit överfört till lagrådsremissen. I den mån det är möjligt att hålla isär begreppen som förekommer i direktiven bör detta naturligtvis avspeglas i lagtext och skäl för att underlätta tillämpningen av bestämmelserna.

Enligt regeringens mening används i direktiven dels det överordnade begreppet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dels tre olika grunder för utvärdering som det överordnade begreppet innefattar. Dessa grunder är pris, kostnad och bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Pris får anses motsvara begreppet lägsta pris enligt 2004 års direktiv. I en upphandling där anbudena utvärderas på grunden pris utgör priset den enda faktor enligt vilken anbudna jämförs med varandra. Kostnad räknas enligt direktiven fram genom en analys av kostnadseffektivitet, exempelvis genom livscykelkostnadsanalys. Vid en utvärdering på

grunden kostnad kan således även ingå sådana kostnader som är förenade med anskaffningen som inte ingår i det pris leverantören har satt för varan, tjänsten eller byggtreprenaden.

Bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska bedömas på grundval av tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter. I skäl 92 tredje stycket i LOU-direktivet och skäl 97 tredje stycket i LUF-direktivet erinras om att tilldelning av kontrakt inte uteslutande bör grunda sig på andra kriterier än kostnader. Kvalitetskriterier bör därför åtföljas av ett kostnadskriterium som antingen kan avse priset eller kostnadseffektiviteten. Detta innebär att en utvärdering utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet även ska innefatta en bedömning av priset eller kostnaden i form av t.ex. livscykelkostnader. Eftersom priset i sin tur är en del i det utvidgade kostnadsbegreppet medför detta att en utvärdering på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet alltid innefattar även priset.

Både kvalitetskriterier och kostnadskriterier är således tilldelningskriterier som används för att utvärdera anbud på grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Kostnadskriterier som används för att fastsätta ett anbuds kostnadseffektivitet kan liksom kvalitetskriterier viktas inbördes. Vid utvärdering på grunden kostnad förekommer endast kostnadskriterier och inte några kvalitetskriterier. Alla tilldelningskriterier måste ha anknytning till det som ska anskaffas, det gäller såväl kvalitetskriterier som kostnadskriterier. Livscykelkostnader är en form av kostnadskriterier som är hänförliga till samtligaskeden av en vara, tjänst eller ett byggnadsverks livscykel. På samma sätt kan ett kvalitetskriterium ha anknytning till en vara, tjänst eller ett byggnadsverk under ett mer avlägset skede av livscykeln.

I jämförelse med de krav som anges i 9 kap. är tilldelningskriterierna relativa på så vis att anbud jämförs i fråga om hur väl de uppfyller kriterierna, medan de tekniska kraven är absoluta på så vis att ett anbud antingen uppfyller kravet eller inte. Någon jämförelse av hur väl ett tekniskt krav uppfylls ska således inte göras; en sådan jämförelse förutsätter att kravet i stället ställs upp som ett tilldelningskriterium. Det är givetvis viktigt att den upphandlande myndigheten utformar både krav och tilldelningskriterier på ett tydligt sätt så att det framgår vilka delar av beskrivningen som utgör krav som alla anbud ska uppfylla och vilka som utgör kriterier där anbud jämförs med varandra i en utvärdering.

Lagrådet har föreslagit en annan benämning på de egenskaper och förhållanden som ska beaktas vid själva utvärderingen av anbud, som i direktivet benämns tilldelningskriterier. Lagrådet föreslår att dessa ska benämnas kriterier för utvärdering av anbud eller utvärderingskriterier. Regeringen anser emellertid att det är lämpligare att använda det begrepp som används i direktivet och som är inarbetat genom nuvarande lagstiftning. Genom att lagstiftningen är konsekvent i användandet av begreppen tilldelningskriterier och grunder för utvärdering av anbud så undanröjs också i stor utsträckning de oklarheter som Lagrådet har funnit utan att begreppet tilldelningskriterier behöver utmönstras.

Några remissinstanser framför att regleringen i de nya lagarna endast bör utgå från begreppet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Regeringen anser dock att det vore olämpligt att bara använda det överordnade begreppet, eftersom en sådan reglering hade gjort lagstiftningen mindre tydlig och svårare att tillämpa.

Mot bakgrund den ovan redovisade tolkningen av direktiven framstår det, som bl.a. *PTS* och *SOI* anför, inte heller som lämpligt att använda begreppet kostnad som samlande beteckning för både kostnads-effektivitet och kvalitetskriterier. *Malmö kommun, Västra Götalands läns landsting, Advokatfirman Lindahl* och *Sveriges Arkitekter* framhåller dessutom att direktivens ökade fokus på kvalitet samt miljö- och sociala hänsyn inte framgår om begreppen pris och kostnad används.

Regeringen anser, i likhet med bl.a. *Förvaltningsrätten i Malmö* och *SOI*, att bestämmelserna bör ges en mer direktivnära utformning. Bestämmelserna bör därför ange att vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris. Genom att lagtexten uttryckligen anger dessa tre separata grunder för utvärdering blir det tydligare att regleringen ger möjlighet att använda det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller det bredare kostnadsbegreppet, inklusive livscykelkostnader, som alternativ till kriteriet pris. Den nya begreppsbildningen medför även vissa andra lagtekniska justeringar i utredningens förslag. Som utredningen anført innebär direktivens nya utformning emellertid inte någon materiell ändring i förhållande till 2004 års upphandlingsdirektiv.

Lagrådet har föreslagit att ordningen i lagen ska vara den omvända, där pris anges först, kostnad därefter och sist bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Regeringen anser emellertid att signalvärdet, om än subtilt, i att lyfta fram utvärderingsgrunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet i första ledet har en viss betydelse. Regeringen finner inte heller behov av att som Lagrådet föreslår i lagtexten ange att det ska vara fråga om lägsta pris och lägsta kostnad. Uttrycket lägsta har utmönstrats i de nya direktiven vilket även bör avspglas i den svenska lagtexten.

Vid sidan av den nya utformningen av grunderna för utvärdering som behandlats ovan innehåller de nya direktiven ytterligare exemplifierande uppräknningar av kriterier som kan användas för att bedöma det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet (artikel 67.2 a–c i LOU-direktivet och artikel 82. 2 a–c i LUF-direktivet). *Trafikverket, Konkurrensverket, Svenska Teknik&Designföretagen* och *Sveriges Arkitekter* anser att den exemplifierande förteckningen bör införas i själva lagtexten och betonar att de uppräknade exemplen är värdefulla som vägledning. *Försäkringskassan* framhåller särskilt att möjligheten att som tilldelningskriterium använda bl.a. kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet bör framgå av lagtexten. Regeringen delar uppfattningen att direktivens exempel kan tjäna till vägledning för tillämpningen. De exemplifierande listorna är dock omfattande och utformade på ett sådant sätt att de inte utan lagtekniska svårigheter kan införas i lagarna. Det finns även en risk att en sådan exemplifiering i praktiken kan komma att uppfattas som en uttömmande

reglering, vilket inte är avsikten. Regeringen anser därför att övervägande skäl talar mot att införa exemplifieringen i lagtexten. Det är tillräckligt att ange att utvärderingen på grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet ska göras med tillämpning av tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter. Det bör understrykas att denna utformning av lagtexten inte innebär någon begränsning av vilka kriterier som är möjliga att använda i förhållande till LOU och LUF.

Naturvårdsverket anser att möjligheterna att ställa funktionsbaserade miljökrav bör utökas, t.ex. genom att i de nya lagarna uttryckligen ange att ett tilldelningskriterium kan vara en miljöfunktion hos en vara eller tjänst. Enligt regeringen framgår denna möjlighet dock redan av de föreslagna bestämmelserna.

Slutligen vill regeringen, i likhet med bl.a. *Sveriges åkeriföretag*, framhålla att stöd i form av vägledning och liknande från upphandlingsstödet kommer att vara ett viktigt verktyg för att underlätta för upphandlande myndigheter och enheter att tillämpa bestämmelserna.

Val av grund för utvärdering

Som framgått medger även regelverket i 2014 års upphandlingsdirektiv att kontrakt tilldelas enbart på grunden pris. En annan sak är att medlemsstaterna enligt artikel 67.2 tredje stycket LOU-direktivet och artikel 82.2 tredje stycket LUF-direktivet får begränsa användningen av pris eller kostnad som grund för utvärdering. Flera remissinstanser, bl.a. *LRF* och flera idéburna organisationer, anser att denna möjlighet bör utnyttjas för att bättre balansera relationen mellan pris och kvalitet. Regeringen vill dock, i likhet med ett antal remissinstanser, bl.a. *FMV*, *Malmö kommun* och *SOI*, understryka att en utvärdering på grunden pris inte innebär att det inte kan ställas några krav på kvaliteten på det som ska upphandlas. Tvärtom är det möjligt att uppställa höga krav på kvalitet i form av obligatoriska krav även när avsikten är att endast utvärdera priset. Ett sådant förfarande innebär att endast de anbud som uppfyller de uppställda kvalitetskraven kommer att utvärderas utifrån priset. En utvärdering på grunden pris innebär således inte i sig att myndigheten eller enheten behöver bortse från kvalitetsaspekterna. Annorlunda uttryckt finns det, som flera remissinstanser påtalar, inget motsatsförhållande mellan kvalitet och utvärdering på grunden pris. Mot denna bakgrund finner regeringen att möjligheten enligt direktiven att begränsa användningen av pris och kostnad inte bör utnyttjas.

Vilken grund för utvärdering som bör användas i en upphandling får avgöras av de upphandlande myndigheterna och enheterna utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Regeringen vill dock understryka vikten av att upphandlande myndigheter och enheter ställer väl genomtänkta kvalitetskrav. Upphandlingsutredningen 2010 gjorde bedömningen att detta förmodligen är den enskilt viktigaste åtgärden för att upphandla god kvalitet och regeringen instämmer i den bedömningen (se SOU 2013:12 s. 135 ff.). Det är likaså viktigt att myndigheter och enheter beaktar miljöhänsyn och sociala hänsyn när detta är ändamålsenligt. Det kan t.ex. framhållas att beaktandet av livscykelkostnader både kan leda till minskade kostnader för det

Prop. 2015/16:195 allmänna och mindre miljöpåverkan, samt att användningen av funktionsbaserade miljökrav kan stimulera utvecklingen av innovativa lösningar. I detta sammanhang kan det också nämnas att regeringen har för avsikt att ta fram en nationell upphandlingsstrategi. Rätt använd kan upphandlingen utgöra ett effektivt instrument för att åstadkomma flera positiva effekter i samhället, bl.a. främja en ökad tillväxt och sysselsättning och en minskad arbetslöshet samt en hållbar utveckling med hänsyn till miljömässiga, sociala och etiska aspekter.

I artikel 67.2 andra stycket LOU-direktivet och artikel 82.2 andra stycket LUF-direktivet anges att det är möjligt att låta kostnadselementet ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad och låta leverantörerna endast konkurrera med kvalitetskriterier. Bland andra *Trafikverket*, SOI och *Samverkansorganet i Värmlands län (Region Värmland)* påtalar att dessa bestämmelser i förtydligande syfte bör genomföras i uttryckliga bestämmelser i de nya lagarna. Regeringen bedömer dock att det redan av de föreslagna bestämmelserna framgår att det inte finns något hinder för att upphandlande myndigheter och enheter bestämmer ett fast pris och låter leverantörerna konkurrera i fråga om kvalitetskriterier. De nya direktiven innebär i detta avseende ingen materiell ändring av rättsläget. Det finns därmed inte skäl att genomföra dessa bestämmelser i lagtexten.

Tilldelningskriteriernas anknytning till det som ska anskaffas

I de nya direktiven finns särskilda bestämmelser om tilldelningskriteriernas koppling till föremålet för kontraktet (artikel 67.3 i LOU-direktivet och artikel 82.3 i LUF-direktivet). Av artiklarna framgår att tilldelningskriterierna ska anses vara kopplade till kontraktsföremålet om de avser de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska tillhandahållas inom ramen för det kontraktet i alla avseenden och i alla skeden av deras livscykel.

Bestämmelserna bör i likhet med utredningens förslag genomföras i uttryckliga bestämmelser i lagarna och utformas på ett direktivnära sätt, dock bör, som Lagrådet föreslagit, uttryckssättet anknytning till det som ska anskaffas användas i stället för koppling till kontraktsföremålet. Det kan konstateras att den svenska språkversionen av direktiven avviker från de engelska, franska, tyska och danska språkversionerna i det att de anger att kriterierna ska avse aktuell vara, tjänst eller byggtreprenad ”i alla avseenden”. I övriga nyss nämnda språkversioner används i stället in any respect, à quelque égard, in irgendeiner Hinsicht respektive ethvert aspekt. Regeringen drar av detta slutsatsen att den svenska språkversionen fått en mindre lyckad utformning i denna del och anser därför att bestämmelserna bör ange att kriterierna ska avse aktuell vara, tjänst eller byggtreprenad ”i något avseende”. Den ändrade lydelsen är inte avsedd att innebära någon materiell ändring av bestämmelsens innehåll i förhållande till direktiven.

Trafikverket anser att de exempel som räknas upp i artiklarna bör skrivas in i lagtexten. Regeringen instämmer dock i utredningens bedömning att bestämmelserna inte bör innehålla någon motsvarighet till de exemplifierande uppräkningsarna.

Flera remissinstanser, bl.a. *Sveriges Bussföretag*, *Svenskt Näringsliv*, *Teknikföretagen* och *Elektriska Installatörsorganisationen (EIO)* anser

att lagtexten bör förtydligas och framhåller att de nya direktiven anger att tilldelningskriterier ska anses vara kopplade till föremålet för den offentliga upphandlingen oavsett om de utgör en del av varan eller tjänsten, vilket är en förändring som riskerar att få synnerligen ingripande återverkningar i företagen. Några av dessa remissinstanser erinrar i sammanhanget om proportionalitetsprincipen och betonar vikten av god vägledning och tillämpningsstöd. *Kommerskollegium* anser att regleringen kan medföra att krav som har en förhållandevis svag koppling till kontrakt föremålet godtas i större utsträckning, vilket vore negativt ur handelsperspektiv eftersom förutsebarheten minskar för leverantörerna. Med anledning av dessa synpunkter vill regeringen dock understryka att det redan av EU-domstolens praxis framgår att det inte krävs att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana, dvs. ett element som faktiskt utgör en del av varan (se dom kommissionen mot Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284, och där angiven praxis). EU-domstolen har följaktligen fastslagit att det i princip inte finns några hinder mot att använda ett kriterium som innebär att en vara ska komma från rättvis handel eller ett kriterium som består i att levererad el ska produceras från förnybara energikällor. I vart fall i detta avseende synes direktivens bestämmelser om kopplingen mellan tilldelningskriterierna och det som ska anskaffas inte innebära någon genomgripande förändring av rättsläget. Den närmare innebörden av bestämmelserna kommer dock att få prövas i rättstillämpningen och ytterst avgöras av EU-domstolen.

Tilldelningskriteriernas utformning

I artikel 67.4 i LOU-direktivet och artikel 82.4 i LUF-direktivet slås vissa grundläggande regler fast som måste iakttas när tilldelningskriterierna utformas. Av artiklarna följer att kriterierna inte får utformas så att de ger den upphandlande myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet. Kriteriernas utformning ska vidare garantera en effektiv och rättvis konkurrens. Kriterierna ska dessutom kompletteras med specifikationer som gör det möjligt att effektivt kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna lämnar med avseende på hur väl anbudet uppfyller tilldelningskriterierna. I tveksamma fall ska myndigheten eller enheten effektivt kontrollera om de uppgifter och bevis som har lämnats av anbudsgivarna är korrekta. Bestämmelserna synes i huvudsak utgöra en kodifiering av EU-domstolens praxis (se bl.a. dom EVN och Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, och där angiven praxis). Bestämmelserna bör genomföras på det sätt som utredningen föreslagit, med vissa redaktionella justeringar bl.a. i linje med *Konkurrensverkets* synpunkter.

Viktning av tilldelningskriterier

Artikel 67.5 i LOU-direktivet och artikel 82.5 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser som rör viktning av kriterier. Bestämmelserna bör genomföras på det sätt utredningen föreslagit med vissa justeringar som bl.a. följer av den nya begreppsbyggnaden som redogjorts för ovan.

I LOU och LUF har bestämmelserna om grunder för tilldelning och tilldelningskriterier som gäller vid icke direktivstyrda upphandlingar utformats på motsvarande sätt som regleringen som gäller vid direktivstyrda upphandlingar. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya lagarna. Regeringen anser, i likhet med *EIO*, att regleringarna bör överensstämma i sak. Vissa förenklingar bör dock, i enlighet med utredningens förslag, kunna göras i bestämmelserna som gäller vid icke direktivstyrda upphandlingar.

25.2 Livscykelkostnader vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Kostnader under livscykeln för en vara, tjänst eller ett byggnadsverk ska få beaktas av upphandlande myndigheter och enheter när de utvärderar anbud på någon av grunderna kostnad eller bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Sådana kostnader kan omfatta kostnader som myndigheten, enheten eller någon annan användare ska betala samt kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar och kontrolleras.

De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om vad som ska anges i upphandlingsdokumenten vad gäller livscykelkostnader och om metoder för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter.

Regeringens bedömning: Bestämmelserna i direktiven om unionsrättsliga obligatoriska metoder för beräkning av livscykelkostnader bör inte genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna.

Det bör inte införas några bestämmelser om livscykelkostnader vid icke direktivstyrda upphandlingar.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag och bedömning. Enligt utredningens förslag betraktas dock även kostnader för externa miljöeffekter som sådana kostnader som den upphandlande myndigheten, enheten eller någon annan användare ska betala.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig över förslaget tillstyrker eller har inget att invända mot det. Flera remissinstanser efterfrågar dock förtydliganden och betonar behovet av att det fortlöpande tas fram vägledningar, beräkningsverktyg och andra former av stöd för tillämpningen av bestämmelserna.

Sveriges Offentliga Inköpare (SOI) delar bedömningen att direktivens bestämmelser om unionsrättsliga obligatoriska metoder för beräkning av livscykelkostnader inte bör genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över bedömningen att det inte bör införas bestämmelser om livscykelkostnader vid icke direktivstyrda upphandlingar.

I de nya direktiven finns särskilda bestämmelser om livscykelkostnader i artikel 68 i LOU-direktivet och artikel 83 i LUF-direktivet. Möjligheterna att ta hänsyn till livscykelkostnader behandlas också i skälen 95 och 96 i LOU-direktivet och skälen 100 och 101 i LUF-direktivet. Artiklarna innehåller bl.a. bestämmelser om vilka kostnader som är att anse som livscykelkostnader och om vilka krav som ska ställas på de metoder som används för att beräkna livscykelkostnader.

Det bör inledningsvis konstateras att det redan enligt 2004 års upphandlingsdirektiv är möjligt att tilldela kontrakt efter en utvärdering av livscykelkostnader. Även om det inte uttryckligen framgår av LOU och LUF har således upphandlande myndigheter och enheter redan i dag möjlighet att beakta livscykelskostnader vid utvärdering av anbud. Regeringen instämmer, liksom *Kammarrätten i Stockholm*, i utredningens bedömning att bestämmelserna om livscykelkostnader i 2014 års upphandlingsdirektiv inte innebär någon förändring av möjligheterna att beakta livscykelkostnader. Som utredningen anför kan de klargöranden som görs i skälen och artiklarna i de nya direktiven däremot antas syfta till att få till stånd en förändrad attityd till användningen av livscykelkostnader vid utvärdering. Flera remissinstanser, bl.a. *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *SOI* och *Läkemedelsindustriföreningens Service AB (LIF)*, påtalar också att bestämmelserna ökar tydligheten i regleringen vilket kan bidra till en ökad användning av livscykelkostnader som tilldelningskriterium.

För att bidra till en sådan utveckling och tydliggöra det upphandlingsrättsliga utrymmet att beakta livscykelkostnader bör bestämmelserna i artikel 68.1 och 68.2 i LOU-direktivet och artikel 83.1 och 83.2 i LUF-direktivet genomföras i uttryckliga föreskrifter i de nya lagarna. Bestämmelserna bör i huvudsak genomföras på det sätt utredningen föreslår. Bestämmelserna som innehåller exempel på kostnader som kan beaktas som livscykelkostnader bör dock utformas på ett mer direktivnära sätt, så att skillnaden mellan interna och externa kostnader uttryckligen framgår av bestämmelserna. Med interna kostnader avses enligt ovan nämnda artiklar kostnader som betalas av den upphandlande myndigheten eller enheten eller av någon annan användare. Exempel på sådana kostnader är kostnader för förvärv och användning samt återvinningskostnader och andra kostnader vid livslängdens slut. Kostnader för externa miljöeffekter kan innefatta kostnader för utsläpp av växthusgaser och andra förorenande ämnen samt andra klimatanpassningskostnader. Därutöver bör det, som påtalas av *Västra Götalands läns landsting*, tydliggöras att uppräknningen i bestämmelserna endast är exemplifierande.

Flera remissinstanser, bl.a. *Kriminalvården*, *Jönköpings läns landsting*, *Västra Götalands läns landsting*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *SOI*, *LIF*, *Svensk kollektivtrafik Service AB*, *Swedish Medtech* och *Sveriges Åkeriföretag*, framhåller att det finns behov av vägledningar och stöd för upphandlande myndigheter och enheter vad gäller tillämpningen av bestämmelserna. Regeringen delar denna uppfattning. Som flera av dessa remissinstanser framför är sådant stöd en viktig förutsättning för att kunna åstadkomma att livscykelkostnader i högre grad beaktas vid

Prop. 2015/16:195 utvärdering av anbud. Regeringen vill dock i sammanhanget understryka att de nya bestämmelserna inte innebär någon ändring av rättsläget vad gäller utrymmet för att beakta livscykelkostnader, utan att de syftar till att tydliggöra det upphandlingsrättsliga utrymmet som redan finns.

Det kan även noteras att flera olika aspekter på hur livscykelkostnader kan beräknas behandlades av Upphandlingsutredningen 2010 (SOU 2013:12 s. 459 ff.). Upphandlingsutredningen 2010 identifierade vidare att en av orsakerna till att livscykelperspektivet hittills inte hade hamnat i förgrunden var att det hos många upphandlande myndigheter och enheter fanns en osäkerhet om vilka vinster som skulle kunna hämtas hem och om hur man skulle gå till väga rent kalkylmässigt.

Regeringen konstaterar att det finns behov av att ta fram vägledningar på området, samt behov av metoder och verktyg för att mäta och följa upp livscykelkostnader. Dessa behov gör sig, som flera remissinsanser påpekar, inte minst gällande vad gäller kostnader för externa miljöeffekter.

Unionsrättsliga metoder för beräkning av livscykelkostnader

Av artikel 68.3 i LOU-direktivet och artikel 83.3 i LUF-direktivet framgår att när en gemensam metod för beräkning av livscykelkostnader har gjorts obligatorisk genom unionsrätten, ska den metoden tillämpas för bedömning av livscykelkostnader. Sådana rättsakter ska anges i bilaga XIII till LOU-direktivet och bilaga XV till LUF-direktivet. I dessa bilagor nämns för närvarande en rättsakt, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/33/EG av den 23 april 2009 om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon. Detta direktiv har genomförts genom lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster och förordningen (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster (prop. 2010/11:118, bet. 2010/11:FiU37, rskr. 2010/11:303). Regeringen instämmer i utredningens bedömning att det inte finns anledning att genomföra bestämmelserna i artikel 68.3 i LOU-direktivet respektive artikel 83.3 LUF-direktivet genom särskilda föreskrifter i de nya lagarna.

Livscykelkostnader utanför det direktivstyrda området

Som framgår av avsnitt 31.1 föreslås i detta lagstiftningsärende inte några genomgripande förändringar av nuvarande regelverk för upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Regelverket för sådana upphandlingar är inte heller föremål för en lagteknisk översyn i detta sammanhang. Mot denna bakgrund instämmer regeringen i utredningens bedömning att det inte bör införas några bestämmelser om livscykelkostnader vid icke direktivstyrda upphandlingar. Även utan sådana bestämmelser är det möjligt att beakta livscykelkostnader vid icke direktivstyrda upphandlingar.

25.3 Onormalt låga anbud vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Prop. 2015/16:195

Regeringens förslag: Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära att leverantören lämnar en förklaring till det låga priset.

En upphandlande myndighet eller enhet ska förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt och leverantören inte på ett tillfredsställande sätt förklarat det låga priset.

En upphandlande myndighet eller enhet ska förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Om en upphandlande myndighet eller enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska myndigheten eller enheten ge leverantören en möjlighet att visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Om leverantören inte visat att stödet är förenligt med EUF-fördraget ska anbudet förkastas.

Bestämmelserna om onormalt låga anbud som gäller vid icke direktivstyrda upphandlingar ska i huvudsak motsvara bestämmelserna som gäller vid direktivstyrda upphandlingar.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några särskilda bestämmelser om administrativt samarbete vad gäller onormalt låga anbud i de nya lagarna.

Utredningens förslag: Överensstämmer delvis med regeringens förslag och bedömning. Utredningen föreslår dock inte några uttryckliga bestämmelser om den upphandlande myndighetens och enhetens skyldighet att begära en förklaring om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Utredningen föreslår vidare att det ska införas bestämmelser om administrativt samarbete vad gäller onormalt låga anbud i de nya lagarna.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna som yttrar sig särskilt i frågan är positiva till förslaget. *Arbetsförmedlingen*, *Sandvikens kommun*, *Stockholms läns landsting*, *Lantbrukarnas Riksförbund (LRF)*, *Vision*, och *Svenska Teknik&Designföretagen* tillstyrker förslaget. *Konkurrenskommissionen* anser att direktiven medför en obligatorisk skyldighet att förkasta onormalt låga anbud och att bestämmelserna bör utformas direktivnära. *Sveriges Offentliga Leverantörer* tillstyrker att det införs en skärpt skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att undersöka vad de uppfattar som onormalt låga anbud. *Arbetsmiljöverket* välkomnar att genomförandet innebär ett tydligare stöd för möjligheten att utesluta leverantörer på grund av onormalt låga anbud som hänger samman med att leverantörer inte iakttar regler på miljö-, social- och arbetsrättens område. *Kommerskollegium* pekar på vikten av att leverantörer från tredje land inte diskrimineras och att anbud inte förkastas på godtyckliga grunder.

Skatteverket, *Trafikverket*, *Konkurrensverket*, *Svenskt Näringsliv* och *Sveriges advokatsamfund* anser att den svenska regleringen inte bör gå längre än vad som krävs enligt direktiven, nämligen att onormalt låga

Prop. 2015/16:195 anbud ska förkastas om priset är onormalt lågt på grund av att det inte uppfyller tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, men att möjligheten att förkasta sådana anbud i övrigt är fakultativ, dvs. om en tillfredsställande förklaring inte lämnats så får den upphandlande myndigheten förkasta anbudet. Konkurrensverket och *Västra Götalands läns landsting* framhåller att förslaget medför en risk för ett ökat antal överprövningar.

Remissinstanserna yttrar sig inte över förslaget om bestämmelser gällande administrativt samarbete. Några remissinstanser efterfrågar förtydliganden.

Förslaget i delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal och i utkastet till lagrådsremissen Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Migrationsverket* anser att bestämmelserna om onormalt låga anbud leder till betydande bevisvärigheter för den upphandlande myndigheten att styrka att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. *Domstolsverket* pekar på att det inte framgår klart av förslaget till 16 kap. 11 § nya LOU eller dess motiv om det även i andra stycket krävs att leverantören inte har kunnat ge en tillfredsställande förklaring till sitt anbud för att anbudet ska få förkastas. *Upphandlingsmyndigheten* anser att eftersom 16 kap. 11 § första stycket nya LOU går längre än vad som krävs enligt artikel 69 i LOU-direktivet, har myndigheten svårt att se vad andra stycket i paragrafen tillför. Även *Kammarkollegiet* och *Advokatfirman Delphi* anser att andra stycket saknar självständig betydelse och är överflödigt.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Om priset är onormalt lågt och detta beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, kan ett anbud enligt nuvarande regler förkastas. Detta följer av 12 kap. 3 § andra stycket 4 i LOU och LUF samt uttalandena i författningskommentaren om att även iakttagande av bestämmelser om miljöskydd kan omfattas av en myndighets begäran om förklaring (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 408).]

De nya direktivens bestämmelser om onormalt låga anbud återfinns i artikel 69 i LOU-direktivet och i artikel 84 i LUF-direktivet. Onormalt låga anbud berörs även i skäl 103 i LOU-direktivet och skäl 108 i LUF-direktivet.

Regeringen instämmer, liksom *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)*, i utredningens bedömning att de nya direktiven sammantaget ger uttryck för en mer restriktiv syn på möjligheten att godta onormalt låga anbud. Som utredningen anför ligger det också i det allmänna språkbruket att vad som kan konstateras vara onormalt lågt inte motsvarar vad som kan sägas vara allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn. Den upphandlande myndigheten eller enheten har vidare en skyldighet att se till att upphandlingen är effektiv, bl.a. i den meningen att de ska säkerställa att leverans kan ske i enlighet med kontraktet. Om ett lågt anbud inger farhågor beträffande leveranssäkerhet m.m., kan det

hävdas att det allmänna kravet på att en myndighet eller enhet ska iakttä skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling medför att det i praktiken inte finns något utrymme att godta ett sådant anbud. Som *Stockholms läns landsting* anför framstår det också som logiskt och inte begränsande för myndigheters eller enheters handlingsutrymme att möjligheten att förkasta ett onormalt lågt anbud blir en skyldighet när anbudets pris inte kunnat förklaras tillfredställande. Även *Elektriska Installatörsorganisationen (EIO)* anser att det är självklart att en upphandlande myndighet eller enhet, efter att ha kommit fram till att ett anbud är onormalt lågt, förkastar anbudet om inte en tillfredsställande förklaring kan ges från anbudsgivaren.

Några remissinstanser anser att utredningens förslag går utöver vad som framgår av direktiven. *Konkurrensverket* framför att förslaget riskerar att krångla till detta i grunden mycket viktiga verktyg för att stävja osund konkurrens och oseriösa företag. *Konkurrensverket* och *Västra Götalands läns landsting* befarar också att den föreslagna regleringen riskerar att kraftigt öka antalet ansökningar om överprövning som grundas på att vinnande anbud är onormalt lågt och borde ha förkastats. Regeringen har visserligen förståelse för dessa farhågor, men vill också framhålla att en tydligare formulerad reglering med en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud kan leda till en mer förutsägbar tillämpning av bestämmelserna och på sikt till en minskad förekomst av onormalt låga anbud i upphandlingar. Det bör också noteras att skyldigheten att förkasta ett anbud inträder först när myndigheten eller enheten gjort bedömningen att anbudet är onormalt lågt och att leverantören inte har förklararat detta på ett tillfredställande sätt.

När det gäller skyldigheten att begära en förklaring till att ett anbud förefaller vara onormalt lågt eller att förkasta ett anbud med ett för lågt pris om detta beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, är majoriteten av remissinstanserna som yttrar sig över Genomförandeutredningens förslag positiva till den särskilda frågan om onormalt låga anbud som hör samman med miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Att inkludera dessa i bestämmelserna om onormalt låga anbud i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna kompletterar genomförandet av artikel 69 i LOU-direktivet och i artikel 84 i LUF-direktivet. Några remissinstanser, bl.a. *Kammarkollegiet* och *Advokatfirman Delphi*, ifrågasätter emellertid behovet av den kompletterande regeln för de nämnda skyldigheterna. Regeringen har förståelse för det men anser att skyldigheterna har sådan betydelse att de, i likhet med regleringen i direktiven, bör lyftas fram i lagtext genom att ges ett eget stycke. Frågan om det krävs avsaknad av en tillfredställande förklaring för att anbudet i sådana fall ska kunna förkastas ger direktivtexten inget entydligt svar på. Den skyldigheten att förkasta anbudet är självständig i direktiven. Där framgår bara att myndigheten eller enheten ska ge en möjlighet för leverantören att ge en förklaring till onormalt låga anbud och att förklaringen kan avse miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Migrationsverket pekar på svårigheter med bevisning när det gäller just dessa skyldigheter. Skyldigheten att förkasta ett anbud inträder först när myndigheten eller enheten gjort bedömningen att anbudet är onormalt

Prop. 2015/16:195 lågt och att leverantören inte förmått förklara detta på ett tillfredställande sätt. Enligt regeringens mening bör svårigheterna därför inte vara större för dessa situationer än för övriga situationer som kan leda till förkastande av ett anbud. Snarare torde utrymmet för att förkasta ett sådant anbud vara större.

Sammanfattningsvis instämmer regeringen i utredningens bedömning av hur nu aktuella direktivbestämmelser ska förstås och bör genomföras. Bestämmelserna om onormalt låga anbud i de nya lagarna bör enligt regeringen därmed utformas i huvudsak på det sätt som utredningen föreslår, dvs. med den materiella skillnaden i förhållande till nuvarande 12 kap. 3 och 4 §§ i både LOU och LUF att möjligheten att förkasta ett onormalt lågt anbud blir en skyldighet när anbudets pris inte förklarats tillfredsställande. Regeringen anser dock att bestämmelserna i de nya lagarna vad gäller skyldigheten att begära en förklaring till anbud som förefaller vara onormalt låga bör utformas på ett lagtekniskt mer direktivnära sätt. Denna skyldighet bör, liksom i de nya direktiven, framgå av en särskild bestämmelse. På så sätt tydliggörs och framhävs denna skyldighet även i de nya lagarna. Bestämmelserna om anbud som är onormalt låga på grund av statligt stöd bör, med vissa redaktionella justeringar, genomföras på det sätt utredningen föreslår. Några remissinstanser efterfrågar förtydliganden vad gäller tillämpningen av bestämmelserna och fördelningen av bevisbördan. Detta behandlas i författningskommentaren till den aktuella bestämmelsen.

I LOU och LUF har bestämmelserna om onormalt låga anbud som gäller vid icke direktivstyrda upphandlingar utformats på motsvarande sätt som regleringen som gäller vid direktivstyrda upphandlingar. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya lagarna. Vissa förenklingar bör dock, i likhet med utredningens förslag, kunna göras i bestämmelserna som gäller vid icke direktivstyrda upphandlingar.

Administrativt samarbete

I artikel 69.5 i LOU-direktivet och 84.5 i LUF-direktivet finns bestämmelser om administrativt samarbete och informationsutbyte mellan medlemsstaterna som gäller särskilt vid onormalt låga anbud. Regeringen instämmer i utredningens bedömning att syftet med dessa bestämmelser får anses tillgodosett redan genom en tillämpning av de allmänna bestämmelserna om administrativt bistånd i förslagen till nya upphandlingslagar. Det bör därför inte införas några särskilda bestämmelser om administrativt samarbete vad gäller onormalt låga anbud i de nya lagarna.

Regeringens förslag: Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, får den upphandlande myndigheten eller enheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet. Detta ska gälla enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningarnas förslag och förslaget i utkastet till lagrådsremissen Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Enligt *Domstolsverket* bör det tydligare framgå att upphandlande myndighet ska fastställa att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga krav för att beslut att inte tilldela ska kunna fattas. *Skatteverket*, *Arbetsmiljöverket*, *Trafikverket* och *Företagarna* har svårt att tolka förslaget varför flera av dem avstyrker det. *Upphandlingsmyndigheten* välkomnar ett klagande av vilka situationer som träffas av bestämmelsen. Bestämmelsen utgör enligt *Advokatfirman Delphi* en överreglering, eftersom anbud som inte uppfyller skall-krav ska förkastas, och bör följaktligen inte genomföras i svensk rätt.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet får upphandlande myndigheter besluta att inte tilldela ett kontrakt till den anbudsgivare som lämnat in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om de har fastställt att anbudet inte överensstämmer med de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet. Motsvarande gäller enligt artikel 76.6 i LUF-direktivet. Som flera remissinstanser konstaterar ger direktiven inte mycket vägledning om hur dessa bestämmelser ska tolkas. Trots detta delar regeringen inte *Advokatfirman Delphis* uppfattning att förslaget skulle innebära en överreglering. Såvitt kan utläsas av direktiven krävs nämligen inte att de skyldigheter som leverantörerna kan bryta emot återges som skall-krav eller på annat sätt återfinns i upphandlingsdokumenten. Det torde därför räcka med att något i leverantörens anbud inte är förenligt med en skyldighet inom de aktuella områdena för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska få besluta att inte tilldela kontraktet till den leverantören. Som alltid ska dock en proportionalitetsbedömning ske varför varje överträdelse inte ska leda till att anbudet inte tilldelas. Att den upphandlande myndigheten först ska fastställa att leverantören brutit mot en skyldighet tydliggör enligt regeringens bedömning att det ska stå klart att anbudet inte stämmer överens med en skyldighet för att myndigheten ska kunna bestämma att inte tilldela leverantören kontraktet trots att den lämnat det annars vinnande anbudet. När det gäller *Upphandlingsmyndighetens* fråga om vilka situationer bestämmelsen är avsedd att träffa, torde den enligt regeringens bedömning ses som en säkerhetsventil som ska garantera att en leverantör inte ska tilldelas ett kontrakt i den aktuella situationen trots att den upphandlande myndigheten eller enheten inte reglerat alla rättsliga skyldigheter i upphandlingsdokumenten. Regeringen finner därför att direktivens artiklar har ett mervärde och således ska genomföras i den nya lagen om

Prop. 2015/16:195 offentlig upphandling och i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Lagrådet har anfört att det inte är godtagbart att det föreskrivs uttryckligen att ett anbud ska förkastas om vissa krav inte är uppfyllda men att någon motsvarande lagreglering inte finns i fråga om andra krav. Regeringen kan dock konstatera att den skillnaden följer av direktivbestämmelserna och beror på den betydelse som getts miljö, sociala och arbetsrättsliga hänsyn i de nya direktiven. I vilken omfattning bestämmelsen kommer att tillämpas och hur den förhåller sig till övriga bestämmelser i lagarna där sådana hänsyn kan tas får utvecklas vid tillämpningen med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och proportionalitet.

Utredningarna föreslår att bestämmelserna som genomför dessa artiklar ska placeras i anslutning till reglerna om tilldelning av kontrakt i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. En sådan placering innebär att oavsett var i anbudet bristerna i överensstämmelse med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga regler finns, får den upphandlande myndigheten eller enheten besluta att inte tilldela kontraktet till den annars vinnande leverantören om anbudet inte överensstämmer med dessa regler. Regeringens förslag till genomförande motsvarar därför utredningarnas förslag.

25.5 Tilldelning av koncessioner

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession på grundval av tilldelningskriterier som får innefatta miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier om innovation.

Den nya lagen ska innehålla bestämmelser om tilldelningskriteriernas utformning, kriteriernas prioriteringsordning och om att upphandlande myndigheter eller enheter ska kontrollera uppgifter som lämnas.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår en delvis annorlunda utformning av lagtexten.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig särskilt över förslaget. *Tillväxtverket* välkomnar att tilldelningskriterierna får innefatta miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation. För att det i praktiken ska vara möjligt att bedöma anbudena på grundval av bl.a. sociala kriterier anser *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* att det krävs att möjligheten att ta sådana hänsyn på ett tydligare sätt genomsyrar genomförandet i svensk rätt. TCO anser även att en möjlighet att ifrågasätta onormalt låga anbud bör införas. Några remissinstanser efterfrågar förtydliganden och har lagtekniska synpunkter.

Skälen för regeringens förslag

Bestämmelser om tilldelning av koncessioner finns i LUK-direktivets avdelning II. Denna avdelning har två kapitel, där det första kapitlet

handlar om allmänna principer och det andra om förfarandegarantier. En jämförelse med LOU-direktivet och LUF-direktivet visar att regleringen av tilldelningen av koncessioner är betydligt liberalare i den meningen att det saknas detaljreglering. Direktivet innehåller t.ex. inte några bestämmelser om att tilldelning ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, om beaktande av livscykelkostnader eller om onormalt låga anbud. Det kan i sammanhanget noteras att direktivet enligt skäl 1 och 2 syftar till att skapa en lämplig, balanserad och flexibel rättslig ram för tilldelning av koncessioner samt att bestämmelserna bör vara entydiga och enkla och inte skapa överdriven byråkrati. Detta torde vara skälen till att regleringen om tilldelning av koncessioner lämnar ett stort handlingsutrymme åt de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Tilldelningskriterier

Tilldelningskriterier behandlas i artikel 41 i LUK-direktivet. I artikeln anges att koncessioner ska tilldelas på grundval av objektiva kriterier som uppfyller vissa närmare angivna krav av grundläggande karaktär. Kriterierna får innefatta bl.a. miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation. Av skäl 73 framgår bl.a. att det kan hänvisas till faktorer som inte är rent ekonomiska, men som påverkar värdet av ett anbud ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel och som gör det möjligt att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten. Det ekonomiska resultatet av koncessionen ska således bedömas ur myndighetens eller enhetens synvinkel och ska göra det möjligt att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för denna. Direktivet innehåller även bestämmelser om tilldelningskriteriernas prioriteringsordning, om ändring av prioriteringsordningen och om information och annonsering av sådana ändringar.

Regeringen instämmer i huvudsak i utredningens förslag till genomförande. Direktivets bestämmelser bör därför genomföras på det sätt som utredningen föreslår, med vissa lagtekniska justeringar och förenklingar. *Transportstyrelsen* anser att bestämmelserna om ändring av kriteriernas prioriteringsordning är otydliga. Bestämmelserna genomförs dock på ett direktivnära sätt, och den närmare innebörden av dem kommer att få prövas i rättstillämpningen. Bestämmelserna behandlas vidare i författningskommentaren till 13 kap. 3 och 4 §§.

När det gäller möjligheten att ta bl.a. sociala hänsyn, som *TCO* berör, vill regeringen understryka att den flexibla regleringen om tilldelning av koncessioner innebär att sådana hänsyn bör kunna tas i vart fall i samma utsträckning som enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet. De allmänna principerna för upphandling måste emellertid iakttas.

Livscykelkostnader och onormalt låga anbud

LOU-direktivets och LUF-direktivets bestämmelser om livscykelkostnader har inte några motsvarigheter i LUK-direktivet. Enligt regeringens mening måste det dock anses möjligt att beakta livscykelkostnader vid utvärdering av anbud vid upphandling av koncessioner även utan sådana uttryckliga bestämmelser (se skäl 64 i LUK-direktivet).

LUK-direktivet innehåller inte heller några regler om onormalt låga anbud. Enligt TCO fråntar inte detta den upphandlande myndigheten eller enheten dess möjlighet att ifrågasätta ett koncessionsupplägg som inte verkar rimligt eller ekonomiskt genomförbart. TCO anser därför att en annan möjlighet att ifrågasätta anbuden bör införas. Regeringen anser att frågan om att införa någon uttrycklig sådan reglering inte ska hanteras inom ramen för detta lagstiftningsarbete. Om det utifrån ett anbuds innehåll finns anledning att misstänka att leverantören inte kommer att kunna fullfölja koncessionen bör det dock vara möjligt för en myndighet eller enhet att, även i frånvaro av regler om onormalt låga anbud, väga detta mot kravet att koncessionen ska medföra allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten.

26 Fullgörande av kontrakt

26.1 Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt eller en koncession ska fullgöras. Dessa villkor ska ha anknytning till det som anskaffas på motsvarande sätt som gäller för tilldelningskriterierna. Villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorians förslag ingår inte begreppet ”arbetsrättsliga”.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser som yttrar sig över förslaget tillstyrker det eller har inga invändningar, bl.a. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Kemikalieinspektionen (KEMI)* och *Arbetsförmedlingen*. *Konkurrensverket* förordar en mer direktivnära utformning av förslaget. *Advokatfirman Lindahl* anser att en informationsbestämmelse bör införas om att regeringen eller myndighet får meddela föreskrifter om bestämmelsernas tillämpning. TCO anser att skyldigheten att ställa krav på löner och arbetsvillkor ska framgå av lagstiftningen och har ett eget förslag till ny bestämmelse.

Förslaget från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal och i utkastet till lagrådsremissen Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling överensstämmer i sak med regeringens.

Remissinstanserna kommenterar inte frågan särskilt.

Skälen för regeringens förslag: Enligt artikel 70 i LOU-direktivet och artikel 87 i LUF-direktivet får en upphandlande myndighet respektive enhet ställa särskilda krav på hur ett kontrakt ska fullgöras. En förutsättning är att kraven är kopplade till kontraktsföremålet, dvs. har anknytning till det som anskaffas, i den mening som avses i artikel 67.3 i LOU-direktivet respektive artikel 82.3 i LUF-direktivet. Enligt direktiven ska kraven anges i anbudsinfördan eller i upphandlingsdokumenten. Kraven får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade,

sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn. Listan är exemplifierande. I skäl 97–99 i LOU-direktivet och skäl 102–104 i LUF-direktivet anges vidare ett flertal exempel på särskilda villkor för fullgörande av kontrakt som kan ställas (se författningskommentaren till 17 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling). Bestämmelserna i direktiven motsvarar delvis artikel 26 respektive artikel 38 i 2004 års LOU-direktiv och LUF-direktiv, vilka har genomförts i 6 kap. 13 § LOU respektive 6 kap. 14 § LUF. Bestämmelserna gäller uppställandet av särskilda villkor för hur ett tilldelat kontrakt ska fullgöras. Sådana villkor måste accepteras av en anbudsgivare för att denne ska kunna tilldelas kontraktet. Villkoren ska dock inte påverka utvärderingen av anbudet. Det är således inte fråga om tekniska specifikationer, urvals- eller tilldelningskriterier. Villkoren behöver inte heller vara uppfyllda när anbudet lämnas.

I valet mellan att uppställa ett krav som tilldelningskriterium eller kontraktsvillkor kan en upphandlande myndighet eller enhet exempelvis väga in att tilldelningskriterierna, i och med att de innebär att man jämför anbudet med varandra, inte erbjuder någon garanti att man får det man efterfrågar. Den vinnande anbudsgivaren kan få höga poäng på andra områden som gör att kontraktet tilldelas denne. Kontraktsklausuler gäller emellertid lika för alla anbudsgivare.

Möjligheten att genom särskilda kontraktsvillkor beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn behandlas utförligt i förarbetena till LOU och LUF (prop. 2006/07:128 del 1 s. 196 ff.). Frågan behandlas även av Upphandlingsutredningen 2010 (SOU 2013:12 s. 375 ff.). För att underlätta tillämpningen av de nya bestämmelserna om särskilda kontraktsvillkor bör de utformas i nära anslutning till motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. Det innebär att såväl miljömässiga som sociala villkor kan utgöra kontraktsvillkor. Med hänsyn till att direktiven även lyfter fram arbetsrättsliga villkor tillsammans med de nämnda, se t.ex. artikel 18.2 i LOU-direktivet, ska även sådana villkor omnämnas i lagtexten.

Lagrådet har i yttrandet över lagrådsremissen den 4 juni 2015 ansett att lagregleringen bör återge samtliga hänsyn som en myndighet eller enhet enligt direktiven får kräva medan *Lagrådet* i yttrandet över lagrådsremissen den 19 maj 2016 förordat att uppräkningsdelen tas bort. I direktiven anges att villkoren även får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade och sysselsättningsrelaterade hänsyn. Dessa hänsyn ryms dock inom bestämmelsernas tillämpningsområde även om de inte omnämns särskilt. De behöver därför inte tas upp i bestämmelserna. Genom regeringens förslag läggs dock arbetsrättsliga hänsyn till. Av bestämmelserna ska därför framgå att upphandlande myndigheter eller enheter får ställa miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor. Vilka villkor som i övrigt kan ställas får avgöras i tillämpningen. En grundförutsättning för att villkoren ska vara tillåtna är att de inte strider mot de grundläggande principerna för upphandling, t.ex. att villkoren inte diskriminerar leverantörer från andra medlemsstater. Villkoren måste också vara kopplade till kontraktsföremålet, dvs. ha anknytning till det som anskaffas.

Konkurrensverket förordar en mer direktivnära utformning av lagtexten vad gäller exemplifieringen av vilka hänsyn som kan omfattas av villkoren, då det av upphandlande myndigheter och enheter uppfattas

Prop. 2015/16:195 som oklart på vilka områden särskilda villkor för fullgörande av kontrakt får ställas. Konkurrensverket påpekar även att det i stor utsträckning saknas praxis på området. *Advokatfirman Lindahl* menar att sociala kriterier är ett oklart begrepp och befarar att begreppet sociala hänsyn kan uppfattas olika bland upphandlande myndigheter. Regeringen konstaterar dock att regleringen motsvarar den som redan gäller. En omfattande exemplifiering lämnas dessutom i skälen till direktiven, vilket framgår av författningskommentaren till de föreslagna bestämmelserna. Mot den bakgrunden saknas det enligt regeringen anledning att ändra de inarbetade begreppen i bestämmelserna, särskilt med hänsyn till att innebörden av dem inte ändras.

I direktiven anges också genom en hänvisning till artikel 67.3 i LOU-direktivet respektive 82.3 i LUF-direktivet att villkoren ska vara kopplade till kontraktsföremålet i den mening som avses i artiklarna om tilldelningskriterier. Även enligt nuvarande bestämmelser i LOU och LUF finns ett krav på en koppling mellan villkoren och kontraktsföremålet, även om detta inte anges uttryckligen (prop. 2006/07:128 del 1 s. 352 och 500). För att bestämmelserna i de nya lagarna tydligt ska överensstämja med direktiven bör det dock uttryckligen framgå att de särskilda kontraktsvillkoren ska vara kopplade till kontraktsföremålet, dvs. ha anknytning till det som anskaffas, på motsvarande sätt som gäller för tilldelningskriterierna. Lagrådet anser att detta uttryckligen bör anges även i denna bestämmelse. Detta uppnås enligt regeringens mening, liksom i direktiven, lämpligare genom att detta i och för sig omnämns även här och det tillsammans med en hänvisning till aktuella bestämmelser om tilldelningskriterier, som får anses utgöra grundregleringen i denna fråga. Enligt direktiven ska villkoren anges i anbudsinfordran eller i upphandlingsdokumenten. Eftersom begreppet upphandlingsdokument även omfattar anbudsinfordran är det tillräckligt att i bestämmelserna ange att villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten. Konkurrensverket anser att begreppet upphandlingsdokumenten visserligen också omfattar anbudsinfordran men då anbudsinfordran kronologiskt ligger före vissa andra typer av dokument som ingår i upphandlingsdokumenten bör lagtexten utformas i enlighet med direktiven för att undvika osäkerhet och tillämpningsproblem hos upphandlande myndigheter eller enheter. Regeringen delar inte Konkurrensverkets synpunkter. I direktiven görs inte någon rangordning av i vilket dokument villkoren lämpligast anges och det saknas anledning att särskilt peka ut anbudsinfordran. I praktiken framstår det dock enligt regeringens mening som naturligt att villkoren anges i annonsen om upphandling eller i förhandsannonsen.

Advokatfirman Lindahl anser att det krävs att lagstiftaren klargör vad socialt ansvarstagande för den offentliga sektorn innebär och att det därför bör införas en informationsbestämmelse, i anslutning till bestämmelserna om sociala hänsyn, om att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om bestämmelsernas tillämpning. Regeringen konstaterar att Upphandlingsmyndigheten har som en av sina uppgifter att ge vägledning om bestämmelsernas tillämpning. Någon sådan bestämmelse som *advokatfirman* föreslår är därför inte nödvändig.

Lagrådet har förordat att samma metod för lagreglering som har valts för försörjningssektorerna väljs även i lagen om upphandling av koncessioner när det gäller särskilda villkor för fullgörande av kontrakt. Regeringen har förståelse för den synpunkten. LUK-direktivet saknar visserligen uttryckliga bestämmelser om särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett koncessionskontrakt ska fullgöras. För samstämmigheten föreslås dock att bestämmelserna om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt även förs in i lagen om upphandling av koncessioner.

26.2 Särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt

Det sociala skyddet är något som särskilt framhålls i 2014 års upphandlingsdirektiv (se avsnitt 9.2). Som regleringen ger uttryck för har kollektivavtal och arbetsrättslig lagstiftning en avgörande betydelse för att detta skydd ska kunna upprätthållas. Att arbetstagare som utför arbete som har upphandlats av det offentliga gör detta med respekt för arbetstagares grundläggande rättigheter och på villkor enligt lag eller kollektivavtal bidrar till att detta betydelsefulla gemensamma samhällseliga mål – det sociala skyddet – kan uppnås och vidmakthållas.

Att ta arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling handlar dock inte enbart om arbetstagarnas sociala skydd. Skötsamma leverantörer ska inte heller riskera att utsättas för illojal konkurrens av sådana leverantörer som vinner ekonomiska fördelar genom att konkurrera med undermåliga anställningsvillkor. Sådana hänsynstaganden bidrar till likabehandling av leverantörer och en sund konkurrens.

Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn tas redan vid upphandling. Det synes dock bland upphandlande myndigheter och enheter finnas osäkerhet framför allt om vad de får kräva när det gäller arbetsrättsliga hänsyn. Möjligheterna att ställa sådana krav som tar sikte på arbetsrättsliga hänsyn har därför i praktiken kommit att utnyttjas i en alltför begränsad omfattning. Det finns därför ett behov av klargöranden på framför allt området som gäller arbetsrättsliga hänsyn.

Frågan om möjligheten att införa bestämmelser om krav på t.ex. villkor enligt kollektivavtal är dock komplicerad. Vilka möjligheter som finns och hur de kan utnyttjas styrs nämligen av såväl arbetsrättsliga som upphandlingsrättsliga bestämmelser. Upphandlingsregelverket ställer krav på bl.a. öppenhet, förutsebarhet och likabehandling. Anställningsvillkor regleras till stor del av arbetsmarknadens parter genom kollektivavtal. De förfogar över sina avtal. Det innebär att som utgångspunkt är avtalen inte allmänt tillgängliga. Många avtal har dock gjorts allmänt tillgängliga. De kan då utgöra goda underlag för kravställande vid upphandling. Enligt regeringens mening bidrar anställningsvillkor som har bestämts i enlighet med det som gäller enligt den svenska arbetsmarknadsmodellen till dels ett socialt skydd för berörda arbetstagare, dels konkurrens på lika villkor. Det finns därför anledning att utforma de upphandlingsrättsliga bestämmelserna med

Prop. 2015/16:195 respekt för den modellen. Bestämmelserna i upphandlingslagarna får således inte påverka funktionen och ansvarsfördelningen inom modellen. Rätt utformade och tillämpade kan bestämmelserna i stället stärka den svenska modellen och arbetsmarknadens parter. *Lagrådet* har anfört att förslagen i dessa delar är oförenliga med syftet att reglerna ska bli enklare. Regeringen vill understryka att regelverket som framgått har även andra mål. Ett av de främsta målen med de nya reglerna är att möjligheterna att främja samhällseliga mål i upphandlingar ska förbättras. Att ta arbetsrättsliga hänsyn är ett sådant.

26.2.1 En skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor

Regeringens förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska i upphandlingar kräva att leverantören ska fullgöra ett kontrakt eller en koncession enligt angivna arbetsrättsliga villkor, om det är behövligt. I övrigt får upphandlande myndigheter och enheter ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt eller koncessioner.

Förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. Flera remissinstanser avstyrker förslaget att det ska, om det är behövligt, vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Ett av skälen som flera remissinstanser, däribland *Skatteverket*, *Konkurrensverket*, *Sollentuna kommun* och *Företagarna*, anför emot förslaget i denna del är att bedömningen av om det är behövligt att ställa villkoren är alltför komplicerad att göra och att resultatet av bedömningen är oförutsägbart. Flera remissinstanser, däribland *Arbetsgivarverket*, anför dessutom att förslaget strider mot den svenska arbetsmarknadsmodellen. Verket menar också, liksom bl.a. *Åre kommun*, *Almega*, *Företagarna*, *Svensk Näringsliv* och *Nacka kommun*, att det är tillräckligt att det framgår att villkoren får ställas. *Kronofogdemyndigheten* anför vidare i detta sammanhang att kravet på visst avtalsinnehåll enligt förslaget är främmande för svensk avtalsrätt. Upphandlingsmyndigheten framhåller att det system med obligatoriska villkor som utredningen föreslår måste förenas med en bedömning av behövligheten. *Landsorganisationen i Sverige (LO)* och *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* accepterar förslaget eller anser att det alltid ska vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. TCO anser att det är av vikt att skyldigheten att ställa krav på löner och arbetsvillkor ska framgå av lagstiftningen och föreslår att en bestämmelse ska införas om krav på kollektivavtal eller likvärdiga förhållanden. *Stockholms kommun* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* instämmer i förslaget. Till de som är positiva till förslaget hör även bl.a. *Migrationsverket*, *Försäkringskassan*, *Sjöfartsverket*, *Hässleholms kommun* och *Vindelns kommun*.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss överensstämmer i sak med regeringens.

Remissinstanserna: De fackliga organisationerna *LO*, *TCO* och *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* tillstyrker eller är

positiva till förslaget och domstolarna *Kammarätten i Göteborg* och *Förvaltningsrätten i Malmö* har huvudsakligen inga invändningar. Upphandlarna och leverantörerna, såsom *Trafikverket*, *Stockholms kommun* och *Svenskt Näringsliv*, avstyrker eller har invändningar mot förslaget i utkastet. *Skatteverket* anser att arbetsrättsliga villkor sällan har en koppling till kontraktsföremålet samt att det tydligt ska framgå att varuupphandlingar inte omfattas av kraven på arbetsrättsliga hänsyn. *Kommerskollegium* anser att det utrymme som ges av upphandlingslagstiftningen att ta arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling bör användas på ett sätt som går hand i hand med en öppen handel. Den centrala utgångspunkten för detta är att de nya upphandlingsreglerna är förenliga med EU-rätten och EU:s internationella åtaganden på upphandlingsområdet. Enligt kollegiet kan delar av utkastets förslag ifrågasättas utifrån principerna om likabehandling och transparens. *Upphandlingsmyndigheten* anser att det är positivt att det i större utsträckning ska ställas särskilda arbetsrättsliga villkor men att det innebär såväl juridiska som praktiska utmaningar. Myndigheten vill ha klargörande av vad som avses med ”tillämpliga miljö-, sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter”. *Kammarkollegiet* tycker inte att det framgår av förslaget om det inträder en påföljd om upphandlande myndigheter underlåter att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. *Trafikverket* efterfrågar detaljerade beskrivningar av hur de nya reglerna ska tillämpas i praktiken. Enligt Stockholms kommun ligger många av de satsningar som kommunen nu gör på upphandlingsområdet helt i linje med regeringens förslag och de föreslagna reglerna skulle förenkla implementeringen avsevärt. *Företagarna* identifierade problem och utmaningar med det förslag som lämnades av utredningen. Det nu föreliggande förslaget innebär en tydlig försämring i flera väsentliga avseenden. Svenskt Näringsliv vill se förenklingar som gör bestämmelserna mer användarvänliga för både företag och myndigheter. *Konkurrenskommissionen* ställer sig frågande till om det behövs någon ytterligare vägledning som inte kan tillgodoses inom i vart fall ramen för det uppdrag som har lämnats till Upphandlingsmyndigheten. *Näringslivets regelrådet (NRR)* påtalar att samhällsvinsterna med de hänsynstaganden som ska göras om förslaget genomförs inte står i rimlig proportion till den grad av komplikation och komplexitet vid tillämpningen som kan befaras. *Almega* anser att regelverket är mer vidlyftigt än vad som är motiverat och det borde vara möjligt att banta regelmassan avsevärt.

Skälen för regeringens förslag: Att arbetsrättsliga hänsyn är viktiga att tillgodose framgår av upphandlingsdirektiven. I skälen i 2014 års upphandlingsdirektiv (skäl 39 i LOU-direktivet, skäl 54 i LUF-direktivet och skäl 57 i LUK-direktivet) framhålls fullgörande av kontrakt eller koncessioner som ett skede att ta bl.a. sådana hänsyn i (se hänvisningarna till de skyldigheter som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet, artikel 36.2 i LUF-direktivet och artikel 30.3 i LUK-direktivet). I samma skäl nämns dessutom särskilt att det också bör vara möjligt att i kontrakt eller koncessioner inkludera bestämmelser som garanterar efterlevnaden av kollektivavtal i överensstämmelse med unionsrätten. Regeringen delar den bedömningen. Att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för

Prop. 2015/16:195 fullgörande av kontrakt eller koncessioner är alltså något som både EU och regeringen anser vara eftersträvansvärt.

Att det är eftersträvansvärt att ställa denna typ av särskilda villkor för fullgörande av kontrakt eller koncessioner, innebär dock inte med nödvändighet att det i alla delar är lämpligt att i föreskrifter som meddelas genom författning ange att villkoren ska ställas. Ett obligatorium, dvs. att särskilda villkor ska ställas för fullgörande av kontrakt, är nämligen i viss mening en inskränkning i de upphandlande myndigheternas och enheternas frihet att själva bestämma kontraktsinnehållet. Det är också, som bl.a. *Kronofogdemyndigheten* anger, en begränsning av avtalsfriheten. Regeringen anser därför att konsekvenserna av en lagreglering med innebörden att särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ställas är sådana att försiktighet måste iaktas som motiverar att det ska finnas sådana regler i upphandlingslagarna.

Förekomsten av oskäliga villkor som gäller de för arbetstagarna mest centrala delarna i anställningsförhållandena är ett skäl som motiverar regler som innebär att villkoren ska ställas. Att motverka att leverantörer konkurrerar med oseriösa villkor är ett annat. Att sådana risker, som framgår av remissyttrandena från bl.a. *Åre kommun*, *Almega*, *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv* och *Nacka kommun*, undanröjs redan i dag i vissa upphandlingar genom att upphandlande myndigheter och enheter utnyttjar möjligheten att ställa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt är enligt regeringen positivt. Att villkoren generellt ställs i en upphandling om det föreligger en risk för oskäliga anställningsvillkor är dock inte klarlagt trots att det i grunden handlar om att säkerställa att de skyldigheter som gäller enligt arbetsrätten följs även i upphandlad verksamhet. Med utgångspunkt från utredningens slutsatser och det som vissa av remissinstanserna anför, bl.a. *LO*, *TCO*, *Stockholms kommun* och *SKL*, framstår det nuvarande systemet som otillräckligt. Det frivilliga systemet kan således inte anses ha lett till att sådana villkor ställs i erforderlig utsträckning, dvs. när det är behövligt för att undanröja riskerna för oskäliga anställningsvillkor. Enligt regeringens mening finns således tungt vägande skäl för att i lag ange att upphandlande myndigheter och enheter ska ställa särskilda arbetsrättsliga villkor som åtminstone motsvarar de anställningsvillkor som typiskt sett får anses tillhöra de mest väsentliga för arbetstagarna. Regeringen anser mot denna bakgrund att det ska vara obligatoriskt att ställa vissa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt. Tillämpningen torde komma att aktualiseras främst vid upphandling av tjänster och byggentreprenader. Detta utesluter inte, vilket *Skatteverket* tycks tro, att reglerna kommer att tillämpas vid upphandling av varor.

Lagrådet har efterlyst en närmare analys av hur arbetstagarbegreppet ska tillämpas och hur små företag som familjeföretag ska förhålla sig till villkor enligt kollektivavtal. Regeringen vill med anledning av det understryka att de föreslagna reglerna syftar till att säkerställa att arbetsrättsliga skyldigheter uppfylls. Det innebär att begreppet arbetstagare ska tolkas i enlighet med vad som gäller enligt arbetsrätten. Enligt svensk arbetsrätt avses med arbetstagare det s.k. civilrättsliga arbetstagarbegreppet. Det får således avgöras i varje enskilt fall med hänsyn till allmänna rättsregler och praxis. Vad gäller arbetstidslagen och

semesterlagen så bygger dessa på ett direktiv för vilket arbetstagarbegreppet också har en EU-rättslig dimension. Vad gäller småföretag finns arbetsrättsligt inga särskilda avsteg från bedömningen av vem som är arbetstagarare. Familjemedlemmar kan arbetsrättsligt vara arbetstagarare. Arbetstagarare som är familjemedlemmar är inte undantagna från arbetstids- eller semesterlagen.

Vad som avses med tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter har både *Upphandlingsmyndigheten* och Lagrådet efterfrågat förtydliganden av. Som redogörs för i avsnitt 9.2 är miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter sådana som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och de kan följa av lagar eller kollektivavtal både på nationell nivå och på unionsnivå. För svenskt vidkommande innebär det bl.a. att lagar och kollektivavtal avgör vilka arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga. Det är således de skyldigheter som lagarna och avtalen reglerar som avgör vad upphandlande myndigheter och enheter kan uppställa som särskilda arbetsrättsliga villkor i upphandlingen. Det gäller oavsett bundenhet till kollektivavtalen. Det är villkoren som följer av dem som den upphandlande myndigheten eller enheten ska ställa som villkor i upphandlingen, inte avtalen i sig.

Som Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal föreslår ska obligatoriet kombineras med en behövighetsbedömning. Det bör således vara obligatoriskt att ställa vissa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt, om det är behövligt. Vilka villkor som ska vara obligatoriska och behövighetsbedömningen behandlas nedan i avsnitt 26.2.2 respektive avsnitt 26.2.5. Att flera remissinstanser är mer kritiska till utkastet till lagrådsremiss än till utredningens förslag hör samman med skillnaderna mellan förslagen. Dessa skillnader och remissinstansernas synpunkter behandlas i de nämnda avsnitten.

När det gäller behovet av en bestämmelse om att särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt får ställas, instämmer regeringen i förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Den exemplifierande uppräkningsen av typer av särskilda villkor för fullgörande av kontrakt som får ställas bör således tillföras ytterligare ett exempel, arbetsrättsliga villkor. Det kan i detta sammanhang noteras att några av remissinstanserna, *Näringslivets regelnämnd (NNR)* och Svenskt Näringsliv, anser att uppräkningsen i artikel 70 i LOU-direktivet är uttömmande och inte medger ett sådant tillägg. Företagarna förespråkar vidare att bestämmelsen ska utformas direktivnära. Utformningen av bestämmelsen som genomför artikeln är ett resultat av en tolkning av den som innebär att uppräkningsen inte är uttömmande utan motsvarar den ordning som gäller och av att den så långt möjligt bör motsvara bestämmelsen i nuvarande LOU. Den viktigaste faktorn som begränsar möjligheterna att ställa villkor för fullgörande av kontrakt är i stället kravet på koppling till kontraktsföremålet. Att det kan röra sig om en mängd olika villkor som får prövas mot denna begränsande faktor framgår enligt regeringen inte minst av de diversifierade exempel på särskilda villkor för fullgörande av kontrakt som anges i skälen 97–99 i LOU-direktivet. Sammanfattningsvis anser regeringen alltså att uppräkningsen i artikel 70 i LOU-direktivet är exemplifierande och att uppräkningsen i

Prop. 2015/16:195 bestämmelsen som genomför artikeln bör kompletteras med arbetsrättsliga hänsyn. Detsamma gäller för motsvarande bestämmelse i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

När en upphandlande myndighet eller enhet i en enskild upphandling överväger att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt ska villkoren i det enskilda fallet ha anknytning till det som ska anskaffas, dvs. vara kopplade till kontraktets föremålet, och villkoren ska vara förenliga med principerna för upphandling. Beslutet att ta arbetsrättsliga hänsyn genom att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av ett kontrakt förutsätter således att de allmänna förutsättningarna för att ställa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt är uppfyllda. Detsamma gäller för övrigt för de särskilda arbetsrättsliga villkor som ska vara obligatoriska att ställa. Bestämmelserna om särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt innebär sålunda inte att sådana villkor kan ställas i strid med de allmänna förutsättningarna för särskilda villkor för fullgörande av kontrakt.

Avslutningsvis instämmer regeringen i förslaget från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal att den nya lagen om upphandling av koncessioner ska tillföras en bestämmelse om särskilda villkor för fullgörande av koncessioner som motsvarar bestämmelserna om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Ett sådant tillägg i lagen om upphandling av koncessioner krävs för samstämmighetens skull.

Regeringen bedömer att det inte behövs några särskilda sanktioner för att de regler som föreslås ska tillämpas. Tillämpningen kräver i stället god vägledning och information byggd på grundläggande bestämmelser i lag för att detta ska fungera i praktiken, vilket regeringen föreslår i det följande.

26.2.2 Vilka särskilda arbetsrättsliga villkor som ska eller får ställas

Regeringens förslag: Det ska vara obligatoriskt för en upphandlande myndighet eller enhet att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor om lön, semester och arbetstid.

Det får därutöver ställas villkor som pensioner, försäkringar och annan ledighet än semester eller annat.

Förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser, däribland *Upphandlingsmyndigheten*, *Konkurrensverket*, *Stockholms kommun* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, är positiva till att de obligatoriska villkoren begränsas till villkor om lön, semester och arbetstid. *Arbetsgivarverket* och *Almega* avstyrker utredningens förslag. Några av de remissinstanser som är kritiska till förslaget, däribland *Arbetsgivarverket*, *Svenskt Näringsliv* och *Företagarna*, utvecklar dock sin ståndpunkt och anger att begränsningen till villkor om lön, semester

och arbetstid är nödvändig och att de obligatoriska villkoren inte ska vara fler. *Landsorganisationen i Sverige (LO)*, *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)*, *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* och *Svenska Kommunalarbetsareföbundet* är positiva till att villkor om lön, semester och arbetstid ska vara obligatoriska att ställa. De anser emellertid att det inte är tillräckligt att enbart dessa tre villkor ska vara obligatoriska att ställa. Enligt samma remissinstanser ska även villkor om försäkringar och tjänstepension vara obligatoriska att ställa. TCO förordar att det ska vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor i alla upphandlingar i alla branscher men kan acceptera förslaget i dess nuvarande form. Vidare framhåller *Advokatfirman Delphi* och *Nacka kommun* att utredningen alltför ensidigt fokuserar på villkor om lön, semester och arbetstid och bortser från att det kan finnas andra förmåner som är viktigare för arbetstagarna än exempelvis antalet semesterdagar. De remissinstanser som särskilt kommenterar förslaget att särskilda arbetsrättsliga villkor får ställas, bl.a. SKL, LO och *Advokatfirman Kahn Pedersen*, är positiva till att det ska anges i lagarna att särskilda arbetsrättsliga villkor får ställas. Däremot anser några av remissinstanserna, däribland *Företagarna* och *Advokatfirman Kahn Pedersen*, att utredningen beskriver förutsättningarna för att ställa villkoren alltför onyanserat.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss: Överensstämmer inte med regeringens. Enligt utkastets förslag ska även villkor om försäkringar och tjänstepension vara obligatoriska att ställa.

Remissinstanserna: Alla instanser som uttalar sig om tjänstepension och försäkringar, förutom de fackliga organisationerna, har invändningar mot eller avstyrker förslaget att göra även de villkoren obligatoriska, däribland *Trafikverket*, *Konkurrensverket*, *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv*. Svenskt Näringsliv anser att det inte är lämpligt eller i många fall ens möjligt att kräva villkor med åtagande om tjänstepensioner och försäkringar. Det finns ingen skyldighet att teckna kompletterande tjänstepensioner och försäkringar. De kollektivavtalade tjänstepensionerna och försäkringarna tecknas för alla anställda och för anställningen som helhet. Det är då inte praktiskt möjligt att koppla villkoren till kontraktsföremålet på det sätt som anges i förslaget. *Almega* ser flera problem med att använda parternas system för försäkringar och pension. Det är bl.a. inte realistiskt när till och med parterna har egna försäkringsexperten för att handlägga och förvalta sina system. *Upphandlingsmyndigheten* anser att utredningen gjort en välavvägd bedömning av vad obligatoriet bör innefatta. Att göra pensioner och försäkringar obligatoriska innebär mycket komplexa bedömningar. *Trafikverket* anser att det har begränsad nytta i kombination med de svårigheter som är förknippad med det och föreslår att man avstår till dess en utvärdering skett av skyldigheten att ställa de särskilda villkor som föreslagits av utredningen, dvs. lön, semester och arbetstid. *Konkurrensverket* anför att en utvidgning till tjänstepension och försäkringar inte är tillåten då de villkoren inte ingår i den hårda kärnan enligt utstationeringslagen. *Stockholms kommun (Stadsledningskontoret)* anser att tjänstepension och försäkringar är viktiga utifrån ett arbetstagarperspektiv men ser väsentliga svårigheter i praktiken. *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* välkomnar att det ska vara

obligatoriskt att ställa krav på försäkringar och avsättningar till tjänstepension när det är behövt eftersom det är nödvändigt för att uppfylla syftet att arbetstagare ska tillförsäkras skäliga anställningsvillkor. *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* är positiv till att även inkludera försäkringar och avsättning till tjänstepension. För många arbetsgivare i tjänstesektorn är utgifter för personalens tjänstepension den näst största utgiften efter lönerna. Detta gör att det finns ett incitament för anbudsgivare att avstå från att teckna tjänstepension för sina anställda.

Skälen för regeringens förslag: Som framgått av avsnitt 26.2.1 är det för både regeringen och EU angeläget att tillämpningen av upphandlingsreglerna bidrar till att arbetstagare tillförsäkras skäliga anställningsvillkor och att leverantörer hindras från att konkurrera med undermåliga anställningsvillkor. I avsnittet har också konstaterats att detta i viss mån erfordrar att det i de nya upphandlingslagarna finns tvingande bestämmelser om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i form av särskilda arbetsrättsliga villkor. Att förhållandena i varje upphandling är skiftande begränsar dock möjligheterna att med hjälp av tvingande bestämmelser uppnå syftet att åtgärda de anställningsvillkor som i det enskilda fallet inte är skäliga. Begränsningarna som följer av valet av metod, tvingande bestämmelser i lag, medför att de tvingande bestämmelserna bör ta sikte på anställningsvillkor som tillhör de mest centrala för arbetstagarna och som typiskt sett i varje enskild upphandling kan antas överensstämma med de allmänna bestämmelserna om särskilda villkor för fullgörande kontrakt.

Att flera remissinstanser är kritiska till att det över huvud taget ska vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt framgår av avsnitt 26.2.1. Regeringen har emellertid i samma avsnitt konstaterat att det är nödvändigt med bestämmelser om att det ska vara obligatoriskt att ställa sådana villkor, om det är behövt. Vissa av de remissinstanser som är generellt kritiska till ett obligatorium, bl.a. *Arbetsgivarverket*, *Svenskt Näringsliv* och *Företagarna*, framhåller betydelsen av att eventuella obligatoriska villkor begränsas till villkor om lön, semester och arbetstid i ett sådant system som Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal föreslår. Bland övriga remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten*, *Konkurrensverket*, *Stockholms kommun*, *SKL*, *LO*, *SACO* och *TCO*, finns ett positivt stöd för utredningens förslag att villkor om lön, semester och arbetstid ska ingå i den grupp av villkor som ska vara obligatoriska att ställa. Om ett system med obligatoriska särskilda arbetsrättsliga villkor ska föreslås, finns det således en bred acceptans bland remissinstanserna i fråga om de tre villkoren lön, semester och arbetstid. Regeringen delar denna uppfattning. Särskilda arbetsrättsliga villkor om lön, semester och arbetstid får regelmässigt antas var förenliga med de allmänna principerna, dvs. bl.a. vara kopplade till kontraktsföremålet. Villkor om lön, semester och arbetstid ska därför ingå i den grupp av särskilda arbetsrättsliga villkor som ska vara obligatoriska att ställa.

När det gäller frågan om ytterligare arbetsrättsliga villkor ska vara obligatoriska att ställa, instämmer en majoritet av remissinstanser i bedömningen att gruppen av obligatoriska villkor inte bör tillföras

ytterligare villkorstyper. Samtidigt framhåller flera remissinstanser, LO, SACO, TCO och *Svenska Kommunalarbetsförbundet*, att det inte är tillräckligt att enbart villkor om lön, semester och arbetstid ska vara obligatoriska att ställa. De anser att försäkringar och tjänstepension också ska anses tillhöra de mest väsentliga för arbetstagarna. Den uppfattningen ger även Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal uttryck för även om utredningen stannade vid att inte föreslå dessa villkor som obligatoriska. Det finns således anledning att överväga huruvida även villkor om försäkringar och tjänstepension ska vara obligatoriska att ställa.

Tjänstepension är ett alternativ eller komplement till den lön som tjänas in under den tid som arbete utförs. Den betalas dock ut först efter pensionering. Det finns därför goda skäl för att avsättning till tjänstepension ska utgöra ett av de villkor som ska vara obligatoriska att ställa. Även vissa försäkringar är grundläggande för arbetstagarnas skydd. I utkastet till lagrådsremiss finns därför förslag om att även dessa två villkor ska vara obligatoriska att ställa. Flera remissinstanser framför dock synpunkter på att utsträcka de obligatoriska villkoren till tjänstepensioner och försäkringar. De pekar bl.a. på tillämpningssvårigheter för det fall dessa villkor skulle göras obligatoriska genom lagstiftning. Frågan om i vilken mån olika försäkringar och tjänstepensioner ingår i den s.k. hårda kärnan är inte heller helt klarlagd i EU-domstolens praxis. Mot den bakgrunden gör regeringen bedömningen att det i nuläget inte är vare sig lämpligt eller rättsligt möjligt att föreslå lagstiftning på upphandlingsområdet som generellt kräver att även tjänstepension och försäkringar ska ingå i de villkor som ska vara obligatoriska att ställa i offentlig upphandling.

Att det inte görs obligatoriskt att ställa krav på pensioner och försäkringar utesluter inte möjligheten att ställa sådana villkor när det behövs, är lämpligt och det inte finns rättsliga hinder mot det. Den möjligheten ska tydliggöras i lag. Villkoren får aldrig ställas i strid med de allmänna förutsättningarna för att ställa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt. Villkoren ska således vara kopplade till kontraktsföremålet, dvs. ha anknytning till det som anskaffas, och stå i överensstämmelse med principerna för upphandling. I de fall de försäkringar som anges i det aktuella kollektivavtalet inte kan tecknas av andra än avtalsparterna kan förstås leverantören i stället ha en egen likvärdig försäkring med villkor på minst de nivåer som framgår av kollektivavtalet. Som *TCO* framför kan den upphandlande myndigheten eller enheten därför, om den väljer att ställa villkor om försäkringar, ange att likvärdiga försäkringar kan godtas.

26.2.3 Nivåerna på de särskilda arbetsrättsliga villkor som är obligatoriska

Regeringens förslag: De obligatoriska villkoren ska bestämmas enligt den lägsta nivå som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Ett villkor får dock inte bestämmas till en nivå som understiger den lägsta nivå som följer av lag. Villkoren ska anges som minimivillkor vilka leverantören minst ska tillförsäkra arbetstagarna.

Förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser, bl.a. *Arbetsgivarverket*, *Upphandlingsmyndigheten*, *Konkurrensverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Företagarna*, anser att villkoren som ska vara obligatoriska att ställa enligt utredningens förslag ska, precis som utredningen föreslår, bestämmas med utgångspunkt i de lägsta nivåer som följer av lag eller kollektivavtal. *Landsorganisationen i Sverige (LO)* och *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* framhåller däremot att en sådan utgångspunkt bl.a. riskerar att pressa ned lönenivåerna. Även *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* för ett resonemang om nivåerna på villkor om lön och anger bl.a. att nivåerna bör bestämmas enligt ortens pris, om det är uppenbart att utstationering inte förekommer. Flera remissinstanser, däribland *Migrationsverket*, *Kommerskollegium*, *Arbetsgivarverket*, *Upphandlingsmyndigheten*, *Stockholms kommun*, *Företagarna* och *Nacka kommun*, betonar att det är komplicerat att bestämma nivåerna på villkoren med utgångspunkt från kollektivavtal. Några av remissinstanserna, bl.a. *Kommerskollegium*, *Försäkringskassan* och *Konkurrensverket*, erinrar därvid om att villkoren måste vara kontrollerbara och uppföljningsbara. Vidare är *Företagarna* kritiska till att villkorsnivåer som är förmånligare i kollektivavtal än enligt lag ska tillämpas när villkoren bestäms. *Företagarna* har mycket svårt att se hur man i sådana fall kan bortse från nivåer enligt lag, i synnerhet i förhållande till leverantörer som inte är bundna av kollektivavtal. *Försäkringskassan* framhåller i detta sammanhang att en enklare och mer hanterbar ordning vore att villkor om semester och arbetstid bestäms enligt lag. Även *Arbetsmiljöverket* berör frågan om förmånligare villkor i kollektivavtal än i lag och menar att det är oklart vad konsekvenserna blir av att en leverantör måste följa högre ställda villkor än de som följer av lag.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Kommerskollegium* anser att möjligheten att ställa kollektivavtalsenliga villkor i offentlig upphandling är avhängig att transparenskravet enligt EU-rätten är uppfyllt. Dock ökar förslaget transparensen endast på de områden där *Upphandlingsmyndigheten* utfärdar allmänna råd, och under förutsättning att den upphandlande myndigheten följer de allmänna råden. *Landsorganisationen i Sverige (LO)* utgår ifrån att i avsaknad av skrivningar om innebörden av lönebegreppet är definitionen densamma som i utstationeringsdirektivet och dess svenska implementering. *Sveriges Akademikers*

Centralorganisation (SACO) ser en risk att de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren som ska fastställa den lägsta nivå som följer av ett kollektivavtal kommer att pressa lönerna neråt. *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* är positiv till förslaget att särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt som är obligatoriska att ställa ska bestämmas enligt den lägsta nivå som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige. Det är ett uttryck för arbetsmarknadens parter gemensamma uppfattning om vad som ska anses vara skäliga villkor. Utvecklingen av det nya upphandlingsregelverket bör dock följas så att lönerna inte pressas ned. *Företagarna* anser att förslaget att kollektivavtalsnivåer ska väljas om de är förmånligare för arbetstagaren än vad som följer av lag inte är transparent och förutsebart eftersom kollektivavtalen och deras innehåll inte är tillgängliga för kollektivavtalslösa företag. Förslaget tillåter att företag som är anslutna till andra tillämpliga kollektivavtal, vilka de facto innehåller annan praktisk utformning av villkor och nivåer, hänvisar till dem i en upphandling. Företagarna har inga invändningar emot denna modell i sig, utan finner den både nödvändig och rimlig. *Almega* påpekar att kollektivavtalen må vara formellt likvärdiga men knappast materiellt. Utvecklingen går mot bransch- och företagsanpassning. Att upphandlande myndigheter ska välja mellan konkurrerande kollektivavtal ser de som mycket bekymmersamt.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna om obligatoriska särskilda arbetsrättsliga villkor omfattar villkor som tillhör de mest centrala för arbetstagarna. Syftet med bestämmelserna är att villkoren i fråga inte ska tillåtas understiga en nivå som kan leda till att arbetstagarnas sociala trygghet äventyras och att konkurrensen i den offentliga upphandlingen sker med undermåliga arbetsvillkor. Upphandlingsregelverket ska således vid behov användas på ett sätt som bidrar till att sådana risker undanröjs.

Vilken nivå ovan beskrivna sociala skydd ska ha för arbetstagarna måste bedömas i ljuset av arbetstagarnas villkor på den svenska arbetsmarknaden. I Sverige följer arbetstagarnas villkor i regel av kollektivavtal eller lag. Som framgår av redogörelsen av Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal är det en mängd aspekter på ett anställningsförhållande som regleras i kollektivavtal. En viktig förutsättning är att samtliga kollektivavtal anses reglera arbetstagarnas villkor på ett likvärdigt sätt. Att villkor i olika kollektivavtal skiljer sig från varandra på en eller flera punkter innebär sålunda inte att något avtal är mer eller mindre representativt. De bestämmelser som regeringen nu föreslår syftar dock inte till att som ett kollektivavtal reglera mer eller mindre alla delar i ett anställningsförhållande. Det rör sig i stället om att bestämmelserna ska bidra till att arbetstagare inte tvingas fullgöra sina anställningar med oskäliga villkor. Upphandlingsrättsligt är tanken att detta ska uppnås genom att ett fåtal villkor av central betydelse ställs som särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt eller koncessioner.

Att de upphandlingsrättsliga bestämmelserna fokuserar på ett fåtal villkor och inte kräver att villkor ställs med avseende på samtliga sådana förhållanden som regleras i ett kollektivavtal får enligt regeringen konsekvenser för vilken reglering – lag eller kollektivavtal – som ska

Prop. 2015/16:195 utgöra grunden för vilka nivåer en leverantör lägst ska tillförsäkra aktuella arbetstagare. Principen om kollektivavtalens likvärdighet förutsätter att ett brett spektrum av villkor som rör anställningsförhållandena bedöms sammantaget. Någon sådan sammantagen bedömning kan inte göras utifrån de föreslagna tre obligatoriska särskilda arbetsrättsliga villkoren. Villkoren måste därför bedömas enskilt var för sig i förhållande till lagkraven. Att under sådana förhållanden tillämpa mindre förmånliga villkor enligt kollektivavtal än enligt lag motverkar enligt regeringen syftet med bestämmelserna. Dessutom är det som Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal konstaterar knappast förenligt med lagstiftningen om semester och arbetstid att inskränka det som följer av den lagstiftningen genom bestämmelser om särskilda arbetsrättsliga villkor i upphandlingslagstiftningen. Däremot anser regeringen att förmånligare villkor enligt kollektivavtal än enligt lag ska tillämpas när nivåerna på de obligatoriska särskilda arbetsrättsliga villkoren ska bestämmas. När förhållandena är sådana är det nämligen ett uttryck för arbetsmarknadens parter gemensamma uppfattning om vad som ska anses vara skäliga villkor i de delar av ett anställningsförhållande som tillhör de för arbetstagarna mest centrala.

Sammanfattningsvis anser regeringen, liksom flera av remissinstanserna, att de obligatoriska särskilda arbetsrättsliga villkoren ska bestämmas enligt lag eller kollektivavtal. Om ett eller flera villkor regleras i lag och kollektivavtal, ska det eller de villkoren bestämmas enligt den bestämmelse som är mest förmånlig för arbetstagaren. Till skillnad mot *Företagarna* ser regeringen inga problem med att upphandlingsreglerna används på ett sätt som bidrar till att arbetstagare utför upphandlat arbete enligt de villkor som är förmånligast enligt lag eller kollektivavtal. Det rör sig om villkor som tillhör de mest centrala för arbetstagarna. Dessutom kan situationen uppstå endast i de fall villkoren regleras i lag, nämligen när villkoren gäller semester eller arbetstid. För att undanröja de eventuella oklarheter som *Arbetsmiljöverket* ger uttryck för i fråga om verkets uppgifter kan det i detta sammanhang antecknas att ovanstående inte ändrar att verkets tillsyn som rör arbetstid gäller tillsyn av att arbetsgivare iakttar arbetstidslagen (1982:673). Regeringen instämmer i *TCO:s* uppfattning att saknas skrivningar om lön i samtliga avtal på området, bör villkor om lön inte ställas men krav ska ändå ställas vad gäller arbetstid och semester.

När det gäller villkorens nivåer anser Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal att det är de lägsta nivåerna, miniminivåerna, som ska vara bestämmande. Flera remissinstanser, däribland *Arbetsgivarverket*, *Upphandlingsmyndigheten*, *Konkurrensverket*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Företagarna*, instämmer i denna bedömning. Utredningen framhåller vidare att sådana miniminivåer är tillräckliga för att säkerställa skäliga anställningsvillkor och för att motverka konkurrens med undermåliga anställningsvillkor. Att villkoren ska bestämmas enligt miniminivåerna stämmer också enligt utredningen väl överens med hur lagstiftningen på det arbetsrättsliga området är utformad.

För svensk del regleras lön uteslutande genom kollektivavtal och enskilda avtal. Det saknas därför en legal definition av begreppet lön. Trots det vill regeringen i detta sammanhang tydliggöra att regeringen utgår ifrån att miniminivån för lön gäller lön för utfört arbete. Den nivå som exempelvis gäller vid permittering torde alltså inte vara tillräcklig. Det följer av att villkoren avser fullgörande av kontrakt och att det saknas koppling till kontraktsföremålet för sådan lön. Eftersom permitterade anställda inte kan anses fullgöra något kontrakt omfattas enligt regeringens mening inte lön vid permittering av begreppet lön enligt den föreslagna regleringen.

I fråga om villkor om lön uttrycker några av remissinstanserna, LO, TCO och SACO, farhågor om att förslaget kan leda till att lönerna pressas ned. *Lagrådet* har anfört att det finns risk att leverantörer som endast erbjuder de lägsta nivåerna av villkor kommer att tilldelas kontraktet. Sådana följder vore enligt regeringen givetvis olyckliga. Det bör framhållas att förslaget bl.a. syftar till att hindra leverantörer som konkurrerar med undermåliga villkor att tilldelas kontrakt. Regeringen anser dock att nu föreliggande underlag inte tyder på att förslagen kommer att få sådana effekter. Om sådana tendenser trots allt skulle visa sig, får regelsystemet utvärderas och vid behov ändras. Mot denna bakgrund anser regeringen att det är de lägsta nivåerna, miniminivåerna, som ska vara bestämmande.

Regeringen anser vidare i likhet med Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal att nivåerna på villkoren ska bestämmas enligt ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Om flera sådana avtal är tillämpliga, får den upphandlande myndigheten eller enheten bestämma vilket av avtalen som ska tillämpas. Om något av avtalets villkor understiger nivåerna enligt lag, ska som framgått villkoret i fråga dock bestämmas enligt lag. Som framgått anser flera remissinstanser att det kommer att bli komplicerat att bestämma nivåerna på villkoren. Hur dessa svårigheter ska hanteras behandlas nedan i avsnitt 26.2.5.

26.2.4 Särskilda arbetsrättsliga villkor när svensk arbetsrätt inte är tillämplig

Regeringens förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska, om det är behövt, ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt eller koncessioner när arbete utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig. Sådana villkor ska ställas i enlighet med ILO:s kärnkonventioner. Utöver det får myndigheter och enheter ställa sådana villkor eller ställa villkor om att arbetet ska utföras enligt de arbetsrättsliga bestämmelser som gäller där arbetet utförs.

Förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal: Överensstämmer delvis med regeringens förslag. Till skillnad från regeringen föreslår utredningen att villkoren ska ställas, om det inte är uppenbart obehövt.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser, bl.a. *Arbetsgivarverket*, *ILO-kommittén*, *Almega*, *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv*, anför att många av kärnkonventionernas bestämmelser närmast gäller förhållanden mellan staten och enskilda. Samma remissinstanser framhåller därför, tillsammans med bl.a. *Upphandlingsmyndigheten* och *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)*, att det blir komplicerat att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor i form av villkor tagna ur kärnkonventionerna. ILO-kommittén, *Almega*, *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv* anser vidare att det kan ifrågasättas om förslaget, framför allt i den del det innebär att Upphandlingsmyndigheten genom bindande föreskrifter ska uttolka kärnkonventionernas innehåll, är förenligt med ILO:s konventioner nr 87, 98 och 154. Några remissinstanser, däribland *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Företagarna*, anser att det är tillräckligt att det är frivilligt att ställa villkoren. Fler remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten*, *Konkurrensverket*, ILO-kommittén *Landsorganisationen i Sverige (LO)*, *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* och TCO, är dock positiva till en reglering som innebär att arbete som har upphandlats offentligt ska utföras under förhållanden som uppfyller ILO:s kärnkonventioner. Både Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket ställer sig frågande till att villkoren ska ställas om det inte är uppenbart obehövligt. Med hänsyn till att det är resurskrävande att ställa och följa upp denna typ av villkor menar dessa remissinstanser att villkoren ska ställas om det är behövligt. Vidare menar Upphandlingsmyndigheten att det också bör vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor i form av att arbetet ska utföras enligt den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Kommerskollegium* och *ILO-kommittén* välkomnar förslagen. *Upphandlingsmyndigheten* anser att när det väl har konstaterats att det finns ett behov av att ställa villkor enligt ILO:s kärnkonventioner bör samtliga villkor ställas. *Arbetsmiljöverket* vill särskilt framhålla vikten av tydliga riktlinjer och stöd från Upphandlingsmyndigheten för att underlätta kravställande och uppföljning i dessa sammanhang då det annars riskerar att kräva expertkunskaper vid varje enskild myndighet. *Svenskt Näringsliv* anser att förslaget är en oacceptabel lösning som inte går att tillämpa i praktiken. *Konkurrenskommissionen* anser att det inte är någon angelägenhet för upphandlande myndigheter att ställa krav på leverantörer som går utöver de lagar och regler som gäller där arbetet utförs.

Skälen för regeringens förslag: Som Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal konstaterar syftar bestämmelserna om särskilda arbetsrättsliga villkor som bestäms enligt svensk rätt – svensk lag eller svenska kollektivavtal – inte till att utsträcka den svenska arbetsrättens territoriella tillämpningsområde genom villkor i kontrakt. En sådan utvidgning av arbetsrätten genom upphandlingsvillkor skulle enligt regeringen riskera att leda till en direkt eller indirekt diskriminering av leverantörer från andra medlemsstater eller leverantörer i tredjeländer. I likhet med utredningen och flera

remissinstanser, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten*, *Konkurrensverket*, *LO* och *SACO*, anser regeringen dock att det är av vikt att offentliga medel inte bidrar till att arbetstagare som utför arbete i andra länder än Sverige gör detta under förhållanden som inte är förenliga med ILO:s kärnkonventioner. Det är därför, som utredningen föreslår, nödvändigt att det även i nu aktuella situationer finns ett obligatoriskt område med villkor som ska ställas. Det är givetvis positivt att det, som *SKL* anger, redan i dag ställs villkor för fullgörande av kontrakt som bestäms enligt kärnkonventionerna. Liksom regeringen har konstaterat beträffande särskilda arbetsrättsliga villkor som bestäms enligt svensk lag eller svenska kollektivavtal, är det inte klarlagt att villkor enligt kärnkonventionerna alltid ställs när det finns risk för att arbetet utförs under förhållanden som inte är förenliga med konventionerna. Regeringen anser mot denna bakgrund att det under vissa förutsättningar ska vara obligatoriskt att ställa villkor enligt ILO:s kärnkonventioner. Vilka bestämmelser i konventionerna som ska användas som särskilda arbetsrättsliga villkor får bedömas från fall till fall.

När det gäller bedömningen av i vilka situationer villkoren ska ställas instämmer regeringen i bedömningen av Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal att obligatoriet måste begränsas. Med hänsyn till de kontroll- och uppföljningssvårigheter som följer av att villkoren gäller utförande i andra länder än Sverige och som flera remissinstanser framhåller, bl.a. *Upphandlingsmyndigheten*, *ILO-kommittén*, *TCO* och *Svenskt Näringsliv*, anser regeringen att det finns anledning att begränsa obligatoriet ytterligare i förhållande till utredningens förslag. I likhet med *Upphandlingsmyndigheten* och *Konkurrensverket* anser regeringen att en sådan ytterligare begränsning lämpligen görs genom att bestämmelsen ges samma utformning som motsvarande bestämmelse om obligatoriska särskilda arbetsrättsliga villkor enligt svensk lag eller svenska kollektivavtal. Det innebär att det räcker att det finns något som talar för att villkoren behöver ställas för att regeln ska bli tillämplig. Mot bakgrund av att de villkor som ska ställas är av grundläggande karaktär, bör det inte krävas alltför starka indikationer på att det föreligger ett behov för att villkoren ska ställas.

Mot bakgrund av ovan nämnda kontroll- och uppföljningssvårigheter anser regeringen vidare att det saknas anledning att föreslå att det ska vara obligatoriskt att ställa villkor om att arbetet ska utföras i enlighet med den arbetsrättsliga lagstiftning som gäller där arbetet utförs. Det bör i stället vara frivilligt att ställa sådana villkor. Vidare har den upphandlande myndigheten och enheten möjlighet att ställa sådana villkor även i andra fall. Förslaget medger sålunda att det går att ställa sådana villkor även om det inte är behövligt. För det gäller dock de allmänna förutsättningarna för särskilda villkor för fullgörande av kontrakt, dvs. främst att villkoren ska ha en anknytning till det som upphandlas, att villkoren ska vara proportionerliga och icke-diskriminerande, bl.a. utifrån Sveriges internationella åtaganden.

Bedömningen av behovet och av nivåerna på villkoren behandlas vidare nedan i avsnitt 26.2.5. I samma avsnitt behandlas även frågan om de rättsliga formerna för det stöd som *Upphandlingsmyndigheten* ska lämna.

26.2.5 Bedömningen av behovet av och nivåerna på villkoren

Regeringens förslag: Bedömningen av om det är behövligt eller inte att ställa de obligatoriska villkoren om lön, semester och arbetstid ska göras mot bakgrund av risken för oskäliga arbetsvillkor i den aktuella upphandlingen. Myndigheterna och enheterna ska göra en helhetsbedömning av omständigheterna i upphandlingen och då bl.a. ta hänsyn till vilken bransch upphandlingen rör. Bedömningen ska även göras mot bakgrund av sannolikheten för att kontraktet eller koncessionen kommer att utföras så att svensk rätt inte är tillämplig och av risken för att arbetet utförs enligt villkor som inte är förenliga med ILO:s kärnkonventioner.

Innan obligatoriska villkor anges, ska de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som slutit kollektivavtalet i fråga haft tillfälle att lämna uppgifter om villkoren.

Om det saknas förutsättningar att ange nivå på ett villkor, behöver myndigheten eller enheten inte ställa villkoret.

Regeringens bedömning: Upphandlingsmyndigheten ska ge stöd till de upphandlade myndigheterna och enheterna om vilka branscher och övriga faktorer som kan medföra risk för oskäliga arbetsvillkor samt om de villkor som tillämpas på arbetsmarknaden när det gäller främst lön, semester, arbetstid, försäkringar och tjänstepension.

Förslagen och bedömningen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal: Överensstämmer delvis med regeringens. Till skillnad från regeringen föreslår utredningen att Upphandlingsmyndigheten ska ges föreskriftsrätt när det gäller behovsbedömningen och nivåbestämningen när svensk rätt är tillämplig.

Remissinstanserna: Många remissinstanser, däribland *Västra Götalands läns landsting* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att det är lämpligt att ge en myndighet i uppdrag att bestämma de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren men flera av dem ifrågasätter samtidigt om det finns rättsligt stöd för att ge Upphandlingsmyndigheten rätt att utfärda föreskrifter om de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren. Frågan kräver ytterligare utredning anser bl.a. *Stockholms läns landsting* och *Företagarna*. *Sollentuna kommun* ifrågasätter om Upphandlingsmyndighetens föreslagna roll är förenlig med det kommunala självstyret. *Konkurrensverket* anför att det inte torde vara möjligt att utforma föreskrifterna eller råden med sådan precision att dessa inför varje upphandling kan ge tydliga besked om särskilda arbetsrättsliga villkor måste ställas eller inte. *Upphandlingsmyndigheten* konstaterar att det kan vara mycket komplicerat att fastställa villkoren och att upphandlande myndigheter kan komma att behöva ett omfattande upphandlingsstöd om den föreslagna regleringen ska få önskad effekt. *Landsorganisationen i Sverige (LO)* delar till stor del den analys som utredaren gjort och kan acceptera den föreslagna metoden. *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* anser att Upphandlingsmyndigheten i stället ska utge allmänna råd om behövlighetsbedömningen och vilka särskilda arbetsrättsliga villkor som ska anges i en offentlig upphandling. *Sveriges Akademikers*

Centralorganisation (SACO) pekar på att formellt blir det då den upphandlande myndigheten som beslutar om villkoren, men med Upphandlingsmyndighetens stöd och med hjälp av partssamrådet. I takt med att de upphandlande myndigheterna, med stöd av Upphandlingsmyndigheten, får erfarenhet och kunskap i samråd med parterna, bör detta på sikt inte vara allt för betungande. *Stockholms kommun* anser att det, för att värna den svenska modellen, är av vikt att Upphandlingsmyndighetens uttolkning av villkoren i de centrala avtalen inte får normerande verkan, eftersom det är avtalsparterna som äger kollektivavtalet och tolkningen av detta. Kommunen anser att det i fråga om de frivilliga arbetsrättsliga kraven vore önskvärt att Upphandlingsmyndigheten i dessa delar tar fram rekommendationer för att underlätta den praktiska tillämpningen.

Vilken roll som arbetsmarknadens parter ska ha kommenteras av flera remissinstanser. *Konkurrensverket* och *Trafikverket* pekar på att kollektivavtalen ska tolkas utifrån partsavsikten och att det därmed blir nödvändigt att konsultera arbetsmarknadens parter för att bl.a. utvärdera om de har en samsyn om aktuella nivåer. I slutändan blir det Upphandlingsmyndigheten eller de upphandlande myndigheterna själva som måste avgöra vilka lönenivåer som ska gälla som villkor i upphandlingen och att de därmed inte nödvändigtvis kommer att motsvara avtalsparternas tolkning.

När det gäller behovsbedömningen framhåller *Skatteverket* och *Företagarna* att en alltför ensidig fokusering på branscher kan ge en missvisande bild i fråga om risken för oskäliga anställningsvillkor.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ett fåtal remissinstanser uttalar sig om Upphandlingsmyndighetens förändrade roll enligt utkastet. *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)*, anser att det är bättre att Upphandlingsmyndigheten inte ska utfärda föreskrifter även om allmänna råd kan medföra en statlig inblandning i lönebildningen. *ILO-kommittén* noterar att i stället för problemet med att Upphandlingsmyndigheten ges rätt att besluta vilka villkor som får ställas kan problem uppkomma genom att det blir en uppgift för varje myndighet att tolka konventionerna. Flera remissinstanser, däribland *Landsorganisationen i Sverige (LO)*, anser att det finns en risk för att det blir svårare att förutse vad som omfattas av obligatoriet när varje myndighet ska pröva frågan om i vilka branscher obligatoriet ska gälla. Det nu aktuella förslaget innebär enligt *Företagarna* ännu större problem för företagen på grund av den uppenbara risken för att olika upphandlande myndigheter kommer att ha olika kravställande för samma typ av arbete. *Näringslivets regelnämnd (NNR)* anser att myndigheter som inte har någon erfarenhet av här aktuella kollektivavtal ska tolka desamma ger upphov till osäkerhet och oklarhet. *Trafikverket* understryker att Upphandlingsmyndigheten bör spela en viktig roll som sammanhållande i arbetet med att fastställa behov och nivåer. Tydligare riktlinjer för vilka kriterier som ska beaktas vid behövlighetsbedömningen krävs enligt *Kommerskollegium*, annars riskeras olika bedömningar hos de upphandlande myndigheterna, vilket är särskilt olyckligt eftersom kraven blir obligatoriska att ställa.

Prop. 2015/16:195 *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* framför att hur behovsbedömningen ska göras har nu utvecklats och tillgodoser på ett bättre sätt målsättningen att tillförsäkra samtliga arbetstagare skäliga anställningsvillkor. *Svenskt Näringsliv* lyfter fram att begreppet ”om det är behövligt” kopplas samman med ett ”ska-krav” kommer att leda till bedömningar som kan uppfattas som skönsmässiga. *Almega* anser att statens normerande påverkan inte kommer att bli mindre utan föreskrifter. Att myndigheterna, som upphandlar tjänster för miljardbelopp varje år, ska peka ut vilket av nästan 700 kollektivavtal som ska definiera en viss bransch kommer att påverka marknaden. *Advokatfirman Delphi* anför att ändringsförslaget innebär en bedömning som är mycket komplex och kräver en stor arbetsinsats av den upphandlande myndigheten som framstår som helt oproportionerlig. *Upphandlingsmyndigheten* tillstyrker förslaget att arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer på central nivå ska ges möjlighet att lämna uppgift om villkoren och att utgångspunkten bör vara parternas gemensamma tolkning. Upphandlingsmyndigheten anser att det är lämpligt att skyldigheten att ställa villkoren bortfaller om det inte går att ange nivån för ett villkor samt att även den situationen att parterna inte är eniga om vad kollektivavtalet innebär bör utgöra en sådan situation att den upphandlande myndigheten inte ska vara skyldig att ställa villkoret. Enligt *Arbetsmiljöverket* finns det en risk att lagens syfte urholkas om det i många fall inte kommer att bli möjligt att ställa några krav på lönenivåer vid t.ex. s.k. nollavtal. Det är enligt *ILO-kommittén* positivt att parterna ges en central roll att tolka avtalet men det är svårt att förutse hur ofta det kommer att saknas en gemensam partsuppfattning. Det kan även uppkomma svårigheter för de upphandlande myndigheterna i de situationer det finns två konkurrerande avtal. *Konkurrenskommissionen* anser att förslaget att villkor inte behöver ställas om de inte går att fastställa inkräftar på den svenska modellen. Detta eftersom det skapar motiv för arbetsmarknadens parter att centralt reglera lönevillkor på nationell nivå. Att upphandlande myndigheter ska tolka kollektivavtalens rätta innebörd om arbetsmarknadens parter har olika tolkningar av villkoren, medför en för arbetsmarknaden rättsosäker ordning.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Behovsbedömningen

Det ska enligt förslaget vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor om det behövs (se avsnitt 26.2.1). Det innebär att det inte ska vara obligatoriskt att alltid ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Behovet ska bedömas utifrån den personal som förväntas delta vid genomförandet av kontraktet och hur stor risken är för snedvridning av konkurrensen. Det innebär att bedömningen av om det föreligger ett behov måste göras i den enskilda upphandlingen. Ansvaret för det kan, som *Almega* lyfter fram, den upphandlande myndigheten inte avhända sig. Samtidigt ställer det, som flera remissinstanser påpekar, stora krav på de upphandlande myndigheterna och enheterna att göra dessa bedömningar. Upphandlande myndigheter och enheter kan inte förväntas ha kunskap om de arbetsvillkor som gäller för hela arbetsmarknaden. Om de har eller förväntas ha kunskap om att det finns ett behov av att ställa

sådana villkor innebär den föreslagna regleringen dock att de ska ställa dem. Sådan kunskap kan myndigheten eller enheten ha genom erfarenhet från tidigare upphandlingar. Kunskap kan också komma från bl.a. oberoende organisationer, från arbetsmarknadens parter eller från branscherna själva. Bland dem som yttrar sig över lagförslagen anser t.ex. *SAS AB* och *Svensk Pilotförening* att luftfarten är en bransch inom vilken det bör vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor, medan däremot Branschföreningen för konsultföretag specialiserade på rådgivning och implementering inom Public Relations, *PRECIS*, anför att de föreslagna lagändringarna riskerar mycket stora problem för deras bransch och kunder samt att några missförhållanden inte råder i deras bransch. Upphandlingsmyndigheten kommer också, som behandlas nedan i detta avsnitt, att stå för en stor del av den samlade kunskapen om när det är behövt att ställa villkor och vilken nivå villkoren i så fall ska vara på. Det gäller även i de fall det inte kommer att vara obligatoriskt att ställa villkor. Värt att nämna i det sammanhanget är att Pensionsmyndigheten har publicerat en lista med exempel på branscher, yrken och arbetsformer där tjänstepension ofta saknas.

För att underlätta myndigheternas och enheternas arbete kan, genom förslagen, bedömningarna i viss mån schabloniseras, främst genom att hänsyn bör tas till vilken bransch leverantörerna är verksamma i. *Skatteverket* och *Företagarna* har vänt sig mot att på det sättet peka ut vissa branscher. Det förtjänar i det sammanhanget att erinra om att det i skattelagstiftningen redan finns särskilda regleringar för vissa branscher, däribland bygg-, taxi- och tvätteribranscherna, i syfte att bl.a. motverka svart arbetskraft och lönedumpning. Några av dessa regleringar har tillkommit efter initiativ från branscherna själva. Även det s.k. RUT-avdraget har medfört att städtjänster i ökad utsträckning utförs med vit arbetskraft. En författningsreglering som beaktar enskilda branscher är därför inget främmande för att främja skäliga arbetsvillkor för anställda. Som *Konkurrensverket* påpekar är det inte heller alltid behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktvillkor för en bransch i dess helhet utan det kan räcka med att ställa sådana för de delar som kan anses mer utsatta för oskäliga arbetsvillkor. Det kan t.ex. avse vissa grupper av arbetstagare eller när det finns ökad risk i vissa regioner för sådana oskäliga villkor. Behovet kan också komma att förändras över tid.

Att behovsbedömningen ska ske i den enskilda upphandlingen innebär också att behovet måste ha ett samband med det som ska upphandlas och stå i proportion till det. Villkor som träffar alla arbetstagare hos t.ex. en stor leverantör när endast en viss yrkesgrupp eller en viss verksamhet ska fullgöra kontraktet kan inte anses ha en koppling till kontraktsföremålet. Det kan vidare inte anses proportionerligt att ställa villkor som avser personal hos leverantören som i begränsad utsträckning kommer att beröras av fullgörandet av upphandlingen, som t.ex. stödjande administrativ personal. Om bedömningen innebär att minst ett av de tre villkoren riskerar att vara oskäliga, ska samtliga villkor ställas.

Mindre företag och organisationer kan ofta erbjuda innovativa och flexibla lösningar som efterfrågas av upphandlande myndigheter. Vid behovsbedömningen bör därför även beaktas att små aktörer med tillväxtpotential inte utestängs, genom att skapa tillräckligt attraktiva

Prop. 2015/16:195 upphandlingar som såväl stora som små företag vill och kan lämna anbud i.

En bedömning som leder till att villkoren inte behöver ställas är nära förknippad med den upphandlande myndighetens eller enhetens bestämning av kontraktetsföremålet. Myndighetens eller enhetens stora utrymme att bestämma det medför att en bedömning att villkoren inte behöver ställas visserligen ska, som *Upphandlingsmyndigheten* är inne på, kunna överprövas men huvudsakligen då endast mot de grundläggande principerna och då särskilt likabehandlingsprincipen. Behövlighetsbedömningen ska göras när särskilda kontraktsvillkor i övrigt anges i upphandlingsdokumenten. Om det senare visar sig att det fanns ett behov som myndigheten inte kände till eller borde ha känt till, torde bedömningen inte kunna ifrågasättas. *Lagrådet* har ifrågasatt den föreslagna regleringen mot bakgrund bl.a. av att de obligatoriska kraven inte är förenade med någon sanktion. Regeringen vill i det sammanhanget återigen framhålla att varje åtgärd som en myndighet vidtar i samband med upphandling och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för överprövning (se EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5). Detta gäller också underlåtenhet att vidta sådana åtgärder som följer av skyldigheter i lagstiftningen. Utöver möjligheten till överprövning kommer Konkurrensverket i egenskap av tillsynsmyndighet att kunna säkerställa tillämpningen av de föreslagna reglerna.

Vid behovsbedömningen måste också beaktas möjligheterna att kunna kontrollera och följa upp de uppställda villkoren. De upphandlande myndigheterna och enheterna måste själva, genom leverantören eller genom en tredje part kunna kontrollera att villkoren uppfylls. Detta måste vara möjligt för att säkerställa likabehandling.

När det gäller behovsbedömningen för det fall att svensk rätt inte kommer att vara tillämplig, eller om det finns risk för att arbetet utförs på villkor som inte är förenliga med ILO:s kärnkonventioner, tillkommer ett led i de överväganden som upphandlande myndigheter eller enheter måste göra. Det måste således bedömas om det finns en sådan risk. Däremot blir själva behovsbedömningen enklare när väl en sådan risk har konstaterats. Det får då anses föreligga ett behov av att ställa villkoren.

Sammantaget innebär de överväganden som upphandlande myndigheter och enheter måste göra vid behovsbedömningen att de alltid behöver överväga behovet och att de har ett relativt stort handlingsutrymme att inom ramen för de föreslagna reglerna ställa villkoren.

Nivåbestämning – arbetsmarknadens parter ska höras

Även med ett relativt stort handlingsutrymme kan de upphandlande myndigheternas och enheternas utrymme att utforma villkoren inte vara utan gränser. Respekten för den svenska arbetsmarknadsmodellen kräver försiktighet och att arbetsmarknadens parter har ett stort inflytande över de villkor som bestäms. Kollektivavtalen eller lag ska utgöra golvet för vilka villkor som får ställas. Om de två strider mot varandra gäller det som är förmånligast för arbetstagaren.

För att avgöra vilket avtal som är tillämpligt på det arbete som avses med kontraktet måste, enligt regeringens mening, kontakt regelmässigt tas med arbetsmarknadens parter. Det kan ofta vara så att olika kollektivavtal är tillämpliga på skilda kategorier av arbetstagare. De villkor som ska gälla för respektive grupp måste då baseras på varje sådant tillämpligt kollektivavtal. I vissa fall kan det emellertid uppstå situationer där flera kollektivavtal kan vara tillämpliga på samma arbete. Det kan då vara svårt att veta vilket avtal som ska utgöra grunden för de villkor som tas in i kontraktsvillkoren. Inträffar ett sådant fall kan frågan uppstå om det är den lägsta nivån i ett av dem som ska tillämpas eller om kollektivavtalen ska jämföras och den lägsta nivån som gäller för varje enskilt villkor ska användas. Det skulle i så fall kunna innebära att lönen hämtas ur ett avtal och semesterförmånerna ur ett annat. Kollektivavtalen är emellertid förhandlande i ett sammanhang, t.ex. kan en lägre lön vara kompenserad av en mer förmånlig semesterreglering. Krav på kollektivavtalsvillkor förutsätter därför att villkoren hämtas ur ett och samma avtal. Dessutom skulle en jämförelse mellan olika villkor i flera kollektivavtal innebära att en djupare analys behöver göras av flera avtal och dess olika bestämmelser. Detta framstår som en alltför komplicerad hantering för den myndighet som ska fastställa villkoren. Det skulle också vara mindre förenligt med den svenska arbetsmarknadsmodellen om myndigheter skulle skapa egna avtal genom att använda sig av villkor från olika avtal. Helhetsperspektivet som kollektivavtalen bygger på skulle gå förlorad. I de fall det finns flera centrala kollektivavtal som gäller i hela Sverige i den aktuella branschen upphandlingen avser som är tillämpliga på samma arbete anser regeringen att myndigheten själv kan välja vilket avtal villkoren ska hämtas ur eftersom alla kollektivavtal anses likvärdiga och basera samtliga arbetsrättsliga kontraktsvillkor på detta avtal. Vid bedömningen av vilket avtal som ska väljas bör, enligt regeringens mening, kollektivavtalets längd vägas in. Avtalet bör sträcka sig minst så långt i tid som avtalstiden för det upphandlade kontraktet. Om det inte gör det bör det framgå vad som kommer att gälla när kollektivavtalet har löpt ut, dvs. normalt att villkoren enligt det nya avtalet ska gälla.

Den svenska arbetsrättsliga lagstiftningen är ofta tvingande till arbetstagarens fördel. Det innebär att det inte är möjligt för en arbetsgivare och arbetstagare att avtala om sämre förmåner än vad som anges i lagen. Däremot är det alltid tillåtet att avtala om bättre förmåner än vad som anges i lagen. Det är dock i vissa fall möjligt att avvika från bestämmelserna till arbetstagarens nackdel om avsteget görs i ett kollektivavtal av visst slag. Det är endast arbetsgivare som är bundna av ett kollektivavtal med en sådan avvikelse som får göra avsteg från lagens regler. Arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal måste följa de regler som framgår av lagen. Bestämmelser där avvikelse kan ske i kollektivavtal till nackdel för arbetstagarna finns bl.a. i semesterlagen (1977:480) och arbetstidslagen (1982:673). Av 3 § fjärde stycket arbetstidslagen framgår att det genom kollektivavtal får göras undantag från lagen i dess helhet, så länge det är förenligt med det underliggande arbetstidsdirektivet.

Om det i ett kollektivavtal skett avsteg från semidispositiva bestämmelser på ett sätt som innebär att arbetstagaren enligt

Prop. 2015/16:195 kollektivavtalet minst ska tillförsäkras en förmån vars nivå understiger den nivå som anges i lag, t.ex. en semesterlön som är lägre än vad som anges i lagen, bör inte kollektivavtalets nivå anges av den upphandlande myndigheten som villkor i upphandlingen. Arbetsrättsligt är det endast den arbetsgivare som är bunden av just det kollektivavtalet som har rätt att tillämpa den nivån. En arbetsgivare som inte är bunden av det kollektivavtalet skulle bryta mot semesterlagen om villkoret i kontraktsvillkoren följdes. En leverantör som inte uppfyller de särskilda arbetsrättsliga kraven som ställs, bör dock ändå anses uppfylla villkoren om den tillämpar motsvarande villkor i ett alternativt centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen, oavsett om den är kollektivavtalsbunden eller inte (se avsnitt 26.2.7).

När den upphandlande myndigheten fastställt vilket eller vilka kollektivavtal som är tillämpliga på arbetet och konstaterat att det innebär mer förmånliga regler än vad som anges i lag ska villkoret hämtas ur detta kollektivavtal. Som framgått är det inte alltid enkelt att tolka kollektivavtalet och att se vilken lägsta nivå som gäller eftersom en sådan kanske inte ens framgår av avtalet. Upphandlingsmyndigheten eller den upphandlande myndigheten eller enheten bör därför alltid ge arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer på central nivå som är part till kollektivavtalet möjlighet att lämna uppgift om villkoren. Utifrån detta får kontraktsvillkoren fastställas.

Utgångspunkten bör vara att det är kollektivavtalsparternas gemensamma tolkning av vad som gäller som bör läggas till grund för villkoren. Det är arbetsmarknadens parter som enligt den svenska arbetsmarknadsmodellen anförtröts att ingå de avtal som krävs för att tillförsäkra de anställda goda villkor. Upphandlingsreglerna ska endast säkerställa att de anställda som utför arbete inom en upphandling tillförsäkras dessa villkor. Regeringen utgår därför ifrån att det även finns ett intresse hos arbetsmarknadens parter att de kollektivavtalsvillkor som läggs till grund för kontraktsvillkor faktiskt motsvarar vad som gäller enligt det aktuella kollektivavtalet och att de därför kommer att medverka till att tydliggöra vilka villkor som gäller. Av de upphandlingsrättsliga principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering följer att det tydligt ska framgå vilka kontraktsvillkor som gäller. Att villkoren hämtas ur kollektivavtal innebär inte att villkoren nödvändigtvis måste motsvara avtalsparternas tolkning av vad de innebär, eftersom villkoren i och med myndighetens tolkning endast kommer att utgöra ett kontraktsvillkor i en offentlig upphandling. Möjligheterna att främja en god ordning på arbetsmarknaden är dock beroende av öppenheten med de kollektivavtal som finns i fråga om villkoren som ska eller får ställas. *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* motsätter sig att oenighet mellan parterna på ett avtalsområde ska leda till att inga arbetsrättsliga krav ställs över huvud taget. Enligt regeringens mening får, om parterna inte är eniga om vad kollektivavtalet innebär eller om deras information är otydlig, myndigheten överväga om den trots det kan uppge en miniminivå baserat på de uppgifter parterna har lämnat som kan anses gälla. Om uppgifter om villkorsnivåerna inte framgår av avtalen på grund av att de är avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer (s.k. sifferlösa avtal), om

arbetsmarknadens parter inte lämnar ut avtalen, eller om parternas tolkning av villkoren är sådana att de över huvud taget inte går att ställa, kommer den upphandlande myndigheten eller enheten att sakna underlag för att ställa villkoren. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten eller enheten inte vara skyldig att ställa det villkoret. Ett undantag för den situationen ska därför finnas. Det innebär dock inte att övriga villkor inte ska ställas.

Upphandlingsmyndighetens roll

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal har övervägt tre möjligheter för hur Upphandlingsmyndigheten kan stödja de upphandlande myndigheterna och enheterna när de ställer särskilda arbetsrättsliga villkor. Det första alternativet är att regeringen med stöd av sin s.k. restkompetens enligt 8 kap. 7 § första stycket 2 regeringsformen kan utfärda eller delegera utfärdandet av föreskrifter till en myndighet. Det andra är att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer skulle kunna utfärda verkställighetsföreskrifter enligt 8 kap. 7 § första stycket 1 regeringsformen. Det tredje alternativet är att Upphandlingsmyndigheten, för det fall det saknas möjlighet att ge den rätt att utfärda föreskrifter, i stället ska ge icke bindande vägledning och allmänna råd. Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal stannade vid att föreslå att Upphandlingsmyndigheten ska kunna meddela föreskrifter om dels när det är behövligt att ställa särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i form av s.k. särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt, dels nivåerna på de särskilda arbetsrättsliga villkor som ska ställas, dels vilka särskilda arbetsrättsliga villkor som ska ställas när svensk rätt inte är tillämplig. Flera remissinstanser, bl.a. *SKL*, *Företagarna* och *TCO* ifrågasätter utredningens bedömning i dessa avseenden.

Lagförslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling som beslutades den 4 juni 2015 bygger på den principiella synen på föreskrifternas karaktär som Lagrådet gav uttryck för i samband med att 2004 års lagar behandlades. Enligt Lagrådet rörde förslagen i betydande omfattning förhållanden som avses i 8 kap. 2 § RF och att det inte fanns utrymme för att delegera normgivningen (prop. 2006/07:128 del 2 bil. 14 s. 598). De föreskrifter som Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal anser kan meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer är föreskrifter om särskilda villkor för hur ett offentligt upphandlat kontrakt ska fullgöras. Sammanfattningsvis handlar det alltså om att den upphandlande myndigheten genom villkoren binder leverantören på kontraktsrättslig väg. Med hänsyn till att de föreskrifter som utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska få meddela föreskrifter om avser kontraktsrättsliga förhållanden, rör det sig om ett område inom upphandlingslagstiftningen som enligt regeringens mening omfattas av det primära lagområdet, civilrätten (8 kap. 2 § först stycket 1 regeringsformen).

Meddelandet av de föreskrifter om behovet av att ställa villkor och nivåerna på villkoren bygger på att normgivaren analyserar relevanta branscher och tillämpliga kollektivavtal och därefter fastställer i vilka fall

Prop. 2015/16:195 särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt ska ställas och bestämmer nivåerna på villkoren. Genom föreskrifterna tillförs alltså regleringen väsentliga moment. Föreskrifterna kan mot denna bakgrund inte anses vara föreskrifter om verkställighet. När det gäller föreskrifter när svensk rätt inte är tillämplig ligger det möjligen något närmare till hands att kvalificera dem som verkställighetsföreskrifter. Innehållet i föreskrifterna är nämligen tänkt att hämtas av normgivaren ur framför allt ILO:s kärnkonventioner. Det närmare innehållet i föreskrifterna ska således på denna punkt hämtas ur ett material som är mer öppet än vad kollektivavtal är i allmänhet. Lagstiftaren kan sålunda i detta fall i någon mening bättre överblicka och förutse innehållet i eventuella verkställighetsföreskrifter. Som framgått avser dock föreskrifterna det civilrättsliga området varför möjligheten att meddela verkställighetsföreskrifter ska utnyttjas med försiktighet. Mot den bakgrunden kan inte heller dessa föreskrifter anses vara föreskrifter om verkställighet. Den föreslagna ordningen att regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer ska meddela de aktuella föreskrifterna strider således mot regeringsformen. Det saknas alltså möjlighet att ge Upphandlingsmyndigheten en rätt att meddela sådana föreskrifter som följer av förslaget.

Regeringens bedömning påverkar inte Upphandlingsmyndighetens uppdrag att stödja de upphandlande myndigheterna eller enheterna genom att utfärda allmänna råd. Sådana allmänna råd kan avse när eller i vilka branscher det föreligger behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor eller vilka nivåer som gäller för olika villkor på arbetsmarknaden. De kan även avse hur upphandlande myndigheter eller enheter kan arbeta med dessa frågor. Upphandlingsmyndigheten kan också utgöra en länk mellan de upphandlande myndigheterna och enheterna å ena sidan samt arbetsmarknadens parter å andra sidan för att samla och föra över information om de villkor som tillämpas på arbetsmarknaden. De kan också, som *Trafikverket* efterlyser, gälla hur villkoren ska tillämpas under kontrakt som sträcker sig över lång tid och med de behov av förändrade villkor som följer av det. Regeringen avser att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att bl.a. arbeta särskilt med dessa frågor. Vägledningarna från myndigheten kommer att utgöra utgångspunkter för de upphandlande myndigheterna och enheterna när de ställer särskilda arbetsrättsliga villkor.

Regeringens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska, när det är behövligt, kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer i alla led av leverantörskedjan, som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet eller koncessionen, följer de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor som följer av upphandlingskontraktet. De villkoren ska vara desamma som de som är obligatoriska för huvudleverantören. Om arbetet utförs där svensk rätt inte är tillämplig ska villkor enligt ILO:s kärnkonventioner anges. Myndigheten eller enheten får i övrigt ställa sådana villkor om underleverantörer.

Förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Något fler remissinstanser tillstyrker eller är positiva till utredningens förslag än de som avstyrker eller är kritiska mot det, däribland *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)*. *Kommerskollegium* anför att det leder sannolikt till ökad transparens och en minskad osäkerhet för utländska aktörer om vilka villkor som gäller på den svenska upphandlingsmarknaden. *Upphandlingsmyndigheten* anser att långa leverantörsled ökar risken för att arbetsrättigheter inte respekteras men samtidigt måste de ställda villkoren vara möjliga att följa upp och resurser bör läggas där de ger effekt. Det kan vara mycket svårt eller till och med omöjligt för leverantörer som har produktion i s.k. låglöneländer att garantera att särskilda arbetsrättsliga villkor uppfylls i alla led i leverantörskedjan. Enligt *Upphandlingsmyndigheten* bör villkoren därför vara formulerade på ett sådant sätt som avser att leverantören rutinmässigt ska arbeta för att motverka att brott mot dessa arbetsvillkor förekommer. *Landsorganisationen i Sverige (LO)* anser att det är i de långa underentreprenadskedjorna som de värsta missförhållandena förekommer. *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* ser helst att skyldigheten ska gälla alla särskilda arbetsrättsliga villkor som ställs.

Konkurrensverket avstyrker förslaget att en leverantör ska säkerställa att samtliga underleverantörer följer de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren. *Kronofogdemyndigheten* anser att förslaget innebär att ansvaret för underleverantörer enligt svensk avtalspraxis skiftas från den levererande parten till den beställande. Det kommer i praktiken innebära att den upphandlande myndigheten måste utföra tidskrävande och kostsamma kontroller trots att detta torde ligga på leverantören. *Almega* anför att förslaget innebär stora ansträngningar för leverantören och bör därför inte genomföras. Företag har ofta väldigt svårt att själva kunna kontrollera om underleverantörer i flera led följer villkoren, inte bara i praktisk mening utan även rättsligt. *Företagarna* anför att det finns stora praktiska utmaningar med ett sådant system där krav som den upphandlande myndigheten väljer att ställa ska följas upp av huvudleverantören och inte av den upphandlande myndigheten. *Näringslivets regelråd (NNR)* anser att det är orimligt utifrån de stora

antal led av underleverantörer som är vanligt. *Svenskt Näringsliv* anser att förslaget inte bör genomföras eftersom det förutsätter en tidskrävande och dyrbar kontroll från leverantören i förhållande till sina underleverantörer som den inte har vare sig praktisk eller rättslig möjlighet att utföra. Föreningen förespråkar i stället att ett avtalsrättsligt ansvar föreskrivs som ålägger leverantörer att i avtal med underleverantörer införa en klausul om skyldigheten för underleverantören att följa de arbetsrättsliga villkor som följer av upphandlingskontraktet.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Kommerskollegium* anför att det inte är ovanligt med långa leverantörskedjor som verkar i flera länder, vilket kan försvåra möjligheten att kontrollera och följa upp krav i alla led. Ställs krav som inte går att följa upp riskerar myndigheten att bryta mot EU-rätten. *Arbetsmiljöverket* ställer sig frågande till hur uppföljningsbart detta lagkrav kommer att bli och föreslår en begränsning i hur många led uppföljningsskyldigheten sträcker sig samt att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer uppfyller de villkor som har ställts. *Almega* avstyrker förslaget och anför att medan företag har möjlighet att i avtal ställa krav på sin underleverantör finns knappast förutsättningar att exempelvis kontrollera sådant som deras bokföring eller de anställdas anställningsvillkor.

Skälen för regeringens förslag: Av artikel 71.1 i LOU-direktivet framgår att behöriga nationella myndigheter genom lämpliga åtgärder ska säkerställa att underleverantörer iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2 i LOU-direktivet. Motsvarande artiklar finns i LUF-direktivet (artiklarna 88.1 och 36.2) och i LUK-direktivet (artiklarna 42.1 och 30.3).

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal anser att i de branscher där det är vanligt förekommande med undermåliga arbetsförhållanden och s.k. social dumpning är det inte ovanligt med långa leverantörskedjor. Den bedömningen delas av *Upphandlingsmyndigheten* och *LO*. Det innebär enligt regeringen att det är ännu viktigare att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt när det gäller underleverantörer. Det ska kunna förutsättas att leverantören som vunnit kontraktet försäkras sig om att de underleverantörer som anlitas uppfyller ställda särskilda villkor för fullgörande av kontraktet. För att säkerställa att arbetet utförs i enlighet med ställda särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor finns därför starka skäl som talar för att införa ett krav om att de upphandlande myndigheterna eller enheterna ska ålägga leverantören av upphandlingskontraktet att se till att dennes underleverantörer uppfyller de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor som följer av kontraktet.

Särskilda kontraktsvillkor i en upphandling ska bl.a. vara kopplade till kontraktets föremålet och möjliga att följa upp och kontrollera. Mot ett införande av ett obligatorium kan därför anföras att det kan vara problematiskt att säkerställa en ändamålsenlig uppföljning av kontraktsvillkoren, särskilt i fall med långa leverantörskedjor. Om ansvaret endast avser ett led ökar i stället möjligheten att fullgöra en kontroll. Därtill kan en uppföljning i flera led onekligen framstå som

arbetskrävande för den upphandlande myndigheten eller enheten. Vidare innebär ett ansvar i flera led att huvudleverantören måste kunna lägga ner resurser på att säkerställa att underleverantörerna uppfyller villkoren. Att kontroll är viktigt innebär dock inte att samtliga ställda villkor alltid faktiskt måste kontrolleras. Villkoren ska vara möjliga att kunna kontrolleras. Säkerställandet kan, som *Arbetsmiljöverket* och *Svenskt Näringsliv* är inne på, däremot uppfyllas avtalsrättsligt genom att leverantören binder sina underleverantörer avtalsrättsligt till de villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten ställt upp. Det är ett hanterbart sätt att säkerställa kontroll som avser flera led. Ett ansvar som avser endast ett led i kedjan av leverantörer skulle utgöra en risk för att oseriösa huvudleverantörer konstruerar en leverantörskedja som syftar till att ansvaret för underleverantörer i praktiken aldrig genomförs. Regeringen delar därför *Nacka kommuns* uppfattning att de krav som läggs på leverantörerna även bör läggas på dess underleverantörer, annars blir de skyldigheter som påläggs leverantörerna verkningslösa. Det innebär att om det bedömts behövt att ställa villkoren i upphandlingen, ska villkoren även ställas i förhållande till underleverantörerna. Vid den behövighetsbedömning som görs i upphandlingen bör dock vägas in i vilken utsträckning det kan förekomma underleverantörer som tillämpar oskäliga villkor. Ansvaret bör därför också, som utgångspunkt, gälla alla led i underleverantörskedjan.

Förslaget innebär inte, som *Kronofogdemyndigheten* har uppfattat det, något principiellt skifte eftersom det upphandlingsrättsliga ansvaret för vad som anskaffas fortfarande ligger hos den upphandlande myndigheten eller enheten och det avtalsrättsliga ansvaret för fullgörandet ligger hos huvudleverantören. Ansvaret uppfylls genom myndighetens kravställande riktad mot huvudleverantören som i sin tur avtalsrättsligt kan binda sina underleverantörer. Regeringen håller därför med *Svenskt Näringsliv* om att ansvaret innebär att leverantörer i avtal med underleverantörer bör införa en klausul om skyldigheten för underleverantören att följa de arbetsrättsliga villkor som följer av upphandlingskontraktet. Remissinstanserna pekar också på problemen med att följa upp villkor i långa leverantörskedjor. Regeringen har förståelse för problemen men det är just i sådana kedjor som det är som allra viktigast att villkoren efterlevs. Villkoren ska vara möjliga att kontrollera, annars är de inte möjliga att ställa. Regleringen innebär dock inte något krav att i varje enskilt fall kontrollera eller följa upp att de ställda villkoren följs. Det är en särskild och viktig fråga som inte regleras i detta sammanhang.

Kontraktet ska fullgöras oavsett vem som gör det. Att det säkerställs i praktiken att villkor är lika långtgående för underleverantörerna motverkar kringgåenden av den upphandlande myndighetens eller enhetens ställda villkor. De obligatoriska villkoren för underleverantörerna bör dock, i likhet med *Upphandlingsmyndighetens* uppfattning, självklart inte vara längre gående än de obligatoriska kraven som ställs på huvudleverantören. De villkor som en leverantör ska säkerställa att dennes underleverantörer ska följa ska således vara desamma som de villkor som regeringen i avsnitt 26.2.2 föreslår ska vara

Prop. 2015/16:195 obligatoriska att kräva vid uppställande av särskilda arbetsrättsliga villkor, dvs. lön, semester och arbetstid.

Utöver de obligatoriska villkoren ska en upphandlande myndighet eller enhet, som *SACO* och *Nacka kommun* är inne på, få kräva av leverantören att denne säkerställer att underleverantörerna uppfyller även andra särskilda arbetsrättsliga villkor som följer av kontraktet. Denna möjlighet bör framgå av lagtexten.

Vad avses med leverantörens underleverantörer? Regeringen föreslog i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling som beslutades den 4 juni 2015 att den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att begära in vissa uppgifter avseende de underleverantörer som deltar i arbetet ska vara begränsad till underleverantörer i ett led. Regeringen anförde att uppgifter om underleverantörer i flera led inhämtas är av vikt för att en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna kontrollera att villkoren för fullgörandet av ett tilldelat kontrakt följs, att det i praktiken inte innebär att en upphandlande myndighet eller enhet är förhindrad att inhämta uppgifter om underleverantörer i flera led eftersom samma resultat kan uppnås genom att uppgifter hämtas in med stöd av särskilda villkor som har ställts upp för fullgörandet av kontraktet. Detta avsåg uppgifter om underleverantörerna för att uppföljning ska kunna ske i förhållande till dem.

När det däremot gäller de särskilda arbetsrättsliga villkor i sak som ska gälla i förhållande till underleverantörer ställer sig situationen något annorlunda. Med hänsyn till vad remissinstanserna gett uttryck för och att regeringen inte vill skapa incitament till kringgåenden av kraven genom ytterligare led av underleverantörer, är det regeringens mening att de obligatoriska särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren trots allt ska gälla underleverantörer i alla led.

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal har som en begränsning föreslagit att obligatoriet endast ska gälla de underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet. *Upphandlingsmyndigheten* har efterfrågat klagöranden av vilka underleverantörer som avses med det. Regeringen kan konstatera att de nya upphandlingsdirektiven lyfter fram möjligheterna att ställa krav relaterade till förhållandena för hur det som anskaffas har producerats. Möjligheterna är långtgående. I ett livscyelperspektiv kan t.ex. krav ställas på förhållandena vid framställningen av råvaror som ingår i de varor som anskaffas. Det som sätter gränserna för vilka krav eller villkor upphandlande myndigheter eller enheter får ställa är att det måste finnas en koppling till kontraktsföremålet, dvs. en anknytning mellan villkoren och det som anskaffas. Kopplingen till kontraktsföremålet blir svagare ju längre man kommer ifrån det som anskaffas. Dessutom sätter de grundläggande principerna som bl.a. proportionalitetsprincipen gränser för vad som får krävas. Kraven och villkoren ska stå i rimlig proportion till det som anskaffas. För kravställandet finns därför gränser. För att kraven inte ska få alltför långtgående konsekvenser bör gränser för när det ska vara obligatoriskt att de ställda kraven även ska omfatta det som utförs av underleverantörerna ska detta anges i lagen. En gräns bör vara densamma som för leverantörerna; nämligen att det ska finnas ett behov av att ställa villkoren. Obligatoriet ska således inte sträcka sig längre än det som ska krävas av leverantören. Utöver det bör ytterligare en gräns

sättas upp när det gäller underleverantörer. Enligt regeringens mening är det med hänsyn till proportionalitetsprincipen t.ex. inte rimligt att ha ett obligatoriskt kravställande för produktionen av allt byggmateriel som förbrukas under en byggtreprenad. Inte heller kan det vara proportionellt att alltid ställa arbetsrättsliga krav som avser hur förbrukningsmateriel har producerats som används vid tillhandahållandet av en tjänst. Inte heller kan det åläggas leverantören att säkerställa att alla producenter av material som ingår i en vara ska uppfylla de arbetsrättsliga villkoren. Därför föreslår regeringen, i likhet med Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal, att de obligatoriska kraven bara ska gälla underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet, dvs. den personal som sätter samman en vara, utför en tjänst eller arbetar med en byggtreprenad. Till skillnad från vad som synes vara *Kammarkollegiets* uppfattning behöver en sådan underleverantör associationsrättsligt inte utgöra det första ledet av underleverantörer utan det kan beroende på hur ägar- och bolagsförhållanden ser ut röra sig om en underleverantör i ett senare led. Det väsentliga vid bedömningen enligt detta förslag är att det tar sikte på den eller de underleverantörer som rent faktiskt direkt eller omedelbart fullgör kontraktet.

En angränsande fråga till hur långt tillbaka i leden av underleverantörer som kraven ska avse, är frågan om vad som gäller om arbetet utförs där svensk rätt inte är tillämplig. Enligt regeringens mening bör i de fallen ett grundläggande skydd säkerställas. Det bör enligt regeringens mening på motsvarande sätt som föreslås i avsnitt 26.2.4 för huvudleverantören kunna utgöras av villkoren enligt ILO:s åtta kärnkonventioner. Utan ett sådant krav är, som *TCO* anför, möjligheten att uppnå den önskade effekten av lagförslagen inte säkerställd. *Upphandlingsmyndigheten* anser att villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner enbart bör ställas när det föreligger risk för brott mot arbetstagares grundläggande rättigheter. Eftersom det innebär att det föreligger ett behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor instämmer regeringen i myndighetens bedömning.

Sammantaget är det regeringens uppfattning att nackdelarna som det innebär för leverantörerna att de obligatoriska villkor som ställs även ska gälla underleverantörer, kan hanteras dels avtalsrättsligt, dels genom gränser för villkorsställandet. Övervägande skäl talar därför enligt regeringens mening för att det ska införas ett obligatorium för den upphandlande myndigheten att, i de fall det ansetts behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, som ett särskilt kontraktsvillkor ange att leverantören ska säkerställa att de underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de obligatoriska särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren enligt upphandlingskontraktet. I övrigt får myndigheten eller enheten ställa ett sådant krav.

I artikel 71.6 i LOU-direktivet (88.6 i LUF-direktivet och 42.4 i LUK-direktivet) återges exempel på lämpliga åtgärder som kan vidtas för att undvika att de skyldigheter som följer av artikel 18.2 i LOU-direktivet och motsvarande artiklar åsidosätts. Enligt bestämmelserna får de upphandlande myndigheterna och enheterna bl.a. kontrollera om det finns skäl för uteslutning av en underleverantör och om det finns sådana begära att leverantören byter ut den underleverantören. Regeringen

Prop. 2015/16:195 föreslår ingen uttrycklig reglering av den möjligheten. Den får ses som ett exempel på vad som kan regleras i de särskilda kontraktsvillkoren i fråga om underleverantörer. Till följd av det och de bedömningar som gjorts i lagrådsremissen den 4 juni 2015 föreslår regeringen inte heller något genomförande av artiklarna 71.5 tredje stycket och 71.8 i LOU-direktivet eller 88.5 tredje stycket och 88.8 i LUF-direktivet, med undantag för begäran om uppgifter längre ned i underentreprenörskedjan. Förslaget genomför således artikel 71.1 i LOU-direktivet och de skyldigheter som följer av artikel 18.2 i samma direktiv säkerställs därmed samt genomför på motsvarande sätt artikel 88.1 och 36.2 i LUF-direktivet samt artikel 42.1 och 30.3 i LUK-direktivet.

26.2.7 Hur uppställda särskilda arbetsrättsliga villkor uppfylls av leverantörer

Regeringens förslag: Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

En leverantör ska också anses uppfylla villkoren, om den är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen om utstationering av arbetstagare och tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt den lagen.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar likvärdiga villkor för sina anställda.

Förslagen från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal: Överensstämmer inte med regeringens. Till skillnad mot regeringen föreslår utredningen en särskild ordning om arbetet utförs av utstationerad arbetskraft.

Remissinstanserna: I fråga om leverantörer som kan åberopa utstationeringslagen är ett stort antal leverantörer kritiska till utredningens förslag. Några av dem, bl.a. *Kommerskollegium*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Kahn Pedersen*, instämmer i och för sig i utredningens bedömning att rättsläget är oklart i fråga om likabehandlingsprincipen medan andra, bl.a. *Skatteverket*, *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet*, *Trafikverket*, *Konkurrensverket*, *Svenskt Näringsliv* och *Advokatfirman Delphi* anser att det följer mer eller mindre tydligt av rättspraxis att förslaget inte är förenligt med likabehandlingsprincipen och EU-rätten i övrigt. Enligt vissa av de remissinstanser som är kritiska till förslaget, däribland *Upphandlingsmyndigheten*, *Västra Götalands läns landsting* och *Advokatfirman Kahn Pedersen*, bör frågan utredas ytterligare. Några av remissinstanserna, bl.a. *Konkurrensverket Almega* och *Företagarna*, framhåller att förslaget även kan påverka konkurrensituationen för svenska företag och leda till att konkurrensen snedvrids. *Landsorganisationen i Sverige (LO)* och *Tjänstemännens*

Centralorganisation (TCO) uttalar sitt stöd för utredningens bedömning i fråga om likabehandlingsprincipen och utstationering.

Förslaget i utkastet till lagrådsremiss: Överensstämmer delvis med regeringens. Enligt utkastets förslag krävdes att leverantören skulle vara bunden av ett alternativt kollektivavtal för att denne skulle kunna åberopa det för att uppfylla villkoren.

Remissinstanserna: Flera remissinstanser, däribland *Svenskt Näringsliv* och *Företagarna*, är kritiska till eller har synpunkter på att företag som inte är anslutna till något kollektivavtal men som tillämpar villkor enligt något annat avtal inte anses uppfylla villkoren. Det strider enligt dem mot likabehandlingsprincipen. Enligt *Företagarna*, som efterlyser resonemang om hur regleringen ska förhålla sig till enmansföretagare utan kollektivavtal eller till hängavtal, bör det räcka med att företag utan kollektivavtal uppfyller ställda villkor i något tillämbart kollektivavtal. Enligt *Svenskt Näringsliv* är det en komplicerad process som kräver ingående kunskaper att bedöma om en försäkring är att anse som likvärdig. *Konkurrenskommissionen* anför att en icke kollektivavtalsbärande leverantör inte kan anses ha brutit mot några tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter, även om leverantören skulle använda sig av oskäliga arbetsvillkor gentemot sina arbetstagare, eftersom skyldigheterna enligt kollektivavtal endast är bindande mellan parterna. *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* anser att det inte ska vara tillräckligt att en leverantör tillämpar villkor i nivå med ett kollektivavtal, utan att vara bunden av det.

Samtliga remissinstanser som uttalar sig om utstationering, däribland *Konkurrensverket*, *Företagarna* och *Almega*, konstaterar att genom utvidgningen till tjänstepension och försäkringar strider förslaget mot EU-rätten. Enligt *Kommerskollegium* innebär förslaget att andra villkor i praktiken gäller för anbudsgivare med utstationerad arbetskraft eftersom kraven på dessa anbudsgivare är begränsade till de som omfattas av den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Prövningen av om sakliga skäl föreligger för en olikbehandling måste enligt kollegiets mening göras i varje enskilt fall utifrån proportionalitetsprincipen, vilket inte är möjligt om det i lagstiftning slås fast att kraven ska vara obligatoriska att ställa. *Advokatfirman Kahn Pedersen* anser att frågan om olikbehandlingen av svenska företag i förhållande till utländska leverantörer är sakligt motiverad kommer att lämpa sig väl för en begäran om förhandsavgörande inom ramen för ett upphandlingsmål. Till så sker kan dock den föreslagna bestämmelsens förenlighet med unionsrätten komma att sättas i fråga.

Skälen för regeringens förslag

Uppfylla villkoren

Utgångspunkten för både utredningens och regeringens förslag är att den leverantör som tilldelas ett kontrakt ska uppfylla de särskilda arbetsrättsliga villkor som ställts för fullgörande av kontraktet eller säkerställa att dennes underleverantörer gör det. Det innebär att löner och andra förmåner måste vara i nivå eller över det som anges av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Är leverantören bunden av det kollektivavtal som den upphandlande myndigheten eller enheten använt sig av, är villkoren till följd av det uppfyllda. Det innebär, som *Konkurrensverket* pekar på, ett försteg för den leverantören jämfört med andra leverantörer. Eftersom kollektivavtal i princip anses likvärdiga, ska de leverantörer som är bundna av något annat tillämpligt nationellt eller lokalt avtal därför också anses uppfylla villkoren. De leverantörer som inte är kollektivavtalsbundna ska, i likhet med utredningens förslag, kunna åberopa ett annat avtal om de uppfyller villkoren i det avtalet. De kan också uppfylla de villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten ställt. Kollektivavtalen bedöms som en helhet. Det innebär att enskilda sämre villkor får accepteras.

Om parterna i det alternativa kollektivavtalet avviker från en semidispositiv regel, i t.ex. arbetstidslagen, och enats om för arbetstagarna mindre förmånliga villkor, bör de arbetsrättsliga villkoren anses vara uppfyllda i upphandlingen om leverantören tillämpar sådana kollektivavtalsenliga villkor, trots att de är sämre för arbetstagaren än vad som följer av lag. Det bör inte göras någon skillnad på leverantörer som är bundna av det alternativa kollektivavtalet och leverantörer som inte är det. Också en leverantör som inte är bunden av kollektivavtalet bör alltså kunna anses uppfylla de ställda villkoren i upphandlingen om den tillämpar motsvarande villkor som i kollektivavtalet. Även om en sådan leverantör därmed uppfyller villkoren i upphandlingen bör dennes skyldigheter enligt arbetsrätten, t.ex. arbetstidslagen kvarstå.

Det förekommer villkor i kollektivavtal som har ett innehåll som det bara är avtalsparterna som kan uppfylla. Det finns t.ex. försäkringar som endast kan tecknas av dem som är bundna av kollektivavtalet. För att de icke bundna leverantörerna ska kunna uppfylla ett sådant villkor, måste det finnas en möjlighet för dem att på annat sätt visa att de uppfyller villkoret genom en likvärdig försäkring. En sådan hantering av en undantagssituation ska regleringen därför medge.

Det innebär, till skillnad från vad *Lagrådet* ger uttryck för, att alla leverantörer måste uppfylla alla de ställda villkoren. Med denna utformning av regleringen anser regeringen att likabehandling i upphandlingen uppnås mellan leverantörerna som är bundna av eller tillämpar villkor minst i nivå med de som gäller enligt kollektivavtal.

Utstationering

När det sedan gäller leverantörer som utstationerar personal, föreslår utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal att särskilda villkor ska gälla för utstationerande leverantörer i form av alternativa kontraktsvillkor. Att ställa skilda villkor för utstationerande respektive inte utstationerande leverantörer kan dock ifrågasättas främst med hänsyn till likabehandlingsprincipen. Regeringen föreslår därför inte några sådana regler. Samma villkor kan därför ställas upp för leverantörerna oavsett om de anlitar utstationerad personal eller inte så länge fullgörandet av kontraktet sker i Sverige. Villkoren som ska uppfyllas ska enligt förslaget uppgå till minst den lägsta nivån (se avsnitt 26.2.3). Det innebär att alla villkor som ställs kan uppfyllas av både utstationerande och inte utstationerande leverantörer.

När det sedan kommer till hur villkoren kan uppfyllas skiljer sig förutsättningarna dock åt mellan en utstationeringssituation och då det inte är fråga om utstationering. Detta med hänsyn till hur anställningsvillkor typiskt sett regleras på den svenska arbetsmarknaden och till att det följer av EU-rätten och utstationeringslagen att en annan ordning ska tillämpas om en leverantör kan åberopa att arbetet utförs med arbetstagare som är utstationerade. När det gäller leverantörer som kan åberopa utstationering, är det som Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal konstaterar nödvändigt att sådana leverantörer tillåts fullgöra kontrakten enligt villkor som är förenliga med utstationeringslagen. Som framgår av utredningens resonemang hindrar EU-rätten att sådana leverantörer exkluderas i upphandlingar på grund av att de inte uppfyller ställda särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt som går längre än det som följer av utstationeringslagen. Det innebär att arbetsrätten skapar en skillnad i förutsättningar mellan en utstationeringssituation och en situation utan utstationering. Denna skillnad måste hanteras inom ramen för upphandlingsreglerna. Som framgått bedömer regeringen, till skillnad från utredningen, som lämpligare att lösa den frågan genom att ställa samma villkor oavsett om något anbud med utstationerade lämnas eller inte. Den bedömningen ligger också i linje med EU-domstolens praxis (se RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760). Så fort det är fråga om en upphandling med gränsoverskridande intresse, vilket det är när tröskelvärdena i direktiven uppnås, måste nämligen de upphandlande myndigheterna och enheterna räkna med att ett anbud med utstationerad personal kan förekomma. Det är därför inte görligt att upprätthålla någon åtskillnad mellan nämnda situationer vid villkorsställandet. I stället måste de upphandlande myndigheterna och enheterna acceptera de förutsättningar som de olika leverantörerna verkar under på grund av reglerna om utstationering. Det innebär att regeringen, i likhet med utredningen, anser att det finns behov av särbestämmelser om hur vissa leverantörer kan uppfylla de ställda villkoren. Den ordning som utredningen föreslår innebär att längre gående villkor än sådana som följer av utstationeringslagen ska eller får ställas i förhållande till leverantörer som inte kan åberopa en utstationeringssituation. Ett stort antal remissinstanser anser dock att ett sådant regelverk strider mot eller kan ifrågasättas med hänsyn till EU-rätten, framför allt likabehandlingsprincipen.

Principen om likabehandling framstår som svår att tillämpa vid villkorsställande när leverantörerna lyder under och tillämpar skilda arbetsrättsliga regler och villkor för sina anställda, vilket är fallet för arbetsgivare som anlitar utstationerad personal i förhållande till de som inte gör det. Leverantörerna kan då arbetsrättsligt befinna sig i olika situationer. Att förutsättningarna för leverantörerna skiljer sig åt innebär dock inte att de upphandlingsrättsligt befinner sig i olika situationer. Det är en del av konkurrensen som en upphandling ska ta till vara. Kraven eller villkoren som ställs får dock inte utformas så att anbudsgivarna ges skilda möjligheter att utforma sina anbud.

Som regeringens förslag är utformat innebär det inte att villkoren som ställs skiljer sig åt. Alla leverantörer måste uppfylla alla de krav som ställs. Det som skiljer sig åt är att leverantörerna till följd av arbetsrätten

Prop. 2015/16:195 kan ha olika förutsättningar att uppfylla dem beroende på vilka kollektivavtal som gäller på området eller om de utstationerar arbetstagare. Kollektivavtal anses likvärdiga trots att de i praktiken innehåller olikheter sinsemellan. Med den utformning av regleringen som regeringen föreslår uppnås likabehandling mellan leverantörerna som är bundna av eller tillämpar villkor minst i nivå med de som gäller enligt kollektivavtal eller utstationering

Regeringen arbetar för övrigt brett med att få till stånd ett starkare skydd även för utstationerade arbetstagare. För närvarande sker det bl.a. genom den revidering som pågår av Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet). Regeringen strävar efter att skapa mer likabehandling mellan utstationerade och inhemska arbetstagare, med respekt för den fria rörligheten av tjänster. Om och i sådana fall när utstationeringsdirektivet förändras finns det anledning att återkomma till denna fråga inom ramen för upphandlingsreglerna för att se till att regelverket är ändamålsenligt utformat. Regeringen avser dessutom att noggrant följa utvecklingen för att försäkra sig om att de upphandlingsrättsliga bestämmelser som nu föreslås inte påverkar svenskt företagande på ett negativt sätt.

Regeringens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om och hur stor del av ett kontrakt som denne kan komma att fullgöra genom att anlita underleverantörer och i så fall vilka dessa underleverantörer är. Myndigheten eller enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter leverantören ska lämna in.

En upphandlande myndighet eller enhet ska innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas kräva att leverantören lämnar uppgifter om namn på och kontaktuppgifter för den eller de underleverantörer som anlitas. Samma uppgifter ska lämnas beträffande legala ställföreträdare för dessa underleverantörer. Myndigheten eller enheten ska också kräva att leverantören underrättar om varje ändring av dessa uppgifter under kontraktets löptid. Denna skyldighet för en myndighet eller enhet att kräva uppgifter om underleverantörer ska gälla kontrakt som avser en byggtreprenad eller en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten. Skyldigheten är inte begränsad till det första ledet av underleverantörer.

Regeringens bedömning: Upphandlingslagarna bör inte innehålla några särskilda bestämmelser om betalning från en upphandlande myndighet eller enhet direkt till en underleverantör. Lagarna bör inte heller innehålla några särskilda bestämmelser om att leverantörens ansvar som kontraktspart inte påverkas av bestämmelserna om anlitande av underleverantörer. Bestämmelserna i övrigt om underleverantörer genomförs inte.

Utredningens förslag och bedömning: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag. Utredningen föreslår dock att de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska innehålla särskilda bestämmelser om betalning från en upphandlande myndighet eller enhet direkt till en underleverantör.

Remissinstanserna: Ett fåtal remissinstanser tillstyrker utredningens förslag. Några av remissinstanserna, bl.a. *Kommerskollegium* och *Kammarkollegiet*, anser att förslaget behöver förtydligas i förhållande till bl.a. civilrätten.

Ett stort antal remissinstanser – *Försvarsmakten*, *Försäkringskassan*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Skatteverket*, *Konkurrensverket*, *Malmö kommun*, *Sollefteå kommun*, *Jönköpings läns landsting*, *Skåne läns landsting*, *Stockholms läns landsting*, *Västra Götalands läns landsting*, *Östergötlands läns landsting*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Sveriges Bussföretag*, *Svenskt Näringsliv*, *Sveriges Byggindustrier*, *Svenska Teknik och Designföretagen*, *Husbyggnadsvaror HBV Förening* och *Byggherrarna* – avstyrker den del av förslaget som innebär att en upphandlande myndighet eller enhet får betala direkt till en underleverantör. Några få remissinstanser, bl.a. *Trafikverket* och *Företagarna*, tillstyrker dock förslaget i denna del. I detta sammanhang framhåller vidare *Försvarets materielverk (FMV)* och *Advokatfirman Lindahl* behovet av en uttrycklig bestämmelse om att regelverket inte

Prop. 2015/16:195 påverkar kontraktsparternas skyldigheter och rättigheter i civilrättsligt hänseende.

När det gäller den del av förslaget som innebär en skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att begära in uppgifter om underleverantörer, anser flera remissinstanser att skyldigheten bör utvidgas. *Landsorganisationen i Sverige (LO)* och *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* anser att skyldigheten bör gälla tjänstekontrakt utan några begränsningar. LO, SACO, *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* och *Advokatfirman Delphi* anser vidare att skyldigheten ska gälla uppgifter om underleverantörer i samtliga led. *Elektriska installatörsorganisationen (EIO)* anser dock att skyldigheten ska gälla enbart uppgifter om underleverantörer i första ledet.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Kontroll av underleverantörer – i ett eller flera led?

Av bestämmelserna om anlitande av underleverantörer (artikel 71 i LOU-direktivet, artikel 88 i LUF-direktivet och artikel 42 i LUK-direktivet) följer att en upphandlande myndighet eller enhet i en upphandling får från en leverantör begära in namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer denne avser att använda sig av vid fullgörandet av ett kontrakt. Det framgår vidare att myndigheten eller enheten innan fullgörandet av kontraktet påbörjas ska begära in sådana uppgifter när fråga är om upphandling av vissa närmare angivna typer av kontrakt. Genom dessa bestämmelser om inhämtande av uppgifter om underleverantörer förbättras möjligheterna för upphandlande myndigheter och enheter att kontrollera att kontrakt fullgörs i överensstämmelse med de villkor enligt vilka kontrakten har tilldelats. I fråga om de närmare angivna tjänster som begränsar skyldigheten att begära in uppgifter om underleverantörer enligt utredningens förslag anför två av remissinstanserna, LO och SACO, att denna begränsning leder till tolkningsproblem. Skyldigheten bör enligt dessa remissinstanser gälla tjänstekontrakt utan några begränsningar. Regeringen anser dock att skyldigheten bör begränsas på det sätt utredningen föreslår, nämligen till tjänster som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten.

Som *Lagrådet* har konstaterat begränsar inte direktiven hur många led som en begäran om uppgifter om underleverantörer kan omfatta. Detta framgår av artikel 71.5 femte stycket b i LOU-direktivet, artikel 88.5 femte stycket b i LUF-direktivet och artikel 42.3 fjärde stycket b i LUK-direktivet. Utredningens förslag är dock begränsat till uppgifter om underleverantörer i första ledet och gäller inte underleverantörer längre ned i en underleverantörskedja. Att uppgifter om underleverantörer i flera led inhämtas är enligt regeringen av vikt för att en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna kontrollera att villkoren för fullgörandet av ett tilldelat kontrakt följs. Utredningens förslag innebär dock inte i praktiken att en upphandlande myndighet eller enhet är förhindrad att inhämta uppgifter om underleverantörer i flera led med stöd av särskilda villkor för fullgörandet av ett kontrakt. Samma resultat kan därmed uppnås genom att uppgifter inhämtas med stöd av särskilda villkor som har ställts upp för fullgörandet av kontraktet (se avsnitt 26.1). En

upphandlande myndighet eller enhet har således redan goda möjligheter att inhämta uppgifter om underleverantörer i både ett och flera led med stöd av de allmänna bestämmelserna om särskilda kontraktsvillkor. *Lagrådet* har dock föreslagit att regleringen utformas så att det tydligare ska framgå att den upphandlande myndighetens eller enhetens begäran kan avse uppgifter om underleverantörer i tidigare led. Regeringen instämmer i den bedömningen. Hur långtgående krav som kan ställas får prövas med beaktande av de grundläggande principerna om bl.a. transparens och proportionalitet. Någon begränsning i hur många led som uppgifter får hämtas in föreslås således inte.

Övriga utgångspunkter för förslaget

Bestämmelserna om anlitande av underleverantörer i 2014 års upphandlingsdirektiv innebär inte att en leverantörs rätt att ta hjälp av underleverantörer för ett kontrakts fullgörande begränsas. Att det finns en sådan rätt följer av EU-domstolens praxis (se bl.a. dom Siemens och ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159). Denna rätt kan vidare antas bidra till att ett av syftena med 2014 års upphandlingsdirektiv uppnås, nämligen att anpassa upphandlingar till de små och medelstora företagens förutsättningar (jfr dom Swm Costruzioni 2 och Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, p. 34). Som antytts i avsnittet ovan syftar de upphandlingsrättsliga reglerna om anlitande av underleverantörer i stället framför allt till att upphandlande myndigheter och enheter ska ges möjligheter att kontrollera om fullgörandet av ett kontrakt kommer att ske eller sker i enlighet med de villkor som har fastställts för fullgörandet.

När det gäller frågan om vilka villkor som kan ställas från upphandlingsrättsliga utgångspunkter för ett kontrakts fullgörande, är det ytterst de allmänna bestämmelserna om fullgörande av kontrakt som styr (se artiklarna 70, 72 och 73 i LOU-direktivet, artiklarna 87, 89 och 90 i LUF-direktivet och artiklarna 43 och 44 i LUK-direktivet). Det innebär att villkor för fullgörandet av ett kontrakt som inte är tillåtna när en leverantör fullgör kontraktet själv inte heller är tillåtna när kontraktet fullgörs med hjälp av en eller flera underleverantörer.

Uppgifter som får eller ska lämnas om underleverantörer

Bestämmelserna om uppgifter om underleverantörer i artikel 71 i LOU-direktivet, artikel 88 i LUF-direktivet och artikel 42 i LUK-direktivet består av tre delar. Den första delen rör uppgifter i anbudet om hur en leverantör planerar att ett kontrakt ska fullgöras beträffande anlitande av underleverantör. Den andra siktar in sig på uppgifter om underleverantörer som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas. Den tredje avser ändringar av uppgifter om underleverantörer under fullgörandet.

Den första delen av bestämmelsen finns i artikel 71.2 i LOU-direktivet, artikel 88.2 i LUF-direktivet och artikel 42.2 i LUK-direktivet. Av ordvalen i punkterna följer att det rör sig om att en leverantör på begäran från en upphandlande myndighet eller enhet ska lämna uppgifter om hur den planerar att fullgöra ett kontrakt eller en koncession med avseende på frågan om huruvida underleverantörer kommer att användas. I detta

ligger också att uppgifterna i fråga inte är förpliktigande för leverantören i förhållande till den upphandlande myndigheten eller enheten. Det finns således inget som hindrar att ändrade förhållanden i ett eller annat avseende medför att leverantören ändrar sin planering angående hur kontraktet ska fullgöras.

Som framgår av punkterna i artiklarna får den upphandlande myndigheten eller enheten välja om den ska begära in uppgifterna eller inte. Om en myndighet eller enhet väljer att begära in uppgifterna, ska begäran framställas i något av upphandlingsdokumenten. I likhet med Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal anser regeringen att det inte finns någon anledning att utnyttja möjligheterna att i artiklarna genomföra punkterna som obligatoriska bestämmelser.

Om en myndighet eller enhet väljer att begära in uppgifter, utgör bestämmelserna inte grund för att ifrågasätta lämnade uppgifter om planering såvitt gäller ett kontrakts fullgörande med avseende på anlitande av underleverantörer. Den bedömning en leverantör gör i frågan om huruvida underleverantörer måste anlitas för ett kontrakts fullgörande kan således inte ifrågasättas med stöd av nu aktuella bestämmelser. Bestämmelserna kan enbart användas för att ifrågasätta en leverantörs anbud om uppgifter i frågan saknas helt, trots att myndigheten eller enheten har begärt att uppgifterna ska lämnas in. Det kan i sådana fall finnas grund för att lämna anbudet utan avseende.

Den andra delen av bestämmelsen finns i artikel 71.5 i LOU-direktivet, artikel 88.5 i LUF-direktivet och artikel 42.3 i LUK-direktivet. Dessa punkter tar sikte på uppgifter som ska lämnas av den leverantör som har tilldelats kontraktet. Uppgifterna som avses ska lämnas innan kontraktets fullgörande påbörjas. Till skillnad från den första delen av bestämmelsen om inhämtande av uppgifter ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära att uppgifterna lämnas.

Den tredje delen avser ändringar av uppgifter om underleverantörer under fullgörandet. Varje ändring av uppgifterna under kontraktets löptid liksom uppgifter om nya underleverantörer som huvudleverantören anlitar ska den upphandlande myndigheten eller enheten kräva in.

Sveriges byggindustrier är kritiska till att artiklarna i dessa delar genomförs som obligatoriska bestämmelser. Ordalagen i artiklarna medger dock enligt regeringens uppfattning inte något annat. Skyldigheten att begära in uppgifterna begränsar sig dock till vissa närmare angivna kontrakt. Bestämmelsen begränsar sig dessutom till vissa närmare angivna uppgifter om underleverantörerna. *Lagrådet* anser att bestämmelserna syftar till att upphandlande myndigheter ska få uppgifter om anlitade underleverantörer och föreslår därför att paragraferna formuleras så att det anges att leverantören ska lämna uppgifterna. Regeringen har förståelse för den synpunkten. I sammanhanget ska dock framhållas att upphandlingsreglerna i första hand är handlingsdirigerande procedurregler för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Reglerna ålägger i grunden inte några skyldigheter för leverantörerna. Leverantörerna ska följa de krav och villkor som myndigheterna och enheterna ställer för att leverantörerna ska kunna få möjlighet att tilldelas ett kontrakt. Någon skyldighet som myndigheterna eller enheterna kan genomdriva finns därför inte. Samtidigt innebär kraven och villkoren faktiska åligganden för

leverantörerna som de måste efterkomma för att få delta i en upphandling. Det kan i den meningen framstå som en skyldighet. Det kan därför finnas skäl att i viss utsträckning låta det komma till uttryck i författningstexten. Det bör dock ske med återhållsamhet. Regeringen föreslår mot den bakgrunden inte att direktivens möjligheter att direkt ålägga huvudentreprenören att tillhandahålla de begärda uppgifterna genomförs (artikel 71.5 i LOU-direktivet, artikel 88.5 i LUF-direktivet och artikel 42.3 i LUK-direktivet).

De nyss nämnda artiklarna ställer inte några krav på att uppgifter ska lämnas om underleverantörer som är varuleverantörer. Hur det ska fastställas att en underleverantör är en varuleverantör i artiklarnas mening är oklart. Då gränsdragningen är av betydelse för ett upphandlingsrättsligt krav, instämmer regeringen i bedömning i att det ligger nära till hands att tillämpa definitionen av varukontrakt. Om anskaffningen från underleverantören utgör anskaffning av sådana varor som avses enligt definitionen av varukontrakt, bör underleverantören i så fall anses vara en varuleverantör. Detta får dock ytterst avgöras i rättstillämpningen. Att skyldigheten inte gäller för varukontrakt ska därför genomföras genom en uttrycklig bestämmelse. Någon utvidgning till varor föreslår inte regeringen men den upphandlande myndigheten eller enheten kan enligt artikelbestämmelserna själv utsträcka detta till varor.

Vad som gäller i fråga om varuleverantörer och den första delen av bestämmelsen är oklart. Regleringen i artikel 71.2 i LOU-direktivet, artikel 88.2 i LUF-direktivet och artikel 42.2 i LUK-direktivet synes enligt regeringen inte innehålla motsvarande begränsning såvitt avser varuleverantörer. Även om det, som utredningen påpekar, kan diskuteras om detta har varit EU-lagstiftarens avsikt, bör ordalagen i artiklarna vara avgörande för hur de ska genomföras. Enligt regeringens bedömning innebär det att i de bestämmelser som genomför artikel 71.2 i LOU-direktivet, artikel 88.2 i LUF-direktivet och artikel 42.2 i LUK-direktivet inte bör finnas några undantag för varuleverantörer.

Betalning direkt till en underleverantör

Artikel 71.3 i LOU-direktivet och artikel 88.3 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser om att en underleverantör ska kunna begära att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala för ett kontrakts fullgörande direkt till underleverantören. Bestämmelserna i punkterna är inte obligatoriska att genomföra för medlemsstaterna.

Enligt utredningen bör artiklarna genomföras genom bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Detta är dock något som ett stort antal remissinstanser, däribland *ESV*, *Skatteverket*, *SKL*, *Svenskt Näringsliv*, *Sveriges Byggindustrier* och *Byggherrarna*, avstyrker. Många av dessa framhåller att den föreslagna ordningen strider mot det som gäller i allmänhet, nämligen att en huvudleverantör ansvarar för fullgörandet och därför också ska motta betalningen. De påpekar även att ordningen kommer att leda till juridiska och leveranstekniska problem. Det anförs även att ordningen kommer att försvåra avtalsuppföljningen för upphandlande myndigheter och enheter. Mot bakgrund av det

Prop. 2015/16:195 remissinstanserna anför bedömer regeringen att riskerna med en ordning med direktbetalning enligt utredningens förslag inte uppvägs av att ordningen möjligen kan bidra till att upphandlingar anpassas till de små och medelstora företagens behov. Regeringen bedömer därför att artiklarna inte bör genomföras i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Det finns därmed inte heller någon anledning att utnyttja möjligheterna i artikel 71.7 i LOU-direktivet och artikel 88.7 i LUF-direktivet att införa ytterligare regler om direktbetalning.

Huvudleverantörens ansvar

Bestämmelserna om en huvudleverantörs ansvar i artikel 71.4 i LOU-direktivet, artikel 87.4 i LUF-direktivet och artikel 42.2 andra meningen i LUK-direktivet motsvarar artikel 25 andra stycket i 2004 års LOU-direktiv och artikel 37 andra meningen i 2004 års LUF-direktiv. I förarbetena vid genomförandet av artiklarna i 2004 års upphandlingsdirektiv anfördes att det inte fanns något behov av att i LOU och LUF ta in bestämmelser om att regleringen om underleverantörer inte ska påverka en leverantörs ansvar som huvudman (se SOU 2005:22 s. 298 och 493 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 350 f. och 499). Eftersom bestämmelserna om direktbetalning inte bör genomföras, se avsnittet närmast ovan, finns det enligt regeringen inte någon anledning att nu göra någon annan bedömning beträffande bestämmelserna i artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 87.4 i LUF-direktivet. Regeringen gör inte heller någon annan bedömning såvitt gäller bestämmelsen i artikel 42.2 andra meningen i LUK-direktivet. Nyss nämnda bestämmelser om en huvudleverantörs ansvar i 2014 års upphandlingsdirektiv bör således inte genomföras i de nya upphandlingslagarna. Det finns därmed inte heller någon anledning att utnyttja möjligheterna i artikel 71.7 i LOU-direktivet, artikel 88.7 i LUF-direktivet och artikel 42.5 i LUK-direktivet att införa strängare ansvarsregler i nationell rätt.

26.4 Ändring av kontrakt, ramavtal och koncessioner

26.4.1 Ändring av kontrakt och ramavtal

<p>Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om i vilka fall kontrakt och ramavtal får ändras utan att den upphandlande myndigheten eller enheten måste genomföra en ny upphandling. Bestämmelserna ska gälla ändringar enligt ändrings- eller optionsklausuler, kompletterande beställningar, ändringar till följd av oförutsebara omständigheter, byte av leverantör, ändringar som inte är väsentliga och ändringar av mindre värde.</p>

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens förslag är inte tillämpligt på ramavtal i samma utsträckning

som regeringens förslag, som också innefattar flera redaktionella ändringar i förhållande till utredningens.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanser som yttrar sig över förslaget tillstyrker eller har inga invändningar mot det. *Domstolsverket*, *Försvarets materielverk (FMV)*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)*, *Konkurrensverket*, *Sandvikens kommun*, *Västra Götalands läns landsting* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* tillstyrker förslaget. *Arbetsförmedlingen* tillstyrker förslaget men efterlyser utvecklade resonemang kring vad som avses med kontraktets ”övergripande karaktär”. *Advokatfirman Delphi* tillstyrker förslaget men har vissa lagtekniska synpunkter. *Kriminalvården* är positiv till att villkoren kring byte av leverantör under avtalsperioden tydliggörs. *Trafikverket* anser att bestämmelsen om byte av leverantör bör innehålla den exemplifierande uppräknings av omstruktureringsituationer som finns i direktiven. *Post- och telestyrelsen (PTS)*, *Sveriges Television AB (SVT)* och *Göteborgs stad Upphandlings AB* ifrågasätter varför bestämmelsen om leverantörbyte inte har gjorts tillämplig på ramavtal. *Swedish Medtech* gör dock tolkningen att bestämmelsen om leverantörbyte även omfattar ramavtal och välkomnar detta. PTS lyfter frågan om vad som gäller när en leverantör åberopar ett annat företags kapacitet. Om det inte är möjligt att byta identitet på det företag vars kapacitet åberopas, skulle det enligt PTS kunna få konsekvenser för framför allt små företag. *Försäkringskassan* anför att det finns behov av förtydliganden gällande möjligheterna till ändring av ramavtal. *Lantbrukarnas riksförbund (LRF)* noterar att bestämmelsen om kompletterande beställningar och bestämmelsen om ändring till följd av oförutsebara omständigheter i LOU-direktivet medger att varje enskild ändring uppgår till 50 procent av den ursprungliga kontraktsumman. LRF undrar om det finns en totalgräns för den beloppsmässiga ökningen genom successiva ändringar i dessa fall. *Foyen advokatfirma* och *Advokatfirman Lindahl* vill att lagstiftaren analyserar hur bestämmelserna om ändring av kontrakt ska tillämpas på byggtreprenadkontrakt. Enligt Foyen advokatfirma bör tilläggs- och ändringsarbeten enligt standardavtal för byggtreprenader kunna beställas utan att bestämmelserna om ändring av kontrakt i upphandlingslagstiftningen tillämpas. *Sveriges advokatsamfund*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Lindahl* undrar vilka bestämmelser som ska tillämpas vid ändringar av kontrakt och ramavtal som har tilldelats respektive ingåtts enligt äldre lagstiftning.

Skälen för regeringens förslag

Ett kontrakt eller ett ramavtal får som huvudregel inte ändras utan att det genomförs en ny upphandling

Varken LOU eller LUF innehåller regler som uttryckligen tar sikte på ändring av kontrakt. Däremot kan man av möjligheterna till förhandlat förfarande utan föregående annonsering sluta sig till att vissa ändringar av ett kontrakt kan göras utan att en ny konkurrensutsättning behöver ske (jfr 4 kap. 7 och 8 §§ LOU och 4 kap. 2 § LUF).

Till skillnad från 2004 års upphandlingsdirektiv innehåller LOU- och LUF-direktiven särskilda bestämmelser om ändring av kontrakt och

Prop. 2015/16:195 ramavtal. Bestämmelserna klargör i vilka fall ett kontrakt eller ramavtal får ändras utan att den upphandlande myndigheten eller enheten behöver genomföra en ny upphandling. Regleringen påverkar således inte den nationella avtalsrätten.

Genom bestämmelser i LOU- och LUF-direktiven har EU-lagstiftaren avsett att få till stånd en kodifiering av rättspraxis på området (jfr skälen 107–111 i LOU-direktivet och skälen 113–117 i LUF-direktivet.)

Regleringen om ändring av kontrakt och ramavtal finns i artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet. Huvudregeln enligt artiklarna innebär att bestämmelserna i ett kontrakt eller ett ramavtal inte får ändras utan att det genomförs en ny upphandling (se artikel 72.5 i LOU-direktivet och artikel 89.5 i LUF-direktivet). Huvudregeln är dock försedd med flera undantag (se nedan). De undantag som anges i direktiven är uttömmande reglerade.

Ändrings- eller optionsklausuler

Av artikel 72.1 första stycket a i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket a i LUF-direktivet framgår att kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande, om ändringarna, oberoende av deras penningvärde, anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan omfatta prisändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna.

Kompletterande beställningar

Enligt artikel 72.1 första stycket b i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket b i LUF-direktivet får kontrakt ändras utan nytt upphandlingsförfarande genom kompletterande beställningar av byggtreprenader, tjänster eller varor från den ursprungliga leverantören, om beställningarna har blivit nödvändiga. Vidare krävs att byte av leverantör inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl – såsom krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen – och att leverantörsbyte skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Eventuella prisökningar får enligt LOU-direktivet inte vara högre än 50 procent av värdet på det ursprungliga kontraktet. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning tillämpas på värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå direktivet.

Någon beloppsmässig begränsning för den kompletterande beställningen finns inte i LUF-direktivet.

Oförutsebara omständigheter

Enligt artikel 72.1 första stycket c i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket c i LUF-direktivet får kontrakt och ramavtal ändras

utan nytt upphandlingsförfarande, om behovet av ändringen har uppstått till följd av omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet eller enhet inte kunnat förutse. Ändringen får inte medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras.

Eventuella prisökningar får enligt LOU-direktivet inte vara högre än 50 procent av värdet på det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet. Om flera successiva ändringar görs ska denna begränsning tillämpas på värdet av varje ändring. Sådana på varandra följande ändringar får inte syfta till att kringgå direktivet.

Någon beloppsmässig begränsning för ändringen finns inte i LUF-direktivet.

Byte av leverantör

Av artikel 72.1 första stycket d i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket d i LUF-direktivet framgår att leverantörsbyte får göras i ett kontrakt utan nytt upphandlingsförfarande om bytet görs enligt en entydig ändringsklausul eller en option i överensstämmelse med artikel 72.1 första stycket a i LOU-direktivet respektive artikel 89.1 första stycket a i LUF-direktivet. Vidare framgår av artiklarna att byte av leverantör får äga rum om den nya leverantören, som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts, helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av direktiven. Slutligen framgår av artiklarna att leverantörsbyte får äga rum om den upphandlande myndigheten eller enheten själv tar på sig huvudleverantörens skyldigheter gentemot dennes underleverantörer om denna möjlighet föreligger enligt nationell lagstiftning i enlighet med artikel 71 i LOU-direktivet respektive artikel 88 i LUF-direktivet.

Ändringar som inte är väsentliga

Artikel 72.1 första stycket e i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket e i LUF-direktivet medger att kontrakt och ramavtal får ändras om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i artikel 72.4 i LOU-direktivet respektive artikel 89.4 i LUF-direktivet. Enligt dessa artiklar ska en ändring alltid anses vara väsentlig om ändringen innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt eller ramavtal som ursprungligen ingicks. Enligt punkten ska vidare en ändring i alla händelser anses vara väsentlig om ett eller flera av följande villkor är uppfyllt:

a) I och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet.

b) Ändringen innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet.

c) Ändringen medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt.

d) Om den leverantör som den upphandlande myndigheten eller enheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny leverantör i andra fall än de som avses i artikel 72.1 första stycket d i LOU-direktivet respektive artikel 89.1 första stycket d i LUF-direktivet.

Ändringar av mindre värde

Enligt artikel 72.2 i LOU-direktivet och artikel 89.2 i LUF-direktivet får ett kontrakt ändras, om värdet av ändringen är lägre än både tröskelvärdena i artikel 4 i LOU-direktivet respektive artikel 15 i LUF-direktivet, och 10 procent av det ursprungliga kontraktets värde för tjänste- och varukontrakt och lägre än 15 procent av det ursprungliga kontraktets värde för byggtreprenadkontrakt. Ändringen får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Om flera successiva ändringar görs, ska värdet bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av dessa ändringar.

Beräkningen av det ursprungliga kontraktets värde

Bestämmelserna om ändringar av mindre värde i LOU- och LUF-direktiven sätter värdet av ändringen i relation till värdet på det ursprungliga kontraktet. Detta gäller även för ändringar genom kompletterande beställningar och ändringar till följd av oförutsebara omständigheter enligt LOU-direktivet.

Av artikel 72.3 i LOU-direktivet och artikel 89.3 i LUF-direktivet framgår att värdet på det ursprungliga kontraktet i dessa fall ska avse det uppdaterade priset, om kontraktet omfattar en indexeringsklausul.

Annonsering om ändringar i kontrakt

En upphandlande myndighet eller enhet som har ändrat ett kontrakt genom kompletterande beställningar eller till följd av oförutsebara omständigheter ska enligt artikel 72.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 89.1 andra stycket i LUF-direktivet publicera en annons om det i Europeiska unionens officiella tidning. En sådan annons ska innehålla de uppgifter som anges i bilaga V del G till LOU-direktivet respektive bilaga XVI till LUF-direktivet. Annonserna ska publiceras i enlighet med artikel 51 i LOU-direktivet respektive artikel 71 i LUF-direktivet. Detta innebär bl.a. att annonserna ska skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå.

Hur bör direktivens reglering om ändring av kontrakt och ramavtal genomföras i svensk rätt?

I artikel 72 i LOU-direktivet och artikel 89 i LUF-direktivet görs en distinktion mellan kontrakt och ramavtal. Som *Lagrådet* har konstaterat är emellertid artiklarna synnerligen inkonsekvent utformade vad gäller hänvisningar till kontrakt respektive ramavtal. Enligt direktivens ordalydelse är t.ex. bestämmelsen om byte av leverantör inte tillämplig på ramavtal. Något rationellt skäl för ett sådant undantag finns inte. Regeringen instämmer i Lagrådets bedömning att de svenska

bestämmelserna i detta fall bör ges ett förnuftigt innehåll, som så långt som möjligt är förenligt med direktivens ordalydelse. Bestämmelserna om tillåtna ändringar bör därför när det är möjligt gälla för såväl kontrakt som ramavtal. Det ligger i sakens natur att bestämmelsen om kompletterande beställningar endast kan avse kontrakt. Bestämmelserna om prisindexeringsklausuler och om annonsering av en ändring bör i enlighet med Lagrådets förslag även gälla för ramavtal.

I vissa artiklar anges att ändringar av kontrakt och ramavtal inte får göras i syfte att kringgå direktiven. Detta följer redan av lagarnas allmänna bestämmelser om principer för upphandling. Regeringen anser därför att det inte behöver anges särskilt anges i bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal.

I flera av artiklarna om ändring av kontrakt och ramavtal anges att ändringen på olika sätt ska sättas i relation till ”kontraktets ursprungliga värde” eller ”värdet på det ursprungliga kontraktet”. Formuleringarna är missvisande. Av det standardformulär som ska användas vid annonsering av en ändring framgår tvärtom att jämförelsen ska avse det uppdaterade totala kontraktsvärdet före en ändring med beaktande av eventuella tidigare kontraktsändringar och prisanpassningar, se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Att en ändring ska sättas i relation till kontraktets eller ramavtalets värde före ändringen bör framgå av lagarna.

Lagrådet anser att det bör klargöras om bestämmelsen om ändringar av mindre värde avser både ökning och minskningar av kontraktets eller ramavtalets värde. Lagrådet utgår i sitt lagförslag från att så är fallet. Regeringen kan heller inte utläsa något annat ur direktivbestämmelsen än att såväl ökning som minskningar av värdet omfattas. Detta bör framgå av lagarna. I enlighet med Lagrådets förslag bör det vidare framgå att värdet av en ändring ska uppskattas med tillämpning av samma principer som vid uppskattning av värdet av en upphandling.

I direktivens artiklar om ändringar av mindre värde anges att värdet av flera successiva ändringar ska bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av ändringarna. I Lagrådets förslag anges i detta sammanhang ”värdet av en ändring som genomförs i etapper”. Lagrådets formulering innebär att man måste bedöma vad som ska anses utgöra en ändring. Som regeringen förstår direktivbestämmelsen avses emellertid situationen att flera ändringar av mindre värde görs oavsett om ändringarna har ett inbördes samband eller inte. Lagbestämmelserna bör därför uttrycka att om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna användas vid bedömningen.

Lagrådet ifrågasätter vidare varför ändringar enligt ändringsklausuler eller optioner samt kompletterande beställningar behandlas som ändringar i ett kontrakt eller ett ramavtal. Lagrådet anför att en ändring av rättigheter eller förpliktelser i ett avtal inte är en ändring i avtalet, när ändringen görs med stöd av en uttrycklig rätt i avtalet. Kompletterande beställningar torde enligt Lagrådet ses som nya avtal. Även om Lagrådets synpunkter är befogade anser regeringen att förståelsen av regelverket underlättas om direktivens bestämmelser om ändringar av kontrakt och

Prop. 2015/16:195 ramavtal genomförs samlat i den nya lagstiftningen. Att i enlighet med direktiven och normalt språkbruk tala om ändringar av kontrakt och ramavtal även i de aktuella situationerna torde knappast ge upphov till några tillämpningsproblem. Ändringar enligt ändringsklausuler eller optioner samt kompletterande beställningar bör därför i de nya lagarna begreppsmässigt behandlas som ändringar av kontrakt eller ramavtal.

Som påtalats av Lagrådet överlappar förutsättningarna för ändringar av kontrakt och ramavtal delvis förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Om förutsättningarna för båda alternativen skulle vara uppfyllda samtidigt, får den upphandlande myndigheten eller enheten välja vilket alternativ som används.

Rekvisiten för att ändra ett avtal i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul motsvarar delvis rekvisiten för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap. 11 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Dessa bestämmelser avser dock upphandling av en ny tjänst eller en ny byggtreprenad, vilket således innebär att det ursprungliga kontraktets övergripande karaktär får ändras genom det förhandlade förfarandet. Vidare måste det i dessa fall i samband med den ursprungliga upphandlingen annonseras att det förhandlade förfarandet kan komma att användas.

Förutsättningarna för kompletterande beställningar av varor överlappar delvis förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 17 § första stycket 2 i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap. 10 § 1 i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. För det förhandlade förfarandet finns det dock inget krav på att beställningen är nödvändig och inte heller någon beloppsmässig begränsning för beställningen.

Kompletterande beställningar av tjänster och byggtreprenader kan göras efter ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap. 11 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Förutsättningarna är dock väsentligen annorlunda i den bestämmelsen, bl.a. ska den upphandlande myndigheten eller enheten på olika sätt ha tagit höjd för den kompletterande beställningen redan i den ursprungliga upphandlingen.

Lagrådet har påpekat upphandlingsdirektivens inkonsekventa användning av begreppen pris och värde när en ändring ska jämföras storleksmässigt med det ursprungliga kontraktets värde. Enligt regeringens mening står det klart att EU-lagstiftaren inte har avsett att ha två olika system för bedömningarna. Av det standardformulär som ska användas vid annonsering av en ändring framgår också att det är värdet av en ändring som ska jämföras med kontraktets eller ramavtalets värde före ändringen. När direktivförfattaren har använt ordet pris torde alltså något annat än värdet inte ha avsetts. Av lagbestämmelserna bör därför framgå att det är värdet av en ändring som ska användas vid jämförelsen.

Lagrådet har ifrågasatt den skillnad som råder mellan LOU- och LUF-direktiven och LUK-direktivet vad gäller beaktande av inflationen när kontraktet eller ramavtalet saknar en indexeringsklausul. Samtliga direktiv anger att värdet på det ursprungliga kontraktet ska avse det uppdaterade värdet, om kontraktet omfattar en indexeringsklausul. Enligt

LUK-direktivet ska vidare det uppdaterade värdet beräknas med hänsyn till den genomsnittliga inflationen, om en sådan klausul saknas. LOU- och LUF-direktiven saknar en sådan reglering, vilket inte framstår som rationellt enligt Lagrådet. Det standardformulär som ska användas vid annonsering av en ändring ger uttryck för den skillnad som råder mellan direktiven i detta avseende. Enligt regeringens mening är det inte möjligt att utan stöd i LOU- och LUF-direktiven föreskriva att inflationen ska beaktas vid ändringar enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna när en indexeringsklausul saknas. Värdet av ett kontrakt eller ramavtal före en ändring bör således inte justeras för inflation i en sådan situation.

En ändring till följd av oförutsebara omständigheter bör endast kunna göras om den upphandlande myndigheten eller enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett behovet av ändringen vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet.

Som framgår ovan anser regeringen att de nya bestämmelserna om leverantörsbyte bör gälla för både kontrakt och ramavtal. *Trafikverket* och Lagrådet förordar att direktivens exemplifierande uppräknings- och omstruktureringsituationer tas in i dessa bestämmelser. Regeringen anser att detta ökar tydligheten för tillämparna och lämnar därför ett sådant förslag. Bestämmelserna om leverantörsbyte vid omstruktureringsituationer bör vidare föreskriva att de obligatoriska uteslutningsgrunderna och kvalificeringskraven i den ursprungliga upphandlingen ska tillämpas på den nya leverantören. Att leverantörsbyte får göras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul behöver enligt regeringens mening inte anges särskilt i lagarna (jfr artikel 72.1 första stycket d i i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket d i i LUF-direktivet).

Enligt artikel 72.1 första stycket d iii i LOU-direktivet och artikel 89.1 första stycket d iii i LUF-direktivet får byte av leverantör göras, om det sker till följd av att den upphandlande myndigheten eller enheten tar på sig leverantörens skyldigheter gentemot dennes underleverantörer. Det finns inget civilrättsligt hinder mot att den upphandlande myndigheten eller enheten kommer överens med leverantören och dennes underleverantörer om att hela eller delar av kontraktssumman ska betalas direkt till underleverantörerna. Parterna kan också i övrigt komma överens om att myndigheten eller enheten ska ta på sig leverantörens skyldigheter gentemot underleverantörerna. Att sådana ändringar är tillåtna faller sig naturligt, eftersom leverantörens skyldigheter gentemot myndigheten eller enheten kvarstår oförändrade enligt det tilldelade kontraktet. De aktuella direktivbestämmelserna avser emellertid byte av leverantör. Trots artiklarnas ordalydelse förutsätter ett sådant byte därmed att det är underleverantören som tar över leverantörens skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten. Enligt regeringens mening bör det därför framgå av de nya lagarna att en underleverantör kan komma överens med den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören om att inträda i leverantörens ställe. Bestämmelsen om detta bör utformas i enlighet med Lagrådets förslag.

Flera av bestämmelserna anger att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte får ändras. Vad som avses med kontraktets

Prop. 2015/16:195 eller ramavtalets övergripande karaktär framgår i viss mån av uttalanden i skälen till direktiven. I skäl 107 i LOU-direktivet och skäl 113 i LUF-direktivet anges att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar enligt skälet att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de skulle ha funnits med från början. Vidare uttalas i skäl 109 i LOU-direktivet och skäl 115 i LUF-direktivet att en ändring inte är tillåten om ändringen leder till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär, exempelvis genom att de byggtreprenader, varor eller tjänster som upphandlats ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats. Ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär kan ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening. Så kan vara fallet om den upphandlande myndigheten frånfäller ett krav som har ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. avseende vite. Ett annat exempel är att myndigheten beslutar att köpa varor som enligt kontraktet ska leasas från leverantören. Alltför dramatiska förändringar av parternas förpliktelser ändrar avtalets övergripande karaktär. Om en upphandling avser köp av tio bussar, får kontraktet inte innehålla en option avseende köp av ytterligare 100 bussar. Det är ytterst en fråga för rättstillämpningen att avgöra vad som avses med ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär.

Några remissinstanser efterlyser klagörande uttalanden om de nya bestämmelsernas innebörd. Det är dock inte möjligt för regeringen att i detta lagstiftningsärende, som avser genomförande av direktiv, närmare utveckla hur bestämmelserna ska tolkas och tillämpas i olika situationer. Den analys om ändringsbestämmelsernas förhållande till entreprenadrätten som önskas av *Foyen advokatfirma* och *Advokatfirman Lindahl* låter sig inte heller göras i detta sammanhang. Det står dock under alla förhållanden klart att direktiven och de nya lagarna uttömmande reglerar i vilka fall ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling ska ske.

Post- och telestyrelsen (PTS) undrar vad som gäller vid byte av det företag vars kapacitet återopas av leverantören i ett kontrakt. Regeringen konstaterar att denna fråga inte regleras särskilt i bestämmelserna om ändring av kontrakt. Det får avgöras i rättstillämpningen i vilka fall ett sådant byte innebär att kontraktets övergripande karaktär ändras.

Lantbrukarnas riksförbund (LRF) frågar om det finns någon beloppsmässig totalgräns vid successiva ändringar enligt bestämmelsen om kompletterande beställningar och bestämmelsen om ändring till följd av oförutsebara omständigheter i den nya lagen om offentlig upphandling. Som LRF har noterat finns det inte någon sådan beloppsgrens i LOU-direktivet. Regeringen föreslår inte heller någon sådan begränsning i den nya lagen om offentlig upphandling. Förutsättningarna för ändring (t.ex. att det verkligen är fråga om oförutsebara omständigheter) måste givetvis vara uppfyllda vid varje

enskild ändring. Som framgår ovan får bestämmelserna om ändring av kontrakt inte heller utnyttjas i syfte att kringgå lagarna.

Skyldigheten att annonsera vid vissa ändringar av kontrakt och ramavtal bör framgå av de nya lagarna. Bestämmelser om annonsernas innehåll och publicering bör tas in i förordning. Regeringen avser att meddela sådana föreskrifter i den kommande upphandlingsförordningen.

Sveriges advokatsamfund, Advokatfirman Delphi och Advokatfirman Lindahl efterlyser ett klagörande av vilka bestämmelser som ska tillämpas vid ändringar av kontrakt eller ramavtal som har tilldelats respektive ingåtts enligt äldre lagstiftning. Enligt regeringens mening är det lämpligt att de nya bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal även tillämpas på befintliga kontrakt och ramavtal. Enligt övergångsbestämmelserna till de nya lagarna ska LOU och LUF gälla för sådan upphandling som har påbörjats före de nya lagarnas ikraftträdande (se avsnitt 34). Övergångsbestämmelserna är alltså tillämpliga på själva upphandlingen och omfattar därmed inte ändringar i det kontrakt eller det ramavtal som upphandlingen har resulterat i. Någon ändring av övergångsbestämmelserna är således inte nödvändig för att de nya lagarna ska tillämpas på befintliga kontrakt och ramavtal i detta avseende.

26.4.2 Ändring av koncessioner

Regeringens förslag: Den nya lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om ändring av koncessioner. Bestämmelserna ska i huvudsak motsvara bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ett par remissinstanser yttrar sig särskilt i frågan. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget. *Sveriges advokatsamfund* instämmer i utredningens bedömning att den nya lagen om upphandling av koncessioner ska tillämpas på ändringar i byggkoncessioner som har tilldelats enligt LOU.

Skälen för regeringens förslag: Artikel 43 i LUK-direktivet innehåller bestämmelser om ändring av koncessioner under löptiden (se skälen 75–79 i LUK-direktivet). Artiklarna motsvarar i huvudsak den reglering som finns i LOU- och LUF-direktiven. LUK-direktivets bestämmelser om ändring av koncessioner bör därför genomföras på motsvarande sätt som LOU- och LUF-direktivets bestämmelser om ändring av kontrakt och ramavtal (se avsnitt 26.4.1).

I enlighet med den bedömning som regeringen har gjort i avsnitt 26.4.1 bör ändringar av byggkoncessioner som har tilldelats enligt LOU prövas enligt bestämmelserna i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

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 något av upphandlings- eller koncessionsdokumenten.

Utredningens förslag: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen föreslår materiella bestämmelser om avslutande av kontrakt och koncessioner i de nya lagarna.

Förslagen i promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock inte att avtalsvillkoren ska anges i något av upphandlings- eller koncessionsdokumenten.

Remissinstanserna (utredningen): Remissutfallet är blandat. Flera remissinstanser ställer frågor om förslaget civilrättsliga konsekvenser. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)*, *Diskrimineringsombudsmannen (DO)*, *Sandvikens kommun*, *Västerbottens läns landsting* och *Sveriges Television AB (SVT)* tillstyrker förslaget att bestämmelser om avslutande av kontrakt ska införas. FMV vill dock understryka att direktivens regler om uppsägning av kontrakt är minimiregler. FMV framhåller att inget hindrar att upphandlande myndigheter eller enheter uppställer andra eller strängare villkor för uppsägning så länge dessa villkor är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och upphandlingsregelverket i övrigt. DO efterlyser ett förtydligande kring hur uppsägningsgrunderna förhåller sig till skadeståndsrätten. Västerbottens läns landsting och *Göteborgs stad Upphandlings AB* anmärker att bestämmelsen om uppsägning inte får innebära att uppsägning på andra avtalsrättsliga grunder begränsas. SVT anser att bestämmelsen om uppsägning bör ges ett vidare tillämpningsområde. SVT önskar vidare att det klargörs att den leverantör, som drabbas av uppsägning på grund av otillåtna ändringar i kontraktet, inte har rätt till skadestånd. *Domstolsverket*, *Skatteverket* och *Kronofogdemyndigheten* avstyrker förslaget med hänvisning till att gällande avtalsrätt uppfyller direktivens krav. *Kammarkollegiet* anser att ett införande av civilrättsliga bestämmelser i upphandlingslagstiftningen kan få svåröverskådliga konsekvenser. Även *Arbetsförmedlingen*, *Stockholms läns landsting* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att utredningens förslag är otydligt vad gäller förhållandet till avtalsrätten.

Remissinstanserna (promemorian): Remissutfallet är blandat. Fler-talet 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 anknyter 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

Prop. 2015/16:195 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 26.4). 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 (se avsnitten 22.1.1 och 22.3). Det rör sig om fall där leverantören eller en person med anknytning till en leverantör som är en juridisk person 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.

Frågor om avslutande av kontrakt, ramavtal och koncessioner bör regleras i avtal mellan parterna

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.”

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.

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 utslutningsgrund 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

Prop. 2015/16:195 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.

Några remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, för fram kritiken att förslagets 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.

Lagrådet har ifrågasatt om de föreslagna bestämmelserna har sådan vikt att de bör tas in i lagen. Bestämmelserna ger enligt *Lagrådet* inte uttryck för någon skyldighet i egentlig mening. Enligt *Lagrådet* är bestämmelsernas verkliga innebörd endast en upplysning om att den upphandlande myndigheten kan ta in villkor av det angivna slaget i sina avtal (jfr avsnitt 5.5).

Även om de aktuella bestämmelserna är ordningsregler och således inte är förenade med någon sanktion, kan de förväntas ha en handlingsdirigerande effekt. Bestämmelserna syftar till att genomföra artiklar i de nya upphandlingsdirektiven. Regeringen anser därför, till skillnad från *Lagrådet*, att bestämmelserna bör tas in i de nya lagarna.

Sveriges Byggindustrier anser det vara orimligt att den upphandlande myndigheten eller enheten i vissa fall ska kunna åberopa sitt eget rättsstridiga agerande som grund för att avsluta ett avtal. Regeringen kan endast konstatera att upphandlingsdirektiven kräver att kontraktet ska kunna avslutas även i sådana fall. Hur kontraktet 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 standpunkt 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.

Det bör framhållas att den föreslagna regleringen inte är utömande utan endast tar sikte på de situationer som nämns i direktiven. Inget hindrar att andra grunder för avtalets avslutande regleras mellan parterna.

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 något av upphandlings- eller koncessionsdokumenten. 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 klagar på det, får avgöras i rättstillämpningen utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Lagrådet har frågat om det lagstadgade kravet på att ange villkoren i något av upphandlings- eller koncessionsdokumenten gäller alla hävnings- och uppsägningsklausuler eller endast sådana klausuler som avses i detta sammanhang. Regeringen kan konstatera att den aktuella upplysningsbestämmelsen endast tar sikte på sistnämnda klausuler. Att även andra hävnings- och uppsägningsklausuler ska anges på samma sätt följer av likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet. Dessa principer har tagits in som allmänna bestämmelser i de nya lagarna.

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

Prop. 2015/16:195 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. Bestämmelserna föreslås inte gälla för avtal som har ingåtts efter upphandling enligt de nuvarande upphandlingslagarna.

26.6 Fullgörande av kontrakt på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Regleringen om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska gälla såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Regeringens bedömning: Det bör inte införas några bestämmelser om anlitande av underleverantörer vid icke direktivstyrd upphandling.

Det bör inte heller inte införas några bestämmelser om ändring och avslutande av kontrakt, ramavtal och koncessioner på detta område.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Några remissinstanser yttrar sig vad gäller förutsättningarna för ändring av kontrakt. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Göteborgs stad Upphandlings AB* och *Advokatfirman Delphi* anser att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser om ändring av kontrakt även på det icke direktivstyrda området. Det kan enligt SKL inte gärna förhålla sig på det sättet att möjligheten till ändringar är mer begränsad utanför det direktivstyrda området, där kontrakt presumeras sakna gränsöverskridande intresse. *Sveriges advokatsamfund* noterar att de nya lagarna saknar bestämmelser om ändring av kontrakt utanför det direktivstyrda området och ställer sig därför frågande till vad som gäller.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: De direktivstyrda bestämmelserna om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i LOU och LUF är tillämpliga även vid upphandlingar enligt de icke direktivstyrda bestämmelserna i lagarna. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna. Bestämmelserna om särskilda kontraktsvillkor i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i lagarna.

I fråga om övriga bestämmelser om fullgörande av kontrakt i upphandlingsdirektiven anser regeringen, i likhet med utredningen, att det saknas anledning att införa dessa detaljerade bestämmelser vid icke direktivstyrd upphandling.

Regeringen gör samma bedömning även i fråga om bestämmelserna om ändring av kontrakt, ramavtal och koncessioner. Regeringen kan dock konstatera att dessa bestämmelser på det direktivstyrda området ger uttryck för allmänna principer som även är gällande vid icke

direktivstyrd upphandling. Det förhållandet att bestämmelserna inte införs på det icke direktivstyrda området innebär således inte att utrymmet för tillåtna ändringar är mindre på detta område. I avsaknad av detaljerade bestämmelser torde tvärtom prövningen av en ändrings tillåtlighet kunna göras något friare utanför det direktivstyrda området. I vilken utsträckning ett kontrakt, ramavtal eller koncession får ändras på det icke direktivstyrda området även i andra fall än sådana som skulle vara tillåtna på det direktivstyrda området, får avgöras i rättstillämpningen.

Bestämmelserna om avslutande av kontrakt, ramavtal och koncessioner tar sikte på avtal som strider mot EU-rätten. Regeringen kan inte se något behov av att införa en reglering om avslutande av avtal på det nationella området. Även på detta område kan naturligtvis grunderna för att avsluta ett avtal anges i avtalet.

27 Styrning – tillsyn och stöd, rapportering och administrativt samarbete

27.1 Tillsyn och stöd vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om tillsyn över upphandling, som ska motsvara bestämmelserna i nuvarande 18 kap. LOU och LUF.

Regeringens bedömning: Direktivens bestämmelser om att medlemsstaterna ska utse en kontaktpunkt för samarbete med Europeiska kommissionen kräver inte något genomförande i lagstiftningen.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag och bedömning. Utredningen föreslår dock en upplysningsbestämmelse i lagen om att regeringen kan meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska vara kontaktpunkt för samarbete med Europeiska kommissionen.

Remissinstanserna: *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget. Ingen remissinstans framför någon invändning mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

En nyhet i LOU-direktivet och LUF-direktivet är ett antal artiklar samlade under rubriken Styrning (artiklarna 83–86 i LOU-direktivet och artiklarna 99–102 i LUF-direktivet). Artiklarna innehåller bestämmelser om tillsyn över tillämpningen av reglerna om upphandling samt om information, vägledning och stöd åt upphandlande myndigheter och enheter eller leverantörer. Vidare ingår bestämmelser om individuella rapporter om förfaranden, om rapporteringsskyldighet för medlemsstaterna till kommissionen och om administrativt samarbete

Prop. 2015/16:195 mellan medlemsstaterna för att säkerställa visst informationsutbyte. Syftet med de nya reglerna är att åstadkomma en mer effektiv och konsekvent tillämpning av upphandlingsregelverket.

Någon direkt motsvarighet till de nya bestämmelserna finns inte i 2004 års upphandlingsdirektiv. 2004 års direktiv innehåller dock en artikel om s.k. övervakningsmekanismer, som anger att medlemsstaterna ska se till att direktiven genomförs genom effektiva, tillgängliga och klara och tydliga mekanismer. Vidare finns bestämmelser om skyldighet för medlemsstaterna att varje år till kommissionen överlämna en statistikrapport och vad en sådan rapport ska innehålla.

I nuvarande LOU och LUF finns bestämmelser om tillsyn över den offentliga upphandlingen samlade i 18 kap. Bestämmelserna infördes i samband med 2010 års rättsmedelsreform på upphandlingsområdet (se prop. 2009/10:180 del 1 avsnitt 10 samt s. 372–374, 397 och 398).

Konkurrensverket utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt nuvarande LOU och LUF (18 kap. 1 § respektive lag och 3 § 2 förordningen [2007:1117] med instruktion för Konkurrensverket). Upphandlingsmyndigheten har sedan den 1 september 2015 det samlade ansvaret för att utveckla, förvalta och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter. I detta ingår att ge stöd till upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer bl.a. när det gäller att planera, genomföra, följa upp och utvärdera upphandlingar på ett ändamålsenligt sätt (se 1-2 §§ i förordningen (2015:527) med instruktion för upphandlingsmyndigheten).

Tillsyn över tillämpningen av reglerna om upphandling

Av artikel 83.1 i LOU-direktivet och artikel 99.1 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna, för att säkerställa ett korrekt och ändamålsenligt genomförande av direktiven, ska se till att vissa uppgifter utförs av en eller flera myndigheter eller strukturer eller av ett eller flera organ. I punkterna 2–6 i respektive artikel räknas de olika uppgifterna upp. Av artikel 83.2–3 i LOU-direktivet och artikel 99.2–3 i LUF-direktivet framgår att medlemsstaterna ska se till att tillämpningen av reglerna om upphandling övervakas. Vidare framgår att tillsynsmyndigheten ska ha befogenhet att, på eget initiativ eller efter att ha mottagit information om specifika överträdelser eller systemproblem, meddela sådana till nationella revisionsmyndigheter, domstolar eller tribunaler eller andra lämpliga myndigheter eller strukturer. Resultatet av tillsynsverksamheten ska offentliggöras och ställas till kommissionens förfogande. Medlemsstaterna ska även skicka en övervakningsrapport till kommissionen vart tredje år. Kommissionen får därutöver begära att medlemsstaterna lämnar information om nationella strategiska upphandlingspolicier. Rapporteringen ska i sin tur utgöra underlag för regelbundna rapporter från kommissionen om genomförandet av upphandlingsdirektiven.

Artikel 83.2 i LOU-direktivet och artikel 99.2 i LUF-direktivet bör, som utredningen föreslår, genomföras med bestämmelser som motsvarar nuvarande bestämmelser om tillsyn i 18 kap. LOU och LUF. Av andra stycket i respektive artikel framgår att tillsynsmyndigheten ska ha befogenhet att meddela specifika överträdelser eller systemproblem till

nationella revisionsmyndigheter, domstolar eller andra lämpliga myndigheter eller strukturer. Bestämmelsen kräver enligt regeringens mening inte något särskilt genomförande utan får anses följa redan av nuvarande ordning (se även 4 § i förordningen med instruktion för Konkurrensverket).

Vilken myndighet som ska vara tillsynsmyndighet bör, på samma sätt som i dag, framgå av förordning.

I artikel 83.3 i LOU-direktivet och artikel 99.3 i LUF-direktivet anges att resultatet av tillsynsverksamheten ska offentliggöras genom lämpliga informationsmedel och ställas till kommissionens förfogande. Vidare framgår att medlemsstaterna senast den 18 april 2017 och därefter vart tredje år ska skicka en övervakningsrapport till kommissionen, som i förekommande fall omfattar information om de vanligaste skälen till felaktig tillämpning eller rättsosäkerhet, omfattningen av små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling samt förebyggande, upptäckt och lämplig rapportering om fall av bedrägeri, korruption, intressekonflikt och andra allvarliga fall av oegentligheter i samband med upphandling.

Regeringen gör, i likhet med utredningen, bedömningen att det inte behövs någon reglering i lag om de informationsskyldigheter som framgår av artikel 83.3 och artikel 99.3. Skyldigheterna bör alltså kunna förutsättas bli fullgjorda utan någon särskild lagreglering. Även skyldigheten att vart tredje år skicka en övervakningsrapport till kommissionen kan förutsättas bli fullgjord utan föreskrifter i lag. Regeringen avser emellertid att återkomma till dessa frågor vid utarbetandet av den reglering i förordningsform som behövs för genomförandet av direktiven.

FMV har framfört att övervakningsrapporten kommer att innebära en ökad administrativ belastning och en initial manuell hantering, eftersom aktuell statistik inte fångas upp av de systemstöd som finns. När det gäller den aktuella övervakningsrapporten innehåller emellertid direktiven i och för sig inte något krav på att den aktuella rapporten ska innehålla redovisning av statistiska uppgifter. I sammanhanget vill dock regeringen framhålla att det är angeläget att statistiken om upphandling förbättras. Regeringen avser därför att återkomma i denna fråga, se nedan avsnitt 27.5.

Bestämmelserna i övrigt i artikel 83.3 i LOU-direktivet och artikel 99.3 i LUF-direktivet riktar sig till kommissionen eller är inte av karaktären att de behöver genomföras.

Lagrådet noterar att tillsynsmyndighetens förelägganden till myndigheter och enheter att lämna uppgifter m.m. inte kan förenas med vite och att det även i övrigt saknas en sanktion varför ett föreläggande blir tämligen verkningsslöst. Tidigare förarbetsuttalanden om varför hinder finns mot en vitessanktion är inte övertygande enligt Lagrådet, som anser att frågan om behovet av en sanktion bör övervägas på nytt under den fortsatta beredningen. I prop. 2009/10:180 del 1 s. 216 f. ansåg regeringen att effektivitetsskäl för vite inte uppvägrade de tillämpningssvårigheter som kunde förutses. När det gäller privata aktörer som omfattas av LUF kunde de uppgifter som tillsynsmyndigheten begär utlämnade antas ha betydelse för bedömningen av om grund för upphandlingsskadeavgift föreligger. I de

Prop. 2015/16:195 fallen borde ett vitessanktionerat föreläggande inte införas med beaktande av artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Det bedömdes som förenat med stora tillämpningssvårigheter för tillsynsmyndigheten att avgöra i vad mån ett föreläggande gäller uppgifter som inte kan leda till upphandlingsskadeavgift. Regeringen avsåg emellertid att följa utvecklingen och, för det fall det skulle visa sig att det finns ett behov av vitessanktion, återkomma i frågan. Nämnda förarbetsuttalande är alltjämt giltigt. Det saknas vidare underlag för att inom ramen för detta lagstiftningsärende närmare överväga eventuellt behov av sanktionsbestämmelser.

Avslutningsvis bör noteras att begreppen offentlig upphandling och upphandlande myndighet används genomgående i artikel 99.1–3 i LUF-direktivet. Det är oklart om användningen av begreppen i detta sammanhang ska tolkas i enlighet med den strikta betydelse de har enligt upphandlingsdirektiven. Regeringen anser dock, i likhet med utredningen, att de bestämmelser som genomför dessa direktivregler inte bör genomföras på annat sätt än motsvarande föreskrifter i nuvarande 18 kap. LUF. Bestämmelserna i 22 kap. i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör alltså gälla även för upphandlande enheter och för upphandlingar enligt den lagen.

Information, vägledning och stöd

Enligt artikel 83.4 i LOU-direktivet och artikel 99.4 i LUF-direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att information och vägledning gällande tolkning och tillämpning av unionens lagstiftning om offentlig upphandling är tillgänglig utan kostnad för att hjälpa upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer, särskilt små och medelstora företag, att tillämpa unionens regler om offentlig upphandling korrekt. Vidare ska det enligt artiklarna finnas stöd tillgängligt för upphandlande myndigheter och enheter när det gäller planering och genomförande av upphandlingsförfaranden.

Utredningen har inte föreslagit några uttryckliga lagbestämmelser om information, vägledning och stöd utan har gjort bedömningen att den verksamhet som bedrivs med stöd av bestämmelserna i 18 kap. nuvarande LOU och LUF genomför även de direktivbestämmelser som behandlar dessa frågor. Regeringen anser inte heller att det krävs några särskilda lagbestämmelser om information, vägledning och stöd. Som framgår av 1 § förordningen (2015:527) med instruktion för Upphandlingsmyndigheten har myndigheten det samlade ansvaret för att utveckla, förvalta och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter. Myndighetens stöd ska inriktas bl.a. på att bidra till att upphandlingar planeras, genomförs, följs upp och utvärderas på ett ändamålsenligt sätt. Föreskrifter om upphandlingsstödande verksamhet finns alltså redan i dag.

Kontaktpunkt för samarbete med kommissionen

Artikel 83.5 i LOU-direktivet och artikel 99.5 i LUF-direktivet innehåller en skyldighet för medlemsstaterna att utse en kontaktpunkt för samarbete med kommissionen när det gäller tillämpningen av lagstiftningen om

upphandling. Utredningen har föreslagit att regeringen genom föreskrifter i förordning ska utse vilken myndighet som ska vara sådan kontaktpunkt och anfört att Konkurrensverket bör vara den myndighet som ska utföra uppgifterna i fråga.

Av direktiven framgår inte annat om kontaktpunktens uppgifter än att den ska samarbeta med kommissionen när det gäller tillämpningen av lagstiftningen om upphandling. Enligt regeringens bedömning är det därför mest ändamålsenligt att det departement i Regeringskansliet som ansvarar för upphandlingslagstiftningen utgör kontaktpunkt enligt bestämmelserna. Samarbetskyldigheten bör kunna förutsättas bli fullgjord även utan särskilda författningsbestämmelser. Det är därför enligt regeringens mening inte nödvändigt att genomföra den aktuella bestämmelsen i lagstiftningen.

Bevarande av kontrakt

I artikel 83.6 i LOU-direktivet och artikel 99.6 i LUF-direktivet föreskrivs en skyldighet för upphandlande myndigheter att spara kopior på alla kontrakt som ingåtts och som uppgått till ett visst värde samt att som huvudregel bevilja tillgång till dessa kontrakt. Bestämmelserna hör nära samman med genomförandet av bestämmelserna om individuella rapporter i artikel 84 i LOU-direktivet och artikel 100 i LUF-direktivet och behandlas därför i avsnittet om Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation, se avsnitt 20.3.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis bör alltså bestämmelserna i artikel 83.1–5 i LOU-direktivet och artikel 99.1–5 i LUF-direktivet, i den mån de kräver ett genomförande i svensk rätt, genomföras dels genom bestämmelser i de nya lagarna som motsvarar nuvarande 18 kap. LOU och LUF, dels genom bestämmelser i förordning.

27.2 Rapportering och statistiska uppgifter om upphandling

Regeringens bedömning: Direktivens bestämmelser om nationell rapportering till kommissionen och om statistiska uppgifter vid upphandling kräver inte något genomförande i lag.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissinstanserna godtar eller invänder inte mot bedömningen. *Konkurrensverket* tillstyrker att verket ska ansvara för statistikrapporteringen. *Försvarets materielverk (FMV)* påpekar att all information där det krävs någon form av motivering kräver en manuell hantering som innebär en ökad administrativ belastning. FMV anför vidare, som en generell slutsats, att de föreslagna statistikrapporterna kommer att kräva ett omfattande manuellt arbete för att upprätta och inhämta efterfrågade uppgifter.

Skälen för regeringens bedömning: Artikel 85 i LOU-direktivet och artikel 101 i LUF-direktivet innehåller bestämmelser om nationell

Prop. 2015/16:195 rapportering och statistiska uppgifter. Artikel 85.1 första stycket LOU-direktivet och artikel 101.1 första stycket LUF-direktivet riktar sig till kommissionen och anger att kommissionen ska se över i vilken utsträckning informationen som lämnas i meddelanden enligt upphandlingsdirektiven (dvs. annonser) kan utnyttjas till statistiska ändamål. Av andra stycket framgår att kommissionen ska, om kvaliteten på och fullständigheten hos de uppgifter som lämnas i annonserna inte uppfyller föreskrivna krav, begära kompletterande uppgifter från medlemsstaterna och att medlemsstaterna inom rimlig tid ska tillhandahålla dessa uppgifter. I skäl 127 i LOU-direktivet och skäl 133 i LUF-direktivet betonas vikten av att den information som lämnas i annonser som ska användas vid offentliggörande är av tillräckligt hög kvalitet och komplett. Om informationen är av tillräckligt hög kvalitet och komplett, kan medlemsstaternas administration förenklas och minskas eftersom kommissionen kan utnyttja informationen direkt utan att belasta medlemsstaterna med förfrågningar om att överlämna statistisk information.

Av andra punkten i respektive bestämmelse följer att medlemsstaterna ska sända statistikrapporter till kommissionen och vad rapporterna ska innehålla. När det gäller *FMV:s* invändning att statistikrapporten kommer att kräva en manuell hantering och därmed ökade administrativa kostnader vill regeringen peka på att denna skyldighet att rapportera följer av direktiven och att den aktuella statistikrapporten kan baseras på stickprovsbaserade uppskattningar.

I artikel 85.3 i LOU-direktivet anges att medlemsstaterna ska ge kommissionen tillgång till information om institutionell organisation i fråga om genomförande, övervakning och verkställighet av direktivet m.m. Informationen får ingå i den rapport som avses i artikel 83.3. Några motsvarande bestämmelser finns inte i LUF-direktivet. Enligt regeringens mening bör denna skyldighet kunna förutsättas bli fullgjord även utan särskilda lagregler.

Sammanfattningsvis anser regeringen att de bestämmelser i artikel 85 i LOU-direktivet och artikel 101 i LUF-direktivet som riktar sig till kommissionen inte behöver genomföras i svensk rätt. Inte heller kräver bestämmelserna i övrigt något genomförande i lag. Däremot avser regeringen att behandla dessa frågor i de förordningsbestämmelser som krävs för genomförandet. När det gäller den första statistikrapporten – som ska lämnas in till kommissionen senast i april 2017 – anser regeringen, till skillnad från utredningen, att det inte är nödvändigt med något särskilt uppdrag.

Regeringens bedömning: Direktivens bestämmelser om ömsesidigt bistånd och administrativt samarbete mellan medlemsstaterna för informationsutbyte i frågor enligt lagarna bör genomföras genom föreskrifter i förordning.

Utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens bedömning. Utredningen anser dock att de bestämmelser som föreslagits i de nya lagarna om kontaktpunkt för samarbete med kommissionen också innefattar ett ansvar för kontaktpunkten att lämna bistånd till och samarbeta med upphandlande myndigheter och enheter från andra länder.

Remissinstanserna: Den enda remissinstans som yttrar sig särskilt i frågan, *Konkurrensverket*, tillstyrker förslaget.

Skälen för regeringens bedömning: Upphandlingar i gränsöverskridande situationer kräver ett informationsutbyte mellan medlemsstaterna. För att ett sådant utbyte ska fungera är ett effektivt administrativt samarbete en nödvändighet (skäl 128 i LOU-direktivet och skäl 134 i LUF-direktivet). Bestämmelser om administrativt samarbete finns i artikel 86 i LOU-direktivet och artikel 102 i LUF-direktivet. Av artiklarna framgår att medlemsstaterna ska ge varandra ömsesidigt bistånd och vidta åtgärder för ett effektivt samarbete med varandra för att säkerställa informationsutbytet i de frågor som avses i artiklarna 42–44, 57, 59, 60, 62, 64 och 69 i LOU-direktivet respektive artiklarna 62, 81 och 84 i LUF-direktivet. De ska säkerställa att de upplysningar som utväxlas behandlas konfidentiellt.

Av artikel 86.1 i LOU-direktivet och artikel 102.1 i LUF-direktivet framgår alltså en skyldighet för medlemsstaterna att samarbeta. När det gäller den närmare innebörden av denna skyldighet framgår inte annat av artikeln än att medlemsstaterna ska ge varandra ömsesidigt bistånd och vidta åtgärder för att säkerställa informationsutbyte i frågor som avses i de närmare uppräknade artiklarna. I några av de bestämmelser som artiklarna hänvisar till synes emellertid skyldigheten utvecklas något. Således framgår av artikel 44.3 i LOU-direktivet att medlemsstaterna på begäran ska göra alla uppgifter (motsvaras i den engelska språkversionen av direktiven av ”any information”) om bevismedel och handlingar som har lämnats i enlighet med artiklarna 42.6 (om överensstämmelse med nationell standard som genomför europeisk standard, europeiskt tekniskt godkännande, internationell standard etc.) och artikel 43 (om märken) samt artikel 44.1 och 44.2 (om provningsrapporter, certifiering och andra bevismedel) tillgängliga för andra medlemsstater. Enligt artikeln ska de behöriga myndigheterna i den medlemsstat där leverantören är etablerad lämna informationen i enlighet med artikel 86. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 62 i LUF-direktivet. Enligt artikel 62 i LOU-direktivet (om kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder) ska medlemsstaterna på begäran från andra medlemsstater och i enlighet med artikel 86 lämna all information om de handlingar som har uppvisats som bevis på att de kvalitets- och miljöledningsstandarder som avses i punkterna 1 och 2 är uppfyllda. En motsvarande bestämmelse finns i

Prop. 2015/16:195 artikel 81 i LUF-direktivet. Av artikel 60 i LOU-direktivet framgår vidare att medlemsstaterna på begäran från andra medlemsstater ska lämna all information som rör skäl för uteslutning enligt artikel 57, anbudsgivares behörighet att utföra yrkesverksamhet samt finansiella och tekniska kapacitet enligt artikel 58 och alla upplysningar ("any information" enligt den engelska språkversionen av direktiven) som rör bevismedel enligt denna artikel. I artikel 64.8 i LOU-direktivet föreskrivs en skyldighet för medlemsstaterna att lämna all information om de handlingar som uppvisats som bevis för att en leverantör uppfyller kraven för att registreras i den officiella förteckningen över godkända leverantörer eller som bevis för att leverantörer från andra medlemsstater har en likvärdig certifiering. Slutligen ska medlemsstaterna enligt artikel 69.5 i LOU-direktivet, som rör onormalt låga anbud, på begäran från andra medlemsstater och inom ramen för administrativt samarbete lämna all information som de förfogar över, såsom lagar, förordningar, allmänt tillämpliga kollektivavtal eller nationella tekniska standarder, om de bevis och dokument som uppvisats med avseende på de uppgifter som anges i artikel 69.2.

Enligt regeringens mening får artikel 86.1 i LOU-direktivet och artikel 102.1 i LUF-direktivet, jämte de bestämmelser som artiklarna hänvisar till, närmast anses ge uttryck för en allmän skyldighet att bistå upphandlande myndigheter från andra medlemsstater med information i de frågor som särskilt anges. Regeringen avser att meddela föreskrifter som genomför artikel 86.1 och artikel 102.1 i förordning. I skäl 128 i LOU-direktivet anges att informationsutbytet är underkastat nationella lagstiftningar om sekretess och att direktivet inte medför någon skyldighet för medlemsstaterna att utbyta information som går utöver vad nationella upphandlande myndigheter har tillgång till. Även om detta inte anges i motsvarande skäl i LUF-direktivet (skäl 134) måste detta enligt regeringens mening gälla även enligt detta direktiv.

De bestämmelser som artikel 86.1 i LOU-direktivet och artikel 102.1 i LUF-direktivet hänvisar till innehåller, som framgått ovan, i vissa fall en direkt hänvisning till artikel 86 eller ett uttryckligt omnämnande av administrativt samarbete. Som framgår av de avsnitt där de aktuella artiklarna behandlas gör regeringen bedömningen att dessa bestämmelser inte behöver genomföras särskilt, se avsnitt 17.1.2, 24.1.2, 24.1.5 och 25.3. Regeringen kan dock, som framgått, genom föreskrifter i förordning komma att komplettera bestämmelserna om administrativt samarbete.

Den samordnande myndigheten bör vara den som ansvarar för samarbetet och att biståndet ges, men bör i förekommande fall även kunna fungera som en kanal till andra berörda myndigheter. I 6 § förvaltningslagen (1986:223) regleras samverkan mellan myndigheter. Av paragrafen framgår att varje myndighet ska lämna andra myndigheter hjälp inom ramen för den egna verksamheten. En myndighet som får en förfrågan har alltså att bedöma om den kan lämna hjälpen inom ramen för sin verksamhet (prop. 2008/09:187 s. 147).

I artikel 86.2 i LOU-direktivet och artikel 102.2 i LUF-direktivet erinras om att de behöriga myndigheterna ska utbyta information i enlighet med de regler om skydd av personuppgifter som fastställts i Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober

1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation. I likhet med utredningen anser regeringen att bestämmelserna inte behöver genomföras. Det ska tilläggas att i april 2016 antogs Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2016/679 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG.

Av artikel 86.3 i LOU-direktivet och artikel 102.3 i LUF-direktivet framgår avslutningsvis att ett pilotprojekt ska inledas senast den 18 april 2015 för att testa om det för utbyte av information enligt direktiven är lämpligt att använda det elektroniska informationssystemet för den inre marknaden, IMI (Europaparlamentets och rådets förordning [EU] nr 1024/2012 av den 25 oktober 2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden och om upphävande av kommissionens beslut 2008/49/EG). Regeringen delar utredningens bedömning att dessa bestämmelser inte behöver genomföras i lagstiftningen.

27.4 Tillsyn och stöd vid upphandling som inte omfattas av direktiven

Regeringens förslag: De nya lagarnas bestämmelser om tillsyn ska, i likhet med vad som gäller enligt nuvarande LOU och LUF, tillämpas även vid upphandling som inte omfattas av direktiven.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens förslag: Av 15 kap. 2 § nuvarande LOU och LUF framgår att 18 kap. om tillsyn även ska tillämpas när det gäller upphandling som inte omfattas av direktivet. Enligt regeringens mening bör motsvarande gälla även enligt de nya lagarna. En hänvisning till 22 kap. bör därför framgå av 19 kap. 2 § i de nya lagarna.

Som framgått ovan har Upphandlingsmyndigheten det samlade ansvaret för att utveckla, förvalta och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter. Upphandlingsmyndighetens uppdrag omfattar även upphandling på det icke direktivstyrda området.

27.5 Statistikinsamling avseende inköpsvolym

I promemorian föreslås att 22 kap i de nya lagarna även ska innehålla bestämmelser om uppgiftsskyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten när det gäller inköpsvolym (Ds 2014:25 s. 544). De föreslagna bestämmelserna har inte någon grund i upphandlingsdirektiven, utan är nationella bestämmelser. Enligt dessa

Prop. 2015/16:195 ska den upphandlande myndigheten eller enheten till den myndighet som regeringen bestämmer lämna uppgift om den totala summan av de utbetalningar som myndigheten har gjort under ett år enligt kontrakt som ingåtts enligt den nya lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och lagen om valfrihetssystem. Förslagen avser att komplettera Upphandlingsutredningens 2010 lagförslag om statistikinsamling via godkända annonsdatabaser (SOU 2013:12 s. 582 f.).

Regeringen anser att det är angeläget att statistiken på upphandlingsområdet förbättras. De lagförslag som lämnades i slutbetänkandet av Upphandlingsutredningen 2010 och i promemorian är emellertid enligt regeringens bedömning varken fullständiga eller tillräckliga för att uppnå detta mål. Det finns därför enligt regeringens mening behov av att ytterligare utreda denna fråga. Regeringen avser därför att återkomma i frågan.

27.6 Tillsyn, stöd och rapportering vid upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: Lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser om tillsyn, som ska vara utformade som bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Konkurrensverket* tillstyrker att verket bör vara tillsynsmyndighet även när det gäller upphandling enligt lagen om upphandling av koncessioner. Ingen remissinstans framför någon invändning mot förslagen.

Skälen för regeringens förslag: I artikel 45 i LUK-direktivet finns bestämmelser om övervakning och rapportering vid upphandling av koncessioner. Bestämmelserna är mindre detaljerade än motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet. Av artiklarna 45.1 och 45.2 framgår emellertid, på samma sätt som i LOU- och LUF-direktiven, att medlemsstaterna ska se till att tillämpningen av reglerna för tilldelning av koncessionskontrakt övervakas. Bestämmelserna bör enligt regeringens mening genomföras genom bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner vilka motsvarar 18 kap. i nuvarande LOU och alltså överensstämmer med de bestämmelser om tillsyn som föreslås i den nya lagen om offentlig upphandling.

Av artikel 45.2 framgår vidare att övervakningsmyndigheten ska ha behörighet att hänvisa specifika överträdelser eller systemproblem till nationella revisionsmyndigheter, domstolar, tribunaler eller andra lämpliga myndigheter. Regeringen anser, i likhet med vad som uttalats om motsvarande bestämmelse i LOU-direktivet och LUF-direktivet, att bestämmelsen inte kräver något särskilt genomförande i lag.

Till skillnad från LOU-direktivet och LUF-direktivet innehåller LUK-direktivet en skyldighet att sända en övervakningsrapport till kommissionen endast på kommissionens begäran. När en sådan begäran

sker bör emellertid tillsynsmyndigheten vara ansvarig för att bistå regeringen med underlaget till en sådan rapport. Någon lagreglering om detta är dock inte nödvändig. Däremot avser regeringen att återkomma till denna fråga vid utformningen av de förordningsbestämmelser som krävs för genomförandet.

Artikel 45.4 anger att medlemsstaterna ska säkerställa att information och vägledning om tolkning och tillämpning av unionsrätten kostnadsfritt ska finnas tillgänglig för att hjälpa upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer att tillämpa unionens regler korrekt. I likhet med den bedömning som gjorts beträffande motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet anser regeringen inte att bestämmelserna kräver genomförande i lag. Även i denna fråga avser regeringen att återkomma vid utformningen av de förordningsbestämmelser som krävs för genomförandet.

Utredningen har föreslagit en bestämmelse om uppgiftsskyldighet för upphandlande myndigheter och enheter som inte har sin grund i direktivet. Motsvarande bestämmelser har också i promemorian föreslagits i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, se ovan (avsnitt 27.5). Som framgått ovan avser regeringen att återkomma till frågan. Något skäl att nu införa motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner finns därför inte.

27.7 Tillsyn och stöd vid upphandling av koncessioner som inte omfattas av direktiven

Regeringens förslag: Bestämmelserna om tillsyn i lagen om upphandling av koncessioner ska vara tillämpliga även vid upphandling som inte omfattas av direktiven.

Utredningens förslag: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen synes inte behandla frågan och lämnar inte heller något förslag om att reglerna om tillsyn ska vara tillämpliga även på det icke direktivstyrda området.

Remissinstanserna: Endast *Konkurrensverket* yttrar sig i frågan och anför att det är naturligt att upphandlingsstödet får ett tydligt uppdrag att arbeta med stöd för upphandlingar av koncessioner även under tröskelvärdet.

Skälen för regeringens förslag: Enligt de föreslagna nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska bestämmelserna om tillsyn tillämpas även när det gäller upphandlingar som inte omfattas av de direktivstyrda reglerna. Motsvarande bör enligt regeringens mening gälla även på området för koncessioner. En hänvisning till 18 kap. bör därför framgå av 15 kap. i den nya lagen.

Regeringen avser, som framgått ovan, att överväga frågan om stöd och vägledning vid upphandling av koncessioner i samband med utformningen av de förordningsbestämmelser som krävs för direktivets genomförande.

28 Projektävlingar

28.1 Projektävlingar vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Regeringen av projektävlingar på tjänsteområdet ska i huvudsak motsvara bestämmelserna i den nuvarande lagen.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har för avsikt att efter projektävlingen tilldela ett tjänstekontrakt i enlighet med bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ska detta anges i annonsen om tävlingen.

Det ska anges i lagen att rätten att delta i en projektävling inte får begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer.

Promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. I promemorian föreslås att definitionen av projektävling samt bestämmelser om beräkning av tröskelvärden vid projektävlingar skulle placeras i kapitlet som behandlar projektävlingar. Vidare föreslås i promemorian en särskild bestämmelse i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna om tidsfrist för efterannonsering. Promemorian saknar förslag om genomförande av bestämmelser om begränsning av rätten att delta i projektävlingar.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Regeringen av projektävlingar har bibehållits i huvudsak oförändrad i de nya direktiven (artiklarna 78–82 i LOU-direktivet respektive artiklarna 95–98 i LUF-direktivet). I stora delar kommer därför den nya lagstiftningen att överensstämma med vad som gäller i nuvarande lagstiftning. De nya direktiven har dock på detta område delvis fått en annan uppbyggnad än tidigare direktiv, vilket också bör få genomslag i den nya lagstiftningen. *Lagrådet* har, med anledning av att det ansett att projektävlingar bör anses omfattas av definitionen av upphandling, föreslagit att definitionen av projektävling ska utgå. Regeringens uppfattning i fråga om definitionen av upphandling medför emellertid att definitionen av projektävling ska kvarstå och placeras i avsnittet med definitioner (se avsnitt 6.1.2).

När det gäller tröskelvärden vid projektävlingar tillämpas de allmänna bestämmelserna om tröskelvärden för respektive direktiv (artikel 4 i LOU-direktivet respektive artikel 15 i LUF-direktivet). Av artikel 78 framgår dock hur man räknar ut värdet av en projektävling. För projektävlingar som avser forsknings- och utvecklingstjänster, vissa teletjänster eller vissa andra tjänster anges inte något särskilt tröskelvärde. Bestämmelserna om beräkningen av tröskelvärden har som *Lagrådet* föreslagit slagits ihop till en gemensam bestämmelse och placerats i kapitlet som behandlar tröskelvärden.

På motsvarande sätt som för tröskelvärdena tillämpas de allmänna bestämmelserna om kommunikation i de nya direktiven på projektävlingar, varför några särskilda hänvisningar till dessa bestämmelser inte behövs i kapitlet om projektävlingar i de nya lagarna.

En nyhet är att det i de nya direktiven uppställs krav på att en upphandlande myndighet eller enhet som har för avsikt att efter projektävlingen tilldela ett tjänstekontrakt i enlighet med bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, anger detta i annonsen om tävlingen (artikel 79.1 andra stycket i LOU-direktivet respektive 96.1 andra stycket i LUF-direktivet). Lagrådet har ansett att det bör övervägas om fler av direktivets bestämmelser bör föras in i lagen, möjligen i kapitlet om projektävlingar. Regeringen ser emellertid inte någon anledning att föra in ytterligare bestämmelser om annonsering vid projektävlingar. De regler myndigheter och enheter ska följa vid annonsering av projektävlingar framgår av standardformuläret för den aktuella annonsen.

En annan nyhet i LUF-direktivet är att den tidsfrist inom vilken en upphandlande enhet ska meddela Europeiska kommissionen resultatet av en projektävling förkortats. I stället för inom två månader ska den upphandlande enheten nu, i enlighet med huvudregeln för efterannonsering, sända resultatet av en projektävling till Europeiska unionens publikationsbyrå inom 30 dagar efter det att tävlingen avslutats (artikel 96.2 andra stycket).

I direktiven anges, på samma sätt som tidigare, uttryckligen att rätten att delta i projektävlingar inte får begränsas till en medlemsstats territorium eller till en del av detta territorium, eller till enbart fysiska personer eller juridiska personer med hänvisning till att lagen i den medlemsstat där projektävlingen anordnas kräver det (artikel 80.2 i LOU-direktivet respektive artikel 97.2 i LUF-direktivet). Till skillnad från regeringens tidigare ställningstagande (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 421) har för tydlighets skull en särskild bestämmelse om att rätten att delta i en projektävling inte får begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer tagits in i lagen.

I artikel 80.3 i LOU-direktivet respektive artikel 97.3 i LUF-direktivet anges att om deltagarantalet i en projektävling är begränsat till ett angivet antal deltagare ska den upphandlande myndigheten eller enheten fastställa entydiga och icke diskriminerande kriterier för urvalet. Av lagtexten bör framgå att den upphandlande myndigheten ska fastställa kriterier för urvalet av deltagare. Att kriterierna ska vara icke diskriminerande följer emellertid av de allmänna principer som gäller för upphandling (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 420).

Enligt artikel 79.2 andra stycket i LOU-direktivet och 96.2 tredje stycket i LUF-direktivet behöver resultatet av en projektävling inte offentliggöras om detta skulle hindra tillämpning av lag, strida mot allmänintresset, skada offentliga eller privata företags berättigade affärsintressen eller motverka en sund konkurrens mellan tjänsteleverantörerna. Någon motsvarighet till bestämmelsen behöver emellertid inte tas in i lagtexten, då en upphandlande myndighet eller enhet alltid ska beakta bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen (1990:409) om skydd för företags-hemligheter, vilka motsvarar bestämmelserna i artiklarna ovan (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 421, se även avsnitt 21 om sekretess). En annons om resultatet av en projektävling ska således inte innehålla information som kan strida mot något intresse som skyddas av de ovan nämnda lagarna.

Bestämmelser om publicering av annonser kommer att tas in i en förordning på motsvarande sätt som i nuvarande reglering. Europeiska kommissionen ska fastställa standardformulär som ska användas vid annonseringen (artikel 79.3 i LOU-direktivet respektive artikel 96.2 i LUF-direktivet). Ett bemyndigande för regeringen att meddela föreskrifter har tagits in i lagen på inrådan av Lagrådet.

28.2 Projekttävlingar på det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om projekttävlingar ska med avseende på tillämpningsområde, val av deltagare, juryn och dess sammansättning samt juryns beslut även göras tillämpliga på det icke direktivstyrda området.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om projekttävlingar i LOU och LUF är avseende tillämpningsområde, urvalskriterier, kommunikation, juryn och dess sammansättning samt juryns beslut tillämpliga även vid projekttävlingar på det icke direktivstyrda området. Det har inte framkommit skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna. Motsvarande bestämmelser i de nya lagarna bör därför göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i dessa lagar. När det gäller kommunikation kommer de allmänna bestämmelserna även att gälla projekttävlingar på det icke direktivstyrda området.

29 Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland

Regeringens förslag: De nya bestämmelserna på försörjningsområdet för anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland ska motsvara den nuvarande regleringen i LUF.

Regeringens bedömning: De administrativa bestämmelserna i artikel 86 i LUF-direktivet kräver inte något genomförande i lag.

Promemorians förslag och bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågorna.

Skälen för regeringens förslag och bedömning: Av avsnitt 10.10 framgår att de nya upphandlingslagarna inte medger att leverantörer i tredjeland behandlas sämre än leverantörer i EU. LUF-direktivet innehåller emellertid bestämmelser som innebär att anbud som omfattar

varor med ursprung i tredjeland missgynnas i vissa fall. Med tredjeland avses i detta sammanhang ett land utanför Europeiska unionen.

Artikel 85 i LUF-direktivet innebär att en upphandlande enhet i vissa fall får och i andra fall – vid likvärdiga anbud – ska gynna anbud som omfattar varor med ursprung i unionen eller i ett tredjeland som slutit frihandelsavtal av visst slag med unionen. Artikel 85 har närmast tillkommit av handelspolitiska skäl och är i sak oförändrad jämfört med äldre direktiv. Redan det första direktivet för försörjningssektorerna, 90/531/EEG, innehöll samma bestämmelser. LOU-direktivet, liksom 2004 års LOU-direktiv, saknar motsvarande bestämmelser.

Artikel 85 i LUF-direktivet motsvarar punkt för punkt artikel 58 i 2004 års LUF-direktiv, som har genomförts genom bestämmelserna i 14 kap. LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 547–550). Enligt artikel 85.1 i LUF-direktivet är artikeln tillämplig på anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland, med vilket unionen inte har slutit sådana multilaterala eller bilaterala avtal som tillförsäkrar företag från unionen jämförbart och faktiskt tillträde till marknaden i detta tredjeland. Artikel 85.1 påverkar inte de åtaganden som unionen eller dess medlemsstater har gentemot ett tredjeland.

Avgörande för tillämpningsområdet enligt artikel 85 är med andra ord de avtal som unionen eller medlemsstaten har med andra länder. På kommissionens hemsida finns uppgifter om vilka länder unionen har frihandelsavtal med. Sveriges frihandelsavtal med andra länder publiceras i serien Sveriges internationella överenskommelser (SÖ).

Artikel 85.2 öppnar en möjlighet till särbehandling inom försörjningssektorerna av varuanbud som till övervägande del omfattar varor med ursprung i tredjeland. Enligt artikeln får anbud som lämnas i samband med tilldelning av varukontrakt förkastas om andelen varor med ursprung i tredjeland – fastställd enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 952/2013 av den 9 oktober 2013 om fastställande av en tullkodex för unionen – uppgår till mer än 50 procent av det totala värdet av de varor som anbudet omfattar. Vid tillämpning av artikeln ska programvaror för utrustning till telenät anses vara varor.

Om två eller flera anbud är likvärdiga enligt tilldelningskriterierna i artikel 82, ska enligt artikel 85.3 företräde ges de anbud som inte kan förkastas med stöd av artikel 85.2. Priserna på anbudena ska anses som likvärdiga om prisskillnaden inte är större än tre procent. Enligt artikel 85.3 andra stycket ska ett anbud dock inte ges företräde om detta skulle tvinga den upphandlande enheten att anskaffa utrustning med andra tekniska egenskaper än den befintliga utrustningen, med åtföljande inkompatibilitet, tekniska svårigheter vid drift och underhåll eller orimliga kostnader.

Artikel 85.3 är en prispreferensregel till förmån för anbud som inte kan förkastas enligt artikel 85.2. Regeln innebär en skyldighet för en upphandlande enhet att ge företräde åt dessa anbud om prisskillnaden mellan två eller flera anbud inte är större än tre procent. Som en förutsättning för denna skyldighet gäller att anbudena i övrigt ska befinnas likvärdiga vid den ordinarie bedömning av anbud som ska göras enligt artikel 82. Det sagda innebär att om anbud som inte kan förkastas enligt artikel 85.2 är upp till tre procent dyrare än övriga anbud, ska de ändå anses likvärdiga med dessa. Annorlunda uttryckt ska ett ”EU-anbud” på

Prop. 2015/16:195 103 miljoner kronor anses prismässigt likvärdigt med ett ”tredjelandsanbud” på 100 miljoner kronor. Därmed ges en treprocentig prisfördel för ”EU-anbud”.

Någon bestämmelse som motsvarar artikel 85.3 andra stycket har inte införts i LUF. Regeringen delade Lagrådets bedömning att anbud behäftade med så allvarliga brister ändå inte torde vara likvärdiga med anbud utan nämnda svårigheter (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 550).

Av artikel 85.4 framgår att beräkningen av andelen tredjelandsvaror enligt artikel 85.2 inte ska beakta varor från tredjeländer med sådana frihandelsavtal som avses i artikel 85.1. Detta följer redan av artikel 85.1 som klargör tillämpningsområdet för artikeln. Av denna anledning infördes inte någon motsvarande beräkningsbestämmelse i LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 549).

Reglerna om anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland är inte ändrade i förhållande till 2004 års LUF-direktiv. De överväganden som gjordes i samband med införandet av LUF är därför fortfarande aktuella. De nuvarande bestämmelserna i 14 kap. LUF bör i sak oförändrade tas in i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. I likhet med LUF bör bestämmelserna ges ett eget kapitel i den nya lagen.

Lagrådet har anmärkt att begreppet tredjeland inte bör användas i lagtexten, eftersom det även förekommer i andra lagar med en annan betydelse. Lagrådet har därför föreslagit att bestämmelserna i stället ska tala om en stat utanför Europeiska unionen.

Vad som avses med begreppet tredje land i detta sammanhang framgår tydligt av bestämmelserna, vilket Lagrådet inte heller har invänt emot. Enligt regeringens mening finns det inte heller något utrymme för missförstånd vad gäller bestämmelsernas tillämpningsområde. Lagrådsremissens uttryckssätt överensstämmer med 14 kap. LUF, 2004 års LUF-direktiv och LUF-direktivet. Begreppet tredjeland förekommer i ett flertal författningar. I detta sammanhang används begreppet i den gängse betydelsen, dvs. en stat utanför Europeiska unionen. Regeringen anser mot angiven bakgrund att begreppet tredjeland även i fortsättningen bör användas i bestämmelserna.

Artikel 86 i LUF-direktivet innehåller administrativa bestämmelser och avser förbindelserna med tredjeländer när det gäller upphandling. Artikeln motsvarar i allt väsentligt artikel 59 i 2004 års LUF-direktiv. Denna artikel har inte genomförts i LUF.

Enligt artikel 86.1 i LUF-direktivet ska medlemsstaterna underrätta kommissionen om de allmänna svårigheter deras företag rättsligt eller i praktiken möter och rapporterar i samband med tilldelning av tjänstekontrakt i tredjeländer. Vidare ska medlemsstaterna enligt artikel 86.4 underrätta kommissionen om de svårigheter som deras företag rättsligt eller i praktiken möter och rapporterar när dessa företag försökt att tillförsäkra sig kontrakt i tredjeländer och som beror på att de bestämmelser i internationell arbetsrätt som anges i bilaga XIV inte följts. Bilaga XIV innehåller en förteckning över internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 36.2 i LUF-direktivet, t.ex. vissa ILO-konventioner.

Regeringen anser inte att det behövs någon reglering i lag om de underrättelseskyldigheter som avses i artiklarna 86.1 och 86.4 i LUF-

direktivet (jfr bedömningarna i avsnitten 27.1 och 27.2). Skyldigheterna kan förväntas bli fullgjorda utan lagreglering. Regeringen avser emellertid att återkomma till dessa frågor vid utarbetandet av den reglering i förordningsform som behövs för genomförandet av direktiven.

Artiklarna 86.2, 86.3 och 86.5 i LUF-direktivet riktar sig till kommissionen och behöver inte genomföras i svensk rätt. Av artikel 86.6 framgår att artikeln inte påverkar unionens åtaganden gentemot tredjeländer enligt internationella avtal om upphandling, särskilt inom ramen för WTO. Detta klagörande kräver inte heller något genomförande i svensk lagstiftning.

30 Rättsmedel

30.1 Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

Regeringens förslag: Nuvarande bestämmelser om rättsmedel i lagen om offentlig upphandling respektive lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ska överföras väsentligen oförändrade till den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

De nya lagarna ska innehålla bestämmelser om undantag från avtalsspär och om överprövning vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Promemorians förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslås dock vissa särskilda regler vid överprövningar avseende kollektivtrafik.

Remissinstanserna: De flesta remissinstanserna yttrar sig inte över promemorians förslag. Vissa remissinstanser, bl.a. *Sveriges bussföretag*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Lindahl* framför materiella synpunkter på överprövningsreglerna.

Skälen för regeringens förslag: Det finns två rättsmedelsdirektiv som syftar till att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsreglerna. Det första direktivet avser upphandling inom den klassiska sektorn – rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet). Det andra avser upphandling inom försörjningssektorerna – rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet). De båda direktiven har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EEG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet).

Rättsmedelsdirektiven, i lydelse enligt ändringsdirektivet, har genomförts i svensk rätt genom bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 16 kap. LOU och 16 kap. LUF samt bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. LOU och 17 kap. LUF. *Sveriges bussföretag, Konkurrenskommissionen, Advokatfirman Lindahl med flera* har synpunkter som går ut på att överprövningsreglerna i LOU och LUF behöver ses över. Bestämmelserna om rättsmedel har emellertid inte omfattats av utredningens eller promemorians överväganden och förutsättningar saknas därför för en sådan översyn inom ramen för detta lagstiftningsärende. De förs således endast med några ändringar över till de nya lagarna om upphandling. Vissa av reglerna om överprövning har dock utretts av Överprövningsutredningen vars överväganden redovisas i betänkandet *Överprövning av upphandlingsmål m.m.* (SOU 2015:12).

Med anledning av att det föreslås att bestämmelser om dynamiska inköpssystem ska införas i de nya lagarna om upphandling, sker vissa kompletteringar av bestämmelserna om undantag från avtalsspärr och överprövning för att göra dem tillämpliga när ett kontrakt har tilldelats inom ramen för ett sådant system (se beträffande dynamiska inköpssystem avsnitt 16.1).

Verket för innovationssystem (Vinnova) efterlyser klagörande avseende möjligheterna till överprövning när det gäller innovationspartnerskap och *Kammarrätten i Göteborg* vill få klagjort om avtalsspärr gäller vid överprövning av innovationspartnerskap och om reglerna om ogiltighet är tillämpliga. Regeringen gör i dessa frågor följande överväganden. Rättmedeldirektivet ger möjlighet att i vissa fall göra undantag från avtalsspärr. Detta gäller bland annat vid förfaranden där annonsering inte krävs i EUT eller vid förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal. Innovationspartnerskap kan emellertid inte undantas från avtalsspärr enligt rättmedeldirektivet. Som framgått av avsnitt 12.1.4 är innovationspartnerskap ett upphandlingsförfarande som ska föregås av annonsering och det har mest gemensamt med upphandlingsförfarandet förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det skiljer sig alltså på ett avgörande sätt från de förfaranden där undantag från avtalsspärr görs. När det gäller överprövning av avtals giltighet så är det kopplat till bristande annonsering och andra allvarliga överträdelser av upphandlingsregelverket. Om en upphandling avseende innovationspartnerskap inte annonserats är det således en otillåten direktupphandling och kan angripas med en ogiltighetstalan om inte något undantag är tillämpligt. Detsamma gäller om myndigheten gjort sig skyldig till någon annan av de överträdelser som omnämns i 20 kap. 13 §.

I promemorian föreslås vissa särskilda regler angående överprövning av kollektivtrafik som en del i ett förslag om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning. Som framgår av avsnitt 8.11 avser regeringen att behandla frågan om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning i ett annat lagstiftningsärende.

Lagrådet har föreslagit att 20 kap. 4 § i de nya lagarna om upphandling ges en annan lydelse. Uttrycket ”som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada” framstår som en förutsättning för behörighet att ansöka om överprövning. En sådan ordning är inte lämplig. Förutsättningen, uttryckt på samma sätt, finns med som rekvisit i 6 och

13 §§ där överprövningen regleras i sak. Enligt Lagrådet är det också i 6 och 13 §§ som skadeprovningen hör hemma. I anslutning till regleringen i 20 kap. 6 § andra stycket har Lagrådet vidare anfört att frågan bör besvaras hur bestämmelsen ska tillämpas på ramavtal och avtal som sluts med stöd av ett ramavtal. Lagrådet har också efterfrågat en analys av frågan om en projektävling ska utlösa en avtalsspärr enligt 20 kap. 1 § och i så fall när det ska ske. De nu nämnda bestämmelserna har emellertid inte ingått i någon översyn i det aktuella lagstiftningsärendet.

Avslutningsvis har Lagrådet konstaterat att rättsmedelskapiteln saknar regler om när det föreligger svensk domsrätt och har anfört att sådana regler behövs särskilt för fall av gränsöverskridande gemensam upphandling. Lagrådet efterlyser en mer ingående analys. I avsnitt 15.2.5 har regeringen redogjort för tillämpliga regler om domsrätt och behörig domstol samt bedömt att gränsöverskridande samarbeten i dessa hänseenden får bedömas enligt de allmänna bestämmelserna i ämnet. Såvitt framkommit finns det inte i dag några tillämpningsproblem av nämnda bestämmelser. Skulle sådana problem komma att uppstå med anledning av de nya reglerna om gränsöverskridande upphandling har regeringen för avsikt att återkomma i frågan om behovet av kompletterande regler i fråga om domsrätt.

30.2 Upphandling av koncessioner

Regeringens förslag: I lagen om koncessioner ska bestämmelser införas om rättsmedel som motsvarar de som finns i LOU och LUF.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: De flesta av remissinstanserna yttrar sig inte över utredningens förslag. De som yttrar sig är i huvudsak positiva. Några remissinstanser är positiva till att det införs möjlighet att överpröva upphandlingar av koncessioner, bl.a. *Kriminalvården* och *Naturvårdsverket*.

Skälen för regeringens förslag: LUK-direktivet innebär att ett område inom upphandlingen som hittills inte reglerats i sekundärrätten nu får en sådan reglering. I sekundärrätten finns också särskilda rättsmedel, som för upphandlingens del befinner sig i två direktiv, ett för den klassiska sektorn och ett för försörjningssektorn (se avsnitt 30.1). I nuvarande 16–18 kap. LOU och LUF finns regler som genomför rättsmedelsdirektiven. I LUK-direktivets skäl 81 anges att de nu nämnda rättsmedelsdirektiven ska gälla också för tjänste- och byggkoncessioner som tilldelas av upphandlande myndigheter eller enheter. Anledningen till detta anges vara att säkerställa ett lämpligt rättsligt skydd för anbudssökande och anbudsgivare i koncessionstilldelningsförfarandet och att säkerställa en effektiv kontroll av att detta direktiv och principerna i EUF-fördraget efterlevs.

I skäl 83 anges vidare att medlemsstaterna konsekvent och systematiskt ska övervaka hur reglerna om tilldelning av koncessioner genomförs och fungerar, för att säkerställa att unionsrätten tillämpas effektivt och enhetligt. Dessa nu citerade skäl utgör grunden för LUK-direktivets avdelning IV, som innehåller artiklarna 46 och 47. Dessa artiklar

innehåller ändringar av berörda artiklar i respektive rättsmedelsdirektiv. Ändringarna utgör följdändringar och innebär att de båda rättsmedelsdirektiven blir tillämpliga också för upphandling av bygg- och tjänstekoncessioner. De nya upphandlingsdirektiven innefattar inte någon ändring i sak av rättsmedelsdirektiven. Dessa har relativt nyligen varit föremål för en översyn vilken i sin tur resulterade i nya rättsmedel och ändringar av då gällande rättsmedel.

LUK-direktivet är entydigt och skälen är tydliga. För att säkra effektivitet och tillsyn över den nya upphandling som regleras i LUK-direktivet och därmed i LUK ska rättsmedel m.m. införas. De befintliga rättsmedelsdirektiven görs tillämpliga på koncessionsupphandling endast genom att rättsmedelsdirektiven följdändras genom hänvisningar till LUK-direktivet. En naturlig följd av en sådan hänvisningsteknik är att de nationella reglerna för överprövning m.m. som i dag finns i LOU och LUF görs tillämpliga också för koncessionsupphandling.

Almega, Svenskt Näringsliv och Konkurrenskommissionen anser att det bör övervägas om upphandlingsskadeavgiften är för låg vid upphandling av koncessioner. Regeringen har emellertid inte för avsikt att i detta lagstiftningsärende överväga upphandlingsskadeavgiftens storlek. Vissa remissinstanser framför även materiella synpunkter på överprövningsreglerna, bl.a. *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi*. Regeringen hänvisar avseende detta till resonemanget under avsnitt 30.1.

Lagrådet har vad gäller rättsmedlen i lagen om koncessioner framfört samma synpunkter som framförts avseende rättsmedlen i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, (se avsnitt 30.1).

30.3 Rättsmedel inom det icke direktivstyrda området

Regeringens förslag: Bestämmelserna om rättsmedel ska vara tillämpliga även vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde. Detta ska även gälla för koncessioner.

Utredningens och promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser yttrar sig inte särskilt över förslaget.

Skälen för regeringens förslag: Bestämmelserna om rättsmedel är i dag tillämpliga på såväl upphandlingar inom det direktivstyrda området som på upphandlingar som faller utanför detta område. Det finns inte skäl för någon annan ordning i de nya upphandlingslagarna. Det finns inte heller anledning att göra någon annan bedömning när det gäller lagen om upphandling av koncessioner. *Sveriges Television AB (SVT)* anser, med hänsyn till att överprövningssystemet för närvarande utreds, att det i nuläget är olämpligt att införa en möjlighet till överprövningar av koncessionstilldelningar som inte omfattas av direktivet. Att överprövningsinstitutet är under utredning är enligt regeringen inte ett

tillräckligt skäl att avstå från att införa en möjlighet till överprövning för koncessioner under tröskelvärdena. Prop. 2015/16:195

Samtliga föreslagna bestämmelser som gäller rättsmedel i de nya lagarna bör således göras tillämpliga vid icke direktivstyrda upphandlingar enligt bestämmelserna i 19 kap. i den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna samt i 15 kap. i lagen om upphandling av koncessioner

31 Upphandling som inte omfattas av direktiven

31.1 Ett särskilt kapitel i de nya lagarna ska reglera upphandling utanför det direktivstyrda området

Regeringens förslag: De nya lagarna ska i ett särskilt kapitel reglera upphandling och projektävling som inte omfattas av de nya upphandlingsdirektiven.

Regeringens bedömning: Vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör de särskilda kapitlen i huvudsak motsvara 15 kap. LOU respektive LUF. Vid upphandling av koncessioner bör kapitlet endast innehålla sådana grundläggande bestämmelser som är nödvändiga för ett rättssäkert förfarande.

Promemorians förslag och bedömning: Överensstämmer med regeringens i fråga om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. I promemorian föreslås dock vissa särskilda regler om upphandling av kollektivtrafik.

Utredningens förslag och bedömning överensstämmer med regeringens i fråga om upphandling av koncessioner.

Remissinstanserna (promemorian): Flertalet remissinstanser invänder inte mot förslaget att den icke direktivstyrda upphandlingen ska regleras i ett särskilt kapitel i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Arbetsförmedlingen*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Advokatfirman Delphi* tillstyrker förslaget. Advokatfirman Delphi anser dock att den föreslagna lagstiftningstekniken med ett stort antal hänvisningar till tillämpliga bestämmelser i lagarnas övriga kapitel, gör regleringen svåröverskådlig. Enligt advokatfirman bör de särskilda kapitlen i lagarna i stället innehålla en fullständig reglering för upphandling som inte omfattas av direktiven. *SKL Kommentus* och flera idéburna organisationer anser emellertid att endast upphandling över tröskelvärdena bör lagregleras. *Stockholms läns landsting*, *SKL* och *Advokatfirman Lindahl* begär att en utredning ska se över regelverket för upphandlingar under tröskelvärdena.

Remissinstanserna (utredningen): De flesta remissinstanserna godtar eller invänder inte mot utredningens förslag (se SOU 2014:69).

Prop. 2015/16:195 *Kammarkollegiet, Naturvårdsverket, Konkurrensverket, Stockholms kommun, Almega, Företagarna, Svenskt Näringsliv och Advokatfirman Delphi* tillstyrker förslaget. Företagarna betonar att tröskelvärdet vid upphandling av koncessioner ligger på en så hög nivå som ca 50 miljoner kronor och att även koncessioner under tröskelvärdet bör hanteras på ett sätt som tillvaratar konkurrensen. Almega och Svenskt Näringsliv finner det sannolikt att flertalet upphandlingar av koncessioner kommer att omfattas av det föreslagna 15 kap. i den nya lagen om upphandling av koncessioner. *Sveriges advokatsamfund* har ingen erinran mot förslaget. *Gotlands kommun, Umeå kommun, Skåne läns landsting, Stockholms läns landsting, Västra Götalands läns landsting, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* och *Svensk Energi* ser emellertid inte något behov av bestämmelser om upphandling av koncessioner under tröskelvärdet. Enligt dessa remissinstanser är det onödigt och i strid mot önskemålet om förenkling att lagreglera denna typ av upphandling, som bedöms bli sällan förekommande. *Sveriges Television AB (SVT)* anser att tilldelning av koncessioner som inte omfattas av direktivet endast ska styras av de allmänna principerna och bestämmelserna om skadestånd. *Försäkringskassan* anser att behovet av att lagreglera koncessionsupphandlingar utanför det direktivstyrda området inte framträder med styrka.

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Upphandlingsdirektivens tillämpningsområde

Upphandlingsdirektiven är tillämpliga på upphandling över de tröskelvärden som anges i direktiven (se artikel 4 i LOU-direktivet, artikel 15 i LUF-direktivet och artikel 8 i LUK-direktivet). Tröskelvärdena behandlas i avsnitt 11.

För upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdena gäller endast vissa bestämmelser i direktiven (se främst artiklarna 74–77 i LOU-direktivet, artiklarna 91–94 i LUF-direktivet och artikel 19 i LUK-direktivet). Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster behandlas i avsnitt 32.

Även om en upphandlings värde understiger tröskelvärdet kan upphandlingen ha ett sådant gränsöverskridande intresse att de grundläggande EU-rättsliga principerna ska tillämpas, jfr kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT C 179, 1.8.2006, s. 2-7).

Upphandling som inte omfattas av direktiven bör regleras i ett särskilt kapitel i de nya lagarna

I 15 kap. LOU respektive LUF finns bestämmelser om upphandling utanför det direktivstyrda området. Dessa kapitel innehåller bl.a. bestämmelser om upphandling under tröskelvärdena. Ordningen med ett särskilt kapitel i lagen som reglerar sådan upphandling har gällt alltsedan 1992 års LOU (jfr prop. 1992/93:88 s. 41 f. och prop. 2006/07:128 del 1 s. 423 f.). Redan den upphandlingsförordning som föregick 1992 års LOU omfattade all upphandling oavsett dess beloppsmässiga värde.

Upphandlingar enligt 15 kap. LOU respektive LUF utgör den överlägset största delen av de upphandlingar som genomförs. I den mån en sådan upphandling har ett gränsöverskridande intresse omfattas den av EUF-fördraget och EU-rättens allmänna principer. Det bör således under alla omständigheter finnas bestämmelser om icke direktivstyrd upphandling som har ett gränsöverskridande intresse. Det är därmed inte ett alternativ att inte alls reglera upphandlingar utanför direktivens tillämpningsområde. Att överlämna åt de upphandlande myndigheterna och enheterna att i varje enskild upphandling avgöra om det finns ett gränsöverskridande intresse och om de allmänna principerna ska tillämpas är varken ändamålsenligt eller tillräckligt för att garantera rättssäkerhet i tilldelningsförfarandet. Det saknas således enligt regeringens mening anledning att nu ompröva ordningen med ett särskilt kapitel i lagarna som reglerar den icke direktivstyrda upphandlingen. De särskilda bestämmelserna bör även fortsättningsvis gälla oavsett om upphandlingen har ett gränsöverskridande element eller inte. Det saknas i denna fråga anledning att bedöma upphandling av koncessioner på något annat sätt än offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Tillämpningsområdet för det särskilda kapitlet

Som angetts ovan bör de nya lagarnas kapitel om icke direktivstyrd upphandling gälla vid upphandling under tröskelvärdena. I de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör kapitlet även tillämpas för projektävlingar under tröskelvärdet. Begreppet projektävling finns inte i den nya lagen om upphandling av koncessioner.

I avsnitt 32.2 föreslår regeringen vidare att det särskilda kapitlet i de nya lagarna ska tillämpas vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster samt vid upphandling av koncessioner som avser sådana tjänster, oavsett upphandlingens värde.

Lagarnas struktur

Av avsnitt 5.3 framgår att regeringens utgångspunkt i detta lagstiftningsärende är att de tre nya lagarna på upphandlingsområdet ska ha samma struktur som LOU och LUF. Regeringens förslag innebär att bestämmelserna om icke direktivstyrd upphandling ska samlas i 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. I fråga om upphandling av koncessioner innebär förslaget att dessa bestämmelser ska samlas i 15 kap. i den nya lagen om upphandling av koncessioner. Regeringen ser inte anledning att nu ge kapiteln om icke direktivstyrd upphandling en mer framträdande placering i de nya lagarna (jfr motsvarande bedömning i prop. 2006/07:128 del 1 s. 424).

Enligt mönster av LOU och LUF bör en inledande bestämmelse i respektive lag ange i vilka fall lagens särskilda kapitel ska tillämpas.

Utformningen av bestämmelserna utanför det direktivstyrda området

Det arbete som redovisas i utredningens betänkande och i promemorian innefattar inte överväganden om någon mer genomgripande förändring

Prop. 2015/16:195 av nuvarande regelverk för upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Regelverket för sådana upphandlingar är heller inte föremål för en översyn i detta sammanhang. Regeringens utgångspunkt i detta lagstiftningsärende är därför att bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF bör föras över till 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna bör justeras och kompletteras om det är påkallat till följd av den ändrade regleringen på det direktivstyrda området. Övervägandena i dessa delar finns i de avsnitt som rör de aktuella sakfrågorna. I dessa avsnitt behandlas således frågorna om nyheter på det direktivstyrda området bör få genomslag på det icke direktivstyrda området.

Exempel på nyheter i 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna är att kommunikationen under upphandlingen ska ske med elektroniska medel och att upphandlingsdokumenten ska göras tillgängliga med sådana medel vid annonsering av upphandlingen (se avsnitten 20.4.1 och 18.1.4). Ett annat exempel på en nyhet i dessa kapitel är att en upphandling ska kunna ske enligt ett dynamiskt inköpssystem (se avsnitt 16.1.5).

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. Regeringen instämmer i utredningens bedömning att detta förhållande påverkar synen på vilken regleringsnivå som bör gälla för icke direktivstyrd upphandling av koncessioner. Kapitlet om upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området bör därför endast innehålla sådana grundläggande bestämmelser som är nödvändiga för att säkerställa likabehandling och öppenhet under tilldelningsförfarandet. Detta kapitel kommer således att vara betydligt kortare än motsvarande kapitel i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Av avsnitten 9.4, 18.3.3, 20.5.4 och 31.2 framgår att kapitlet om icke direktivstyrd upphandling av koncessioner bör innehålla bestämmelser om principer för upphandling, annonsering, direktupphandling, information till leverantörer och dokumentation. Av avsnitten 27.7 och 30.3 framgår vidare att bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning, skadestånd, upphandlingsskadeavgift och tillsyn i lagens 16–18 kap. bör gälla även vid upphandling av koncessioner utanför det direktivstyrda området.

Regleringen i framtiden

Regeringen har den 5 mars 2015 gett en särskild utredare i uppdrag att utreda och lämna förslag på hur upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska regleras (dir. 2015:22, se avsnitt 32.2). Ett antal remissinstanser anser att en särskild utredare även bör se över regelverket för upphandling under tröskelvärdena. Regeringen konstaterar att det nuvarande förslaget till en sådan reglering är svåröverskådligt. Regeringen avser därför att tillsätta en utredning med uppdraget att se över även detta regelverk.

Lagrådet har i vissa delar lämnat detaljerade synpunkter på förslagen till 19 kap. i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Regleringen i dessa kapitel är emellertid inte föremål för någon översyn i detta lagstiftningsärende. Som framgår ovan avser regeringen att tillsätta en utredning med uppdrag att se över de nationella bestämmelserna om upphandling. Regeringens allmänna utgångspunkt är därför att någon ändring av de aktuella bestämmelserna inte ska göras nu. Regeringen avser i stället att återkomma till huvuddelen av Lagrådets synpunkter såvitt avser dessa regler i ett senare sammanhang. Detsamma gäller frågor från Lagrådet om bestämmelsernas innebörd. Som exempel på sådana frågor som enligt regeringens mening ligger utanför detta lagstiftningsärende kan nämnas vissa av Lagrådets frågor kring bestämmelserna om beräkning av en upphandlings värde (19 kap. 8 § i de nya lagarna).

Upphandling av kollektivtrafik

I promemorian föreslås vissa särskilda regler angående upphandling av kollektivtrafik. Som framgår av avsnitt 8.11 avser regeringen att behandla frågan om kompletterande reglering till EU:s kollektivtrafikförordning i ett annat lagstiftningsärende.

31.2 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 gränsoverskridande intresse.

Dokumentationsplikten bör inte begränsas till upphandlingar över ett visst värde.

Utredningens bedömning: Överensstämmer inte med regeringens. Utredningen har bedömt att bestämmelser om direktupphandling inte behövs.

Förslagen och bedömningen i promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Promemorians förslag om riktlinjer för direktupphandling gäller för alla upphandlande myndigheter och enheter.

Remissinstanserna (utredningen): Flera remissinstanser anser att upphandling av koncessioner under tröskelvärdet inte ska regleras över huvud taget (se avsnitt 31.1). Om en sådan reglering ändå införs anser några remissinstanser att den nya lagen ska innehålla bestämmelser om direktupphandling av koncessioner. *Konkurrensverket* anmärker att utredningens förslag innebär en orimlig börda för upphandlande myndigheter och enheter vid små koncessioner. Med en lagreglering av koncessioner under tröskelvärdet anser verket att en rätt till direktupphandling bör införas. *Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* delar denna bedömning. Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet påtalar att det kan finnas tjänstekoncessioner vars värden inte uppgår till den direktupphandlingsgräns som gäller för offentlig upphandling (ca 500 000 kronor) och för upphandling inom försörjningssektorerna (ca 1 000 000 kronor). Som exempel nämns driften av en kiosk i ett kommunhus eller av en mindre parkeringsplats. SKL anför att det bör råda en undre gräns för annonseringsskyldigheten, om upphandling av koncessioner under tröskelvärdet regleras i lag. *Malmö stad* och *Skåne läns landsting* har ställt sig bakom SKL:s yttrande. *Trafikanalys*, *Stockholms kommun* och *Stockholms läns landsting* instämmer emellertid i utredningens bedömning att det saknas behov av bestämmelser om direktupphandling av koncessioner.

Remissinstanserna (promemorian): 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 avtalsspärr. 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

Skälen för regeringens förslag och bedömning

Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet

I avsnitt 31.1 föreslår regeringen att koncessioner vars värde beräknas understiga tröskelvärdet ska regleras i ett särskilt kapitel i LUK. 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 bör kapitlet endast innehålla sådana grundläggande bestämmelser som är nödvändiga för ett rättssäkert förfarande.

I 15 kap. LUK finns bestämmelser om kapitlets tillämpningsområde, principer för upphandling, annonsering, information till leverantörer och dokumentation. Av kapitlet framgår vidare att lagens bestämmelser i 16–18 kap. om rättsmedel och tillsyn är tillämpliga vid upphandling enligt kapitlet.

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 utredningens förslag 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna särskilda bestämmelser om annonsering om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling. I LOU och LUF används i dag begreppet förhandsinsyn för sådan annonsering. 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 annonsering av aktuellt slag ska avtalsspärr iakttas. Genom att annonsera avsikten att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling kan den upphandlande myndigheten eller enheten skydda sig mot att avtalet 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 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 denna form av annonsering 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. 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 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. De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom

försörjningssektorerna innebär inte någon ändring av beloppsgränserna för direktupphandling.

Beloppsgränserna för direktupphandling av byggtreprenader enligt LOU och LUF motsvarar beloppsgränserna för direktupphandling av varor och tjänster, trots att tröskelvärden för upphandling av byggtreprenader är avsevärt högre än tröskelvärdena för upphandling av varor och tjänster. Tröskelvärdet för upphandling av byggtreprenader 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 byggtreprenader kan bestå av mängder av kontrakt av begränsat värde. Även förenklingskäl 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 (EUT C 179, 1.8.2006, s. 2-7). 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

Prop. 2015/16:195 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 avtalsspär 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 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 samt i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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

Prop. 2015/16:195 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 byggentreprenader 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 avsnitt 27.5).

Upphandling utan föregående annonsering på det direktivstyrda området

De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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 har lämnats 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör därför direktupphandling av koncessioner få användas, om förutsättningarna för upphandling utan annonsering i 8 kap. 3–5 §§ LUK är uppfyllda.

Synnerliga skäl

De nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna medger 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

Prop. 2015/16:195 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 uppskattning av en koncessions värde. Tröskelvärdets storlek behandlas i 5 kap. 1 §. I 5 kap. 2–5 §§ finns bestämmelser om uppskattningen av en koncessions värde. Vilka faktorer som ska beaktas vid uppskattningen framgår exempelvis av 5 kap. 5 §. De angivna bestämmelserna är tillämpliga när koncessionens uppskattade värde ska relateras till tröskelvärdet.

Bestämmelserna 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 uppskattas 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 bestämmelse bör införas i 15 kap. LUK. Bestämmelsen bör innebära att 5 kap. 2–5 §§ LUK ska tillämpas vid uppskattningen av en koncessions värde. På så sätt kommer att uppskattningen av detta värde att ske på samma sätt som på det direktivstyrda området (se avsnitt 11.3).

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 metoden för att uppskatta en koncessions värde inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet blir tillämpliga. Enligt 5 kap. 7 § får en koncession delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad 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.

Enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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, Är inköpen av samma slag? Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärdet vid direktupphandlingar av samma slag).

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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. 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 klagörande uttalanden från lagstiftaren om hur kontraktsvärdesberäkningen ska göras vid direktupphandling enligt de nya upphandlingslagarna. Regeringen ser dock inte anledning att i detta sammanhang göra uttalanden som ska vara styrande för tillämpningen av bestämmelserna i de båda andra upphandlingslagarna. Bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena i dessa lagar är inte heller föremål för någon översyn i detta lagstiftningsärende (se avsnitt 31.1). 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 och om sammanläggning av direktupphandlingar ”av samma slag” torde leda till samma resultat. Motsvarande beräkningsbestämmelser vid upphandling av delkontrakt på det direktivstyrda området har inte heller gjorts tillämpliga i samband med direktupphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

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

Prop. 2015/16:195 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 föreslås gälla enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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 de båda andra upphandlingslagarna. 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 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. 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.

Lagrådet har anmärkt att skyldigheten att besluta om riktlinjer för direktupphandling inte är sanktionerad och att det inte finns några

bestämmelser om att den upphandlande myndigheten eller enheten måste följa de riktlinjer som den har beslutat om. Lagrådet har därför ifrågasatt att kravet på riktlinjer tas in i lagen.

Regeringens utgångspunkt är att bestämmelserna om direktupphandling av koncessioner ska motsvara bestämmelserna om direktupphandling i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Det icke direktivstyrda området – inklusive bestämmelserna om direktupphandling – enligt dessa båda lagar är inte föremål för någon översyn i detta lagstiftningsärende. Den aktuella regleringen i dessa lagar motsvarar därför vad som gäller i dag enligt LOU och LUF. Mot angiven bakgrund anser regeringen att det även bör gälla ett krav på riktlinjer för direktupphandling enligt LUK.

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

Prop. 2015/16:195 genomförs 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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 avtalsspår. 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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 koncessions-

upphandlingar 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 de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, såvida inte den upphandlande myndigheten eller enheten har annonserat frivilligt genom en annons om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling (tidigare benämnt förhandsinsyn).

I likhet med vad som gäller enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna 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

Prop. 2015/16:195 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).

Undantaget från avtalsspärren bör regleras på samma sätt som i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Den allmänna bestämmelsen om avtalsspärr bör således även omfatta direktupphandling. Det bör därefter i en egen bestämmelse anges särskilt att avtalsspärren inte gäller vid direktupphandling. Genom denna lösning undviks den dubbelreglering som *Lagrådet* har kritiserat.

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 avsnitt 34). Regeringen lämnar därför inte något sådant förslag.

32 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

32.1 De nya upphandlingsdirektivens reglering

LOU- och LUF-direktiven

Av artikel 74 i LOU-direktivet framgår att kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga XIV till LOU-direktivet ska tilldelas enligt artiklarna 75–77, om kontraktsvärdet uppgår till eller överstiger det i artikel 4 d angivna tröskelvärdet om 750 000 euro.

Artikel 91 i LUF-direktivet föreskriver att kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga XVII till LUF-direktivet ska tilldelas enligt artiklarna 92–94, om kontraktsvärdet uppgår till eller överstiger det i artikel 15 c angivna tröskelvärdet om 1 000 000 euro.

Som exempel på sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilagorna kan nämnas hälsovård, socialtjänst, hotell- och restaurangtjänster, juridiska tjänster samt undersöknings- och säkerhetstjänster. Begreppet sociala tjänster och andra särskilda tjänster motsvarar i huvudsak begreppet B-tjänster i LOU och LUF (jfr artikel 21 i 2004 års

LOU-direktiv och artikel 32 i 2004 års LUF-direktiv). Vissa B-tjänster enligt 2004 års upphandlingsdirektiv klassificeras dock inte som sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt LOU- och LUF-direktiven. Upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena omfattas endast av direktivens bestämmelser om tekniska specifikationer och efterannonsering. Regleringen av sociala tjänster och andra särskilda tjänster i de nya upphandlingsdirektiven är mer omfattande än regleringen av B-tjänster i 2004 års direktiv.

Av skäl 114 i LOU-direktivet och skäl 120 i LUF-direktivet framgår bl.a. att s.k. personliga tjänster (t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster) på grund av sin natur har en begränsad gränsöverskridande dimension. Dessa tjänster tillhandahålls i ett särskilt sammanhang som varierar betydligt mellan medlemsstaterna på grund av olika kulturella traditioner. Särskilda bestämmelser bör därför enligt skälen införas för upphandlingskontrakt för dessa tjänster med ett högre tröskelvärde än det som tillämpas på andra tjänster. Kontrakt för personliga tjänster över tröskelvärdet bör vara öppna på unionsnivå. Med hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och tjänsternas känslighet, bör dock medlemsstaterna enligt skälen ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt som de finner lämpligast. I direktiven har därför endast föreskrivits att vissa grundprinciper om öppenhet och likabehandling ska iakttas och att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna tillämpa särskilda kvalitetskriterier vid valet av tjänsteleverantörer, exempelvis kriterierna i den frivilliga europeiska kvalitetsramen för sociala tjänster som offentliggjorts av kommittén för socialt skydd. I skälen betonas vidare att medlemsstaterna vid regleringen av tjänsterna bör sträva efter att förenkla och lätta den administrativa bördan för upphandlande organ och ekonomiska aktörer. Det bör dock enligt skälen klargöras att man även för dessa tjänster kan behöva åberopa regler som är tillämpliga på tjänstekontrakt som inte omfattas av den enklare ordningen.

I skälen 115–117 i LOU-direktivet och skälen 121–123 i LUF-direktiven motiveras varför vissa närmare angivna tjänster bör omfattas av det enklare systemet. Enligt skäl 119 i LOU-direktivet och skäl 125 i LUF-direktivet bör tjänsterna i fråga lämpligen identifieras genom s.k. CPV-koder.

Både bilaga XIV till LOU-direktivet och bilaga XVII till LUF-direktivet erinrar om att sociala tjänster och andra särskilda tjänster inte omfattas av direktiven om de är organiserade i form av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (jfr skälen 5–7 i LOU-direktiven och skälen 7–9 i LUF-direktivet). I avsnitten 6.5.2 och 6.5.3 gör regeringen bedömningen att de nya lagarna på upphandlingsområdet inte behöver innehålla några bestämmelser som rör begreppet tjänster av allmänt intresse eller som klargör att lagarna inte påverkar lagstiftningen om social trygghet.

Artikel 75 i LOU-direktivet och artikel 92 i LUF-direktivet avser annonsering (se avsnitt 18.1.2). Artikel 76 i LOU-direktivet och artikel 93 i LUF-direktivet avser principerna för tilldelning av kontrakt

Prop. 2015/16:195 (se avsnitt 32.3). Artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet avser reserverade kontrakt för vissa tjänster (se avsnitt 32.4).

I avsnitt 32.2 behandlas regeringens övergripande förslag om hur upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska regleras.

LUK-direktivet

Enligt artikel 19 LUK-direktivet ska koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster som förtecknas i bilaga IV och som omfattas av direktivet endast omfattas av de skyldigheter som följer av artiklarna 31.3, 32, 46 och 47. Att koncessionen omfattas av direktivet innebär att koncessionens värde överstiger det i artikel 8.1 angivna tröskelvärdet. Av 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 framgår att detta tröskelvärde för närvarande uppgår till 5 225 000 euro.

Begreppet sociala tjänster och andra särskilda tjänster har samma innebörd enligt LUK-direktivet som enligt LOU- och LUF-direktiven. I skälen 53 och 54 i LUK-direktivet finns uttalanden som i stora delar motsvarar skäl 114 i LOU-direktivet och skäl 120 i LUF-direktivet (se ovan). Även bilaga IV till LUK-direktivet framhåller att sociala tjänster och andra särskilda tjänster inte omfattas av direktivet om de är organiserade i form av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.

Artikel 31.3 i LUK-direktivet avser förhandsannonsering. Artikel 32 avser efterannonsering. Artiklarna behandlas i avsnitten 18.3.1 och 18.3.3.

Artiklarna 46 och 47 innebär, såvitt här är av intresse, att upphandling enligt LUK-direktivet omfattas av bestämmelserna i de båda s.k. rättsmedelsdirektiven. Rättsmedel vid upphandling behandlas i avsnitt 30.

32.2 Samma bestämmelser som upphandling under tröskelvärdena

Regeringens förslag: Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska i de tre nya lagarna omfattas av samma bestämmelser som upphandling under tröskelvärdena.

Utredningens förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna (delbetänkandet Nya regler om upphandling): Remissutfallet är blandat. Huvuddelen av de remissinstanser som yttrar sig anser att lagstiftaren bör använda det nationella handlingsutrymmet i högre utsträckning än vad utredningen föreslår. Flera remissinstanser anser att en utredning bör se över regelverket för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Sandvikens kommun* och *Lantbrukarnas riksförbund (LRF)* tillstyrker förslaget att sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska regleras på motsvarande sätt som B-tjänster i LOU och LUF. FMV, som påtar sig även sociala tjänster och andra särskilda tjänster kan ha ett

gränsöverskridande intresse, avfärdar alternativen att inte reglera alls eller att särreglera. En särreglering skulle enligt FMV innebära att regelverket växer ytterligare och blir än mer svåröverskådligt. *Konkurrensverket* har inga invändningar mot utredningens förslag att kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet ska omfattas av samma regler som gäller för upphandling under tröskelvärdet, men ser det inte heller som en självklarhet att så ska vara fallet. *Kammarkollegiet*, *Trafikverket*, *Arbetsförmedlingen* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* förordar att det nationella handlingsutrymmet i direktiven ska utnyttjas genom en särreglering. Kammarkollegiet anser att det är tillräckligt att enbart principerna om öppenhet och likabehandling ska iaktas vid tilldelning av sociala kontrakt. Utredningens förslag gör de allmänna principerna tillämpliga fullt ut och går därför enligt kollegiet längre än vad direktiven kräver. Enligt Trafikverkets mening bör bestämmelserna som genomför artiklarna 74–76 i LOU-direktivet samlas i ett eget kapitel. Trafikverket anmärker att det går stick i stäv med skälen för direktivbestämmelserna att ha kvar den omfattande ordning som gällt för upphandling av B-tjänster. Arbetsförmedlingen ser potentiellt stora samhällsekonomiska vinster i en särreglering. Enligt Arbetsförmedlingen skulle en upphandling med beaktande av endast likabehandlings- och transparensprincipen på ett betydande sätt kunna utöka handlingsutrymmet för upphandlande myndigheter och enheter. SOI anser att utredningen inte har utnyttjat möjligheten att hitta ett flexibelt och förenklat regelverk utan i stället har pekat på dagens reglering som i princip följer samma procedur som upphandling över tröskelvärdena. På det viset konserverar utredningen enligt SOI stelbenta lösningar för dessa speciella och brukarnära tjänster. *Famna – Riksorganisationen för idéburen vård och social omsorg (Famna)*, *Coompanion Sverige*, *Göteborgs kyrkliga stadsmission*, *Pingst Socialt och LP-verksamheten*, *HSB Omsorg*, *Stiftelsen Fyrljuset* och *Sveriges Kvinno- och Tjejjourers Riksförbund (SKR)* påtalar att utredningens förslag inte tillvaratar det nationella handlingsutrymme som direktiven lämnar och därigenom begränsar möjligheten för idéburna organisationer att samarbeta med kommunerna. Detta är enligt Famna m.fl. särskilt relevant inom områden som inte är att betrakta som tjänster på en marknad eller inte är av gränsöverskridande intresse, såsom hemlöshet och kvinnojourer. Famna m.fl. anser att det inte bör råda något upphandlingstvång för sociala tjänster och andra särskilda tjänster under tröskelvärdet. SKR framhåller att de upphandlingar som SKR har tagit del av gällande skyddat boende inte är anpassade till ideella organisationer. *Svenska Kommunalarbetareförbundet (Kommunal)* anför att nuvarande lagstiftning och utredningens förslag begränsar möjligheterna att genomföra upphandlingar av välfärdstjänster och att Sverige bör ta tillvara det nationella handlingsutrymme som EU-rätten medger. Även om det kan finnas fördelar med att behålla den befintliga strukturen i lagarna ser Kommunal problem med att EU-rättens allmänna principer ska tillämpas fullt ut vid upphandling av välfärdstjänster. *Arbetsförmedlingen*, *Stockholms läns landsting*, *Västra Götalands läns landsting*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *SKL Kommentus*, *SOI* och *Advokatfirman Lindahl* anser att regeringen ska tillsätta en särskild

Prop. 2015/16:195 utredning med uppdrag att ta fram enklare och mer ändamålsenliga regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Remissinstanserna (slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner): Remissutfallet är blandat. De remissinstanser som motsätter sig särskilda bestämmelser om icke direktivstyrd upphandling av koncessioner (se avsnitt 31.1) motsätter sig också att upphandling av koncessioner avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster lagregleras utöver vad som följer av LUK-direktivet, dvs. att vissa bestämmelser om annonsering och rättsmedel görs tillämpliga på sådan upphandling över tröskelvärdet. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anför att LUK-direktivet innehåller de regler som EU anser vara nödvändiga och att det inte finns någon anledning att överreglera detta i Sverige. *Förvaltningsrätten i Härnösand* och *Kammarkollegiet* tillstyrker förslaget. *Försäkringskassan* är positiv till förslaget att ett enklare upphandlingsförfarande ska gälla i dessa fall. *Konkurrensverket* har inga invändningar mot förslaget att koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet ska omfattas av samma regler som gäller för upphandling av koncessioner under tröskelvärdet, men ser det inte heller som en självklarhet att så ska vara fallet.

Skälen för regeringens förslag

Det nationella handlingsutrymmet bör utnyttjas vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Regleringen av sociala tjänster och andra särskilda tjänster i de nya upphandlingsdirektiven möjliggör införandet av ett förenklat och mer flexibelt regelverk för upphandling av välfärdstjänster. EU-domstolens praxis visar också att det finns möjligheter att t.ex. särskilt premiera idéburna aktörer vid upphandling av sådana tjänster.

Regeringens utgångspunkt är att lagstiftaren bör ta tillvara det nationella handlingsutrymmet vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster i syfte att tillgodose enskildas särskilda behov av tjänsterna. De idéburna aktörerna bör få större möjligheter att verka på marknaden för sociala tjänster. I likhet med flera remissinstanser kan regeringen konstatera att det finns ett behov av enklare och mer ändamålsenliga bestämmelser för dessa typer av upphandlingar.

Regeringen gav den 5 mars 2015 en särskild utredare i uppdrag att utreda och lämna förslag på hur den offentliga finansieringen av privat utförda välfärdstjänster ska regleras (dir. 2015:22). I november 2015 beslutade regeringen om tilläggsdirektiv och förlängd tid för redovisning av delar av uppdraget (dir. 2015:108). Syftet med utredningen är dels att säkerställa att offentliga medel används så effektivt som möjligt och på sådant sätt att de kommer brukarna till godo, dels att eventuella överskott som huvudregel ska återföras till verksamheten.

Mot bakgrund av regeringens syn på upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ingår det som en del i utredarens uppdrag att föreslå nya regler för upphandling av välfärdstjänster. Utredaren ska enligt uppdraget utreda hur regelverket som styr upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster kan förenklas och göras mer flexibelt, analysera det EU-rättsliga utrymmet för att vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster säkerställa att eventuella

överskott återförs till verksamheten samt föreslå hur bestämmelser om upphandling av sådana tjänster ska utformas i de kommande upphandlingslagarna. Uppdraget ska, i de delar som rör ett nytt regelverk för utförande av välfärdstjänster för att säkerställa att offentliga medel används till just den verksamhet som de är avsedda för, redovisas senast den 1 november 2016. Uppdraget i övrigt ska redovisas senast den 2 maj 2017.

Utredningen för ett stärkt civilsamhälle (U 2014:04) har haft i uppdrag att undersöka möjligheterna att på olika sätt underlätta för det civila samhällets organisationer att bedriva sin verksamhet, att utvecklas och att därigenom bidra till demokrati, välfärd, folkhälsa, gemenskap och social sammanhållning. I utredningens uppdrag har ingått bl.a. att lämna förslag till hur dessa organisationers möjligheter att delta i offentliga upphandlingar kan förbättras. Utredningen redovisade i februari 2016 betänkandet En palett för ett stärkt civilsamhälle (SOU 2016:13). Utredningen föreslår bl.a. att upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster under direktivens tröskelvärden och som inte har ett gränsöverskridande intresse, inte ska omfattas av lagen om offentlig upphandling. Vidare föreslår utredningen att LOU-direktivets regler om möjligheten att reservera deltagandet i upphandlingar av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska införas i svensk rätt, se vidare avsnitt 32.4. Betänkandet är för närvarande föremål för remissbehandling.

Hur bör upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster behandlas i detta lagstiftningsärende?

Upphandling av B-tjänster i LOU och LUF omfattas oavsett upphandlingens värde av samma bestämmelser som övrig upphandling under tröskelvärdena. Bestämmelserna finns i lagarnas 15 kap. (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 423 f.).

Det saknas beredningsunderlag för att i detta lagstiftningsärende lämna förslag om någon annan ordning än den som utredningen föreslår och som motsvaras av den som gäller i dag enligt LOU och LUF. Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör således behandlas på motsvarande sätt som upphandling av B-tjänster enligt 15 kap. LOU respektive LUF. Det innebär att de tre nya lagarnas kapitel med bestämmelser om icke direktivstyrd upphandling (se avsnitt 31.1) även bör omfatta den delvis direktivreglerade upphandlingen av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Detta bör avspeglas i rubriken till de aktuella kapitlen. Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster kommer därmed – oavsett upphandlingens värde – att omfattas av samma bestämmelser som övrig upphandling under tröskelvärdena. Vilka tjänster som omfattas av begreppet sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör anges genom CPV-koder i bilagor till de nya lagarna (jfr avsnitten 5.6 och 10.7).

I likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF bör vissa ytterligare bestämmelser gälla vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Övervägan-

Prop. 2015/16:195 dena i dessa delar finns i avsnitt 17.2 om tekniska krav, avsnitt 18.1.2 om annonsering och avsnitt 20.4.3 om dokumentation.

De enskilda bestämmelserna i de nya lagarnas kapitel om upphandling som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområde behandlas i de avsnitt som rör den aktuella sakfrågan samt i författningskommentaren. I avsnitten talas genomgående om upphandling på det icke direktivstyrda området. Vad som sägs i dessa avsnitt gäller dock även vid den delvis direktivreglerade upphandlingen av sociala tjänster och andra särskilda tjänster utan att det behöver anges särskilt.

32.3 Principer för tilldelning av kontrakt enligt LOU- och LUF-direktiven

Regeringens bedömning: Den föreslagna ordningen för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster medger att den upphandlande myndigheten eller enheten tar sådana hänsyn och beaktar sådana behov som ska vara möjliga enligt LOU- och LUF-direktiven.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

Skälen för regeringens bedömning: Enligt artikel 76.1 i LOU-direktivet och artikel 93.1 i LUF-direktivet ska medlemsstaterna införa nationella regler för tilldelning av kontrakt avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster som uppgår till eller överskrider tröskelvärdet för att se till att de upphandlande myndigheterna eller enheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Medlemsstaterna kan själva fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna eller enheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.

Enligt artikel 76.2 i LOU-direktivet och artikel 93.2 i LUF-direktivet ska medlemsstaterna vidare se till att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta grupperns behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation. Medlemsstaterna får också föreskriva att valet av tjänsteleverantör ska göras på grundval av det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster.

Regeringen föreslår nationella bestämmelser för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (se avsnitt 32.2). Som framgår av avsnitten 9.1 och 9.4 kommer de allmänna principerna, bl.a. principerna om öppenhet och likabehandling, att vara tillämpliga vid all upphandling enligt de nya lagarna. Vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster är de upphandlande myndigheterna eller enheterna vidare fria att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna hos

tjänsterna och beakta sådana behov som räknas upp i artikel 76.2 i LOU-direktivet och artikel 93.2 i LUF-direktivet. Som grundläggande förutsättning gäller alltid att krav på leverantörer och tilldelningskriterier ska ha tillräckligt samband med kontraktets föremål och vara förenliga med de allmänna principerna, bl.a. principen om proportionalitet. Regeringen gör mot den angivna bakgrunden bedömningen att den föreslagna ordningen för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster är förenlig med de krav som ställs i artikel 76 i LOU-direktivet och artikel 93 i LUF-direktivet.

Som framgår av avsnitt 25.1 föreslår regeringen att bestämmelserna om grunder för utvärdering och tilldelningskriterier på det icke direktivstyrda området ska motsvara bestämmelserna på det direktivstyrda området. Det innebär att regeringen inte föreslår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska vara skyldig att välja det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster. Regeringens förslag innebär i stället att den upphandlande myndigheten eller enheten ska välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller enheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris. När en upphandlande myndighet eller enhet utvärderar ett anbud på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska anbudet bedömas utifrån tilldelningskriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter eller sociala aspekter. Det bör vara en fråga för den upphandlande myndigheten eller enheten att avgöra vilken grund för utvärdering och vilka tilldelningskriterier som är bäst lämpade i den enskilda upphandlingen (jfr avsnitt 25.1).

32.4 Reserverade kontrakt för vissa tjänster

Regeringens bedömning: LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om reserverade kontrakt för vissa tjänster bör för närvarande inte genomföras i svensk rätt.

Utredningens bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. De flesta remissinstanser som yttrar sig i frågan anser dock att bestämmelser om reserverade kontrakt för vissa tjänster bör införas i svensk rätt. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Konkurrensverket*, *Tillväxtverket* och *Arbetsförmedlingen* bedömer att bestämmelserna om reserverade kontrakt kan ha en funktion att fylla inom den idéburna sektorn och föreslår att sådana bestämmelser införs. Tillväxtverket avstyrker dock bestämmelser som innebär att kontraktstiden begränsas till tre år följt av tre års ”karantän” för den leverantör som har haft det reserverade kontraktet. Tillväxtverket påtalar att sociala företag ofta är väldigt lokala. Om dessa företag inte kan få förnyade uppdrag kan enligt verket en stor del av deras intäkter vara borta efter ett uppdrag. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att bestämmelserna bör införas, eftersom de ger en viss flexibilitet åt ett stelbent regelverk. Det kan enligt SKL inte

uteslutas att reglerna skulle kunna vara till praktisk nytta i vissa fall. *Enköpings, Malmö, Ronneby, Timrå och Växjö kommuner, Skåne läns landsting och Samverkansorganet i Värmlands län* har allmänt ställt sig bakom SKL:s remissyttrande. Vidare anser *Strömsunds kommun, Göteborgs stad Upphandlings AB* och flera idéburna organisationer, bl.a. *Famna – Riksorganisationen för idéburen vård och social omsorg*, att bestämmelser om reserverade kontrakt för vissa tjänster bör införas. Några av dessa remissinstanser anser dock inte att samtliga villkor som gäller för ett reserverat kontrakt enligt direktiven, bör genomföras i svensk rätt. *Stockholms läns landsting, Almega, Företagarna, Svenskt Näringsliv* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* delar utredningens bedömning att bestämmelser om reserverade kontrakt för vissa tjänster inte bör införas. *Stockholms läns landsting* och *Almega* menar att bestämmelserna skulle få en mycket begränsad praktisk nytta. *Företagarna* anmärker att de uppställda kriterierna, bl.a. i fråga om organisationsform och kontraktslängd, medför att regleringen endast i mycket begränsad utsträckning torde kunna komma i praktisk användning. *Svenskt Näringsliv* motsätter sig konkurrensbegränsande åtgärder. Rent samhällsekonomiskt torde det enligt *Svenskt Näringsliv* inte finnas några vägande skäl för att undanta just hälso- och sjukvårdstjänster m.m. från konkurrens. Enligt *Svenskt Näringsliv* finns det redan en mängd företag inom de angivna sektorerna. *SOI* anser att bestämmelserna skulle skapa ologiska och osunda konkurrensförhållanden. *Hudiksvalls kommun* anser att behovet av bestämmelser om reserverade kontrakt bör utredas ytterligare. *Svenska Kommunalarbetsförbundet (Kommunal)* ställer sig frågande till utredningens bedömning.

Skälen för regeringens bedömning: LOU- och LUF-direktiven innehåller bestämmelser om reserverade kontrakt för vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Bestämmelserna finns i artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet och är frivilliga att införa för medlemsstaterna. Enligt artiklarna får medlemsstaterna föreskriva att de upphandlande myndigheterna eller enheterna får reservera rätten för en organisation att delta i upphandling exklusivt för vissa angivna tjänster. Vilka tjänster som avses framgår genom angivande av CPV-koder. Det är fråga om vissa hälsovårdstjänster, sociala tjänster och närbesläktade tjänster, vissa utbildningstjänster, bibliotekstjänster, arkivtjänster, museitjänster och andra kulturella tjänster, idrottstjänster och tjänster för privata hushåll (jfr skäl 118 i LOU-direktivet och skäl 124 i LUF-direktivet).

För att ett kontrakt av aktuellt slag ska kunna reserveras uppställs vissa villkor i direktiven. En organisation som kan komma i fråga för ett reserverat kontrakt ska ha till syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till sådana tjänster som avses. Vinsterna ska återinvesteras för att uppnå organisationens syfte. Vid eventuell vinstutdelning eller omfördelning bör detta ske på grundval av deltagande. Vidare ska lednings- och ägarstrukturen i organisationen grundas på personalens ägande eller deltagande, eller kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter. Organisationen får inte ha tilldelats något kontrakt för tjänsten av den upphandlande myndigheten eller enheten enligt samma artikel under de senaste tre åren. Den maximala löptiden

för ett reserverat kontrakt är tre år. Annonsen med anbudsinfordran ska innehålla en hänvisning till artikeln i direktivet.

Regeringen ser positivt på att idéburna företag ges större möjligheter att delta vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster och välkomnar därför principiellt sett bestämmelser om reserverade kontrakt på området. Regeringen kan dock konstatera att direktivets bestämmelser om detta är försedda med en rad villkor som inskränker möjligheten att använda bestämmelserna. Genomförandeutredningen och ett antal remissinstanser gör bedömningen att villkoren är så begränsande att bestämmelserna skulle få en liten praktisk betydelse.

Utredningen för ett stärkt civilsamhälle (se avsnitt 32.2) har i sitt betänkande föreslagit att LOU-direktivets bestämmelser om möjligheten att reservera deltagandet i upphandlingar av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska genomföras i svensk rätt i enlighet med Genomförandeutredningens förslag till utformning av bestämmelserna. Utredningen gör bedömningen att alla möjligheter som kan underlätta för civilsamhällets organisationer att etablera sig som utförare av offentligt finansierade tjänster bör tas tillvara. Utredningens betänkande remissbehandlas för närvarande. Förslagen från Utredningen för ett stärkt civilsamhälle har kopplingar till den pågående Valfärdsutredningen (se avsnitt 32.2), som har i uppdrag att föreslå insatser för att förbättra förutsättningarna för den idéburna sektorn i välfärden, inom bl.a. upphandlingsrätten. I Valfärdsutredningens uppdrag ingår vidare bl.a. att analysera i vilken mån den upphandlande myndigheten eller enheten kan kräva att leverantören återinvesterar vinsten i verksamheten och att utreda hur den idéburna sektorn kan ges förutsättningar att växa. Utredningens uppdrag omfattar vidare att bl.a. utreda om det är möjligt att föreslå regler om tillstånds- och auktorisationssystem eller andra alternativ till upphandling inom vilka de idéburna aktörernas särskilda potential kan tas tillvara. Som framgår ovan ska uppdraget delredovisas den 1 november 2016 och slutredovisas den 2 maj 2017.

Med hänsyn till de tydliga kopplingar som finns mellan de aktuella förslagen från Utredningen för ett stärkt civilsamhälle och Valfärdsutredningens uppdrag, anser regeringen att behandlingen av förslagen från den förstnämnda utredningen bör behandlas samlat med Valfärdsutredningens kommande förslag i anknytande frågor. Regeringen avser därför att återkomma till frågan om reserverade kontrakt för vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster i samband med behandlingen av Valfärdsutredningens förslag.

I sammanhanget bör även nämnas att artikel 20 i LOU-direktivet och artikel 38 i LUF-direktivet innehåller andra typer av bestämmelser om reserverade kontrakt. Artiklarna tar bl.a. sikte på leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer. Artiklarna gäller oavsett om upphandlingen avser varor, tjänster eller byggtreprenader. Regeringens förslag innebär att dessa artiklar ska genomföras i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (se avsnitt 10.6.1). Enligt förslaget ska bestämmelserna gälla även på det icke direktivstyrda området (se avsnitt 10.11). Bestämmelserna kommer därmed också att gälla vid

33 Ändringar i andra lagar

33.1 Följdändringar

Regeringens förslag: Till följd av de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner ska ändringar göras i

1. lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar,
2. lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet,
3. kulturmiljölagen (1988:950),
4. lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning,
5. lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi,
6. lagen (2008:962) om vissa kommunala befogenheter,
7. lagen (2009:47) om valfrihetssystem,
8. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
9. lagen (2010:1065) om kollektivtrafik,
10. lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden,
11. lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster,
12. lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter,
13. lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och
14. lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

Promemorians och utredningens förslag: Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen föreslår dock några ändringar avseende uppgiftsskyldighet i vissa fall för upphandlande myndigheter. Promemorian föreslår även följdändringar i 12 § lagen om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare, som upphörde att gälla den 1 juni 2016. Utredningen föreslår färre hänvisningar till lagen om upphandling av koncessioner.

Remissinstanserna: Det stora flertalet av remissinstanserna yttrar sig inte särskilt över förslagen. Dock anser bl.a. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* att bestämmelserna om delegering i 6 kap. 4 § i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter bör ändras till följd av de nya reglerna om inköpscentraler.

Skälen för regeringens förslag

Ett stort antal lagar innehåller hänvisningar till LOU respektive LUF. Hänvisningarna görs i vissa fall till lagarna som sådana, i andra fall förekommer hänvisningar till särskilda bestämmelser i dem. I det första fallet bör hänvisningarna ersättas med hänvisningar till de nya lagarna

om upphandling och i det andra fallet till motsvarande bestämmelser i dessa lagar. Det är även nödvändigt att lägga till hänvisningar till lagen om upphandling av koncessioner i vissa av lagarna där det kan uppkomma fråga om sådan upphandling.

Till skillnad från promemorian föreslår regeringen inte några bestämmelser om statistikinsamling och därmed inte heller några bestämmelser om uppgiftsskyldighet för upphandlande myndigheter i lagen (2008:962) om valfrihetssystem och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Regeringen avser dock att återkomma med förslag till ändringar i nämnda lagar.

Som framgår av avsnitt 33.2 föreslår regeringen vissa ytterligare ändringar i lagen om läkarvårdsersättning, lagen om ersättning för fysioterapi.

Lagar som berörs av att LOU och LUF upphävs och att de tre nya lagarna om upphandling träder i kraft

Till följd av de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner ska ändringar göras i

1. lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar,
2. lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet,
3. kulturmiljölagen (1988:950),
4. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
5. lagen (2010:1065) om kollektivtrafik,
6. lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden,
7. lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster,
8. lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
9. lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning,
10. lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi,
11. lagen (2008:962) om valfrihetssystem,
12. lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter,
13. lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter, och
14. lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

När det gäller lagarna 8–14, bedömer regeringen att den nya lagen om upphandling av koncessioner inte bör medföra några följdändringar i dessa lagar. I en av lagarna, nr 14, bedömer regeringen vidare att den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna inte bör medföra några följdändringar.

Lagrådet har ifrågasatt om inte lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska omfattas av hänvisningarna i kulturmiljölagen. Regeringen konstaterar att även om Lagrådet förvisso har visst fog för sin synpunkt utgör en sådan ändring inte en följdändring som omfattas av detta lagstiftningsärende.

Lagrådet har vidare framhållit att en övergångsbestämmelse bör övervägas i lagen om valfrihetssystem då CPV-koderna i gällande rätt har ändrats på ett sätt som enligt Lagrådet är svårt att överblicka. Regeringens uppfattning beträffande ändringarna i lagen om valfrihetssystem är emellertid att det är tillräckligt att de nya hänvisningarna till CPV-koder motsvarar de som omfattas av nuvarande lydelse av lagen. Så är fallet med de hänvisningar som föreslås.

Beträffande lagen om märkning av energirelaterade produkter har Lagrådet vänt sig emot den terminologi om upphandling av kontrakt som används. Regeringen har i det här avseendet gjort samma överväganden beträffande Lagrådets synpunkter angående kontraktsbegreppet som i övrigt i lagstiftningsärendet (se avsnitt 6.1.2). Lagrådet har även uppmärksammat att de nya bestämmelserna om tröskelvärden som lagen hänvisar till inte tar sikte på värdet av ett kontrakt utan på värdet av en upphandling. Regeringen delar Lagrådets uppfattning att uttryckssättet i lagen bör överensstämma med den som gäller i bestämmelserna om tröskelvärden i den nya lagen om offentlig upphandling.

I fråga om lagen om medbestämmande i arbetslivet, offentlighets- och sekretesslagen, lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering och lagen om vissa kommunala befogenheter gör regeringen vidare följande överväganden.

Lagen om medbestämmande i arbetslivet

I 39 och 40 §§ lagen om medbestämmande i arbetslivet finns bestämmelser om facklig vetorätt vid offentlig upphandling.

Av 39 § följer att om en arbetstagarorganisation, efter förhandling enligt 38 §, förklarar att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtagat inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren. Av 39 § andra stycket följer dock att sådan förklaring vid upphandling på det direktivstyrda området enligt LOU endast får göras om den grundar sig på de omständigheter som anges i 10 kap. 2 § LOU. I denna bestämmelse regleras när en leverantör får uteslutas från en upphandling. För upphandling enligt LOU som inte omfattas av direktivet gäller i stället enligt 15 kap. 13 § att en sådan förklaring får göras om den grundar sig på sådana omständigheter som ska eller får utgöra grund för uteslutning genom hänvisning till 10 kap. 1 och 2 §§.

Även vid upphandling enligt LUF får en vetoförklaring enligt 39 § andra stycket lagen om medbestämmande i arbetslivet göras på det direktivstyrda området endast om den grundar sig på de omständigheter som får användas för uteslutning enligt 10 kap. 2 och 3 §§ LUF. För upphandling enligt LUF som inte omfattas av direktivet gäller i stället enligt 15 kap. 13 § att en sådan förklaring får göras om den grundar sig på sådana omständigheter som ska eller får utgöra grund för uteslutning enligt 10 kap. 1 § (omständigheter som ska medföra uteslutning) och 10 kap. 2 och 3 §§ (omständigheter som får medföra uteslutning).

Av 40 § lagen om medbestämmande i arbetslivet följer att förbud enligt 39 § inte inträder, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen har

grundat sin förklaring på andra omständigheter än de som anges i 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § LOU respektive 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § LUF.

Mot bakgrund av LOU- och LUF-direktivets bestämmelser om omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer lämnar regeringen förslag till bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ifråga om när en leverantör får uteslutas (se avsnitt 22).

För att motsvarande omständigheter som enligt nuvarande ordning i lagen om medbestämmande i arbetslivet ska kunna grunda vetorätt vid upphandling även enligt de nya lagarna krävs följdändringar i den förstnämnda lagen. Sådana följdändringar bör göras genom att hänvisningarna till bestämmelserna i LOU respektive LUF ersätts av hänvisningar till motsvarande bestämmelser i de nya lagarna. För att samtliga frivilliga uteslutningsgrunder i de nya lagarna ska omfattas bör, som *Lagrådet* konstaterat, hänvisningarna omfatta även 13 kap. 2 § andra stycket i lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna samt 11 kap. 3 § i lagen om upphandling av koncessioner. Regeringen konstaterar därutöver att även 11 kap. 2 § andra stycket i den lagen reglerar en frivillig uteslutningsgrund som bör vara med i uppräknningen.

Lagrådet har noterat att nuvarande ordning i lagen om medbestämmande i arbetslivet innebär att vetorätten vid upphandling på det direktivstyrda området endast får avse omständigheter som medför att en leverantör får uteslutas, medan de på det icke direktivstyrda området kan avse såväl omständigheter som ska leda till uteslutning som sådana som får leda till uteslutning. Lagrådet har, i likhet med vad dåvarande Lagrådet framhöll vid tillkomsten av 2007 års lagar, ansett att denna ordning är förbryllande. Lagrådet har vidare konstaterat att det förefaller ha varit ett förbiseende att detta påpekande inte beaktades vid tillkomsten av 2007 års lagar.

Enligt regeringens bedömning finns det i detta ärende endast utrymme att göra sådana ändringar i lagen om medbestämmande i arbetslivet som utgör följdändringar med anledning av genomförandet av de nya direktiven. Utgångspunkten bör därmed vara att samma systematik som gäller enligt nuvarande regler i frågan om vilka omständigheter som kan ligga till grund för vetorätt, bör gälla också enligt den nya regleringen. Mot denna bakgrund föreslår regeringen, som framgått ovan, att hänvisningarna till LOU och LUF i 39–40 §§ lagen om medbestämmande i arbetslivet ska ersättas med hänvisningar till motsvarande bestämmelser i den nya lagen om upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Innebörden av detta är att de nya frivilliga uteslutningsgrunder som föreslås i lagarna kommer att omfattas av hänvisningarna i lagen om medbestämmande i arbetslivet. Regeringen noterar den skillnad som Lagrådet påtalat i fråga om omständigheter som kan grunda vetorätt beroende på om dessa avser uteslutningsgrunder på det direktivstyrda eller det icke-direktivstyrda området. Regeringen anser dock inte att det i detta lagstiftningsärende finns anledning att överväga en annan ordning än den som för närvarande gäller.

Prop. 2015/16:195 Hänvisningar bör också göras till lagen om upphandling av koncessioner. Regeringen föreslår inte någon hänvisning till det kapitel som gäller det icke direktivstyrda området, dvs. 15 kap. LUK, då detta kapitel inte innehåller några regler om uteslutning.

Offentlighets- och sekretesslagen

Enligt 31 kap. 3 § första stycket första meningen offentlighets- och sekretesslagen gäller sekretess i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. Bestämmelsen är utformad med ett omvänt skaderekvisit, vilket innebär en presumtion för sekretess. I ärenden enligt LOU och LUF gäller emellertid, enligt första stycket andra meningen samma bestämmelse, sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs. I sådana ärenden gäller ett rakt skaderekvisit, dvs. en presumtion för offentlighet. I de nya lagarna har en del mindre förändringar gjorts som påverkar lagarnas tillämpningsområde. Vissa nya undantag har förts in (t.ex. vissa rättsliga tjänster) och en del undantag har anpassats till senare direktiv på sakområdet och därigenom utvidgats något (t.ex. elektronisk kommunikation). Vid upphandling inom försörjningssektorerna har ett par verksamheter utgått (prospektering av olja och gas samt vissa s.k. närstående posttjänster). Detta kan komma att innebära att enstaka ärenden som idag omfattas av LOU och LUF och omfattas av den svagare sekretessen, med de nya lagarna kommer att falla utanför lagarna och därmed omfattas av den starkare sekretessen.

En inskränkning av rätten att ta del av allmänna handlingar får göras endast efter en avvägning mellan behovet av sekretess och intresset av insyn i den verksamhet eller hos den myndighet handlingarna förekommer. Den svagare sekretessen vid ärenden enligt LOU och LUF motiveras av att upphandlande myndigheter och enheter i vissa fall har en informationsskyldighet enligt lagarna och att denna skulle försvåras av den starkare sekretessen. För ärenden som inte omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna gör sig detta intresse inte längre gällande. Regeringen anser därför att det finns skäl att föreslå att bestämmelsen ska hänvisa till de nya lagarna, trots den utvidgning av sekretessen som detta kan komma att innebära.

I bestämmelsen föreslås även en hänvisning till den nya lagen om upphandling av koncessioner. Hänvisningen innebär att de aktuella uppgifterna kommer att omfattas av en svagare sekretess än i dag vid upphandling av koncessioner. Detta gäller emellertid endast tjänstekoncessioner som i dag är oreglerade och därför träffas av första stycket första meningen i den aktuella bestämmelsen medan det inte blir någon förändring avseende byggkoncessioner som i dag regleras i LOU. Även en inskränkning av sekretess måste föregås av ett noggrant övervägande och en avvägning mellan sekretessintresset och insynsintressen. Upphandlande myndigheter och enheter får enligt den föreslagna lagen

om upphandling av koncessioner en informationskyldighet som i allt väsentligt är densamma som i de andra båda upphandlingslagarna. Det finns därför anledning att reglera sekretessen för koncessioner på samma sätt som i de andra båda upphandlingslagarna. Det saknas enligt regeringens mening också skäl att reglera sekretess vid tjänstekoncessioner på annat sätt än vid byggkoncessioner. Det bör noteras att om en hänvisning inte görs till den nya lagen om upphandling av koncessioner skulle det innebära att sekretessen vid upphandling av byggkoncessioner utvidgas. Det finns mot denna bakgrund anledning att komplettera bestämmelsen med en hänvisning till den nya lagen om koncessioner som omfattar både bygg- och tjänstekoncessioner.

Även i 19 kap. 3 § föreslås att hänvisningen till LOU och LUF ersätts med hänvisningar till de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Ändringen bedöms emellertid inte medföra någon materiell förändring av tillämpningsområdet för bestämmelsen.

Lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering

I lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering anges bl.a. att termen förfrågningsunderlag i den lagen har samma innebörd som i LOU. Förfrågningsunderlag utmönstras emellertid som begrepp i den nya lagen om offentlig upphandling och ersätts med begreppet upphandlingsdokument. Med upphandlingsdokument avses alla dokument som den upphandlande myndigheten utarbetar eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen. Begreppet täcker in vad som omfattas av ett förfrågningsunderlag men omfattar i motsats till det senare även annonser om upphandling och förhandsannonser. Några annonser om upphandling eller förhandsannonser förekommer emellertid inte enligt lagen om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering, varför det inte medför några praktiska problem att ersätta termen förfrågningsunderlag med termen upphandlingsdokument i den lagen och ange att den termen har samma betydelse som enligt den nya lagen om offentlig upphandling.

Lagrådet har framfört synpunkten att det då termerna inte har samma innebörd bör övervägas om detta förhållande motiverar en övergångsbestämmelse. Regeringen anser emellertid att de eventuella praktiska följderna av att något ytterligare dokument kan komma att omfattas av det nya begreppet knappast kan vara sådana att de motiverar en övergångsbestämmelse. Vidare anser *Lagrådet* att ordet ”annonsen” bör ersättas med ”annonsen om valfrihetssystem”. Regeringen bedömer dock att en sådan ändring inte är nödvändig i detta lagstiftningsärende.

Lagen om vissa kommunala befogenheter,

Promemorian har föreslagit ändringar i lagen om vissa kommunala befogenheter. *SKL* anser att bestämmelserna om delegering i 6 kap. 4 § i lagen om vissa kommunala befogenheter bör ändras till följd av de nya reglerna om inköpscentraler. *SKL* menar att OFUKI-utredningen (SOU 2011:43), som lämnade förslag till de ändringar som gjordes i lagen om vissa kommunala befogenheter, där bl.a. delegering av

upphandlingsbeslut begränsades till anställd i inköpscentral, antog att ett mer lösligt upphandlingssamarbete mellan upphandlande myndigheter var att betrakta som en inköpscentral. Med den nya definitionen av inköpscentraler blir bestämmelsen i lagen om vissa kommunala befogenheter alltför snäv och bör därför enligt SKL ändras så att delegation kan ske till anställd i annan upphandlande myndighet. Vidare påtalar SKL att det är av stor vikt att kommunallagen anpassas efter de möjligheter till avtalssamverkan som upphandlingslagarna erbjuder.

Regeringen bedömer att upphandlingslagarnas bestämmelser om interna kontrakt eller koncessioner, om kontrakt mellan upphandlande myndigheter och om inköpscentraler tillsammans med möjligheterna till gemensamma tillfälliga upphandlingar i erforderlig utsträckning erbjuder former för kommunal avtalssamverkan under de förutsättningar som följer av lagen om kommunala befogenheter och kommunallagen. Enligt regeringen bör därför inte föreslås några andra ändringar i lagen om vissa kommunala befogenheter än de som föreslås i promemorian. Av samma skäl saknas det också anledning att föreslå ändringar i kommunallagen.

33.2 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.

Förslagen i promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling 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 valfritetssystem (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.

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. 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

Prop. 2015/16:195 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 avtalspär 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. Upphandlingsskadeavgift utgör inte 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 emellertid att tidsfristerna bör vara samma för ogiltighetstalan enligt LOL och LOF som enligt LOU så 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.

Regeringens förslag: De nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner samt följdändringarna i andra lagar ska träda i kraft den 1 januari 2017. Äldre bestämmelser ska gälla för upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017. Lagen om upphandling av koncessioner ska inte gälla för upphandlingar av koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet.

Bestämmelserna om undantag för intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter i lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska dock tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet av lagarna. För motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner ska detsamma gälla för byggkoncessioner.

Utredningens och promemorians förslag: Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen och promemorian föreslår dock att äldre bestämmelser i samtliga fall ska tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser yttrar sig särskilt i frågan. Vad avser s.k. Hamburg-samarbeten, (upphandling mellan upphandlande myndigheter), bör det enligt *Konkurrensverket* tydliggöras vad som ska gälla i övergångshänseende beträffande de bestämmelser som tar sikte på sådana samarbeten. Även *Advokatfirman Lindahl* framför denna synpunkt och tillägger att detta även bör gälla beträffande Teckal-undantagen (intern upphandling).

Skälen för regeringens förslag: Medlemsstaterna ska senast den 18 april 2016 sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa LOU-, LUF- och LUK-direktivet. Utredningens och promemorians förslag var att de nya lagarna, och ändringar i andra lagar till följd av dem, som helhet skulle träda i kraft den 1 april 2016 och att möjligheterna att i vissa fall senarelägga tillämpningen av vissa artiklar således inte borde utnyttjas. Det omfattande materialet som denna lagstiftningsprodukt utgör och lagstiftningsprocessen har dock inte möjliggjort ett ikraftträdande vid den tidpunkten. Endast föredragningen i Lagrådet av lagförslagen har tagit i anspråk fler sammanträdesdagar än det antal sammanträdesdagar som avsattes i rådet för direktivförhandlingarna. Lagarna föreslås i stället att träda i kraft så fort som möjligt, vilket med hänsyn till bl.a. riksdagens behandling innebär den 1 januari 2017.

Regeringen föreslog att de av utredningen och i promemorian föreslagna ikraftträdandebestämmelserna bör kompletteras med bestämmelser som förtydligar vad som ska gälla beträffande de nya lagarnas bestämmelser om undantag för intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter. *Lagrådet* har emellertid ifrågasatt att en sådan övergångsreglering införs. Enligt *Lagrådet* finns det till följd bl.a. av att det inte går att slå fast om bestämmelserna helt

Prop. 2015/16:195 överensstämmer med EU-domstolens praxis, osäkerhet om bestämmelsernas konsekvenser för t.ex. andra leverantörer. Bestämmelserna i artikel 12 i LOU-direktivet, artikel 28 i LUF-direktivet och artikel 17 i LUK-direktivet syftar till att klargöra vad som gäller i fråga om upphandlingsreglernas tillämplighet för upphandlingar inom den offentliga sektorn (se avsnitt 8.7). Tolkningen av dessa bestämmelser bör vägledas av de principer som har fastställts i EU-domstolens praxis som rör Teckal-undantagen och Hamburg-samarbeten. De bestämmelser som genomför artiklarna återspeglar alltså det som enligt rättspraxis redan gäller enligt 2004 års upphandlingsdirektiv. Den hittills gällande undantagsregleringen för intern upphandling i 2 kap. 10 a § LOU (Teckal-undantagen) gällde enligt en övergångsbestämmelse även för avtal som slutits före ikraftträdandet (SFS 2012:392). Samma sak gällde för den temporära lagstiftningen som föregick bestämmelsen (SFS 2010:569). En sådan reglering innebär tydlighet för tillämparna och minskar risken för oklara situationer. Alternativet till det, att inte införa någon sådan reglering, skulle innebära en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att tillämpa upphandlingsreglerna för tid fram till ikraftträdandet och att de från den tidpunkten skulle ha rätt att avstå från att tillämpa dem. Det är för dessa situationer med stor organisatorisk påverkan inte en ändamålsenlig reglering. Regeringen anser mot den ovanstående bakgrunden att även de nu föreslagna undantagen ska tillämpas på intern upphandling och på upphandling mellan upphandlande myndigheter för tid före ikraftträdandet. För det behövs övergångsreglering. Till skillnad från den hittillsvarande regleringen som utgör ett undantag från begreppet kontrakt föreslås den nya regleringen utgöra undantag från lagarnas tillämpningsområden utan någon lagteknisk koppling till begreppen kontrakt eller avtal. Det innebär att övergångsbestämmelsen inte kan anknyta till dessa begrepp utan i stället ska anknyta till hur den föreslagna undantagsregleringen är formulerad. Regeringen föreslår att bestämmelserna även ska tillämpas på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet. Av ikraftträdande-bestämmelserna till de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna ska detta framgå. För motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner ska detsamma gälla för byggkoncessioner.

Övriga bestämmelser i de nya lagarna bör gälla enbart för upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet. Av HFD 2013 ref. 31 framgår att den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfaller med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli föremål för överprövning. Av EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten eller enheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Detta gäller även vid upphandling av koncessioner. Vid förfaranden i flera steg innebär detta att det är det inledande steget som påbörjar upphandlingen. Vid ramavtal

är denna tidpunkt då förfarandet för att ingå ramavtalet inleds. Således kommer äldre bestämmelser att tillämpas på exempelvis förnyade konkurrensutsättningar enligt sådana ramavtal där förfarandet för att ingå ramavtalet har påbörjats före ikraftträdandet av de nya lagarna. Vid ändringar av ramavtal och andra kontrakt under löptiden gäller de särskilda bestämmelserna som behandlas i avsnitt 26.4.

Konkurrenskommissionen har föreslagit att rättsmedelsbestämmelserna vid upphandling av koncessioner ska gälla även på sådana upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Eftersom övriga bestämmelser om upphandling inte kommer att vara tillämpliga på koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet anser regeringen att en sådan ordning skulle vara svårtillämpad. Regeringen lämnar därför inte något sådant förslag.

35 Konsekvenser

35.1 Tre nya lagar på upphandlingsområdet

LOU-direktivet och LUF-direktivet har som målsättning att öka effektiviteten i offentliga utgifter för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få valuta för pengarna. Syftet med direktiven är att förenkla reglerna för upphandling och göra dem mer flexibla till nytta såväl för upphandlande myndigheter och enheter som för leverantörer. De nya direktiven syftar också till att ge upphandlande myndigheter och enheter bättre möjligheter att använda upphandling till stöd för gemensamma samhällliga mål, såsom skyddet av miljön, sysselsättning och social integration samt främjande av innovation. Vidare innebär direktiven i flera delar en kodifiering av den praxis som följer av EU-domstolens domar.

Det nya LUK-direktivet reglerar tilldelning av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Byggkoncessioner har tidigare endast reglerats med ett fåtal regler, medan tjänstekoncessioner varit undantagna från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Syftet med det nya direktivet är att skapa rättssäkerhet och att ge leverantörer inom hela EU bättre tillträde till marknaden för koncessioner.

De nya direktiven ska vara genomförda i medlemsstaternas nationella rätt senast den 18 april 2016. Medlemsstaterna har dock möjlighet att skjuta upp tillämpningen av vissa artiklar, bl.a. artikeln som anger att kommunikation med elektroniska medel är obligatorisk, till den 18 oktober 2018.

Genom de tre nya lagarna och genom de föreskrifter i förordning som regeringen avser att meddela genomförs de tre direktiven. När det gäller de nationella bestämmelserna för upphandling har utgångspunkten varit att det nuvarande regelverket i LOU och LUF ska behållas. De ändringar, förutom rena följdändringar, som ändå föreslås är sådana som har bedömts nödvändiga som anpassningar till de nya direktiven. I den nya lagen om upphandling av koncessioner föreslås endast ett begränsat antal regler för det icke direktivstyrda området.

Prop. 2015/16:195 Förslagen påverkar upphandlande myndigheter, upphandlande enheter, leverantörer, Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten och domstolarna, framför allt de allmänna förvaltningsdomstolarna.

35.2 Genomförandet av LOU- och LUF-direktiven

Effekter för upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer

LOU- och LUF-direktiven överensstämmer i flera delar med 2004-års upphandlingsdirektiv, som genomförts genom bestämmelser i LOU och LUF. När det gäller de föreslagna bestämmelserna i dessa delar kan de enligt regeringens mening inte förväntas leda till några särskilda ekonomiska konsekvenser.

När det gäller förslagen i övrigt anser regeringen att flera av de nya bestämmelserna innebär en ökad tydlighet i upphandlingsregelverket och en större flexibilitet för upphandlande myndigheter och enheter. Som exempel på bestämmelser som ökar flexibiliteten kan nämnas de ökade möjligheterna enligt den nya lagen om offentlig upphandling att förhandla om anbuden, det nya förfarandet inrättande av innovationspartnerskap och bestämmelserna om olika metoder för elektronisk upphandling, såsom dynamiska inköpssystem och elektroniska kataloger. Den ökade flexibiliteten och tydligheten syftar till att effektivisera upphandlingarna och därmed minska kostnaderna. Regeringen vill dock framhålla att det är svårt att förutsäga i vilken utsträckning upphandlande myndigheter och enheter kommer att utnyttja den ökade flexibilitet som regelverket ger.

Att regelverket erbjuder ytterligare förfaranden och metoder för upphandling innebär samtidigt att regleringen i viss utsträckning blir mer komplex. Regelmassan ökar också i och med de nya bestämmelser som avser att kodifiera EU-domstolens praxis. Regeringen delar därför utredningens bedömning att direktivens bestämmelser som syftar till att öka flexibiliteten och förtydliga regelverket i viss mån har gått ut över regelverkets överskådlighet. En oundviklig följd av ett direktivnära genomförande är att detta också får vissa återverkningar på de nationella reglerna.

Särskilt om vissa förslag

De ökade möjligheterna i den nya lagen om offentlig upphandling att förhandla om anbuden kan antas innebära att leverantörers engagemang och vilja att erbjuda lösningar som bättre möter upphandlande myndigheters särskilda behov kommer att förbättras. Upphandlande myndigheter ges också bättre möjligheter att efterfråga och ta tillvara förbättringar som utvecklats i näringslivet samt stimulera nytänkande. Behovet av kompetenshöjning kan inledningsvis innebära kostnader. Förfaranden med förhandlingar torde å ena sidan som regel kräva att upphandlande myndigheter och anbudsgivare får lägga ned mer tid på upphandlingen, vilket leder till ökade kostnader. Å andra sidan bör förfarandet rätt använt kunna förväntas leda till högre kvalitet och i många fall bättre värde för pengarna. Att upphandlande enheter inom

försörjningssektorerna får tillgång till förfarandet konkurrenspräglad dialog kan också förväntas ge effektivitets- och kvalitetsvinster.

Det nya förfarandet inrättande av innovationspartnerskap syftar till att skapa bättre möjligheter för myndigheterna att upphandla innovativa lösningar. Forskning och innovation tillhör en viktig drivkraft för framtida tillväxt. Köp av innovativa varor, tjänster och byggtreprenader är också betydelsefulla för att förbättra effektiviteten och kvaliteten på offentliga tjänster. Rätt använt kan förfarandet på sikt leda till minskade kostnader.

Den flexibilitet som direktiven medger vad gäller vilken verksamhet som inköpscentraler kan bedriva föreslås få genomslag i de nya lagarna. Inköpscentralernas verksamhet kan leda till betydande besparingar för den offentliga sektorn i sin helhet (se SOU 2013:12 s. 194 ff.) och det är angeläget att inköpscentralerna ges bästa möjliga förutsättningar att åstadkomma detta. Inköpscentralerna får för det första möjlighet att bedriva grossistverksamhet, vilket i vissa fall kan vara i hög grad ändamålsenligt. För det andra ska inköpscentraler få möjlighet att antingen agera som ombud eller som självständig mellanhand när de bedriver sin centraliserade inköpsverksamhet. Den nya flexibla regleringen ger sammantaget inköpscentralerna bättre möjligheter att åstadkomma en mer kostnadseffektiv anskaffning av vissa varor, tjänster och byggtreprenader, vilket bör leda till besparingar för den offentliga sektorn.

Det är svårt att förutse i vilken utsträckning de nya reglernas möjlighet att använda sig av dynamiska inköpssystem kommer att utnyttjas av upphandlande myndigheter och enheter. Systemen bör dock kunna leda till effektivisering för upphandlande myndigheter och enheter samt till snabbare upphandlingar för vissa typer av varor och tjänster. Även för leverantörer bedöms det kunna medföra en fördel, inte minst på grund av att nya leverantörer kan tillkomma under hela systemets giltighetstid. Eftersom dynamiska inköpssystem är en ny metod för upphandling kommer det emellertid att behövas stödjande insatser och vägledning för de upphandlande myndigheter och enheter som avser att inrätta sådana system, vilket initialt kan förväntas innebära kostnader. För de upphandlande myndigheter och enheter som väljer att inrätta sådana system krävs också investeringar i den infrastruktur som behövs för systemet.

Regeringen bedömer att möjligheten till en mer flexibel annonseringsmöjlighet enligt den nya lagen om offentlig upphandling för myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter kan leda till effektivitetsvinster och förenklingar. Förslaget bedöms också kunna förenkla för leverantörer, inte minst små och medelstora företag, eftersom leverantören endast behöver bevaka en förhandsannonsering.

Tidsfristerna för anbudsansökningar och anbud har förkortats jämfört med dagens regler. Fortfarande gäller att tidsfristen för anbudsansökningar eller anbud alltid ska bestämmas utifrån komplexiteten i upphandlingen och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet. De förkortade tidsfristerna förväntas leda till tidsbesparingar hos de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Enligt de nya lagarna blir det obligatoriskt för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer att kommunicera med elektroniska medel under upphandlingen, om inte vissa undantagssituationer är för handen. Med kommunikation avses i sammanhanget bl.a. inlämning av anbudsansökningar och anbud. Undersökningar av Konkurrensverket visar att upphandlande myndigheter i mycket hög utsträckning tillämpar elektronisk upphandling redan i dag. De webbaserade upphandlingssystem som finns på marknaden låter leverantörerna ta del av förfrågningsunderlag och lämna anbud utan kostnad. De myndigheter och enheter som inte använder elektronisk upphandling kommer att få vissa kostnader för att skaffa eller ansluta sig till elektroniska upphandlingssystem. Såvitt framkommit rör det sig dock om relativt låga kostnader. En elektronisk process bedöms leda till sänkta anbudskostnader, kortare ledtider och minskad risk för fel i upphandlingar.

Införandet av det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet och möjligheten för leverantörerna att lämna en egen försäkran om frånvaro av uteslutningsgrunder och uppfyllelse av kvalificeringskrav har som uttryckligt syfte att minska administrationen vid upphandlingar. Enligt de föreslagna reglerna ska den upphandlande myndigheten normalt sett bara kontrollera kompletterande dokument avseende den leverantör som ska tilldelas kontraktet. Att minska hanteringen av intyg och andra dokument bör enligt regeringens mening medföra en lättnad både för upphandlande myndigheter och leverantörer. En viss ökad tidsåtgång för att hantera det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet, både för upphandlande myndigheter och leverantörer, kan förväntas innan systemet blivit inarbetat.

Förslagen om särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor tydliggör hur villkor kan ställas på ett sätt som är förenligt både med upphandlingslagstiftningen och utstationeringslagen samt hur detta kan ske inom ramen för den svenska arbetsmarknadsmodellen. I och med detta bedömer regeringen att det finns goda förutsättningar även för att upphandlande myndigheter och enheter i större utsträckning kommer att utnyttja den frivilliga möjligheten att ställa kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling. Enbart frivillighet har dock inte ansetts tillräckligt. Syftet med förslagen är att säkerställa att den leverantör som vinner kontraktet ska erbjuda sina arbetstagare skäliga anställningsvillkor och att konkurrens inte ska ske med undermåliga villkor. Så kallad social dumpning ska härmed undvikas. När det gäller varor och tjänster som produceras utanför Sveriges gränser är syftet att det säkerställs att offentliga medel inte används till att köpa produkter eller tjänster som framställs av arbetskraft i strid med de grundläggande villkor som följer av ILO:s åtta kärnkonventioner.

Förslaget om avslutande av avtal innebär att kontrakt och ramavtal ska innehålla klausuler som gör det möjligt att avsluta avtalen i vissa situationer som avses i upphandlingsdirektiven. En sådan ordning kan, om något, antas leda till en minskning av antalet tvister som rör möjligheten att avsluta ett avtal. Genom regleringen torde risken minska för att Sverige ska 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 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. I praktiken är det framför allt vissa statliga bolag och stiftelser som kommer att omfattas av förslaget. Därtill kommer att förslaget endast omfattar kontrakt av mycket höga värden. Kontrakt av denna storlek tillhör en mindre del av kontrakten hos de berörda upphandlande myndigheterna. Det är vidare endast berörda leverantörer som föreslås få rätt att begära ut kontrakt.

Sammanfattningsvis bedöms förslagen inte leda till några ökade kostnader för upphandlande myndigheter och enheter. När det gäller leverantörer, se vidare nedan.

Konsekvenser för staten

Utöver de konsekvenser som framhållits ovan gällande upphandlande myndigheter och enheter, kan ytterligare ett antal konsekvenser lyftas fram.

En nyhet i direktiven är bestämmelserna om tillsyn. Regeringen bedömer att de tillsynsuppgifter som följer av direktiven är sådana som redan enligt nuvarande ordning i huvudsak faller inom Konkurrensverkets ansvarsområde. Inte heller kan det anses vara en tillkommande uppgift för verket att bistå med underlag inför den rapportering som medlemsstaterna ska göra enligt direktiven. Såsom utredningen konstaterat kan möjligen vissa merkostnader för verket förutses för ansvaret att registrera och uppdatera uppgifterna i e-Certis. Det ska dock noteras att Konkurrensverket tillsammans med Kammarkollegiet har deltagit i arbetet med att registrera uppgifter i e-Certis i dess nuvarande form. Sammanfattningsvis anser regeringen, i likhet med utredningen, att eventuella merkostnader för Konkurrensverket inte kan bedömas bli sådana att de inte kan hanteras inom verkets befintliga budgetramar. De uppgifter som följer av direktivens bestämmelser om information, vägledning och stöd innefattas i Upphandlingsmyndighetens nuvarande uppdrag och bedöms inte medföra några ökade kostnader.

Myndigheten för delaktighet anser att Konkurrensverket, i samverkan med myndigheten, snarast bör ges uppdraget att ta fram en vägledning för att upphandla och avropa användbart och tillgängligt för alla oavsett funktionsförmåga. Enligt myndigheten har behovet ökat till följd av att det kommer att bli tvingande att ställa tillgänglighetskrav. Regeringen avser att överväga frågan vid utarbetandet av förordningsbestämmelser för Upphandlingsmyndigheten. I sammanhanget kan dock nämnas att regeringen, som framgår av avsnitt 13.2, avser att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att ta fram en vägledning om tillämpningen av bestämmelserna om fördelningsnycklar, särskilt med avseende på möjligheten att ta hänsyn till fysiska personers val eller behov.

För att ge de förtydligade reglerna om myndigheters möjligheter att beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i upphandlingarna genomslag i tillämpningen anser regeringen att det behövs upphandlingsstödjande insatser. De kostnader som detta innebär får emellertid anses inrymmas

Prop. 2015/16:195 inom befintliga budgetramar. Detsamma gäller uppdraget att ta fram en vägledning för dynamiska inköpssystem, som regeringen avser att ge.

Enligt utredningens bedömning kan de föreskrifter som föreslås i delbetänkandet inte anses leda till en ökad måltillströmning till de allmänna domstolarna eller de allmänna förvaltningsdomstolarna. Även i promemorian görs den sammantagna bedömningen att förutsättningarna för att ett nytt regelverk inte behöver leda till ett ökat antal överprövningar är goda. *Domstolsverket* pekar på att genomförandet av nuvarande lagstiftning lett till att antalet överprövningar kom att öka kraftigt och fortsatt ligger på en hög nivå, men delar i och för sig bedömningen att det råder viss osäkerhet om hur många fler överprövningar som förslagen kan tänkas leda till. Noterbart är även enligt verket att kostnaderna per mål ökat något de senaste åren. Enligt verket bör dock en försiktig och nyanserad bedömning göras av grunderna för anslagsbehovet. En sådan bedömning anser verket bör utgå från en ökning av antalet överprövningar med en procent, baserat på statistik från Konkurrensverket för 2012 som redovisar att antalet annonserade upphandlingar uppgick till 20 000. Därutöver bör en marginell kostnadsökning per mål också vägas in. Verket anser att ett ytterligare anslag om 4,6 miljoner kronor per år bör beviljas från och med 2017, men utesluter inte att reformen kan få en mer påtaglig påverkan på domstolarna.

Med hänsyn till att de nya direktiven i stora delar bygger på 2004 års direktiv – och därmed också den nya lagstiftningen i stora delar bygger på LOU och LUF, inte minst beträffande bestämmelserna om rättsmedel som förs över till de nya lagarna i huvudsak oförändrade – och till att direktiven i flera delar innehåller förtydliganden eller kodifiering av gällande praxis anser regeringen att *Domstolsverkets* slutsats att antalet överprövningar till följd av de föreslagna bestämmelserna kommer att öka, får bedömas som osäker. Det går enligt regeringens mening inte att utesluta att antalet överprövningar till följd av de nya förtydligade reglerna, t.ex. om ramavtal, medför att antalet överprövningar i vissa fall också kan komma att minska. Regeringen gör sammantaget bedömningen att kostnaderna inte kommer att öka till följd av de nya lagarna om upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. De sammantagna kostnaderna för domstolsväsendet med anledningen av den nya regleringen om tillgång till kontrakt får antas bli marginella och rymmas inom befintliga anslag. Regeringen kommer däremot naturligtvis att noggrant följa frågan och anser att det i samband med en utvärdering av den nya regleringen kan vara lämpligt att titta närmare på om regleringen lett till kostnadsökningar för domstolarna.

Flera av förslagen har konsekvenser för Statens inköpscentral. Det gäller framför allt de nya och mer flexibla bestämmelserna om inköpscentraler, se ovan under ekonomiska konsekvenser.

Sammanfattningsvis anser regeringen att de merkostnader för staten som kan uppstå till följd av förslagen ska finansieras inom befintliga ramar.

De fördelar för leverantörer som angetts ovan gäller naturligtvis också för företag i allmänhet. Därutöver konstaterar regeringen att flera av de föreslagna reglerna har till syfte att underlätta särskilt för små och medelstora företag. Av dessa förslag kan särskilt nämnas bestämmelser om att upphandlande myndigheter och enheter alltid ska överväga att dela upp kontrakt och att högre krav på omsättning inte får ställas på en leverantör än motsvarande två gånger kontraktsvärdet.

Regelrådet anser att konsekvensutredningen i utredningens delbetänkande och i promemorian inte uppfyller de krav som föreskrivs för sådana. Regelrådet pekar särskilt på att förslagets påverkan på konkurrensen borde ha utvecklats mer och att en mer utförlig beskrivning borde ha presenterats av hur små och medelstora företag påverkas av förslagen. Regelrådet konstaterar vidare att det hade varit önskvärt med beskrivande exempel om hur ett eller flera företag påverkas av de olika förslag som kan få effekter för företagens kostnader. Även *Tillväxtverket* påpekar att effekterna för företag borde ha kvantifierats och att de kostnadsmässiga konsekvenserna för berörda företag överlag borde ha utretts ytterligare.

När det gäller de bedömningar som Regelrådet saknar, kan konstateras att bristen på tillräcklig statistik inom upphandlingsområdet innebär svårigheter att göra dessa bedömningar. Den begränsade information som finns ger inte utrymme för några kvalificerade bedömningar. Regeringen avser emellertid, som framgår av avsnitt 27.5, att återkomma till frågan om en förbättrad upphandlingsstatistik. När det gäller Regelrådets önskemål om beskrivande exempel konstaterar regeringen att det saknas underlag för att avgöra hur mycket tid leverantörer lägger ned på olika typer av upphandlingar.

De nya reglerna kommer att medge att upphandlande myndigheter och enheter reserverar kontrakt till arbetsintegrerande företag och liknande. De remissinstanser som avstyrker genomförandet av dessa bestämmelser, bl.a. *Almega*, anger som skäl bl.a. att det finns en risk för marknadsstörande effekter. Enligt regeringen finns det emellertid inte anledning att anta att bestämmelserna kommer att få någon sådan konkurrensbegränsande verkan att de kan sägas ha effekter för företag. Som framgår av avsnitt 10.6.1 avser dock regeringen, om det vid tillämpningen framkommer skäl till det, att överväga om en översyn behöver göras.

När det gäller de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren kommer de leverantörer som är bundna av centrala kollektivavtal inte att belastas av ökade kostnader. Detsamma gäller de som inte är bundna av kollektivavtal men som redan tillämpar lag- eller kollektivavtalsenliga villkor. Några remissinstanser, däribland *Företagarna*, anser att utredningens förslag kommer att bli betungande för leverantörer utan kollektivavtal eftersom de ska avgöra frågor om sådana avtal, särskilt de små och medelstora. Regeringen instämmer dock med Regelrådet att utredningens förslag, som regeringens förslag bygger på, särskilt har tagit hänsyn till och beaktat påverkan för de små företagen. Om de företagen uppfyller villkoren som ställs i upphandlingen krävs inga åtgärder från deras sida. Det bör leda till att de inte kommer att avstå från att lämna

Prop. 2015/16:195 anbud, med minskad konkurrens som följd, i den utsträckning som Arbetsgivarverket och Konkurrensverket befarar. De företag som inte tillämpar minst de lägsta förmånerna kan dock komma att avstå från att lämna anbud eller drabbas av kostnadsökningar för att de anställda ska uppnå de villkorsnivåer som krävs för att företaget ska kunna lämna anbud. Det får enligt regeringens mening emellertid som utgångspunkt anses acceptabelt, eftersom syftet med förslagen är att offentlig upphandling inte ska ske från leverantörer som inte tillerkänner sina arbetstagare skäliga arbetsvillkor, dvs. sådana villkor som minst ska tillförsäkras arbetstagare i Sverige enligt de lagar och kollektivavtal som finns.

Det har under lagstiftningsarbetet befarats att svenska företags konkurrensförmåga skulle påverkas negativt av förslagen genom att det i en enskild upphandling skulle kunna ställas lägre krav på leverantörer som utför arbetet med hjälp av utstationerad arbetskraft än andra leverantörer. En leverantör har redan med befintlig arbetsrätt möjlighet att välja mellan att använda sig av utstationerad personal eller inte för att t.ex. pressa sina lönekostnader. Detta följer dock av EU-rätten och det sätt på vilket EU-domstolen tolkat utstationeringsdirektivet, se t.ex. Ruffert, C-346/06, EU:C:2008:189.

För en leverantör som anlitar underleverantörer kan förslagen beträffande skyldigheten för leverantören att säkerställa att underleverantörer också följer de arbetsrättsliga kontraktvillkoren innebära att kostnader ökar för uppföljning. Detta bör leda till att leverantörer ökar noggrannheten när underleverantörer anlitas, så att dessa är seriösa och verkligen kan antas uppfylla villkoren. De villkor som föreslås vara obligatoriska kan inte heller anses vara alltför komplicerade att kontrollera. En arbetsgivare måste redan hålla reda på dessa uppgifter och det bör därför inte vara alltför betungande för en leverantör att också kontrollera att villkoren uppfylls. Det kan dock konstateras att hanteringen kan bli mer krävande ju längre leverantörskedjor som förekommer.

Sammanfattningsvis bedömer regeringen att förslagen inte leder till ökade kostnader för företagen att delta i upphandlingar, som inte vägs upp av motsvarande fördelar för företagen. Flera remissinstanser har dock påtalat oro för de små företagen, särskilt de utan kollektivavtal. Även *Lagrådet* har anført att små företag kommer att drabbas. Regeringen avser därför att följa utvecklingen och hur förslagen påverkar aspekter som marknadsutvecklingen, konkurrensen, anbudslämnandet, innovation och förutsättningarna för företagandet i övrigt.

Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

När det gäller konsekvenser för den kommunala självstyrelsen bör de regler som genomför LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om intern upphandling och om upphandling mellan upphandlande myndigheter nämnas (se avsnitt 8.7). Av bestämmelserna som genomför artiklarna, genom vilka EU-domstolens praxis kodifieras, framgår att en kommuns eller ett landstings val att organisera sig på visst sätt kan få betydelse för upphandlingslagarnas tillämpningsområden. Detta är dock ingen nyhet eftersom det redan följer av EU-domstolens nuvarande

praxis. Kommuner och landsting berörs således av förslagen i egenskap av upphandlande myndigheter. I övrigt innebär förslagen inte någon begränsning av den kommunala självstyrelsen.

Möjligheten för upphandlande myndigheter under den centrala nivån att enligt den föreslagna nya lagen om offentlig upphandling i vissa fall använda sig av enklare annonseringsregler, skapar en ökad flexibilitet för kommuner.

Att ålägga kommuner och landsting att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor minskar deras möjligheter att själva välja vad de vill reglera i upphandlingskontraktet. Det kan därför anses innebära en inskränkning i kommunernas och landstingens bestämmanderätt eftersom detta inte tidigare har varit en skyldighet utan enbart en möjlighet för dem. Frågan är om den inskränkningen är godtagbar och inte går utöver det som enligt 14 kap. 3 § regeringsformen är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som föranlett dem. Regeringen, i likhet med bl.a. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, instämmer i utredningens bedömning att möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor inte utnyttjas i tillräcklig utsträckning och att en frivillighet inte är tillräcklig. I förhållande till utredningens förslag innebär regeringens förslag att kommuneras och landstingens ansvar som upphandlare i grunden inte ändras eftersom beslutanderätten inte flyttas över till Upphandlingsmyndigheten. I så måtto innebär regeringens förslag en förstärkning av det kommunala självstyret i förhållande till utredningens förslag, som enligt SKL redan i sig är godtagbart i förhållande till självstyret. Samtidigt ökar ansvarstagandet med regeringens förslag för kommuner och landsting för att de arbetstagare som fullgör upphandlingskontrakt gör det under skäligen arbetsvillkor. Det ökade resursbehovet som den ändringen innebär för upphandlande myndigheter och enheter bör enligt regeringens bedömning vägas upp av Upphandlingsmyndighetens friare roll att ge vägledning och råd. Regeringen anser därför sammanfattningsvis att inskränkningen i det kommunala självstyret som förslagen medför är proportionerlig.

Arbetsmarknadsmodellen

Den svenska arbetsmarknadsmodellen innebär att det är arbetsmarknadens parter som både bestämmer villkoren för vad som ska gälla på arbetsmarknaden och övervakar att dessa följs. Ramen för regelverket finns i lag men det är i flera delar möjligt att avvika från dessa regler i kollektivavtal. Modellen säkerställer att arbetstagares villkor hålls på en rimlig nivå genom att arbetsgivare som inte betalar skäligen villkor kan utsättas för stridsåtgärder, t.ex. strejk, och på det sättet förmås teckna kollektivavtal vilket i sin tur ger arbetstagarna skäligen villkor. På det sättet regleras att arbetstagare får skäligen villkor utan statens inblandning.

Att ge myndigheter och enheter möjlighet och i vissa fall skyldighet att i kontraktsvillkor i en offentlig upphandling reglera vilka rättigheter som minst ska tillförsäkras de arbetstagare som utför uppdraget kommer att utgöra ett komplement till den ordning som gäller för att säkerställa arbetstagares villkor. Det är en rimlig målsättning att statliga medel inte

Prop. 2015/16:195 ska användas till att köpa tjänster eller produkter där arbetstagare inte tillförsäkras skäliga arbetsvillkor.

Att det offentliga via särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor i offentlig upphandling på detta sätt reglerar arbetstagarnas villkor får dock, mot bakgrund av hur den svenska modellen fungerar, anses vara något nytt. I praktiken är det dock inte nytt eftersom arbetsrättsliga villkor redan förekommer. När villkoren på det sätt som föreslås, hämtas ur kollektivavtal blir dessa villkor tillämpliga även för de arbetstagare som arbetar hos arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal. Att Upphandlingsmyndigheten inte ska få meddela föreskrifter om när det är behövt att ställa villkor eller innehållet i villkoren leder enligt regeringens mening till mindre normerande påverkan, särskilt i förhållande till arbetsmarknadens parter.

Som nämnts i delbetänkandet av Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal påverkar inte förslagen arbetsmarknadens parter ansvar för vilka villkor som gäller på arbetsmarknaden. En myndighet eller enhet som fastställer villkoren gör detta självständigt och utifrån sin egen bedömning. Dessa villkor kommer därför inte nödvändigtvis stämma överens med den nivå som enligt parterna och i sista hand Arbetsdomstolen ska gälla enligt utstationeringslagen i det aktuella kollektivavtalet. Tillämpningen av utstationeringslagen och stridsåtgärders tillåtlighet påverkas därför inte.

Förslagen utgår ifrån de avtal som träffas av arbetsmarknadens parter och erkänner kollektivavtalens ställning. Samråd ska också ske med parterna. Det kommer att ta resurser i anspråk hos parterna. Regeringen gör dock bedömningen att förslagen kan stärka den svenska arbetsmarknadsmodellen genom parternas delaktighet. Sammantaget bedömer regeringen att förslagen inte påverkar den svenska arbetsmarknadsmodellen negativt. Regeringens avsikt är dock att följa utvecklingen och att reglerna bör utvärderas när de varit i kraft tillräckligt länge för att effekterna av dem ska kunna bedömas.

Övriga konsekvenser

Flexibla regler antas leda till bättre fungerande upphandlingsmarknader som kan leda till ett ökat intresse för nya företag att etablera sig och konkurrera om upphandlingskontrakten. Detta bedöms ha en positiv effekt på sysselsättningen. När det gäller effekterna på sysselsättningen bör även bestämmelserna om reserverade kontrakt nämnas. Enligt regeringen får det antas att dessa bestämmelser kommer att bidra till en ökad sysselsättning.

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.

Vissa av förslagen medför ett ökat fokus på miljöaspekter. Det rör sig framför allt om förtydliganden av vad som redan gäller i dag. Vad EU-lagstiftaren dock har uppnått genom LOU-direktivet och LUF-direktivet är att miljöhänsyn har satts mer i förgrunden i förhållande till 2004 års direktiv. Effekterna av detta är svårbedömda. Enligt regeringens mening får det likväl antas att bl.a. bestämmelserna om livscykelkostnader kommer leda till att miljöhänsyn tas i större utsträckning i upphandlingar.

Möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter att direkt hänvisa till en särskild märkning som bevis för att produkten motsvarar de egenskaper som krävs kan förenkla för såväl upphandlande myndigheter och enheter som företag.

Sammanfattning

Regeringen anser att förslagen i vissa delar innebär ökade kostnader och i andra delar minskade kostnader men bedömer sammantaget att förslagen inte bör leda till ökade kostnader för staten eller kommunerna och inte heller för företagen.

35.3 Genomförandet av LUK-direktivet

Upphandling av tjänstekoncessioner har tidigare inte reglerats i EU-rätten på annat sätt än att de omfattats av EUF-fördraget, särskilt de allmänna principerna om fri rörlighet av varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. Byggkoncessioner regleras med ett fåtal regler i 2004 års upphandlingsdirektiv. Syftet med LUK-direktivet är att skapa rättssäkerhet och att ge leverantörer, särskilt små och medelstora företag, bättre tillgång till den inre marknaden för koncessioner.

Genom det nya LUK-direktivet slås vissa grundregler fast och anges vissa riktlinjer för hur en upphandling av koncessioner ska gå till. Vissa av bestämmelserna i LUK-direktivet har direkta motsvarigheter i LOU- och LUF-direktiven men överlag innehåller LUK-direktivet färre och mindre detaljerade regler än de båda andra direktiven. I stället överlämnas det i hög grad till den upphandlande myndigheten eller enheten att själv bestämma upphandlingsförfarandet, med iakttagande av vissa allmänna principer och grundläggande skyldigheter. Regeringen föreslår därför också att den nya lagen ska vara mindre detaljerad än de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer

Genom att tilldelningen av koncessioner regleras bedömer regeringen att leverantörernas förtroende för den typen av upphandling kommer att öka och att därmed även intresset för att lämna anbud ökar. Att samma regler för överprövning m.m. ska gälla för koncessionsupphandlingar bör enligt regeringens mening också bidra till att leverantörers förtroende för att delta i denna typ av upphandlingar ökar.

Det finns, såvitt regeringen kan bedöma, inte någon anledning att anta att det nya regelverket skulle medföra att upphandlande myndigheter eller enheter avstår från att upphandla koncessioner. Däremot kan en ökad medvetenhet om regelverket göra att upphandlande myndigheter och enheter, som tidigare upphandlat enligt LOU eller LUF, i stället väljer att upphandla tjänsten som en tjänstekoncession. Regeringen delar därmed utredningens bedömning att användandet av koncessioner som ett alternativ för anskaffning rimligen bör underlättas.

Sammantaget bedömer regeringen att dessa omständigheter ger fog för att anta att koncessionsupphandling kommer att effektiviseras och således att leda till kostnadsminskningar. Några större administrativa kostnader kan de nya reglerna inte anses innebära för upphandlingar över tröskelvärdet, eftersom en upphandlande myndighet eller enhet redan i dagsläget är skyldig att t.ex. offentliggöra en upphandling av koncessioner om den har ett gränsöverskridande intresse. De föreslagna reglerna om upphandlingar under tröskelvärdet innebär dock vissa krav som inte tidigare gällt. Regeringen bedömer emellertid att detta inte bör innebära annat än marginella kostnader, dels eftersom antalet upphandlingar under tröskelvärdet torde vara relativt litet, dels eftersom det rör sig om ett fåtal, mindre betungande regler. Den föreslagna möjligheten till direktupphandling ger upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer flexibilitet vid mindre upphandlingar.

Konsekvenser för staten

Konkurrensverket kommer genom den nya lagen att tillföras ytterligare uppgifter på tillsynsområdet. Konkurrensverket har enligt nuvarande LOU och LUF tillsyn över byggkoncessioner, men kommer enligt den nya lagen om upphandling också att ha tillsyn över upphandling av tjänstekoncessioner. Som utredningen konstaterat är emellertid koncessioner en relativt sällan förekommande kontraktstyp. *Konkurrensverket* anser att utredningen har överskattat Konkurrensverkets nuvarande verksamhet på koncessionsområdet och framhåller att det arbete som verket gör till följd av tillsynsansvaret enligt LOU och LUF framför allt handlar om att avgöra huruvida ett avtal är en tjänstekoncession eller ett tjänsteavtal för att avgöra om LOU och LUF är tillämpliga. Att utreda huruvida koncessioner upphandlats i enlighet med regelverket är enligt verket ett betydligt mer omfattande och resurskrävande arbete och kostnadsökningarna för detta ryms inte inom verkets nuvarande anslag.

Enligt Konkurrensverkets rapport 2015:9 Siffror och fakta om offentlig upphandling – Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014, annonserades 83 koncessioner i Sverige 2014. Konkurrensverkets rapport 2012:4 Tjänstekoncessioner När? Var? Hur? visade också att tjänstekoncessionsupphandlingar inte var någon vanligt förekommande kontraktsform. Även om det nya regelverket kan tänkas medföra att antalet tjänstekoncessionsupphandlingar ökar något bör det, enligt regeringens mening, inte leda till några sådana kostnadsökningar hos Konkurrensverket som inte kan rymmas inom befintliga budgetramar. Motsvarande bedömning görs beträffande Upphandlingsmyndigheten när det gäller de uppgifter som tillkommer i fråga om information och vägledning när det gäller upphandling av koncessioner. Regeringen avser dock att noggrant följa frågan om de nya reglernas konsekvenser för Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten och konstaterar att en utvärdering av konsekvenserna för dessa myndigheter bör ske i samband med en utvärdering av den nya regleringen. En sådan utvärdering ska göras senast två år efter ikraftträdandet.

Antalet mål i domstolarna kan förväntas öka till följd av förslagen om införandet av rättsmedel vid upphandling av koncessioner. Utredningen

har bedömt kostnadsökningarna till följd av detta som marginella. *Kammarrätten i Göteborg* och *Domstolsverket* har invänt mot detta. Kammarrätten påpekar att även marginella kostnadsökningar kräver finansiering. Domstolsverket bedömer att de tillkommande målen blir mer betungande att hantera för domstolarna jämfört med genomsnittliga upphandlingsmål och att det därför är nödvändigt med ett anslag till Sveriges Domstolar. Mot bakgrund av att antalet mål inte kan antas bli så stort uppskattar Domstolsverket anslagsbehovet till en miljon kronor årligen från och med 2017.

Sammantaget delar regeringen utredningens bedömning att kostnadsökningarna inte kan antas bli mer än marginella. Det kan inte uteslutas att antalet överprövningar till följd av de nya förtydligade reglerna i LOU och LUF kan minska. De marginella kostnader som kan uppstå till följd av att rättsmedel kommer att gälla även på koncessionsområdet bör, enligt regeringens mening, kunna antas inrymmas inom befintliga anslag. Regeringen avser dock, som framgått ovan, att noga följa upp och utvärdera förslagets följder för domstolarna.

Konsekvenser för företag

De fördelar för leverantörer som angetts ovan gäller naturligtvis också för företag i allmänhet. De konsekvenser som beskrivits ovan för leverantörer och företag beträffande de föreslagna reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna gäller också förslaget till lag om upphandling av koncessioner. Som en allmän fördel för företag konstaterar regeringen vidare att koncessionsdirektivet innebär att den europeiska marknaden för koncessioner öppnas upp på ett helt annat sätt än i dag. Detta innebär att leverantörer får bättre tillgång till de affärsmöjligheter som erbjuds på den inre marknaden och även får lättare att delta i upphandlingarna. Eftersom upphandling av koncessioner regleras även under tröskelvärdena kommer också fler företag att ha möjlighet att konkurrera om kontrakten även på den svenska marknaden.

Övriga konsekvenser

När det gäller konsekvenser för den kommunala självstyrelsen och övriga konsekvenser av den föreslagna lagen om upphandling av koncessioner kan i stort hänvisas till vad som angetts ovan angående de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

36.1 Förslaget till lag om offentlig upphandling

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner**Lagens innehåll**

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. – Blandad upphandling

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärden

6 kap. – Upphandlingsförfaranden

7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling

9 kap. – Tekniska krav

10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

13 kap. – Uteslutning av leverantörer

14 kap. – Kvalificering

15 kap. – Egen försäkran och utredning om leverantörer

16 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

17 kap. – Fullgörande av kontrakt

18 kap. – Projekttävlingar

19 kap. – Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

20 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

21 kap. – Upphandlingsskadeavgift

22 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

Bilaga 1 – Förteckning över byggtreprenadkontrakt

Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

Paragrafen motsvarar 1 kap. 1 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Offentlig upphandling

2 § Denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet (offentlig upphandling). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Lagen gäller även när en upphandlande myndighet anordnar en projekttävling. Vad som avses med projekttävling anges i 1 kap. 19 §.

Paragrafen genomförs, tillsammans med 4 §, artikel 1.1 och 1.2 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 1 kap. 2 § första och andra stycket samt 2 kap. 13 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.1 och 6.1.2.

Paragrafens *första stycke första mening* anger att lagen gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet, dvs. för

offentlig upphandling. Vad som avses med en upphandlande myndighet framgår av 22 §, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

I första stycket andra meningen finns en beskrivande definition av begreppet upphandling. Av definitionen framgår att med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelningen av kontrakt. Begreppet anskaffa ska förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts. Även hyra omfattas således. Vidare brukar inte enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas av reglerna om offentlig upphandling (se skäl 4 i LOU-direktivet). Det måste alltså röra sig om mer än bara en utbetalning av allmänna medel. Rena gåvor, eller bidrag utan krav på någon motprestation, omfattas i princip inte av upphandlingsskyldighet. Det är fråga om upphandling i de fall en leverantör, i utbyte mot ersättning, tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader som är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten (se t.ex. EU-domstolens dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, p. 49).

Den upphandlande myndigheten måste inte ha syftet att själv tillgodogöra sig det som anskaffas. Exempelvis är det fråga om upphandling när en inköpscentral vidtar åtgärder för att ingå ett ramavtal eller inrätta ett dynamiskt inköpsystem som ska användas av andra upphandlande myndigheter för senare anskaffningar, eller när en upphandlande myndighet agerar i en upphandling som ombud för en annan upphandlande myndighet.

Enligt bestämmelserna i första stycket andra meningen ska syftet med åtgärderna vara anskaffning genom tilldelning av ett kontrakt. Såväl den föreslagna lagen som nuvarande LOU utgår alltså från förutsättningen att en upphandling normalt avslutas genom ett kontrakt. Därför ingår också tilldelning av kontrakt som ett centralt moment i den beskrivande definitionen av vad som avses med upphandling. Begreppet kontrakt definieras i 15 §, se kommentaren till den paragrafen. Av definitionen framgår att med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad. Skriftlighetskravet bör ses i sitt upphandlingsrättsliga sammanhang, särskilt i ljuset av transparensprincipen. Om ett skriftligt avtal ingåtts eller inte är dock inte avgörande för lagens tillämplighet. En upphandlande myndighet kan således inte undgå rättslig kontroll av en upphandling eller ett ingånget avtal genom att, medvetet eller omedvetet, inte iaktta kravet på att avtalet ska vara skriftligt. Avgörande är i stället att det som anskaffas faller inom lagens materiella tillämpningsområde (se EU-domstolens dom Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5).

Vad som avses med termen tilldelning av kontrakt definieras inte i lagen och definieras inte heller i LOU-direktivet. Med tilldelning av kontrakt avses i detta sammanhang myndighetens eller enhetens beslut i fråga om val av leverantör, se avsnitt 6.1.2. För att det ska vara fråga om upphandling krävs det alltså ett inslag av selektivitet, dvs. att en eller

Prop. 2015/16:195 flera leverantörer väljs ut av den upphandlande myndigheten. Detta skiljer sig från sådana situationer där samtliga leverantörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, t.ex. vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar. Sådana situationer bör enligt skälen till LOU-direktivet inte ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (skäl 4 i LOU-direktivet).

Det är fråga om upphandling oavsett om det som anskaffas är avsett för ett offentligt ändamål eller inte (se artikel 1.2 i LOU-direktivet). Skälet till anskaffningen är således inte avgörande för om det är fråga om upphandling eller inte. Det saknar även betydelse om leverantörens motprestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo.

Definitionen av upphandling behandlar inte frågan om det rör sig om en eller flera upphandlingar med avseende på berörda parter och antalet ingående kontrakt. EU-domstolen har övervägt denna fråga i målet kommissionen mot Frankrike, C-16/98, EU:C:2000:541. Domstolen uttalade bl.a. att varje upphandling ska bedömas utifrån sitt sammanhang och sin särart och fann i ett av de behandlade fallen att de berörda myndigheterna hade gjort en konstruerad uppdelning genom att dela upp ett enda arbete på flera upphandlingskontrakt (p. 65 och 66).

Av *andra stycket* framgår att lagen gäller även när en upphandlande myndighet anordnar en projekttävling. En projekttävling kan anordnas av en upphandlande myndighet för att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning. I en projekttävling väljer en jury ut ett vinnande bidrag. Vad som avses med en projekttävling anges i 1 kap. 19 § och de närmare bestämmelserna om förfarandet vid en projekttävling finns i 18 kap.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU, men en motsvarande bestämmelse finns i 1 kap. 3 § LUF och 1 kap. 3 § LUF5. Paragrafen införs med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Bestämmelsen är en upplysning om att det finns ytterligare lagar om upphandling. Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna gäller för upphandlande enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Vad som avses med upphandlande enhet definieras i den lagen. Lagen om upphandling av koncessioner gäller för både upphandlande myndigheter och enheter vid upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. En koncession är en särskild kontraktstyp, där ersättningen för arbetet eller tjänsten består i en rätt att utnyttja byggnadsverket eller tjänsten och där leverantören övertar risken för verksamheten (se vidare 1 kap. 8, 13 och 19 §§ lagen om upphandling av koncessioner och kommentaren till de bestämmelserna). Lagen om

Tröskelvärden

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 § och bestämmelserna i 19 kap., artikel 1.1 och artikel 74 i LOU-direktivet samt, tillsammans med 5 kap 1 §, artikel 4. Paragrafen motsvarar delvis 1 kap. 2 § andra stycket LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.1 (första stycket) samt avsnitten 31.1 och 32.2 (andra stycket).

Första stycket anger vilka bestämmelser som ska tillämpas för upphandlingar som uppgår till minst de tröskelvärden som gäller enligt 5 kap. 1 §, dvs. för de direktivstyrda upphandlingarna.

Andra stycket anvisar bestämmelserna i 19 kap. dels för sådana upphandlingar där de direktivstyrda bestämmelserna i lagen inte är tillämpliga på grund av upphandlingens lägre värde, dels för upphandlingar av sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som räknas upp i en bilaga till lagen. Upphandlingen av sådana tjänster ska alltså genomföras med stöd av 19 kap. oavsett värdet.

Eftersom 19 kap. hänvisar till stora delar av lagen i övrigt är många av de direktivstyrda bestämmelserna i andra kapitel av lagen tillämpliga även vid upphandlingar under tröskelvärdena och av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Vid beräkningen av värdet av en upphandling tillämpas bestämmelserna i 5 kap.

Tillämpningsområdet i särskilda situationer

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande myndigheten.

Paragrafen genomför artikel 14 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 6 § första stycket 6 LOU samt kategori 8 i bilaga 2 till samma lag. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* synpunkter, men har i förhållande till lagrådsremissens förslag placerats i ett annat kapitel. Övervägandena finns i avsnitt 6.4.1 och 10.7.

I paragrafen anges två förutsättningar som båda måste vara uppfyllda för att det ska vara fråga om offentlig upphandling som omfattas av

Prop. 2015/16:195 lagen. Motsvarande paragraf i nuvarande LOU är utformad som ett undantag. Någon ändring i rättsläget är inte avsedd med den nya utformningen av bestämmelsen.

Kontrakt som subventioneras med mer än hälften av en upphandlande myndighet

6 § Denna lag ska tillämpas på kontrakt som upphandlas av någon annan än en upphandlande myndighet eller av en upphandlande myndighet för någon annans räkning, om

1. mer än hälften av kostnaden för kontraktet täcks av direkta bidrag från en upphandlande myndighet,

2. kontraktets värde beräknas uppgå till minst de tröskelvärden som avses i 5 kap. 2 §, och

3. kontraktet avser

a) en byggtreprenad som avser sådana anläggningsarbeten som anges i bilaga 1,

b) en byggtreprenad som avser uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål, eller

c) tjänster som har samband med ett byggtreprenadkontrakt som avses i a eller b.

En upphandlande myndighet som lämnar ett sådant bidrag ska se till att bestämmelserna i denna lag tillämpas om kontraktet upphandlas av någon annan än myndigheten.

Paragrafen genomför tillsammans med 5 kap. 2 § artikel 13 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 2 § LOU. Paragrafen har, i jämförelse med lagrådsremissens och *Lagrådets* förslag placerats i ett annat kapitel. Övervägandena finns i avsnitt 11.1.

Av *första stycket* framgår att lagens bestämmelser ska tillämpas på vissa kontrakt som till mer än hälften finansieras av en upphandlande myndighet och som tilldelas av någon annan än en upphandlande myndighet eller av en upphandlande myndighet för någon annans räkning. Lagrådet har uppmärksammat att det finns en brist i nuvarande LOU som överförts till lagrådsremissens lagförslag och som har samband med genomförandet av artikel 8 i 2004 års LOU-direktiv. Ett tillägg har med anledning av detta gjorts i *första stycket 3 a)* som är ny och anger att även byggtreprenad som avser sådana anläggningsarbeten som anges i bilaga I omfattas av bestämmelserna. Bestämmelsen följer av direktivet men har som Lagrådet funnit inte genomförts i nuvarande lagstiftning. I LOU-direktivet har den aktuella punkten fått en ny översättning som anger att den gäller bygg- och anläggningsarbeten som anges i direktivets bilaga II (jämfört med 2004 års LOU-direktiv som angav att den gällde byggtreprenader som anges i bilaga II). Att direktivets avsikt är att den endast ska gälla anläggningsarbeten enligt bilaga II till direktivet kan emellertid utläsas av övriga språkversioner av direktivet, bl.a. den engelska och den danska. En motsvarande regel gällde enligt 1992 års lag som även den gällde anläggningsarbeten.

Lagrådet anser att uttrycket ”upphandla för någon annans räkning” är oklart, eftersom det inte framgår om det är ett fullmaktsförhållande eller ett kommissionsförhållande som avses. Båda dessa förhållanden omfattas emellertid av paragrafen. Sker upphandlingen i myndighetens eget namn

men för annans räkning utgör det ett kommissionsförhållande och myndigheten ska tillämpa upphandlingsreglerna. Även när myndigheten upphandlar i annans namn för annans räkning med stöd av en fullmakt ska bestämmelserna i lagen tillämpas i denna situation.

I *andra stycket* anges att en upphandlande myndighet som lämnar ett sådant bidrag som anges i paragrafen har ett ansvar för att se till att lagens bestämmelser iakttas när kontraktet upphandlas av någon annan än myndigheten själv. Den upphandlande myndigheten är alltså i dessa fall, oavsett om någon annan helt genomför upphandlingsåtgärderna eller om myndigheten agerar med stöd av en fullmakt, skyldig att se till att upphandlingsreglerna följs.

Av 5 kap. 2 § framgår att de tröskelvärden som ska tillämpas enligt paragrafen anges i artikel 4 i direktiv 2014/24/EU eller i beslut meddelade av kommissionen i enlighet med artikel 6 i direktivet.

Var finns definitioner och förklaringar?

7 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. I bilaga 3 finns definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

- Anbudsinfordran i 10 kap. 1 §
- Blandade kontrakt i 2 kap. 1 §
- CPV-nomenklaturen i 4 kap. 19 §
- Direktupphandling i 19 kap. 4 §
- Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §
- Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §
- Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §
- Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §
- Förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i 6 kap. 30–31 §§
- Förhandlat förfarande med föregående annonsering i 6 kap. 4–6 §§
- Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 12–19 §§
- Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§
- Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 20–21 §§
- Leverantör av medietjänster i 3 kap. 20 §
- Märkning i 9 kap. 12 §
- Selektivt förfarande i 6 kap. 3 §
- Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §
- Öppet förfarande i 6 kap. 2 §.

Paragrafen har ingen motsvarighet i LOU-direktivet eller LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Definitioner av ett antal begrepp som används i lagen finns i detta kapitel. Andra definitioner och förklaringar som har en tydlig anknytning till ett visst kapitel eller en viss bestämmelse finns i stället i det kapitlet eller i anslutning till den bestämmelsen.

Definitioner

8 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i

1. ett selektivt förfarande,
2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,

3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
4. en konkurrenspräglad dialog,
5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller
6. ett urvalsförfarande.

Paragrafen genomför artikel 2.1.12 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 1 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

I paragrafen definieras begreppet anbudssökande. Definitionen har i förhållande till LOU ändrats på så sätt att det förtydligas att även den som blir inbjuden att delta i ett upphandlingsförfarande omfattas av begreppet. Anbudssökande är därmed den som har ansökt om eller inbjudits att delta i något av de uppräknade förfarandena. Även den som ansöker om att delta i det nya förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap omfattas av begreppet. När en förhandsannons används som anbudsinfördan enligt 10 kap. 2 § ska intresserade leverantörer anmäla sitt intresse för kontraktet. En sådan intresseanmälan får anses innebära att leverantören har ansökt om att få lämna anbud (jfr 10 kap. 8 §).

9 § Med *byggtreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
3. innebär att ett byggnadsverk realiserar, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

Paragrafen genomför artikel 2.1.6 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 3 § första stycket LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.4.

Paragrafen innehåller definitionen av begreppet byggtreprenadkontrakt. Bestämmelsen har i förhållande till LOU getts en mer direktivnära utformning genom att den anger tre typer av kontrakt som omfattas av begreppet. Den *första punkten* överensstämmer med motsvarande bestämmelse i LOU och anger att begreppet omfattar kontrakt som avser utförande eller projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1. Den *andra punkten* är ny i förhållande till LOU men har en motsvarighet i definitionen i 2004 års direktiv. Bestämmelsen tydliggör att ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk omfattas av definitionen. Den nya utformningen är inte avsedd att innebära någon ändring av vilka kontrakt som kan anses utgöra byggtreprenadkontrakt. Vad som avses med byggnadsverk framgår av 10 §.

Den *tredje punkten* gäller kontrakt som innebär att ett byggnadsverk realiserar enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet. För att ett sådant kontrakt ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt krävs att den upphandlande myndigheten utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen. Avsikten med bestämmelsen är att kodifiera EU-domstolens praxis (se dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, p. 67).

10 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

Paragrafen genomför artikel 2.1.7 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 3 § andra stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen innehåller definitionen av byggnadsverk. Definitionen är endast redaktionellt ändrad i förhållande till den som finns i LOU.

11 § Med *central upphandlande myndighet* avses en statlig myndighet och en sådan upphandlande myndighet som anges i bilaga I till direktiv 2014/24/EU.

Paragrafen genomför artikel 2.1.2 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.5.

Paragrafen innehåller definitionen av central upphandlande myndighet. Begreppet ersätter begreppet ”centrala statliga myndigheter” som används i LOU-direktivet som beteckning för den krets av upphandlande myndigheter som är upptagna i bilaga I till direktivet.

Enligt definitionen omfattar begreppet alla statliga myndigheter och de upphandlande myndigheter som anges i bilaga I till LOU-direktivet. Förteckningen av upphandlande myndigheter i bilagan baseras på WTO:s avtal om offentlig upphandling (Agreement on Government Procurement, GPA) och kan endast uppdateras av kommissionen genom delegerade akter enligt artikel 6.7 i direktivet. En upphandlande myndighet som är upptagen i förteckningen omfattas enligt artikel 2.1.2 av begreppet även om myndighetens namn skulle vara felaktigt återgivet eller om myndigheten skulle byta namn. En myndighet faller således inte utanför begreppet även om förteckningen, i avvaktan på en uppdatering av kommissionen, innehåller inaktuella uppgifter. Genom att samtliga statliga myndigheter alltid omfattas av definitionen torde förteckningen i bilaga I till direktivet i praktiken få begränsad betydelse.

För de upphandlande myndigheter som omfattas av definitionen gäller särskilda tröskelvärden enligt 5 kap. 1 §. Vidare har andra upphandlande myndigheter än centrala upphandlande myndigheter, t.ex. kommunala myndigheter, möjlighet att använda sig av förhandsannons som anbudsinfordran enligt 10 kap. 2 §.

12 § Med *direktiv 2014/24/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen, som införs på *Lagrådets* inrådan, genomför inte någon artikel i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.

Definitionen med en kortform för LOU-direktivets namn syftar till att underlätta läsningen av de paragrafer i lagen som innehåller en hänvisning till direktivet. Kortformen avser direktivet i dess ursprungliga lydelse. LOU-direktivet

13 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

Paragrafen genomför artikel 2.1.19 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 6 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen innehåller definitionen av elektroniska medel. I definitionen har förtydligats att det är elektronisk utrustning för behandling och lagring av viss typ av data som utgör elektroniska medel. Den typ av data som avses är sådan som sänds, överförs eller tas emot på visst sätt som anges i definitionen. Definitionen ansluter till definitionen av elektroniskt kommunikationsnät i 1 kap. 7 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

14 § Med *inköpscentral* avses en upphandlande myndighet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller
2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter.

Paragrafen genomför artikel 2.1.14–2.1.16 i LOU-direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 9 a § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 14.2.

Paragrafen innehåller definitionen av inköpscentral. Av paragrafen framgår att en inköpscentral är en upphandlande myndighet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet. I enlighet med vad som föreskrivs i LOU-direktivet får endast en upphandlande myndighet vara inköpscentral. Att den centraliserade inköpsverksamheten ska bedrivas stadigvarande tydliggör skillnaden mellan en inköpscentral och en tillfällig gemensam upphandling som genomförs av flera upphandlande myndigheter (bestämmelser om sådan tillfällig gemensam upphandling finns i artikel 37 i LOU-direktivet, se avsnitt 15). Ett sådant tillfälligt samarbete i form av gemensam upphandling utgör således inte en inköpscentral i lagens mening. Av bestämmelsen framgår vidare att centraliserad inköpsverksamhet kan bedrivas i två former. Enligt den *första punkten* kan sådan verksamhet bedrivas i form av anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, dvs. en form av grossistfunktion. Bestämmelsen är ny i förhållande till LOU och innebär att en inköpscentral i eget namn kan anskaffa varor eller tjänster för vidareförsäljning till upphandlande myndigheter. Bestämmelsen möjliggör därmed exempelvis användningen av s.k. vidarefakturerering, där inköpscentralen i egenskap av köpare är betalningsansvarig gentemot leverantören och i sin tur fakturerar de upphandlande myndigheter som varan eller tjänsten är avsedd för (se vidare avsnitt 14.3). Enligt den *andra punkten* kan centraliserad inköpsverksamhet även bedrivas i form av tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter. I denna del motsvarar bestämmelsen delvis 2 kap. 9 a § LOU. Bestämmelsen har dock getts en mer direktivnära utformning. Den nya utformningen innebär att inköpscentraler inte endast kan agera som ombud för upphandlande myndigheter utan även kan genomföra upphandlingar och fatta tilldelningsbeslut självständigt och på eget

ansvar avseende en vara, tjänst eller byggtreprenad som är avsedd för en myndighet (se vidare 7 kap. 13 § och kommentaren till den bestämmelsen). En inköpscentral kan agera antingen som ombud eller som självständig mellanhand både när det gäller upphandling av en vara, tjänst eller byggtreprenad och när det gäller ingående av ramavtal. Efter att en inköpscentral upphandlat en vara, tjänst eller byggtreprenad och tilldelat kontraktet är det emellertid vid en tillämpning av andra punkten myndigheten som ingår avtal med den vinnande leverantören. När en inköpscentral ingår ett ramavtal är det vid tillämpning av andra punkten myndigheten som avropar från ramavtalet.

Av definitionen i direktivet framgår att en inköpscentral, utöver centraliserad inköpsverksamhet, även får tillhandahålla upphandlande myndigheter stödverksamhet för inköp. Möjligheten för inköpscentraler att tillhandahålla sådan verksamhet framgår av 7 kap. 10 §, se kommentaren till den bestämmelsen.

15 § Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och
2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenad.

Paragrafen genomför artikel 2.1.5 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 10 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.2 och 6.7.4.

I paragrafen definieras begreppet kontrakt. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer. Det saknar härvid betydelse om leverantören själv är en upphandlande myndighet (jfr EU-domstolens dom Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, p. 51). Avtalet ska avse leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggtreprenad. Något krav att avtalet ska undertecknas eller signeras med en elektronisk signatur för att kunna omfattas av begreppet kontrakt finns inte.

16 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 2.1.10 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 11 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.3.

I paragrafen definieras begreppet leverantör. Begreppet ersätter, liksom i LOU, det i direktiven använda begreppet ekonomisk aktör (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 149 f. och 302.). Definitionen är oförändrad jämfört med LOU och omfattar enligt *första stycket* alla fysiska eller juridiska personer som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Av skäl 14 i LOU-direktivet framgår att ekonomisk aktör bör ges en vid tolkning och detsamma gäller därmed begreppet leverantör. Till exempel omfattas även nyetablerade aktörer som lämnar anbud i en upphandling. Av EU-domstolens praxis följer bl.a. att även aktörer som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa

Prop. 2015/16:195 vinst och som inte är stadigvarande verksamma på marknaden kan utgöra leverantörer (se dom CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807).

Av *andra stycket* framgår att även grupper av fysiska eller juridiska personer omfattas av begreppet. Detta gäller oavsett om en sådan sammanslutning är tillfällig.

17 § Med *livscykel* avses samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

Paragrafen genomför artikel 2.1.20 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU men motsvaras delvis av 2 kap. 17 § LUFSS. Paragrafen har utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.6.

Paragrafen innehåller definitionen av livscykel. En livscykel omfattar enligt direktivet alla på varandra följande eller inbördes sammankopplade skeden som ingår i livslängden för en vara eller tjänst eller ett byggnadsverk, från råvaruanskaffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut. Sådana skeden kan t.ex. innefatta forskning och utveckling, produktion, handel och dess villkor, transport, användning och underhåll.

18 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Paragrafen genomför artikel 2.1.4 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 12 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

I paragrafen definieras begreppet offentligt styrt organ. Begreppet ersätter, liksom i LOU, det i direktivet använda begreppet offentlig-rättsliga organ. Bestämmelsen har i förhållande till LOU förenklats genom att de olika kategorierna av juridiska personer som räknats upp har ersatts av uttrycket juridiska personer. Någon ändring i sak är inte avsedd. Liksom enligt LOU kan begreppet offentligt styrt organ således omfatta t.ex. bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser.

Lagrådet har efterfrågat ett klagörande om det utöver hänvisningarna till stat, kommun och landsting behövs en hänvisning till upphandlande myndighet samt föreslagit att kommuner och landsting ersätts med regeringsformens terminologi kommuner på lokal och regional nivå.

Vad som avses med upphandlande myndighet framgår av 22 §. En sådan kan enligt den paragrafen vara ett offentligt styrt organ enligt denna paragraf. Det kan därför vara en juridisk person skild från stat, kommun och landsting. Regeringsformens terminologi innebär att det

inte längre i regeringsformen anges hur de olika kommuntyperna ska betecknas (se prop. 2009/10:80 s. 208 och 209). Bestämmelserna i paragrafen följer dock de beteckningar som framgår av kommunallagen (1991:900).

19 § Med *projektävling* avses en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande myndighet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag.

Paragrafen genomför artikel 2.1.21 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 14 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 28.

Om syftet med projektävlingen är att efter tävlingen tilldela ett tjänstekontrakt kan den utgöra en sådan åtgärd för att anskaffa en tjänst som avses i 2 §. Av direktivets definition framgår att en projektävling inte måste innefatta priser. En tävling som saknar ersättningar till deltagarna eller tävlingspriser och som inte heller syftar till att tilldela ett tjänstekontrakt faller utanför denna lags tillämpningsområde, se 18 kap. 1 §.

20 § Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

Paragrafen genomför artikel 33.1 andra stycket i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 15 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Definitionen har fått en något annorlunda utformning än i nuvarande lagstiftning. Ändringen är gjord i förtydligande syfte och någon ändring i sak är inte avsedd.

Det finns inte något uttryckligt skriftlighetskrav i direktivet när det gäller ramavtal. Det ligger dock i sakens natur att ramavtal är skriftliga.

21 § Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 9 §.

Paragrafen genomför artikel 2.1.9 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 18 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.4.

Paragrafen innehåller definitionen av tjänstekontrakt. Till skillnad från motsvarande paragraf i LOU innehåller definitionen inte några bestämmelser om hur ett kontrakt som avser både tjänster och varor eller byggtreprenader ska klassificeras. Det framgår i stället av 2 kap. 2 § vilka bestämmelser som ska tillämpas i en sådan situation.

22 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämställas

1. beslutande församling i en kommun eller ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 18 §, och
3. sammanslutning av
 - a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller
 - b) ett eller flera organ enligt 2.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 2.1.1 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 19 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen innehåller definitionen av upphandlande myndigheter. Definitionen överensstämmer i sak med den som finns i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 145 ff. och 306 f.).

Lagrådet har föreslagit att kommuner och landsting ersätts med regeringsformens terminologi kommuner på lokal och regional nivå. Regeringsformens terminologi innebär att det inte längre i regeringsformen anges hur de olika kommuntyperna ska betecknas (se prop. 2009/10:80 s. 208 och 209). Både kommuner och landsting benämns således i Regeringsformen som kommuner (dock på lokal och regional nivå). I kommunallagen (1991:900) används emellertid begreppen kommuner och landsting för att beteckna de olika kommuntyperna. Begreppen i paragrafen följer de beteckningar som framgår av kommunallagen, dvs. kommuner och landsting.

23 § Med *upphandlingsdokument* avses varje dokument som en upphandlande myndighet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 2.1.13 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 8 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.7.

I paragrafen definieras begreppet upphandlingsdokument. Begreppet är nytt och har införts som en samlande beteckning för de olika typer av dokument som en upphandlande myndighet tar fram eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i en upphandling. Begreppet omfattar enligt direktiven bl.a. annonser om upphandling, förhandsannonser, tekniska specifikationer, förslag till kontraktsvillkor och upplysningar om allmänt tillämpliga skyldigheter samt eventuella kompletterande dokument. Definitionen omfattar också vad som avses med begreppet förfrågningsunderlag som används i LOU och LUF, dvs. det underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör. Begreppet förfrågningsunderlag har dock helt utmönstrats ur direktiven och används därför inte heller i de nya lagarna.

24 § Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

Paragrafen genomför artikel 2.1.8 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 21 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.4.

Paragrafen innehåller definitionen av varukontrakt. I förtydligande syfte anges i bestämmelsen, i likhet med direktivet, att ett varukontrakt som ett underordnat inslag kan omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten. Av 2 kap. 2 § framgår vilka bestämmelser som ska tillämpas i en situation där ett kontrakt avser både varor och tjänster eller byggentreprenader.

2 kap. Blandad upphandling

Blandade kontrakt

1 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) som alla regleras i denna lag, eller

2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 2 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 3–12 §§.

Paragrafen genomför artikel 3.1 i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen, som införs på *Lagrådets* inrådan, har i huvudsak utformats i enlighet med Lagrådets förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.1

Första stycket förklarar vad som avses med ett blandat kontrakt. Det finns två olika typer av blandade kontrakt, dels sådana som avser flera slag av upphandling – dvs. varor, tjänster eller byggtreprenader som alla regleras i lagen – dels sådana som avser både upphandling som regleras i lagen och upphandling som inte gör det.

Andra stycket anger vilka av kapitlets bestämmelser som reglerar respektive typ av blandat kontrakt. De paragrafer bestämmelsen hänvisar till utgör ett slags lagvalsparagrafer som anger vilka regler eller vilket regelverk som blir tillämpligt på ett blandat kontrakt som till någon del regleras av lagen.

Blandade kontrakt som avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag

2 § Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag av upphandling som är huvudföremålet för kontraktet.

För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Paragrafen genomför artikel 3.2 i LOU-direktivet. Bestämmelsen i 2 § andra stycket motsvarar 1 kap. 2 § tredje stycket LOU och bestämmelserna i övrigt motsvarar närmast 2 kap. 18 § andra och tredje styckena samt 21 § andra stycket LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.2.

Av *första stycket* följer att den s.k. huvudsaksprincipen gäller för att avgöra vad som är kontraktets huvudföremål, och därmed vilka bestämmelser som ska tillämpas, när ett blandat kontrakt avser byggtreprenader och antingen varor eller tjänster. Detta kodifierar EU-domstolens praxis enligt vilken det huvudsakliga syftet med kontraktet är avgörande för vilka bestämmelser som är tillämpliga när ett kontrakt innehåller både inslag av byggtreprenad och av en annan typ av kontrakt (se t.ex. EU-domstolens dom kommissionen mot Tyskland, C-

Prop. 2015/16:195 536/07, EU:C:2009:664 och dom Auroux m.fl., C-220/05, EU:C:2007:31). Om en upphandlande myndighet exempelvis upphandlar en byggtrepenad i form av nyckelfärdiga kontorslokaler, med ingående leverans av varor i form av möbler och kontorsutrustning, bör kontraktet klassificeras som en byggtrepenad.

Ett tjänstekontrakt som avser fastighetsförvaltning kan också innefatta byggtrepenader i form av underhållsarbeten. Om dessa underhållsarbeten är av underordnad betydelse i förhållande till kontraktets huvudinnehåll och en följd av, eller ett komplement till detta, kan kontraktet inte klassificeras som ett byggtrepenadkontrakt (se skäl 8 i LOU-direktivet).

Om ett kontrakt som avser byggtrepenad i form av uppförande av byggnadsverk även innefattar hyra av lokalerna ska kontraktet behandlas som ett byggtrepenadkontrakt om det huvudsakliga syftet med kontraktet inte är hyresdelen utan att uppföra byggnaderna. Ett avtal som i huvudsak syftar till uppförandet av ett byggnadsverk som motsvarar de behov som den upphandlande myndigheten har angett är ett byggtrepenadkontrakt som inte omfattas av undantaget för hyra av fastighet (se EU-domstolens dom Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067).

En upphandlande myndighet kan stå inför situationen att den ska hyra en fastighet med befintliga lokaler, och i samband med det bygga om lokalerna för att anpassa dem för sin verksamhet. Detta är ett blandat kontrakt, en tjänst (hyreskontraktet) och en byggtrepenad. Båda delarna faller in under lagen – den ena delen (hyreskontraktet) är dock undantagen genom en uttrycklig undantagsbestämmelse. Kontraktet utgör en odelbar enhet eftersom delarna är beroende av varandra (jämför EU-domstolens analys i ovan nämnda mål C-536/07, p. 28). Frågan är vilken del av det blandade kontraktet som ska vara styrande – ska kontraktet undantas från upphandling, eller ska det upphandlas som ett byggtrepenadkontrakt? Om byggtrepenaden vid en helhetsbedömning av omständigheterna är av underordnad betydelse i förhållande till hyresdelen och en följd av, eller ett komplement till denna, och det huvudsakliga syftet med kontraktet är att hyra fastigheten kan kontraktet behandlas som ett hyreskontrakt. Om det huvudsakliga syftet med kontraktet däremot måste bedömas vara att utföra en byggtrepenad, ska kontraktet upphandlas i sin helhet.

Om ett blandat kontrakt består av både varor och tjänster ska enligt paragrafens *andra stycke* kontraktets huvudföremål bestämmas med tillämpning av den s.k. överviktsprincipen. Detta gäller även enligt paragrafens tredje stycke sådana blandade kontrakt som innehåller både sådana sociala tjänster eller andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2 – vilka endast omfattas av vissa bestämmelser i 19 kap – och andra tjänster som omfattas av hela lagens tillämpningsområde. Detta innebär att värdet av upphandlingen för varorna eller tjänsterna eller respektive tjänst blir avgörande för vilka delar av regelverket som ska tillämpas.

Blandade kontrakt med inslag av upphandling enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

3 § Om ett blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, avgör 2 kap. 11–27 §§ i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna vilka bestämmelser som ska tillämpas för kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 3.5 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Rubriken och paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.1 och 7.1.3.

Om ett kontrakt innehåller inslag av upphandling som regleras i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska en upphandlande enhet alltid utgå från bestämmelserna i den lagen om blandade kontrakt och om kontrakt som rör mer än en verksamhet. Beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan sedan prövningen enligt lagen om upphandling inom försörjningssektorerna av vilken lag som är tillämplig i och för sig utfalla i att det är bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling som ska tillämpas helt eller delvis för det som ska upphandlas. Så kan vara fallet om huvudföremålet i ett kontrakt som rör flera verksamheter hos en upphandlande enhet, som också är en upphandlande myndighet, regleras i lagen om offentlig upphandling. Innebörden av denna paragraf är alltså endast att prövningen ska ske med tillämpning av bestämmelserna i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Delbara och odelbara blandade kontrakt

4 § Ett delbart blandat kontrakt är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 5–11 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12 §.

Paragrafen genomför artikel 3.3 första stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Rubriken och paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.1.

När en upphandling avser ett blandat kontrakt måste den upphandlande myndigheten ta ställning till om kontraktet är delbart eller inte. Frågan får avgöras från fall till fall. Den upphandlande myndighetens uttryckliga eller underförstådda avsikt att ett avtal ska utgöra en odelbar enhet är inte avgörande. Bedömningen bör i stället grunda sig på sakliga skäl, t.ex. tekniska eller ekonomiska, som innebär att det är motiverat och nödvändigt att tilldela ett enda kontrakt. Ett exempel på en sådan situation är uppförandet av en byggnad, där en del kommer att användas av den upphandlande myndigheten i fråga och en annan del kommer att utgöra en koncession, exempelvis för att tillhandahålla parkeringsplatser till allmänheten (se skäl 11 i LOU-direktivet). Se angående bedömningen av om ett kontrakt är odelbart eller inte också EU-domstolens dom *Mehiläinen och Terveystalo Healthcare*, C-215/09, EU:C:2010:807.

5 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande myndigheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Paragrafen genomför artikel 3.4 första stycket första meningen samt artikel 16.1 och 16.2 första stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Rubriken har ändrats redaktionellt i förhållande till lagrådsremissens förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Paragrafen avser situationen att ett kontrakt innehåller särskiljbara delar och någon av dessa ska upphandlas enligt någon annan av upphandlingslagarna (lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen om upphandling av koncessioner eller LUFSS). Om någon del av ett delbart blandat kontrakt inte omfattas av något upphandlingsregelverk får den upphandlande myndigheten givetvis hantera den delen separat. Det står alltså alltid den upphandlande myndigheten fritt att dela upp ett delbart blandat kontrakt och tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten får också välja att tilldela ett enda kontrakt. I fråga om kontrakt som delvis avser försvar eller säkerhet gäller dock enligt 9–11 §§ särskilda krav för att tilldelning ska få ske utan tillämpning av denna lag.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

6 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 3.4 första stycket andra meningen samt artikel 16.2 andra stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Om den upphandlande myndigheten delar upp ett kontrakt i flera olika kontrakt ska frågan vilka regler som ska tillämpas för varje nytt kontrakt avgöras särskilt för varje kontrakt. Om ett separerat kontrakt regleras av en annan upphandlingslag, ska det tilldelas enligt den lagens bestämmelser.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

7 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 8–11 §§.

Paragrafen genomför artikel 3.4 andra stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Paragrafen innebär att den upphandlande myndigheten får välja att inte dela upp ett delbart blandat kontrakt som till någon del ska upphandlas enligt denna lag, om hela det blandade kontraktet upphandlas i enlighet med denna lags bestämmelser. Detta gäller, vilket anges särskilt i

direktivet, oberoende av värdet av de delar som annars skulle ha omfattats av andra rättsregler och oberoende av vilka rättsregler som de delarna annars skulle ha omfattats av (se också EU-domstolens dom kommissionen mot Italien, C-3/88, EU:C:1989:606, p. 17–19).

I 8 § regleras förhållandet till lagen om upphandling av koncessioner. Särskilda regler gäller vidare enligt 9–11 §§ om någon del av det delbara blandade kontraktet avser försvar eller säkerhet. De bestämmelserna innebär bl.a. att om ett delbart blandat kontrakt till någon del avser upphandling som faller in under artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSS, och om det finns såväl objektiva som subjektivt godtagbara skäl för det, får myndigheten välja att inte tilldela kontraktet med användning av bestämmelserna i denna lag. Om förutsättningarna enligt 9–11 §§ inte är uppfyllda, innebär denna paragraf dock att myndigheten alltid har möjlighet att tilldela ett enda kontrakt med tillämpning av denna lag. Av 5 och 6 §§ följer också att myndigheten alltid kan välja att dela upp ett delbart blandat kontrakt i separata kontrakt.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår koncessioner

8 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

Paragrafens första stycke genomför artikel 3.4 tredje stycket i LOU-direktivet. Andra stycket genomför inte någon artikel i direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3 (första stycket) och 7.3 (andra stycket).

Paragrafens *första stycke* innebär att ett blandat kontrakt ska upphandlas med tillämpning av denna lag om den upphandlande myndigheten vill tilldela ett enda kontrakt, och kontraktet innehåller någon del som ska upphandlas enligt denna lag samt någon del som avser koncessioner. Detta gäller oberoende värdet av den del som avser koncessioner. Bestämmelsen har ett nära samband med närmast föregående paragraf och kan sägas vara ett uttryck för principen att striktast möjliga regelverk ska tillämpas. Ett exempel på när bestämmelsen kan bli tillämplig är vid ett blandat kontrakt som dels avser nybeläggning av en motorväg till ett värde överstigande tillämpligt tröskelvärde för byggtreprenadkontrakt, dels en tjänstekoncession avseende driften av ett tullsystem på motorvägen. Om ett enda kontrakt tilldelas ska denna lag tillämpas, oberoende värdet av tjänstekoncessionen.

Att den kontraktssdel som regleras i denna lag är undantagen enligt lagen, innebär inte att det blandade kontraktet får undantas. Då ska kontraktet i stället upphandlas med tillämpning av lagen om upphandling av koncessioner (2 kap. 7 § lagen om upphandling av koncessioner).

Andra stycket anvisar bestämmelserna i 19 kap. för tilldelningen av sådana blandade kontrakt där inte någon del beräknas uppgå till tillämpligt tröskelvärde enligt denna lag eller lagen om upphandling av koncessioner.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

9 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 11 § första ledet, artikel 16.2 tredje stycket a och artikel 16.3 i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. I förhållande till lagrådsremissens förslag har rubriken ändrats. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Första meningen innebär att det inte finns någon skyldighet att tillämpa bestämmelserna i lagen, om upphandlingen innehåller någon del som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Detsamma gäller enligt *andra meningen* när det härutöver finns någon del som regleras i LUF.S. En grundläggande förutsättning för att bestämmelserna ska vara tillämpliga är att kraven enligt 11 § om att det ska finnas objektiva grunder för att tilldela ett enda kontrakt, måste vara uppfyllda. Ett exempel på fall då paragrafens första mening kan aktualiseras är om en upphandlande myndighet vill tilldela ett blandat kontrakt som avser inrättandet av en gemensam produktionsanläggning för avancerade, innovativa stridsvagnar och traktorer avsedda för civilt jordbruk. Ett sådant kontrakt torde kunna tilldelas utan upphandling under förutsättning att kraven i 12 § är uppfyllda, eftersom det delvis faller in under artikel 346 i EUF-fördraget.

10 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 11 § första ledet, artikel 16.2 tredje stycket b i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Lagrådet har dock inte föreslagit något andra stycke i paragrafen. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Första stycket speglar bestämmelsen i 1 kap. 4 § LUFSS, som innebär att LUFSS har företräde i den aktuella situationen. En upphandlande myndighet som ska upphandla ett kontrakt som till någon del faller in under LUFSS får alltså pröva frågan om kontraktet i dess helhet ska upphandlas med tillämpning av den lagens bestämmelser. En grundläggande förutsättning för paragrafens tillämpning är dock att kraven i 11 § om att det ska finnas objektiva grunder för att tilldela ett enda kontrakt är uppfyllda.

Andra stycket klargör att bestämmelserna i LUFSS ska vara styrande för det blandade kontraktet inte bara när de direktivstyrda bestämmelserna i LUFSS är tillämpliga utan också om den del av kontraktet som avser upphandling enligt LUFSS inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde enligt den lagen, eller är undantagen enligt den lagen. Tröskelvärdena i LUFSS är högre än motvarande tröskelvärden i denna lag. Om kontraktets värde inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde enligt LUFSS ska det blandade kontraktet inte tilldelas enligt de direktivstyrda bestämmelserna i LUFSS. Däremot blir de icke direktivstyrda bestämmelserna i LUFSS tillämpliga i ett sådant fall (1 kap. 2 § fjärde stycket LUFSS). Om den del av kontraktet som avser upphandling enligt LUFSS är undantagen enligt den lagen får hela det blandade kontraktet tilldelas utan tillämpning av några upphandlingsregler.

11 § Bestämmelserna i 9 och 10 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Paragrafen genomför, tillsammans med 9 och 10 §§, artikel 16.2 tredje stycket a och b samt artikel 16.2 fjärde stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

För att en upphandlande myndighet ska få tilldela det blandade kontraktet utan tillämpning av bestämmelserna i denna lag måste det enligt *första ledet* vara objektivt motiverat att tilldela kontraktet som ett enda kontrakt. Bedömningen av om det är motiverat ska göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan vara motiverat av såväl tekniska som ekonomiska skäl. *Andra ledet* innebär ett förbud mot att tilldela ett enda kontrakt om syftet med den valda åtgärden är att undgå skyldighet att upphandla enligt de direktivstyrda bestämmelserna i någon av lagarna.

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

12 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Paragrafen genomför artikel 3.6 och artikel 16.4 i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har delvis utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Paragrafen riktar in sig på situationen att ett blandat kontrakt består av olika delar som objektivt inte kan särskiljas. Bestämmelserna i det bakomliggande direktivet bygger på rättspraxis från EU-domstolen. Typiska fall där bestämmelserna aktualiseras torde vara vid mer komplexa affärshändelser. Sådana affärshändelser kan innehålla delar som av nödvändighet måste regleras i ett sammanhang men som faller in under olika regelsystem.

Första stycket reglerar kontrakt som saknar inslag av försvars- och säkerhetsaspekter. Bestämmelsen innebär att när avtalet är en odelbar enhet ska frågan om vilket regelverk som ska tillämpas avgöras med tillämpning av huvudsaksprincipen. Om den del av kontraktet som faller in under denna lag är kontraktets huvudföremål ska kontraktet i dess helhet upphandlas enligt denna lag (se t.ex. det i kommentaren till 2 kap. 4 § anmärkta avgörandet i mål C-215/09). Å andra sidan, om det huvudsakliga ändamålet med det odelbara blandade kontraktet är en icke upphandlingspliktig del talar praxis från EU-domstolen för att kontraktet i dess helhet kan undantas från upphandlingsskyldighet (se dom *Gestión Hotelera Internacional* mot *Comunidad Autónoma de Canarias* m.fl., C-331/92, EU:C:1994:155 och dom *Club Hotel Loutraki* m.fl., C-145/08 och C-149/08, EU:C:2010:247). I detta fall synes alltså de icke upphandlingspliktiga delarna kunna medföra att de delar som annars skulle ha upphandlats inte behöver upphandlas. Detta är ett område där det kan förväntas en rättsutveckling och möjligheten att göra undantag från upphandlingsskyldighet, som här är i fråga, ska enligt etablerad praxis från EU-domstolen tillämpas restriktivt. Den upphandlande myndigheten måste kunna visa att förutsättningarna för undantag är uppfyllda.

Andra stycket reglerar fallet att ett odelbart blandat kontrakt till någon del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSS. I dessa fall gäller inte huvudsaksprincipen och den upphandlande myndigheten är inte skyldig att tillämpa lagen om offentlig upphandling. I fall då artikel 346 i EUF-fördraget aktualiseras får kontraktet tilldelas utan upphandling. I det senare fallet får myndigheten välja att i stället tilldela kontraktet i enlighet med bestämmelserna i LUFSS. Om den del av kontraktet som avser LUFSS uttryckligen är undantagen från den lagen, kan hela kontraktet undantas från upphandling. En upphandlande myndighet kan alltid välja att upphandla kontraktet med tillämpning av denna lag, trots inslaget av försvar eller säkerhet.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling inom försörjningssektorerna

1 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projektävling som

1. omfattas av lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, eller

2. är undantagen enligt 3 kap. 4, 10 eller 24 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 §, artikel 7 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 3 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 8.1.

Vissa tjänster som är posttjänster närstående

2 § Denna lag gäller inte för en upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet som tillhandahåller posttjänster enligt 2 kap. 6 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, om kontraktet avser

1. adresshanteringstjänster, överföring av registrerad e-post, säker elektronisk överföring av kodade dokument eller liknande tjänster, om tjänsterna har anknytning till och utförs helt med elektroniska medel,

2. tjänster som avser postanvisningar, girobetalningar eller finansiella tjänster som omfattas av CPV-koderna 66100000-1 till 66720000-3, eller av 3 kap. 30 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,

3. filatelitjänster, eller

4. tjänster där fysisk leverans eller magasinering kombineras med andra tjänster som inte är posttjänster (logistiktjänster).

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 §, artikel 7 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Paragrafen undantar från lagens tillämpningsområde vissa kontrakt som tilldelas av en upphandlande myndighet som även tillhandahåller posttjänster. LUF omfattar när det gäller posttjänster bl.a. ett antal tjänster som är närstående posttjänster enligt en uppräknning i 2 kap. 13 § tredje stycket LUF. Tjänsterna är sådana att de har en särskild anknytning till posttjänster. Några av de tjänsterna – de som anges i andra, fjärde, femte och sjätte punkten – har emellertid undantagits från LUF-direktivets tillämpningsområde och därmed även från den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (se 2 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Det nu aktuella undantaget avser att säkerställa att det inte uppkommer någon skyldighet för en upphandlande enhet som tillhandahåller posttjänster och som också är en upphandlande myndighet att i stället upphandla kontrakt avseende sådana tjänster enligt denna lag.

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

3 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som

1. omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller

2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 15.1 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 3 a § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 8.1.

Paragrafen innebär ingen ändring av rättsläget. För sådana upphandlingar som på grund av sin karaktär omfattas av LUF, eller något av de angivna undantagen i den lagen, ska denna lag inte tillämpas. Bestämmelsen undantar förutom upphandlingar även projekttävlingar

Prop. 2015/16:195 som omfattas av LUFSS. Några bestämmelser som särskilt rör projektävlingar finns emellertid inte i LUFSS.

Artikel 15 i LOU-direktivet är införd under rubriken ”Särskilda situationer”. I artikeln anges att direktivet ska tillämpas vid tilldelning av offentliga kontrakt och anordnande av projektävlingar på försvars- och säkerhetsområdet med undantag för sådana kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för LUFSS-direktivet eller ska undantas från det direktivets tillämpning. Om en upphandling inte omfattas av LUFSS eller någon undantagsbestämmelse i den lagen ska alltså lagen om offentlig upphandling tillämpas. I likhet med bestämmelsen i 1 kap. 3 a § LOU anges inte det särskilt i paragrafen. Det följer av den föreslagna 1 kap. 2 § att lagen är tillämplig i sådana fall. Frågan om ett sådant kontrakt ändå ska undantas från upphandling, till följd av artikel 346 eller annan bestämmelse i EUF-fördraget eller till följd av undantagen i 4 eller 5 § eller annat undantag i denna lag, får avgöras från fall till fall.

4 § Även om en upphandling eller en projektävling inte är undantagen enligt 3 §, ska denna lag inte gälla för upphandlingen eller projektävlingen, om

1. skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen eller projektävlingen genomförs enligt denna lag, eller

2. en tillämpning av denna lag skulle kräva att en upphandlande myndighet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

Paragrafen genomför artikel 15.2 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.2.

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. En förutsättning för att ett kontrakt ska kunna undantas med stöd av *första punkten* är att det inte är möjligt att tillgodose behovet genom tillämpning av denna lag. Om det går att uppnå skyddet genom mindre ingripande åtgärder under upphandlingsförfarandet eller projektävlingen som t.ex. genom att ingå ett säkerhetsknyddsavtal med berörda leverantörer enligt säkerhetsknyddslagen (1996:627) eller lämna ut handlingar med förbehåll enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), får undantaget inte tillämpas. Om det således är möjligt att tillgodose behovet av skydd med sådana åtgärder ska kontraktet konkurrensutsättas genom upphandling. Punkten är, till skillnad från följande punkt, inte begränsad till att avse utlämnande av information. De väsentliga säkerhetsintressena kan alltså avse andra omständigheter, t.ex. den fysiska utformningen av lokaler där en tjänst ska utföras. *Andra punkten* tar sikte på utlämnande av information och innebär en koppling till artikel 346.1 a i EUF-fördraget.

Paragrafen kan aktualiseras i de fall en upphandling inte kan undantas genom tillämpning av undantaget för upphandlingar som omfattas av LUFSS. Paragrafen har karaktären av en säkerhetsventil och det är därför svårt att närmare ange i vilka fall den kan aktualiseras. En tänkbar situation kan vara vid anskaffning på försvarsområdet av materiel, som visserligen är avsedd för specifikt militära ändamål men som också har

en civil användning och som inte har utvecklats eller anpassats speciellt för militära syften. Ett avgörande från EU-domstolen talar för att sådan materiel inte kan anses vara militär utrustning i den mening som avses i LUFSS (dom *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, C-615/10, EU:C:2012:324). En sådan upphandling skulle alltså kunna falla utanför tillämpningsområdet för LUFSS och då är utgångspunkten att upphandlingen i stället ska genomföras enligt denna lag. Om det aktuella undantaget är tillämpligt eller inte får emellertid avgöras från fall till fall. Undantag ska tillämpas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som ska kunna visa att förutsättningarna för undantag är uppfyllda.

5 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av kontraktet eller projektävlingen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling eller en projektävling enligt denna lag.

Paragrafen genomför artikel 15.3 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 5 a § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.2.

Paragrafen möjliggör undantag för upphandlingar och projektävlingar på grund av sekretess eller Sveriges väsentliga intressen, vilket motsvarar regleringen i 1 kap. 5 a § LOU. Som anges i förarbetena till den paragrafen riktar bestämmelsen in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse, exempelvis upphandlingar som avser sådana säkerhets- eller bevakningsåtgärder som omfattas av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL (prop. 2010/11:150 del 1 s. 450). Möjligheten att göra undantag gäller även för projektävlingar. Den nya bestämmelsen i slutet av paragrafen innebär att undantag bara får göras om det inte är möjligt att garantera det skydd som behövs genom mindre ingripande åtgärder, t.ex. genom att ingå säkerhetsskyddsavtal eller lämna ut handlingar med sekretessförbehåll.

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst

6 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projektävling som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att

1. tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller
2. för allmänheten tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst.

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst har samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Paragrafen genomför artikel 8 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 4 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.4.

I LOU omfattar undantaget tillhandahållandet eller driften av publika telenät respektive tillhandahållandet av teletjänster. Undantaget har utökats och omfattar nu tillhandahållandet eller driften av allmänna kommunikationsnät respektive tillhandahållandet av elektroniska kommunikationstjänster. Terminologin har anpassats till det s.k. ramdirektivet (2002/21/EG). *Första stycket* innebär att en upphandlande myndighet inte är skyldig att upphandla kontrakt enligt denna lag när kontraktet syftar till att möjliggöra för myndigheten att bedriva sådan

Prop. 2015/16:195 verksamhet. I samma utsträckning är myndigheten inte heller skyldig att tillämpa bestämmelserna om projekttävlingar. Publika telenät och telenät omfattas således av undantaget. Bredbandsnät betraktas som telenät och torde alltså redan i dag anses som undantagna. Som allmänna kommunikationsnät anses också nät för överföring av tv- och radiosignaler samt nätverk för kabel-tv.

När det gäller betydelsen av begreppen allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst hänvisas i artikel 8 i LOU-direktivet till den betydelse begreppen har enligt ramdirektivet. Ramdirektivet har genomförts i svensk rätt genom lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, varför en hänvisning till den lagen görs i paragrafens *andra stycke*. Med elektronisk kommunikationstjänst avses enligt den lagen en tjänst som vanligen tillhandahålls mot ersättning och som helt eller huvudsakligen utgörs av överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät. Definitionen tydliggör att undantaget avser kontrakt som rör den elektroniska överföringen och inte innehållet i det som överförs. För anskaffning, utveckling och produktion m.m. av program och programmaterial finns ett särskilt undantag från upphandlingsskyldighet, se 20 §.

Upphandling enligt vissa internationella regler

7 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som berör försvars- eller säkerhetsintressen och som en upphandlande myndighet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna,
2. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som avser stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller
3. av en internationell organisation.

Paragrafen genomför artikel 17.1 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar, tillsammans med 8 §, 1 kap. 5 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.

Denna och nästföljande paragraf motsvarar i sak nuvarande reglering i LOU. Paragrafen rör sådan upphandling som berör försvars- och säkerhetsintressen. De grundläggande förutsättningarna för undantagets tillämplighet är samma som i 7 §. När det gäller sådana internationella avtal eller arrangemang som avses i *första punkten* föreskrivs dock inte att dessa ska medföra internationella skyldigheter. *Andra punkten* är specifik för avtal på försvars- och säkerhetsområdet.

Av artikel 17.1 andra stycket framgår att sådana avtal som avses i första punkten ska lämnas till kommissionen som får rådfråga den rådgivande kommittén för offentlig upphandling. Denna bestämmelse har inte genomförts i lagen.

8 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande myndighet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalslutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

Paragrafen genomför artikel 9.1 i LOU-direktivet och motsvarar, tillsammans med 7 §, 1 kap. 5 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.

Denna och den föregående paragrafen motsvarar i sak nuvarande reglering i LOU. Lydelsen av den inledande delen av paragrafen har ändrats något i syfte att lyfta fram de grundläggande förutsättningarna för undantaget. Det aktuella kontraktet måste, för att omfattas av undantaget, falla inom tillämpningsområdet för internationella regler enligt någon av punkterna 1 och 2. Dessa regler ska föreskriva ett upphandlingsförfarande som den upphandlande myndigheten är skyldig att följa. Det ska alltså röra sig om en reell normkonflikt. Om de förutsättningarna är uppfyllda ska lagen inte tillämpas.

De rättsliga instrument som avses i *första punkten* kan t.ex. vara internationella avtal. Avtalet ska medföra internationella skyldigheter. *Andra punkten* avser förfaranden som bestämts av internationella organisationer. Lagrådet har efterfrågat ett klargörande av begreppet internationell organisation. Det finns inte någon definition eller annan vägledning i direktivet angående vilka internationella organisationer som avses. Den brittiska ”Public Contract Regulations” från 2006 innehöll bestämmelser som genomförde 2004 års LOU-direktiv. Där fanns en nationell bestämmelse som angav att motsvarande undantag gällde för regler som fastställs av organisationer med endast stater som medlemmar (internationella organisationer), eller organisationer med endast stater eller internationella organisationer som medlemmar. En sådan tolkning innebär att exempelvis organisationer som FN och Världsbanken omfattas. Frågan om vilka internationella organisationer som avses får ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Av artikel 9.1 andra stycket i LOU-direktivet framgår att sådana rättsliga instrument som avses i paragrafens punkt 1 ska lämnas till kommissionen som får rådfråga den rådgivande kommitté för offentlig upphandling som avses i artikel 89. Denna bestämmelse har inte genomförts i lagen.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

9 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande myndighet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när upphandlingen eller projekttävlingen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om upphandlingen eller projekttävlingen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Paragrafen genomför artikel 9.2 och 17.2 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.5.

I paragrafen ges riktlinjer för vilka regler som ska eller, såvitt avser andra stycket, får tillämpas vid upphandlingar eller projekttävlingar när kontraktet eller projekttävlingen hel- eller delfinansieras av annat, internationellt organ utan att den upphandlande myndigheten, som fallet är i 7 §, är skyldig att följa de andra upphandlingsreglerna.

Första stycket avser situationen då den internationella organisationen eller det internationella finansinstitutet finansierar kontraktet i dess helhet. Då ska kontraktet undantas från lagens tillämpningsområde.

Om kontraktet eller projekttävlingen till största delen finansieras av det internationella organet följer av *andra stycket* att den upphandlande myndigheten måste komma överens med det internationella organet om vilka förfaranderegler som ska tillämpas. Om kontraktet till största delen finansieras av den upphandlande myndigheten följer motsatsvis av denna paragraf att kontraktet inte får undantas från lagens tillämpningsområde.

Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

10 § Denna lag gäller inte för ett tjänstekontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Paragrafen genomför artikel 11 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 7 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 8.6. Bestämmelsen innebär ingen ändring i sak och är utformad på samma sätt som nuvarande bestämmelse i LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 292).

Lagrådet har föreslagit att den upphandlande myndigheten som ska utföra tjänsten inte behöver handla i egenskap av upphandlande myndighet utan att det räcker att den är en myndighet. Enligt 1 kap. 22 § är upphandlande myndigheter emellertid inte bara de statliga och kommunala myndigheterna utan även vissa andra juridiska personer som inte är myndigheter. Dessa omfattas också av undantaget enligt denna paragraf.

Intern upphandling

11 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om upphandlingen är en intern upphandling enligt 12–16 §§.

Paragrafen genomför, tillsammans med 12–18 §§, artikel 12 i LOU-direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 10 a § LOU. Paragrafen har huvudsakligen utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Bestämmelserna om intern upphandling, 11–16 §§, och om upphandling mellan upphandlande myndigheter, 17 och 18 §§, innebär under vissa förutsättningar undantag från kravet på upphandling. Tillämpningen av undantagsbestämmelserna förutsätter att det föreligger vad som är att anse som ett kontrakt enligt 1 kap. 15 §. Om det inte rör

sig om ett sådant kontrakt, omfattas det över huvud taget inte av lagen. I sådana fall blir det alltså inte aktuellt att tillämpa undantagsbestämmelserna.

I paragrafen anges att undantagsbestämmelserna gäller upphandlingar mellan å ena sidan en upphandlande myndighet och å andra sidan en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900). Bestämmelsen har i denna del motsvarighet i 2 kap. 10 a § LOU. Det klargörs därvid att den kommunalrättsliga organisationsformen gemensam nämnd inte ska behandlas på något annat sätt än en juridisk person i denna paragrafs mening.

De paragrafer till vilka denna paragraf hänvisar innehåller dels bestämmelser om fyra olika situationer, dels närmare bestämmelser om hur kontroll- och verksamhetskriterierna bör bedömas.

Bestämmelserna som tar sikte på olika situationer beskrivs översiktligt enklast med begrepp som hämtas från årsredovisningslagen (1995:1554) som förebilder. Bestämmelserna kan sålunda sägas gälla kontrakt mellan koncernföretag – moderföretag, dotterföretag eller systerföretag – inom en och samma koncern. Den första bestämmelsen gäller anskaffningar som ett moderföretag gör från ett dotterföretag (12 §). Den andra bestämmelsen gäller också anskaffningar som ett moderföretag gör från ett dotterföretag men med den skillnaden att dotterföretaget kontrolleras av flera myndigheter gemensamt (13 §). Den tredje bestämmelsen gäller anskaffningar som ett dotterföretag gör från ett moderföretag (14 §). Den fjärde bestämmelsen gäller anskaffningar som ett dotterföretag gör från ett systerföretag (15 §). I 16 § finns bestämmelser om hur det s.k. verksamhetskriteriet ska bedömas.

12 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,
2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över, och
3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet ska anses utöva kontroll enligt första stycket 1 om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.

Paragrafen genomför artikel 12.1 i LOU-direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 10 a § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om intern upphandling mellan en upphandlande myndighet och en motpart som myndigheten kontrollerar. Med koncernföretagsbegrepp kan bestämmelsen sägas gälla upphandling som rör ett moderföretags (den upphandlande myndigheten) anskaffningar från ett dotterföretag (motparten).

I *första stycket 1* och *2* finns bestämmelser om kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet. Närmare bestämmelser om hur kontrollkriteriet ska bedömas finns i *andra stycket* och hur verksamhetskriteriet ska bedömas finns i 16 § (se kommentaren till den bestämmelsen). Lagrådet har

Prop. 2015/16:195 efterfrågat klagörande om den kontroll som avses i punkten 2 är densamma som i punkten 1. Det kan konstateras att direktivet inte uttryckligen tar ställning i den frågan. Det finns dock inget som pekar på att kontrollkriteriet i punkten 2 skulle vara något annat än i punkten 1.

Av *första stycket 3* framgår att ett direkt privat ägarintresse i motparten – eller med koncernföretagstermer, dotterföretaget – medför att upphandlingen inte kan betraktas som en intern upphandling. Ett sådant intresse innebär således att upphandlingen inte kan undantas från lagens tillämpning med stöd av 11 §.

I *andra stycket* finns de närmare bestämmelserna om hur kontrollkriteriet ska bedömas. Av stycket framgår att kontrollen som utövas av den kontrollerande myndigheten (moderföretaget) ska vara sådan att myndigheten har ett avgörande inflytande över de kontrollerade personernas (dotterföretagens) strategiska mål och viktiga beslut. Enligt dessa stycken behöver kontrollen inte utövas direkt utan den kan också utövas via en person som i sin tur kontrolleras av moderföretaget enligt det nyss sagda.

Vad som avses med avgörande inflytande över dotterföretagens strategiska mål och viktiga beslut får tolkas i ljuset av EU-domstolens praxis. Denna praxis sammanfattas av EU-domstolen i dom Econord, C-182/11 och C-183/11, EU:C:2012:758, p. 27.

Huruvida ordvalet ”avgörande inflytande”, som är ordagrant överfört från artikel 12.1 *andra stycket* i den svenska språkversionen av LOU-direktivet, innebär någon ändring i sak i förhållande till EU-domstolens praxis är inte klarlagt. I den ovan nämnda domen Econordanvänds i stället formuleringen ”bestämmande inflytande”. Även de franska och spanska språkversionerna av artikeln och domen uppvisar sådana skillnader. Å andra sidan visar sig inte några sådana skillnader vid en jämförelse mellan artikeln och domen enligt de engelska, tyska och danska språkversionerna. Som framgår av skäl 31 i LOU-direktivet ska tolkningen av artikelns bestämmelser dessutom vägledas av de principer som hittills har utvecklats av EU-domstolen. Sannantaget tycks ordvalet sålunda inte innebära någon ändring i sak i förhållande till EU-domstolens praxis. Detta får dock ytterst avgöras i rättstillämpningen.

13 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,

2. myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

Paragrafen genomför artikel 12.3 i LOU-direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 10 a § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om intern upphandling mellan en upphandlande myndighet och en motpart som myndigheten kontrollerar tillsammans med andra upphandlande myndigheter. Med koncernföretagsbegrepp kan denna bestämmelse liksom den i 12 § sägas gälla upphandling som rör ett moderföretags (den upphandlande myndigheten) anskaffningar från ett dotterföretag (motparten). Skillnaderna i förhållande till bestämmelsen i 12 § framgår av punkten 1.

Av *första stycket 1* framgår att kontrollen kan utövas av den upphandlande myndigheten tillsammans med andra myndigheter som är att anse som upphandlande myndigheter. Närmare bestämmelser om hur kontrollkriteriet ska bedömas finns i andra stycket och hur verksamhetskriteriet ska bedömas finns i 16 § (se kommentaren till den bestämmelsen).

Av *första stycket 3* framgår att ett direkt privat ägarintresse i motparten – eller med koncernföretagstermer, dotterföretaget – medför att upphandlingen inte kan betraktas som en intern upphandling. Ett sådant intresse innebär således att upphandlingen inte kan undantas från lagens tillämpning med stöd av 11 §.

I *andra stycket* finns särskilda bestämmelser som gäller bedömningen av kontrollkriteriet när kontrollen utövas gemensamt av flera myndigheter. Av dessa framgår att det är tre förutsättningar som ska vara uppfyllda för att de upphandlande myndigheterna ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses. Se vidare kommentaren till 12 § andra stycket.

En jämförelse med EU-domstolens praxis vad gäller sådana omständigheter som avses i *andra stycket 1 och 2* tyder på att undantaget för intern upphandling i denna del har fått en något snävare utformning i LOU-direktivet och enligt nämnda punkter än den som följer av praxis. Som undantaget har formulerats i EU-domstolens praxis synes representation i motpartens beslutsorgan inte utgöra en självständig förutsättning för undantagets tillämpning. Den självständiga förutsättningen tycks i stället vara att myndigheterna har möjlighet att ”utöva ett bestämmande inflytande i fråga om såväl bolagets strategiska mål som dess viktiga beslut” (se dom *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, p. 86). Vid bedömningen av om en sådan möjlighet finns kan dock självfallet representation i beslutsorganet vara en viktig omständighet att beakta. Av det som har uttalats i praxis kan emellertid inte slutsatsen dras att denna möjlighet uteslutande kan tillförsäkras myndigheterna genom representation i beslutsorganet. Det avgörande är i stället att förhållandena är sådana att de på ett eller annat sätt kan anses ge ägarna, dvs. myndigheterna, möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande i fråga om bolagets strategiska mål och dess viktiga beslut. Det får dock antas att myndigheterna oftast försäkras sig om denna möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande genom just representation i beslutsorganet. Den ovan beskrivna skillnaden mellan bestämmelserna i lagen och nuvarande praxis får alltså antas få en begränsad betydelse i praktiken. Huruvida lagfästandet av nu aktuella delar av Teckal-undantagen innebär

Prop. 2015/16:195 en förändring i sak och vilka konsekvenser det bör få i praktiken får dock ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Den tredje förutsättningen, som anges i *andra stycket 3*, bör läsas i ljuset av att verksamhetskriteriet medger att dotterföretaget i viss begränsad utsträckning vänder sig till andra aktörer än de kontrollerande myndigheterna för att exempelvis tillhandahålla tjänster. Mot bakgrund av EU-domstolens praxis (se bl.a. dom Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, p. 79 och 80) får denna förutsättning därvid antas syfta till att förhindra att den marknadsmässiga inriktningen blir sådan att de kontrollerande myndigheternas kontroll över dotterföretaget hotas. Det handlar om att den del av verksamheten som riktar sig till andra än de kontrollerande myndigheterna endast får utgöra ett komplement till dotterföretagets huvudverksamhet.

Beträffande den tredje förutsättningen, dvs. den som anges i *andra stycket 3*, kan anmärkas att varken artikeln i direktivet eller paragrafen innehåller någon motsvarande bestämmelse som gäller för upphandlingssituationerna som avses i 12 § *andra stycket*, 14 § *andra stycket* och 15 § *andra stycket*.

14 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 15 §, artikel 12.2 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om intern upphandling mellan en upphandlande myndighet och en motpart som kontrollerar myndigheten. Med koncernföretagsbegrepp kan bestämmelsen sägas gälla upphandling som rör ett dotterföretags (den upphandlande myndigheten) anskaffningar från moderföretaget (den kontrollerande motparten).

Av paragrafen framgår att bestämmelsen är tillämplig endast om moderföretaget (den kontrollerande motparten) är enda kontrollerande myndighet. Om kontrollen över dotterföretaget (den upphandlande myndigheten) utövas av moderföretaget tillsammans med andra myndigheter som är att anse som upphandlande myndigheter, så finns det alltså inte förutsättningar att med stöd av denna paragraf och 11 § undanta upphandlingen i fråga från lagens tillämpning. Det finns inte heller någon självständig bestämmelse som rör nu aktuell upphandlingssituation och som motsvarar den i 13 §.

I *första stycket 1* och *2* finns bestämmelser om kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet. Närmare bestämmelser om hur dessa kriterier ska bedömas finns i *andra stycket* och i 16 §.

Av *första stycket 3* framgår att ett direkt privat ägarintresse i motparten – eller med koncernföretagstermer, moderföretaget – medför att upphandlingen inte kan betraktas som en intern upphandling. Ett sådant intresse innebär således att upphandlingen inte kan undantas från lagens tillämpning med stöd av 11 §.

I *andra stycket* finns närmare bestämmelser om hur kontrollkriteriet ska bedömas, se kommentaren till 12 § *andra stycket*.

15 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens och motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

Paragrafen genomför, tillsammans med 14 §, artikel 12.2 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om intern upphandling mellan en upphandlande myndighet och en motpart som båda kontrolleras av en och samma person. Med koncernföretagsbegrepp kan bestämmelsen sägas gälla avtal som rör ett dotterföretags (den upphandlande myndigheten) anskaffningar från ett systerföretag (den kontrollerade motparten).

Av paragrafen framgår att bestämmelsen är tillämplig endast om moderföretaget (den kontrollerande personen) är enda kontrollerande myndighet. Om kontrollen över dotterföretaget (den upphandlande myndigheten) eller systerföretaget (motparten) utövas av moderföretaget tillsammans med andra myndigheter som är att anse som upphandlande myndigheter, finns det alltså inte förutsättningar att med stöd av denna paragraf och 11 § undanta avtalet i fråga från lagens tillämpning. Det finns inte heller någon självständig bestämmelse som rör nu aktuell avtalssituation och som motsvarar den i 13 §.

I *första stycket 1* och *2* finns bestämmelser om kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet. Närmare bestämmelser om hur dessa kriterier ska bedömas finns i *andra stycket* och i 16 §.

Av *första stycket 3* framgår att ett direkt privat ägarintresse i motparten – eller med koncernföretagstermer, systerföretaget – medför att avtalet inte kan betraktas som en intern upphandling. Ett sådant intresse innebär

Prop. 2015/16:195 således att kontraktet inte kan undantas från lagens tillämpning med stöd av 11 §.

I *andra stycket* finns närmare bestämmelser om hur kontrollkriteriet ska bedömas, se kommentaren till 12 § andra stycket.

16 § Verksamhetsandelen enligt 12 § första stycket 2, 13 § första stycket 2, 14 § första stycket 2 och 15 § första stycket 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför, tillsammans med 18 §, artikel 12.5 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen innehåller närmare bestämmelser om hur verksamhetskriteriet ska bedömas vid de fyra olika avtalssituationer som regleras i 12–15 §§.

I *första stycket* anges hur verksamhetskriteriet ska bedömas i första hand. Av bestämmelsen i första stycket framgår att bedömningen ska grunda sig på ett lämpligt verksamhetsbaserat mått och att detta mått ska avse de tre år som föregår kontraktet. I stycket anges ett sådant mått särskilt, nämligen omsättning. Vidare är formuleringen ”de tre år som föregår kontraktet” närmast ordagrant överförd från artikel 12.5 i LOU-direktivet. Detta är en skillnad i förhållande till hur utredningen föreslår att artikeln ska genomföras. I utredningens lagförslag anges endast att det ska röra sig om ”tre föregående år”. *Lagrådet* har föreslagit att de tre åren ska räknas från det att upphandlingen påbörjas. Oaktat att någon egentlig upphandlingsprocess inte behöver genomföras om undantaget är tillämpligt, skulle en sådan tolkning även innebära en förskjutning av tidpunkten i förhållande till direktivtexten och medföra tolknings-svårigheter. Mot bakgrund av artikelns ordalydelse, och då något avtal inte behöver ingås om undantaget är tillämpligt, bör tidsperioden som avses vara de tre närmast föregående åren före det att den interna tilldelningen genomfördes. Detta kommer också till uttryck i den formulering som nu finns i paragrafens första stycke.

När det gäller alternativet, annat lämpligt verksamhetsbaserat mått, anges i artikeln ett exempel på ett sådant mått. Detta är ”kostnader som uppstått hos den berörda juridiska personen eller upphandlande myndigheten i fråga om tjänster, varor och byggtreprenader”. Då ordvalet ”såsom” i artikel 12.5 första stycket i LOU-direktivet tyder på att detta mått endast är ett exempel på ett verksamhetsbaserat mått, nämns inte det särskilt i paragrafen. Både artikeln och paragrafen förutsätter alltså att kostnader av ovan angivet slag men även andra mått kan vara lämpliga verksamhetsbaserade mått.

Det i stycket ovan sagda ger uttryck för synsättet att vad som är ett lämpligt verksamhetsbaserat mått varierar från fall till fall. Detta ligger också väl i linje med det EU-domstolen hittills har uttalat beträffande

verksamhetskriteriet. Av domstolens praxis framgår att såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter ska beaktas när verksamhetskriteriet bedöms (se dom Carbotermo och Consorzio Alisei, C-340/04, EU:C:2006:308, p. 64). Detta framgår även av paragrafens andra stycke. Samtidigt är det tydligt att EU-lagstiftaren funnit skäl att i artikel 12.5 första stycket i LOU-direktivet framhålla verksamhetsbaserade mått av kvantitativ karaktär. Då detta bör avspeglas i den svenska lagstiftningen, erinras det inte särskilt i paragrafens första stycke om att det kan röra sig om både kvantitativa och kvalitativa verksamhetsbaserade mått.

Av *andra stycket* följer att verksamhetskriteriet kan bedömas med ledning av uppgifter som avser en kortare tidsperiod än den som anges i första stycket. Det framgår även att andra uppgifter kan läggas till grund för bedömningen för det fall de uppgifter som avses i första stycket saknar relevans.

Orsakerna till att uppgifter som avses i paragrafens första stycke inte är tillgängliga eller saknar relevans kan variera. I artikel 12.5 andra stycket i LOU-direktivet finns en uppräkningslista av sådana orsaker. Av uppräkningslistan framgår att uppgifterna inte ska vara tillgängliga eller relevanta ”på grund av tidpunkten för den berörda juridiska personens eller upphandlande myndighetens etablering eller inledandet av verksamheten eller en omorganisation av dess verksamheter”. Det uppräkningslistan får antas syfta till är att förhindra att huvudregeln enligt första stycket inte tillämpas på grund av illegitima skäl. Det ligger dock i sakens natur att sådana skäl inte medger undantag från huvudregeln enligt första stycket. Detta behöver inte särskilt anges i paragrafens andra stycke. Någon uppräkningslista som motsvarar den i artikeln finns därför inte i paragrafens andra stycke.

Vidare anges i artikeltexten att verksamhetsmättet ska vara trovärdigt och att detta kan påvisas särskilt genom prognoser. Att verksamhetsmättet ska vara trovärdigt ligger också i sakens natur och behöver inte anges särskilt i lagtexten. Det finns därmed inte heller någon anledning att i lagtexten framhålla prognoser som särskilt medel för att visa att måttet är trovärdigt.

Med hänsyn till att artikel 12.5 i LOU-direktivet medger att såväl kvalitativa som kvantitativa omständigheter beaktas när verksamhetskriteriet bedöms, finns det anledning att erinra om detta i andra stycket. Att det anges i paragrafens andra stycke men inte i artikeln, att verksamhetsmättet kan vara kvantitativt eller kvalitativt innebär alltså ingen ändring i sak. Det som anges i paragrafens andra stycke följer av EU-domstolens praxis och bör betraktas som ett förtydligande av regleringen.

Begreppen ”verksamhetsbaserat mått” och ”verksamhetsmått” i första och andra styckena är ordgrant överförda från artikeltexten. Varken av artikeltexten eller av skälen i direktiven framgår att det skulle vara någon skillnad avsedd mellan de båda begreppen. De får i stället antas vara synonyma.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

17 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,
2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och
3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Paragrafen genomför artikel 12.4 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen innehåller bestämmelser som undantar kontrakt mellan två eller flera upphandlande myndigheter från kravet på upphandling. För att ett kontrakt ska kunna undantas från kravet på upphandling med stöd av paragrafen krävs att samtliga tre förutsättningar i punkterna 1–3 är uppfyllda.

Tillämpningen av paragrafen förutsätter inte att någon av parterna utövar en kontroll över någon av de andra parterna som motsvarar den som utövas över den egna förvaltningen. Bestämmelsen innehåller således inte något kontrollkriterium i den mening som avses i 12–15 §§. Den tillåter med andra ord att undantag görs från kravet på upphandling trots att det inte föreligger någon sådan kontroll som utgör en av förutsättningarna för att undantag ska kunna göras för interna kontrakt.

Av *punkten 1* framgår att kontraktet mellan de upphandlande myndigheterna ska upprätta eller reglera formerna för ett samarbete dem emellan. Det upphandlingen ska ta sikte på enligt punkten – upprätta eller reglera formerna för ett samarbete – medger således bl.a. att en myndighet så att säga kan ansluta sig i efterhand till ett redan existerande samarbete mellan andra myndigheter. Detta följer av att ett av alternativen är att det ska reglera formerna för ett samarbete.

Med ordvalet offentliga tjänster i punkten 1 tydliggörs att kontrakten ska avse tillhandahållande av tjänster och att det ska röra sig om offentliga sådana. Begreppet offentliga tjänster är ordagrant överfört från artikel 12.4 a i LOU-direktivet. Det får antas motsvara begreppen allmännyttiga tjänster och allmännyttiga uppdrag som används i EU-domstolens praxis (se dom kommissionen mot Tyskland [Hamburg], C-480/06, EU:C:2009:357, och dom Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. [Lecce], C-159/11, EU:C:2012:817). Trots den ledning som ges genom nämnda praxis, är det svårtolkat vad dessa begrepp närmare innebär.

Det EU-domstolen uttalat (se Hamburg, p. 37, och Lecce, p. 37) tyder på att begreppen allmännyttiga tjänster och allmännyttiga uppdrag och därmed även begreppet offentliga tjänster ska tolkas restriktivt. Det ska röra sig om tjänster som kan härledas till ett offentlighetsrättsligt åliggande för en myndighet att tillhandahålla desamma eller att åtminstone tillse att så sker. Av detta följer att enbart administrativa tjänster inte kan anses vara offentliga tjänster i paragrafens mening. En upphandling som enbart avser exempelvis ekonomitjänster kan således inte anses gälla offentliga tjänster. En indikation på att en tjänst inte är att anse som en offentlig tjänst kan vidare vara att upphandlingen i betydande mån gäller tjänster

som typiskt sett tillhandhålls av andra aktörer än myndigheter. Den närmare gränsdragningen mellan vad som är en offentlig tjänst och annan tjänst får dock ytterst avgöras i rättstillämpningen.

Att de offentliga tjänster som myndigheterna ska tillhandahålla görs med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål, innebär att samtliga parter ska tillhandahålla tjänsterna på grund av sådana åligganden som angetts i stycket ovan. Rör det sig inte om en offentlig tjänst som är gemensam för myndigheterna som är parter i kontraktet, kan undantaget således inte tillämpas (se Lecce, p. 37).

Det som anges i *punkten 2* innebär att det inte får finnas några privata intressen i de upphandlande myndigheter som är parter i kontraktet. Syftet med bestämmelsen är att förhindra att privata företag på något sätt gynnas av kontraktet (jfr Lecce, p. 38).

Av *punkten 3* framgår att de offentliga tjänsterna i fråga kan tillhandhållas av de myndigheter som är parter i kontraktet på den privata marknaden. Detta förutsätter dock att den verksamhet som motsvarar de offentliga tjänsterna understiger 20 procent av dessa tjänster. Som bestämmelsen är formulerad, ska denna bedömning av verksamhetsandelen göras på samma sätt som om det hade rört sig om tjänster som tillhandahålls av en och samma myndighet. Så länge tjänsterna som tillhandahålls på den privata marknaden understiger verksamhetsandelen på 20 procent är det alltså helt upp till de myndigheter som är parter i kontraktet att fördela denna andel sinsemellan. Närmare bestämmelser om hur detta verksamhetskriterium ska bedömas finns i 18 § (se kommentaren till den bestämmelsen).

18 § Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför, tillsammans med 16 §, artikel 12.5 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Grunderna för hur verksamhetsandelen ska bestämmas i de fall som regleras i 17 § överensstämmer med de grunder som enligt 16 § gäller när verksamhetsandelen ska bestämmas vid interna upphandlingar enligt 12–16 §§, se kommentaren till den sistnämnda bestämmelsen.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

19 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Paragrafen genomför artikel 10 a i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 6 § första stycket 1 samt andra stycket LOU. Andra stycket har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.1.

Första stycket beskriver närmare omfattningen av undantaget. Bestämmelsen motsvarar i huvudsak nuvarande reglering i 1 kap. 6 § första stycket 1 LOU. Enligt LOU gäller dock lagen för upphandling av finansiella tjänster med anledning av sådana kontrakt som avses med undantaget. Någon sådan inskränkning av undantaget görs inte längre.

Paragrafens *andra stycke* är förutom redaktionella ändringar överensstämmande med 1 kap. 6 § andra stycket LOU. Regleringen är föranledd av att även byggnader på annans mark enligt jordabalken bör anses som fastighet samt att även tillbehör till sådan byggnad som avses i 2 kap. 2 och 3 § jordabalken bör utgöra fastighet i detta sammanhang. I artikel 10 a i LOU-direktivet används uttrycket befintliga byggnader, vilket syftar till att klargöra att undantaget inte omfattar byggtreprenadkontrakt (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 290 f.). EU-domstolen fann i dom *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, att ett avtal som hade som huvudsakligt syfte att ett byggnadsverk skulle uppföras, vilket byggnadsverk motsvarade de behov som den upphandlande myndigheten har angett, var ett byggtreprenadkontrakt. Avtalet omfattades inte av hyresundantaget trots att det innehöll en utfästelse om att hyra ut byggnadsverket.

Radio- och tv-området

20 § Denna lag gäller inte för upphandling

1. som ska genomföras av en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster, eller

2. som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som ska tillhandahållas av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Paragrafen genomför artikel 10 b i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 6 § första stycket 2 LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.2.

I *första stycket 1* undantas upphandlingar som tilldelas av en upphandlande myndighet, som är en leverantör av medietjänster, när kontrakten avser bl.a. anskaffning och produktion av programmaterial. Undantaget avser alla förberedande tjänster, t.ex. manusskrivning eller artistuppträdanden som behövs för att genomföra programmet. Undantaget ska dock inte tillämpas när det gäller tillhandahållandet av den tekniska utrustning som behövs för produktion, samproduktion eller utsändning av program. Undantaget är bara relevant för sådana leverantörer av medietjänster som är upphandlande myndigheter. Sådana

leverantörer av medietjänster som inte är upphandlande myndigheter omfattas inte av upphandlingsskyldighet.

I *första stycket 2* undantas upphandlingar som gäller sändningstid eller program som en upphandlande myndighet tilldelar en leverantör av medietjänster. Undantaget riktar alltså in sig på situationen att en upphandlande myndighet vänder sig till en leverantör av medietjänster – som kan vara såväl offentlig som privaträttslig – och anskaffar sändningstid eller program. Om exempelvis Sveriges riksdag vill TV-sända sina debatter, kan kontraktet avseende sändningstid tilldelas utan upphandling.

I paragrafens *andra stycke* hänvisas till radio- och tv-lagen när det gäller betydelsen av begreppet leverantör av medietjänster. Begreppet definieras där som den som har det redaktionella ansvaret för valet av innehåll i en ljudradio- eller tv-sändning, beställ-tv eller sökbar text-tv, och avgör hur innehållet struktureras (3 kap. 1 § 6). Dessa medietjänster omfattas av undantaget.

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

21 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Paragrafen genomför artikel 10 c i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 6 § första stycket 3 LOU. Uttrycket ”kontrakt” har på *Lagrådets* inrådan ersatts med ”upphandling”. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.3.

Vissa juridiska tjänster

22 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,
2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller
3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

Paragrafen genomför LOU-direktivets artikel 10 d i och ii och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.3.

Paragrafens *första stycke* undantar kontrakt som avser biträde till en klient av en advokat i de rättsliga förfaranden som anges i punktform. Att kontraktet ska avse biträde till en klient innebär att undantaget omfattar sådan advokathjälp som myndigheten anskaffar för såväl sin egen som för någon annans, t.ex. en anställds, räkning. Undantaget omfattar också det fallet att en upphandlande myndighet förordnar en advokat som ett juridiskt biträde till någon enskild i ett ärende hos myndigheten.

När det gäller beteckningen advokat hänvisas i direktivet till artikel 1 i rådets direktiv 77/249/EEG av den 22 mars 1977 om underlättande för advokater att effektivt begagna sig av friheten att tillhandahålla tjänster, i

dess lydelse enligt rådets direktiv 2006/100/EG. Med beteckningen avses därför, för svenskt vidkommande, varje person som har rätt att utöva sin yrkesmässiga verksamhet just under beteckningen advokat. För att undantaget ska vara tillämpligt krävs alltså att kontraktet ingås med en advokat. Om den kontraktstecknande advokaten äger rätt att sätta någon annan i sitt ställe när tjänsten väl ska utföras är en särskild fråga som får lösas mellan de berörda och i enlighet med de bestämmelser som är tillämpliga för det rättsliga förfarandet samt sedvanlig fullmaktslära.

Enligt *andra stycket* gäller undantaget också för juridisk rådgivning inför något av de rättsliga förfaranden som räknas upp i första stycket. För att undantaget ska aktualiseras måste det finnas en tydlig koppling mellan den rådgivning som ges och ett förestående rättsligt förfarande. Även när det gäller rådgivning inför ett förfarande ska kontraktet ingås med en advokat för att undantaget ska kunna tillämpas.

23 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. tjänster som avser certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,
2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,
3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Paragrafen genomför LOU-direktivets artikel 10 d iii–v och saknar motsvarighet i LOU. Uttrycket ”kontrakt” har på *Lagrådets* inrådan ersatts med ”upphandling”. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.3.

Första punkten avser situationen att en upphandlande myndighet är skyldig att använda sig av notarius publicus tjänster beträffande certifiering och verifiering av dokument. Det är då inte nödvändigt att den upphandlande myndigheten upphandlar den tjänsten. Undantaget har begränsad betydelse i Sverige.

Andra punkten undantar förordnanden av uppdragstagare i form av förmyndare, förvaltare och god man. Förutom företrädare enligt föräldrabalken omfattas även uppdragstagare på andra områden, exempelvis gode män som utses enligt lagen (1904:48) om samäganderätt eller lagen (2005:429) om god man för ensamkommande barn. Till skillnad från tredje punkten måste inte en ställföreträdare enligt andra punkten vara utsedd av domstol.

Innebörden av *tredje punktens första led* är att någon upphandling inte behöver göras när en domstol utser någon att tillhandahålla juridiska tjänster. Det kan röra sig om förordnanden av offentliga biträden och offentliga försvarare eller förordnanden av konkursförvaltare och likvidatorer. Andra exempel är att allmän förvaltningsdomstol förordnar en sakkunnig i mål om psykiatrisk tvångsvård eller att allmän domstol förordnar en medlare i ett mål om vårdnad eller umgänge. Att tjänsten ska vara juridisk innebär att t.ex. rena tolktjänster inte omfattas av undantaget. Som domstol räknas i detta sammanhang också sådana domstolsliknande organ som till sin funktion är att jämställas med det europeiska institutet tribunal, t.ex. hyresnämnder och Statens va-nämnd. I *tredje punktens andra led* undantas även sådana juridiska tjänster där utövaren inte nödvändigtvis har utsetts av domstol, men fullgör sitt

uppdrag under överinseende av domstol från lagens tillämpningsområde. Undantaget i denna del torde ha begränsad tillämpning.

Även enligt *fjärde punkten* krävs för undantag att tjänsterna är juridiska. Härutöver ska tjänsterna vara förenade med offentlig maktutövning. Undantaget knyter an till artikel 51 i EUF-fördraget. Tjänsterna ska i sig ha inslag som gör att de kan sägas vara förenade med offentlig maktutövning. Det är alltså inte tillräckligt att tjänsterna kommer till användning i en verksamhet som har sådan inriktning hos den upphandlande myndigheten. EU-domstolen har i ett avgörande angående etableringsfrihet bl.a. uttalat att advokatyrkets mest typiska verksamhetsformer, såsom juridisk rådgivning och juridiskt biträde eller företrädande och försvar av parter inför domstol, inte kan anses vara förenade med offentlig maktutövning. Utövandet av dessa former av verksamhet berör inte den dömande myndighetens bedömning eller det fria utövandet av rättskipningsbefogenheten (dom Reyners mot Belgiska staten, C-2/74, EU:C:1974:68). Uttalandena talar för att det aktuella undantaget inte kan tillämpas om en upphandlande myndighet vill förordna ett juridiskt biträde åt någon enskild person i ett pågående ärende hos myndigheten, även om ärendet i sig avser myndighetsutövning. Om den som myndigheten förordnar är advokat kan dock undantaget för kontrakt som avser biträde av advokat i rättsliga förfaranden vara tillämpligt.

Vissa finansiella tjänster

24 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,

2. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster som utförs av en centralbank,

3. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller

4. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Paragrafen genomför artikel 10 e och f i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 6 § första stycket 4 och 7 LOU. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.4. *Lagrådet* har ansett att begreppet finansiella tjänster i punkt 1 bör belysas. Vad som omfattas av begreppet bestäms av CPV-nomenklaturen enligt 4 kap. 19 §, närmare bestämt huvudgrupp 6000000-0 finans- och försäkringstjänster med tillhörande grupper och undergrupper. Vidare har *Lagrådet* ansett att skillnaden mellan förvaltning av statsskulden och tjänster som utförs av en centralbank i punkt 2 bör förklaras. I Sverige ligger skillnaden i att statsskulden förvaltas av Riksgäldskontoret.

Anställningskontrakt

25 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser anställningar.

Paragrafen genomför artikel 10 g i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 6 § första stycket 5 LOU. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.5.

26 § Denna lag gäller inte för upphandling av tjänster som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar, och

2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Paragrafen genomför artikel 10 h i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.6.

De CPV-koder som paragrafen hänvisar till härrör från Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Förordningen, som är direkt tillämplig för upphandlande myndigheter, innehåller ett klassificeringssystem för standardisering av de referenser som används av myndigheterna för att beskriva det som ska upphandlas. Koderna återfinns i en bilaga till förordningen. Av 4 kap. 19 § framgår också att alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för offentlig upphandling ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i förordningen.

Politiska kampanjer

27 § Denna lag gäller inte för upphandling av tjänster som avser politiska kampanjer och som omfattas av CPV-koderna 79341400-0, 92111230-3 eller 92111240-6, om de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj.

Paragrafen genomför artikel 10 j i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.7.

De CPV-koder som paragrafen hänvisar till härrör från Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008, se även kommentaren till 26 §.

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för offentlig upphandling

1 § Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Paragrafen genomför artikel 18.1 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 9 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 9.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om de grundläggande principer som återfinns i skäl 1 och i artikel 18.1 första stycket i LOU-direktivet.

Principerna härrör från EUF-fördragets principer, framförallt från de om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. Den närmare tillämpningen av principerna framgår av EU-domstolens praxis. I förarbetena till 1 kap. 9 § LOU finns en redogörelse av relevant praxis från domstolen (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 154–156). Ytterligare avgöranden som kan nämnas utöver de som anges i nämnda förarbeten är dom Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731 (se p. 39, 45 och 48), dom CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807 (se p. 37–42), och dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, (se p. 25).

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Paragrafen genomför artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 9.1.

I paragrafen anges att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde. Det anges vidare att upphandlingen inte heller får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Även om bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU, så följer det som anges i paragrafen redan i dag av en tillämpning av 1 kap. 9 § LOU. Bestämmelsen är avsedd som ett förtydligande av den allmänna regeln i 4 kap. 1 §.

Ordet konstgjort i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet saknar motsvarighet i paragrafen. Med den utformning bestämmelsen har enligt paragrafen är ordet överflödigt. Det som avses med konstgjort enligt artikeln framgår direkt av paragrafens formulering i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

3 § En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Paragrafen genomför delvis artikel 18.2 i LOU-direktivet och motsvarar i huvudsak 1 kap. 9 a § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.

I förhållande till tidigare reglering framgår uttryckligen att arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas.

Rätten att få delta i en offentlig upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

När det gäller tjänstekontrakt, byggentreprenadkontrakt eller sådant varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, får en juridisk person åläggas att i anbudet eller

Prop. 2015/16:195 anbudsansökan uppge namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

Paragrafen genomför artikel 19.1 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 10 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.

Paragrafen överensstämmer med nuvarande bestämmelse i LOU förutom att den berättigade benämns leverantör i stället för anbudssökande eller anbudsgivare. Den nya lydelsen följer av det nya direktivet men innebär inte någon ändring i sak. I *andra stycket* används vidare, i överensstämmelse med direktivets lydelse, ordet åläggas i stället för som i LOU ordet uppmannas. Bestämmelsen innebär att ett krav på att alla som ska delta i upphandlingen ska vara fysiska eller att alla ska vara juridiska personer inte är tillåtet (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 294).

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

Myndigheten får ange i något av upphandlingsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning enligt 14 kap. 3 och 4 §§ eller teknisk kunskap och yrkeskunskap enligt 14 kap. 5 § om det är berättigat av objektiva skäl.

Myndigheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra kontraktet om det är berättigat av objektiva skäl.

Paragrafen genomför artikel 19.2 och 19.3 i LOU-direktivet och motsvarar 1 kap. 11 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.

Första stycket överensstämmer i sak med nuvarande bestämmelse i LOU. Myndigheten får begära att en grupp ska ha en viss form när den blivit tilldelad kontraktet. Detta innebär inte att gruppen måste anta den speciella formen innan tilldelningsbeslutet. I direktivet uttrycks att en myndighet får kräva att en grupp av leverantörer ska anta en viss form när den blivit tilldelad kontraktet.

Andra stycket är nytt. En upphandlande myndighet får inte ställa upp andra krav för grupper av leverantörer än de som gäller för enskilda deltagare. Myndigheten kan emellertid vid behov klargöra i något av upphandlingsdokumenten hur gruppen ska uppfylla kraven, t.ex. i avseende på teknisk kunskap eller yrkeskunskap. Beroende på omständigheterna kan den upphandlande myndigheten t.ex. finna det nödvändigt att klargöra att vissa åberopade nyckelpersoner måste komma från en och samma leverantör. Det måste finnas objektivt godtagbara skäl för att göra det. Den upphandlande myndigheten får alltså inte uppställa sådana klargöranden slentrianmässigt, utan det måste vara motiverat av omständigheterna i det enskilda fallet. I direktivet framhålls också att åtgärden ska vara proportionell. Detta följer redan av de allmänna principerna för upphandling och har därför inte angetts särskilt i paragrafen. Åtgärden får inte vara onödigt begränsande för exempelvis små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingen.

Av tredje stycket följer att en upphandlande myndighet får ställa upp villkor för fullgörande av kontraktet som särskilt avser grupper av leverantörer. I direktivet uttrycks detta med att myndigheten får ställa upp villkor som skiljer sig från de som gäller för enskilda deltagare. Det kan t.ex. vara nödvändigt för den upphandlande myndigheten att slå fast ansvarsfördelningen mellan de leverantörer som ingår i gruppen gentemot den upphandlande myndigheten. Åtgärden att uppställa särskilda villkor måste vara motiverad av objektiva skäl och villkoren ska vara proportionella.

Begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud

6 § När en upphandlande myndighet använder ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, en konkurrenspräglad dialog eller ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får den begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud.

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse ange

1. de kriterier och regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande som ska få lämna anbud, och
2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att få lämna anbud och, i förekommande fall, det högsta antal som kommer att bjudas in.

7 § En upphandlande myndighet ska bjuda in åtminstone så många anbudssökande som angetts i annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse. Om antalet anbudssökande som uppfyller de angivna kriterierna är lägre än det angivna lägsta antalet, får den upphandlande myndigheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in de kvalificerade anbudssökande som har begärt att få delta.

Antalet som bjuds in ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås. Vid selektivt förfarande får antalet inte vara mindre än fem. Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får antalet inte vara mindre än tre.

Paragraferna genomför artikel 65 samt artikel 28.2 andra meningen, artikel 29.2 andra meningen, artikel 30.1 tredje stycket andra meningen och artikel 31.1 fjärde stycket tredje meningen i LOU-direktivet och motsvarar 11 kap. 3–5 §§ LOU. Paragraferna har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.3.

Paragraferna innehåller bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande. En skillnad mot bestämmelserna i LOU är att det nya förfarande för inrättande av innovationspartnerskap finns med som ett av de upphandlingsförfaranden enligt vilka antalet anbudssökande kan begränsas.

I 7 § *andra stycket* anges vilka specifika bestämmelser för begränsning av antalet anbudssökande som gäller vid ett selektivt förfarande, respektive förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

8 § Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om

Prop. 2015/16:195 vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget.

En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.

Paragrafen genomför del av artikel 41 andra stycket i LOU-direktivet samt tredje stycket i samma artikel. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Bestämmelsen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.

Paragrafen är ett utflöde av principen om likabehandling och ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. Det innebär att samtliga anbudssökande eller anbudsgivare ska få del av samma upplysningar som den leverantör som deltagit i förberedelserna. Följderna av att en leverantör deltagit i förberedelserna av en upphandling kan bli att leverantören utesluts från att delta i upphandlingen. Detta regleras i 13 kap. 3 § 7 p som anger att en leverantör får uteslutas på grund av sådant tidigare deltagande som avses i denna bestämmelse.

Andra stycket är en erinran om uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § 7 p och det tydliggörs i vilken utsträckning en anbudssökande eller anbudsgivare som har varit involverad i förberedelserna av ett upphandlingsförfarande, kan delta i det förfarandet. En sådan anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas först om det inte är möjligt att upprätthålla principen om likabehandling på något annat sätt och först efter att den fått möjlighet att visa att dess deltagande inte snedvrider konkurrensen, jfr dom Fabricom, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127.

Av 12 kap. 16 § framgår att sådana åtgärder som vidtas med anledning av intressekonflikter som upptäckts ska dokumenteras i den individuella rapport som krävs enligt 12 kap. 15 §. Detta anges även i artikel 41 men behöver inte, som Lagrådet påpekat, regleras även i denna paragraf.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

9 § En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Paragrafen genomför artikel 56.3 i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 9 kap. 8 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 10.4.1.

Bestämmelsen reglerar möjligheterna att rätta, förtydliga eller komplettera en anbudsansökan, ett anbud eller någon annan handling som har getts in av en leverantör under en upphandling. Bestämmelsen är exempelvis tillämplig på sådana handlingar som en leverantör ger in efter

en begäran från den upphandlande myndigheten enligt 15 kap. 3 eller 4 § (jfr artikel 59.4 andra stycket andra meningen i LOU-direktivet).

Av likabehandlingsprincipen följer att en anbudsansökan eller ett anbud som utgångspunkt inte får ändras efter det att tidsfristen för att ge in handlingen har löpt ut. I 6 kap. finns dock bestämmelser som medger att anbud får ändras i vissa fall vid förfaranden som bygger på förhandlingar eller dialog. Det slutliga anbud som lämnas vid förhandlat förfarande med föregående annonsering och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap omfattas dock av 9 §. I 6 kap. 26 § finns en särskild bestämmelse om klarläggande, precisering och optimering av det slutliga anbud som lämnats vid konkurrenspräglad dialog.

Av paragrafen framgår att initiativet till rättelse, förtydligande eller komplettering kan komma antingen från leverantören eller från den upphandlande myndigheten. Myndigheten är inte skyldig att tillåta en åtgärd som begärs av en leverantör. Om myndigheten tillåter en leverantör att rätta, förtydliga eller komplettera följer dock av likabehandlingsprincipen att andra leverantörer ska ges motsvarande möjlighet (jfr andra stycket).

Enligt artikel 56.3 i LOU-direktivet ska leverantören, vid en begäran från den upphandlande myndigheten, ges en ”lämplig tidsfrist” att lämna, komplettera, förtydliga eller färdigställa relevant information eller dokumentation. Kravet på lämplig tidsfrist anges inte i paragrafen. Det ligger dock i sakens natur att myndigheten behöver ange en tidsfrist i sin begäran.

Första stycket första meningen innebär att felaktigheter i ingivna handlingar kan rättas till. Till skillnad från 9 kap. 8 § LOU finns det inget krav på att felet ska vara uppenbart för den upphandlande myndigheten. Ändring av uppgifter i ett anbud eller en anbudsansökan innebär en hög risk för brott mot likabehandlingsprincipen. Rättelse innebär i formell mening att redan lämnade uppgifter ändras. I reell mening är emellertid ett anbud oförändrat efter en rättelse. Om det finns ett fel i ett intyg som utfärdats av tredje man och som lämnats in av leverantören, sker rättelse genom att leverantören lämnar in ett nytt, korrekt intyg.

Av *första stycket andra meningen* framgår att ingivna handlingar kan förtydligas och kompletteras. Förutsättningarna för förtydligande och komplettering motsvarar vad som gäller enligt 9 kap. 8 § LOU. Bestämmelsen bör tillämpas restriktivt och kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören bör dokumenteras (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 377 och 12 kap. 14 §). Helt nya sakuppgifter kan inte tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Gemensamt för termerna förtydliga och komplettera är att det inte handlar om att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya utan om att konkretisera dem på något sätt. Konkretiseringen kan ske genom lämnande av uppgifter eller handlingar, t.ex. ett intyg. Möjligheten att ersätta tidigare lämnade uppgifter regleras genom möjligheten till rättelse.

I EU-domstolens praxis har frågor om förtydliganden och kompletteringar av anbudsansökningar och anbud behandlats i målen kommissionen mot Danmark (C-243/89, EU:C:1993:257), kommissionen mot Belgien (C-87/94, EU:C:1996:161), SAG ELV Slovensko m.fl. (C-599/10, EU:C:2012:191), Manova A/S (C-336/12, EU:C:2013:647) och

Prop. 2015/16:195 Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C: 2016:214). I målet Manova A/S behandlades frågan om komplettering med ett offentliggjort årsbokslut. I Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 maj 2016 i mål nr 555-15 har det i ett visst fall ansetts att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att begära förtydligande eller komplettering av ett anbud som inte uppfyllt ett obligatoriskt krav. Det finns även en omfattande kammarrättspraxis på området.

Kammarrätternas bedömning av möjligheten att komplettera eller förtydliga en anbudsansökan eller ett anbud är restriktiv när det gäller uppgifter som helt saknas i ansökan eller anbudet och som typiskt sett påverkar dess innehåll. Kammarrätterna har i flera fall ansett att obligatoriska uppgifter om exempelvis underleverantörer, referensuppdrag, tidsplan och ansvarsförsäkring som helt utelämnats i en anbudsansökan eller ett anbud inte kan kompletteras, se t.ex. Kammarrätten i Stockholm i mål nr 236-07, 3378-08, 7138-10 och 1183-14, Kammarrätten i Göteborg i mål nr 270-07, 7714-08 och 6248-11 samt Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2699-08, 802-12 och 1220-13. Vidare har kammarrätterna i flera fall funnit att motstridiga anbudsuppgifter som innebär bristande uppfyllelse av obligatoriska krav varken kan läkas genom förtydligande eller komplettering, se exempelvis Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2272-05, 1608-10 och 2147-11, Kammarrätten i Stockholm i mål nr 8441-08 och 6530-12 samt Kammarrätten i Jönköping i mål nr 834-12. Däremot har kammarrätterna ansett att en anbudsgivare får komplettera sitt anbud med myndighetsuppgifter under förutsättning att uppgifterna fanns tillgängliga hos berörd myndighet innan tidsfristen för anbud löpte ut, se t.ex. Kammarrätten i Jönköping i mål nr 2379-03 och 3979-05 samt Kammarrätten i Göteborg i mål nr 7217-08. Sådana myndighetsuppgifter anses inte i sig påverka innehållet i anbudet.

Av *andra stycket* framgår att rättelser av fel, förtydliganden eller kompletteringar endast får göras om det är förenligt med principerna om öppenhet och likabehandling. Övriga anbudssökande eller anbudsgivare ska informeras om en åtgärd enligt första stycket.

Val av anbud

10 § En upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap.

Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,

2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och

3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§.

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

Paragrafen genomför artikel 56.1 första stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.

Första stycket anger att kontrakt ska tilldelas efter tillämpning av bestämmelserna i 16 kap. I 16 kap. finns bestämmelser om tilldelning av kontrakt, utvärdering av anbud och tilldelningskriterier.

I *andra stycket* anges att innan myndigheten tilldelar ett kontrakt ska anbudet och leverantörens lämplighet ha kontrollerats med avseende på sådana förhållanden som avses i punkterna 1–3. Detta innebär att anbud inte ska utvärderas innan det har kontrollerats om leverantören uppfyller lämplighetskraven och anbudet uppfyller minimikraven.

Enligt *andra stycket 1* ska anbudet uppfylla de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten. Med detta avses exempelvis minimikrav och andra villkor som ställts upp och som alla anbud måste uppfylla för att komma i fråga för att bli antagna. Om ett anbud inte uppfyller ett sådant krav eller villkor ska anbudet förkastas och kommer inte att utvärderas med avseende på tilldelningskriterierna. Det är alltså viktigt att det i upphandlingsdokumenten tydligt framgår vad som är sådana krav och villkor som alla anbud ska uppfylla och som vid bristande uppfyllelse leder till att anbudet förkastas, och vad som utgör tilldelningskriterier som ska utvärderas enligt 16 kap. Formuleringen ”i förekommande fall med hänsyn till artikel 45” i artikel 56.1 första stycket a saknar motsvarighet i denna punkt. Hänvisningen till att anbudet ska uppfylla de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten får anses innefatta sådana uppgifter om alternativa anbud som ska offentliggöras enligt artikel 45.1 i direktivet (alternativa anbud).

Av *andra stycket 2* följer att en leverantör ska vara lämplig med avseende på bestämmelserna om uteslutning av leverantörer. Detta innebär att det ska kontrolleras om det finns anledning att utesluta leverantören.

I *andra stycket 3* anges att myndigheten ska kontrollera om de kriterier och krav är uppfyllda som myndigheten har ställt upp avseende leverantörerna. Det rör sig om sådana kriterier eller regler som den upphandlande myndigheten i förekommande fall har ställt upp i ett tvåstegsförfarande för att begränsa antalet anbudssökande som den bjuder in. Det rör sig också om de kvalificeringskrav som ställts enligt 14 kap. 1–5 §§, t.ex. avseende ekonomisk och finansiell ställning.

Av *tredje stycket* framgår att vid kontrollen ska bestämmelserna i kapitlet om egen försäkran och utredning om leverantörer tillämpas. Kontrollen i 15 kap. gäller bara kontroll av leverantören varför det endast är vid kontroll av andra och tredje punkten som kapitlet ska tillämpas. Hänvisningen innebär att kontrollen i detta skede ska göras med utgångspunkt i leverantörens egen försäkran om en sådan har lämnats. Av 15 kap. framgår i vilka fall en fördjupad kontroll ska eller får göras och vilka bevismedel myndigheten som kan kräva.

11 § När en leverantör åberopar ett annat företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § för att uppfylla något kvalificeringskrav, ska detta företag kontrolleras enligt 10 § andra stycket 2 och 3.

Paragrafen genomför tillsammans med 14 kap. 7 § artikel 63.1 andra stycket i direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats

Prop. 2015/16:195 i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.2.

Enligt bestämmelsen ska även sådana företag kontrolleras vars kapacitet en leverantör åberopar för att uppfylla ett eller flera kvalificeringskrav. De kvalificeringskrav som kan uppfyllas genom åberopande av andra företags kapacitet enligt 14 kap. 6 § är sådana som avser ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kontrollen ska avse om det finns skäl för uteslutning av det åberopade företaget. Vidare ska kontrolleras om den åberopade enheten uppfyller de kvalificeringskrav som ställs och de krav som ställs för att begränsa antalet anbudssökande. När det gäller de kvalificeringskrav som ställts ska kontrollen inte avse andra krav än just det eller de krav som enheten har åberopats för att uppfylla.

12 § När myndigheten använder ett öppet förfarande vid upphandlingen, får myndigheten utvärdera anbudet innan den kontrollerar leverantören enligt 10 § andra stycket 2 och 3.

Paragrafen genomför artikel 56.2 i direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.

Av bestämmelsen framgår att vid öppet förfarande kan en upphandlande myndighet välja att först utvärdera anbudet och därefter kontrollera leverantörerna enligt 10 § första stycket 2 och 3. Med detta avses en kontroll av uteslutningsgrunderna och uppställda kvalificeringskrav. Hänvisningen innebär att även 4 kap. 6 § omfattas, detta bör dock inte leda till några praktiska problem eftersom 4 kap. 6 § gäller tvåstegsförfaranden och förevarande bestämmelse endast kan tillämpas vid öppet förfarande. Någon konflikt mellan bestämmelserna kan därför inte uppstå. Hänvisningen innebär även att första punkten i 10 § ska kontrolleras innan utvärderingen av anbudet, även vid en tillämpning av 12 §. Första punkten omfattar sådana krav som alla anbud ska uppfylla och om anbudet inte uppfyller ett sådant obligatoriskt krav så ska det inte utvärderas utan förkastas.

Det är naturligtvis viktigt att kontrollen av leverantören görs även om denna bestämmelse tillämpas. Det inte tillåtet att avstå ifrån den kontrollen efter att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet identifierats. Den kontrollen ska göras öppet och opartiskt. Detta anges uttryckligen av artikel 56.2 men följer som *Lagrådets* konstaterat redan av de allmänna principerna för upphandling och behöver därför inte anges i lagtexten.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

13 § En upphandlande myndighet får besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Myndigheten får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.

Paragrafen genomför artikel 46.1 första stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 10.5.

Av paragrafen framgår att en upphandlande myndighet får tilldela ett kontrakt i separata delar. Bestämmelsen begränsar inte den

handlingsfrihet en myndighet har när det gäller att välja hur och på vilket sätt ett anskaffningsbehov ska tillgodoses. Bestämmelsen innebär att om det i en upphandling finns ett kontrakt som på kvantitativa eller kvalitativa grunder lämpligen kan delas upp i separata delar, får myndigheten göra det. Att det anges att myndigheten då får fastställa storleken på och föremålet för kontraktets delar är även det ett uttryck för myndighetens handlingsfrihet när det gäller hur dess anskaffningsbehov ska tillgodoses. Syftet med bestämmelserna om tilldelning av kontrakt i separata delar är att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

Skyldighet att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar

14 § Om en upphandlande myndighet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges. Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller i en sådan individuell rapport som avses i 12 kap. 15 §.

Paragrafen genomför artikel 46.1 andra stycket i direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 10.5.

Paragrafen innebär att en upphandlande myndighet är skyldig att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar. Av detta följer att myndigheten alltid, när det finns förutsättningar att dela upp ett kontrakt, ska överväga om det är lämpligt att göra det. Motiveringsskyldigheten omfattar dock enbart sådana överväganden som leder till att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar.

När det gäller offentliggörande i en individuell rapport, förutsätter bestämmelserna att en sådan rapport också ska upprättas enligt 12 kap. 15 §. Om skyldigheten att upprätta en individuell rapport inte gäller på grund av bestämmelserna i andra stycket i samma paragraf, kan motiveringsskyldigheten inte heller fullgöras genom offentliggörande i en individuell rapport. I sådana situationer är myndigheten hänvisad till att fullgöra motiveringsskyldigheten genom offentliggörande i något av upphandlingsdokumenten.

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

15 § En upphandlande myndighet som enligt 13 § beslutar att ett kontrakt ska tilldelas i delar, ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.

Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får myndigheten begränsa det antal delar av kontraktet som myndigheten kan komma att tilldela en och samma leverantör. När myndigheten beslutar om en sådan begränsning, ska den också fastställa den ordning som ska gälla när en och samma leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 § första och andra stycket, artikel 46.2 i direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.5.

Av *första stycket* framgår att när en upphandlande myndighet beslutar sig för att ett kontrakt ska tilldelas i delar, ska den också bestämma om

Prop. 2015/16:195 leverantörerna som lämnar anbud ska få lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.

När en myndighet har bestämt att anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett uppdelat kontrakt enligt första stycket, kan den också enligt *andra stycket* välja att begränsa antalet delar som får tilldelas en och samma leverantör.

Om möjligheten till begränsning enligt *andra stycket* utnyttjas i en upphandling, kan det uppstå en konflikt mellan tillämpningen av tilldelningskriterierna och den valda begränsningen. När anbuden utvärderas kan det nämligen visa sig att en och samma leverantör har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på fler delar av kontraktet än vad den valda begränsningen medger. Begränsningen kommer då i konflikt med bestämmelserna i 16 kap. som anger att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska väljas. Myndigheten måste därför fastställa en ordning för hur en sådan konflikt ska hanteras. Denna ordning ska bestå av kriterier som leder till att den valda begränsningen inte överskrids. Dessa kriterier ska vara förenliga med de grundläggande principerna i den nya lagen om offentlig upphandling. Kriterierna ska sålunda vara bl.a. objektiva och icke-diskriminerande.

Tilldelning av kombinerade delar av ett kontrakt som har delats upp

16 § En upphandlande myndighet som delar upp ett kontrakt i delar enligt 13 § och bestämmer att anbud får lämnas på flera eller alla delar av kontraktet enligt 15 §, får bestämma att flera eller alla delar ska kunna tilldelas en och samma leverantör som kombinerade delar.

Om myndigheten har beslutat att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, får den tilldela flera eller alla delar av kontraktet till den leverantör vars anbud sammantaget bäst uppfyller tilldelningskriterierna. En sådan tilldelning omfattas inte av några begränsningar enligt 15 § *andra stycket*.

När myndigheten bestämmer att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, ska den också fastställa den ordning som ska tillämpas för att bedöma dels vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontraktet, dels om kontraktet ska tilldelas i delar eller kombinerade delar.

Paragrafen genomför tillsammans med 17 § tredje stycket artikel 46.3 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.5.

Bestämmelserna i *första* och *andra stycket* slår fast möjligheten för en upphandlande myndighet att dela upp ett kontrakt men förbehålla sig rätten att tilldela kontraktet i kombinerade delar. Bestämmelserna siktar in sig på fall där en upphandlande myndighet kan identifiera en risk att en tilldelning del för del kan resultera i en avsevärt mindre fördelaktig lösning jämfört med en tilldelning som slår samman flera eller alla delar. De är avsedda att ge incitament till myndigheten att välja uppdelning i sådana fall och inte avstå från uppdelning på grund av risken. *Tredje stycket* innebär att myndigheten måste bestämma enligt vilken ordning tilldelningen av kontrakten ska gå till och vilken ordning som ska användas för att avgöra om kontrakt ska tilldelas i separata eller kombinerade delar. I skäl 79 i LOU-direktivet sägs att en jämförande bedömning bör göras på så sätt att först fastställs vilka anbud som bäst

uppfyller de fastställda tilldelningskriterierna för varje enskild del och sedan jämförs detta med de anbud som lämnats av en särskild anbudsgivare för en specifik kombination av delar som helhet.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

17 § En upphandlande myndighet som tilldelar ett kontrakt i delar enligt 13 §, ska i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse ange om anbud får lämnas för en, flera eller alla delar av kontraktet enligt 15 § första stycket.

Om myndigheten avser att begränsa antalet delar av ett kontrakt som kan komma att tilldelas en leverantör enligt 15 § andra stycket, ska myndigheten

1. i annonsen eller inbjudan ange det största antalet delar av kontraktet som får tilldelas en och samma leverantör, och

2. i något av upphandlingsdokumenten ange den ordning som ska gälla när en och samma leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Om myndigheten avser att tilldela kombinerade delar av ett kontrakt enligt 16 §, ska myndigheten i annonsen eller inbjudan ange

1. att ett uppdelat kontrakt kan komma att tilldelas i kombinerade delar enligt 16 § första stycket, och

2. den ordning som ska tillämpas enligt 16 § tredje stycket.

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande. Första och andra styckena och genomför tillsammans med 15 § artikel 46.2 i LOU-direktivet. Tredje stycket genomför tillsammans med 16 § artikel 46.3 i direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.5.

Paragrafen reglerar hur en upphandlings utformning i de hänseenden som avses i 15 § ska offentliggöras. Det framgår att offentliggörande av vissa uppgifter ska ske i vissa närmare angivna upphandlingsdokument – *första stycket* och *andra stycket 1* – och vissa andra uppgifter i något av upphandlingsdokumenten vilket som helst – *andra stycket 2*. I *tredje stycket* finns bestämmelser om vilka uppgifter som ska offentliggöras, i vissa angivna upphandlingsdokument, om den upphandlande myndigheten förbehåller sig rätten att tilldela kontrakt i kombinerade delar.

Reserverad upphandling

18 § En upphandlande myndighet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller

2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen innehåller bestämmelser om reserverad upphandling och genomför artikel 20.1 i direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.6.1.

I *första stycket* beskrivs tre slag av verksamheter – skyddade verkstäder, leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, samt program för skyddad anställning. Vilka leverantörer som avses får avgöras i ljuset av LOU-direktivets skäl 36, som beskriver syftet med bestämmelserna om reserverad upphandling. I avsnitt 10.6.1 finns en utförligare analys av vilka leverantörer som det kan vara aktuellt att reservera deltagandet i en upphandling för och vilka personer som kan anses omfattade.

Bestämmelserna i *första stycket 1* tar sikte på stadiet när leverantörer som kan tilldelas kontrakt väljs ut medan bestämmelserna i *första stycket 2* rör stadiet när ett kontrakt ska fullgöras. I båda fallen gäller enligt *andra stycket* den grundläggande förutsättningen att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den aktuella verksamheten ska vara personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden. Om just dessa personer är involverade i att fullgöra det aktuella kontraktet eller inte, saknar betydelse för bestämmelsernas tillämpning.

Av artikel 20.2 framgår att det ska anges i anbudsinfördran om en upphandling ska genomföras som en reserverad upphandling. Detta framgår av Kommissionens standardformulär för annonsering.

CPV-nomenklaturen

19 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för en upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggentreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

Paragrafen genomför artikel 23.1 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 5 § LOU. *Andra stycket* saknar motsvarighet i direktivet och motsvarar 1 kap. 2 § femte stycket LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.7.

5 kap. Tröskelvärden

Tillämpliga tröskelvärden

1 § De tröskelvärden som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 4 i direktiv 2014/24/EU eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 6 i direktivet. Det som anges i direktivet om centrala statliga myndigheter gäller för en central upphandlande myndighet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor samt en förteckning över de försvarsprodukter som omfattas av bilaga III till direktiv 2014/24/EU.

Paragrafens första stycke genomför, tillsammans med 1 kap. 4 §, artikel 4 i LOU-direktivet. Andra stycket genomför inte någon bestämmelse i direktivet. Paragrafen motsvarar i viss mån 3 kap. 1 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.1.

Första stycket anger vilka bestämmelser om tröskelvärden som gäller när en upphandlande myndighet enligt 1 kap. 4 § ska bedöma vilka bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingen. Paragrafen hänvisar till artikel 4 i LOU-direktivet där tröskelvärdena framgår. Enligt artikel 6 ska Kommissionen revidera tröskelvärdena. Bestämmelsen har på Lagrådets förslag fått en ny struktur i förhållande till nuvarande lagstiftning men detta är inte avsett att medföra någon ändring i sak.

I artikel 4 anges att direktivet ska tillämpas på upphandlingar som uppgår till minst de tröskelvärden som anges i punkterna a–d. En upphandling kan i praktiken bestå av flera kontrakt, t.ex. om en anskaffning delas upp i flera kontrakt. Det nya direktivet har i den delen fått en nytt uttryckssätt men detta bedöms inte innebära ett ändrat rättsläge.

Bestämmelserna om tröskelvärdenas storlek i LOU-direktivet har ändrats i två avseenden jämfört med 2004 års LOU-direktiv och LOU. Det särskilda tröskelvärdet för B-tjänster har tagits bort som en konsekvens av att det inte längre görs någon uppdelning i A- och B-tjänster, i stället finns ett tröskelvärde för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Vidare har det särskilda tröskelvärdet för forsknings- och utvecklingstjänster och vissa tjänster på telekommunikationsområdet tagits bort.

De tröskelvärden som gäller räknas upp i fyra punkter i artikel 4. Tröskelvärdena ska enligt artikel 6 kontrolleras och vid behov revideras enligt vad som sägs i den artikeln. Tröskelvärdenas storlek kommer därför att variera över tiden.

För varu- och tjänstekontrakt gäller enligt artikel 4 b i direktivet ett tröskelvärde som tillämpas för centrala upphandlande myndigheter enligt definitionen i 1 kap. 11 § (beträffande centrala upphandlande myndigheter, se avsnitt 6.7.5). När sådana upphandlande myndigheter som bedriver verksamhet på försvarsområdet upphandlar varor gäller detta tröskelvärde dock endast om kontraktet avser varor som omfattas av bilaga III till direktivet, dvs. sådana varor som inte har en enbart militär användning. Direktivets tröskelvärde gäller också när centrala upphandlande myndigheter anordnar projektävlingar.

För varu- och tjänstekontrakt gäller också enligt artikel 4 c i direktivet ett särskilt tröskelvärde för sådana upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter, dvs. i huvudsak kommunala myndigheter. Detta tröskelvärde gäller också för centrala upphandlande myndigheter på försvarsområdet, när kontraktet avser varor som inte omfattas av bilaga III till direktivet, dvs. om kontraktet avser varor med enbart militär användning. Tröskelvärdet enligt artikel 4 c är något högre än det som gäller enligt artikel 4 b och får för dessa myndigheters del ses som ett undantag från huvudregeln, som innebär att tröskelvärdet enligt artikel 4 b ska tillämpas vid upphandling av såväl varu- som tjänstekontrakt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 312).

För kontrakt som avser sociala och andra särskilda tjänster som omfattas av bilaga XIV till LOU-direktivet gäller ett särskilt tröskelvärde enligt artikel 4 d i direktivet. Direktivets bilaga XIV motsvaras av bilaga 2 till denna lag (beträffande de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna, se avsnitt 32).

För byggtreprenadkontrakt gäller ytterligare ett värde enligt artikel 4 a i direktivet.

Andra stycket är en upplysning om att regeringen tillkännager i Svensk författningssamling de aktuella tröskelvärdena i euro och svenska kronor samt en förteckning över de försvarsprodukter som avses i första stycket 1, dvs. den förteckning som återfinns i bilaga III till direktivet. Bestämmelsen motsvarar regleringen i LOU. Som framgår ovan är det kommissionen som beslutar om ändring av tröskelvärdena.

2 § De tröskelvärden som ska tillämpas enligt 1 kap. 6 § anges i artikel 13 i direktiv 2014/24/EU eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 6 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 kap. 6 §, artikel 13 i LOU-direktivet. Paragrafen är utformad med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 11.1. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som 1 § men tar sikte på sådana tröskelvärden som avses i 1 kap. 6 § och som gäller när en upphandlande myndighet subventionerar en byggtreprenad med mer än 50 procent av finansieringen.

Värdet av en upphandling

3 § Värdet av en upphandling är det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

Paragrafen genomför artikel 5.1 i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

Paragrafen anger huvudregeln för hur värdet av en upphandling ska uppskattas. Det värde som ska uppskattas är, i konsekvens med det nya direktivet, värdet av en upphandling i stället för, som i 2004 års LOU-direktiv och LOU, värdet av ett kontrakt. Någon ändring av rättsläget är inte avsedd. I övrigt motsvarar paragrafen 3 kap. 3 § LOU förutom den tillagda föreskriften att eventuella options- och förlängningsklausuler ska anges i något av upphandlingsdokumenten. Tillägget följer av LOU-direktivet. Föreskriften får ses som ett uttryck för transparensprincipen och en anvisning till den upphandlande myndigheten att sådana klausuler ska tas in i något av upphandlingsdokumenten.

Att värdet av en offentlig upphandling ska beräknas exklusive mervärdesskatt framgår på flera ställen i direktivets tröskelvärdesbestämmelser och anges här i *andra stycket* då denna bestämmelse uttrycker grundregeln för beräkning av värdet av en upphandling.

4 § Om en upphandlande myndighet består av separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling uppskattas till det samlade värdet för alla sådana enheter. Värdet får dock uppskattas särskilt för en sådan enhet, om den ansvarar självständigt för sin upphandling eller för vissa kategorier av upphandlingar.

Paragrafen genomför artikel 5.2 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådet* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.1.

Med separata operativa enheter avses organisatoriska delar av en och samma upphandlande myndighet. Huvudregeln är att värdet av upphandlingen för alla operativa enheter ska läggas samman av myndigheten. En upphandlande myndighet kan dock tillåta en sådan enhet att själv uppskatta värdet för sin upphandling eller vissa kategorier av denna, om enheten självständigt ansvarar för sin upphandling i de delarna. Denna bedömning får avgöras efter en analys av graden av självständighet. Analysen kan utfalla i resultatet att en separat operativ enhet är självständig i fråga om visst eller vissa slag av upphandling, men inte i andra. Analysen ska grundas på en helhetsbedömning. I skäl 20 i LOU-direktivet ges vägledning för vilka omständigheter som då kan beaktas. Enligt skältexten bör det klargöras att det vid uppskattningen av värdet av en viss upphandling bör vara tillåtet att grunda uppskattningen av värdet på en uppdelning av upphandlingen endast när detta motiveras av objektiva skäl. Kravet på objektiva skäl framgår också av lagtexten.

Det kan exempelvis vara motiverat att uppskatta kontraktvärden för en separat operativ enhet hos den upphandlande myndigheten, såsom skolor eller daghem, under förutsättning att enheten i fråga självständigt ansvarar för sin upphandling. Detta kan antas vara fallet när den separata operativa enheten självständigt genomför upphandlingar och beslutar om inköp, förfogar över en egen budgetpost för de berörda upphandlingarna, ingår kontraktet självständigt och finansierar det ur en budget som den förfogar över. En uppdelning är inte motiverad när det bara är genomförandet av upphandlingen som den upphandlande myndigheten överlåtit till en separat operativ enhet.

Direktivens bestämmelser är inspirerade av äldre riktlinjer från kommissionen (Policy Guidelines on Contracts Awarded by Separate Units of a Contracting Entity Under Directive 90/531/EEC (CC/92/87 final)). I riktlinjerna gavs, jämfört med direktivets skältext, något mer utförliga exempel på olika faktorer som kan beaktas vid bedömningen. Med ledning av riktlinjerna kan sägas att det rör sig om en helhetsbedömning, och att faktorer som har betydelse vid denna är t.ex. om

– upphandlingsansvaret har överlåtit så att berörd separat operativ enhet självständigt kan genomföra upphandlingar och i sista hand besluta om inköp, oberoende av andra delar av den upphandlande myndigheten eller enheten,

– en sådan delegering av upphandlingsansvaret också visar sig genom att den separata operativa enheten har en egen budget, eller om den berörda enheten åtminstone har en egen budgetpost för de berörda upphandlingarna,

– en sådan delegering innebär att den separata operativa enheten faktiskt ingår kontraktet och finansierar det ur en budget som den förfogar över,

– upphandlingen är tänkt att möta efterfrågan hos den separata operativa enheten eller att möta efterfrågan hos flera enheter eller hela den upphandlande myndigheten eller enheten, vars upphandling har skötts decentraliserat, och

– den upphandlande myndigheten eller enheten delegerar upphandlingsansvaret till en enskild separat operativ enhet, men fortfarande strävar efter att använda sin övergripande ställning som viktig köpare för att få förmånliga villkor.

En i sammanhanget näraliggande fråga är vilka varor eller tjänster respektive byggentreprenader som är likartade. En upphandlande myndighet ska som huvudregel lägga samman värdet av delkontrakt (se 8 §). Myndigheten ska också lägga samman värdet av flera planerade anskaffningar enligt bestämmelserna om varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas (se 11 §). Se angående nämnda fråga prop. 2006/07:128 del 1 s. 316 f. I skäl 19 i LOU-direktivet ges också viss vägledning i fråga om begreppet likartade varor. Begreppet bör vid beräkningen av tröskelvärdena förstås som varor som är avsedda för identisk eller likartad användning, till exempel varor som utgörs av ett antal livsmedel eller av olika kontorsmöbler. En ekonomisk aktör (leverantör) som är verksam på det berörda området skulle i typfallet troligtvis ha sådana varor i sitt normala varuutbud.

Även om en separat operativ enhet bedöms vara självständig i fråga om hela eller delar av sin upphandling innebär inte detta att det är fråga om en egen upphandlande myndighet i lagens mening. Bestämmelserna om separata operativa enheter rör endast tröskelvärdesberäkningen.

När det gäller förutsättningarna för en självständig separat operativ enhet att upphandla genom direktupphandling, se kommentaren till 19 kap. 8 §.

Värdetidpunkten

5 § Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Paragrafen genomför artikel 5.4 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 4 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

Enligt huvudregeln i paragrafens första led ska uppskattningen av en upphandlings värde avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut. Anbudsinfordran är normalt en annons om upphandlingen men i vissa fall kan anbudsinfordran ske genom förhandsannonsering.

Alternativregeln i paragrafens sista led gäller om en anbudsinfordran inte krävs, t.ex. vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Enligt 3 kap. 4 § LOU är värdetidpunkten i dessa fall när den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer till anbudsgivning. Nu föreskrivs, i enlighet med vad som anges i LOU-direktivet, att uppskattningen ska avse värdet vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten påbörjar upphandlingsförfarandet. Detta bör ses som en nyansering. I artikeln ges exemplet att den upphandlande myndigheten, när så är lämpligt, söker kontakt med ekonomiska aktörer med tanke på upphandlingen. Se i detta sammanhang också rättsfallet HFD 2013 ref. 31. I ett mål om upphandlingsskadeavgift till följd av otillåten direktupphandling uppkom frågan när upphandlingen skulle anses ha påbörjats. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade bl.a. att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

Förbud mot kringgående

6 § Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

Paragrafen genomför, tillsammans med 7 §, artikel 5.3 i LOU-direktivet och motsvarar närmast 3 kap. 10 § andra stycket LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3.

7 § En upphandling får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 §, artikel 5.3 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 5 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3.

I paragrafen anges huvudregeln att värdet av olika delar av en upphandling ska läggas samman. Det är endast tillåtet att grunda uppskattningen av värdet på en uppdelning av upphandlingen när det är motiverat av objektiva skäl. Ett sådant fall kan vara att kontraktsvärdet kan uppskattas särskilt för en separat operativ enhet hos den upphandlande myndigheten enligt 4 § (se skäl 20 i LOU-direktivet). Ett annat fall kan vara när en upphandlande myndighet delar upp ett kontrakt i enlighet med bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar i 4 kap. och det leder till att förutsättningarna för undantag från de direktivstyrda bestämmelserna enligt 8 § andra stycket är uppfyllda för något av de efterföljande kontrakten (se skäl 78 andra stycket i LOU-direktivet). Som följer av fjärde stycket i 8 § ska dock de icke direktivstyrda bestämmelserna om upphandling i 19 kap. tillämpas i ett sådant fall.

Upphandling av delkontrakt

8 § Om en planerad byggtrepenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form

av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §.

Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet. Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller
2. 1 000 000 euro när det gäller byggentreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.

Paragrafen genomför artikel 5.8–5.10 i LOU-direktivet och motsvarar i sak 3 kap. 7 § LOU med den skillnaden att det inte längre anges som en förutsättning att delkontrakten ska upphandlas samtidigt. Ändringen följer av direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

Byggentreprenad

9 § I värdet av en upphandling av en byggentreprenad ska det ingå, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, värdet av varor och tjänster som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras.

Paragrafen genomför artikel 5.7 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 8 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

I sak motsvarar paragrafen nuvarande 3 kap. 8 § LOU. Paragrafen har dock fått en annan utformning till följd av lydelsen av artikel 5.7 i LOU-direktivet. Någon ändring av rättsläget är inte avsedd. Artikel 5.7 i LOU-direktivet motsvaras av artikel 8.4 i 2004 års LOU-direktiv. I syfte att uppnå överensstämmelse mellan LOU- och LUF-direktiven har artikel 5.7 i LOU-direktivet anpassats efter regleringen i artikel 17.4 och även 17.5 i 2004 års LUF-direktiv, som i vissa avseenden är mer utförlig än den korresponderande regleringen i 2004 års LOU-direktiv. Därmed inkluderas nu i artikel 5.7 i LOU-direktivet värdet av både varor och tjänster, och det anges uttryckligen att dessa måste vara nödvändiga för att byggentreprenaden ska kunna fullgöras. Redan vid genomförandet av 2004 års direktiv kompletterades emellertid 3 kap. 8 § LOU, i förhållande till 2004 års LOU-direktiv, så att den paragrafen skulle överensstämma med motsvarande bestämmelse i LUF och den något utförligare regleringen i artikel 17.4 och 5 i 2004 års LUF-direktiv (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 318 f.).

Leasing, hyra och hyrköp av varor

10 § Värdet av en upphandling som avser leasing, hyra eller hyrköp av varor på en bestämd tid om högst tolv månader ska uppskattas till den totala kostnaden under löptiden.

Om löptiden är längre än tolv månader, ska värdet uppskattas till den totala kostnaden, inklusive varans restvärde.

Om löptiden är obestämd eller inte kan fastställas vid värdetidpunkten, ska värdet uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48. Prop. 2015/16:195

Paragrafen genomför artikel 5.12 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 9 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

11 § Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av

1. det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller

2. det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Paragrafen genomför artikel 5.11 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 10 § första stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. En bestämmelse som i sak motsvarar 3 kap. 10 § andra stycket LOU återfinns i 6 §.

Lagrådet har efterfrågat klargöranden av hur bestämmelsen ska tillämpas. Bestämmelsen är utformad i nära anslutning till direktivet och har samma lydelse som i LOU som är utformad i nära anslutning till 2004 års direktiv. Det får därmed förutsättas att bestämmelsen även fortsättningsvis kommer att tillämpas som den gjort hittills. Det har inte framkommit något som tyder på att bestämmelsen skulle vålla svårigheter i den praktiska tillämpningen. Mot denna bakgrund får de klargöranden som *Lagrådet* efterfrågar utvecklas i rättstillämpningen.

Vissa tjänster

12 § Hur värdet av vissa upphandlingar av tjänster ska uppskattas framgår av följande uppställning:

<i>När upphandlingen avser</i>	<i>ska värdet uppskattas till</i>
1. försäkringstjänster	den premie som ska betalas och andra ersättningar för tjänsten
2. banktjänster och andra finansiella tjänster	arvoden, provisioner, ränta och andra ersättningar för tjänsten
3. projektering	arvoden eller den provision som ska betalas och andra ersättningar för projekteringen.

Paragrafen genomför artikel 5.13 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 11 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

13 § Om en tjänst upphandlas utan att det totala belopp som ska betalas för tjänsten anges, ska värdet av upphandlingen vara det som ska betalas för tjänsten under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Paragrafen genomför artikel 5.14 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 12 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

Ramavtal och dynamiska inköpssystem

14 § Värdet av ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet under löptiden.

Paragrafen genomför artikel 5.5 i LOU-direktivet och motsvarar 3 kap. 13 § LOU men omfattar nu även uppskattning av värdet av ett dynamiskt inköpssystem. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

Innovationspartnerskap

15 § Värdet av ett innovationspartnerskap ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av de forsknings- och utvecklingsinsatser som ska genomföras under alla stadier av det planerade partnerskapet samt de varor, tjänster och byggtreprenader som ska utvecklas och som ska anskaffas i slutet av partnerskapet.

Paragrafen genomför artikel 5.6 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

Projekttävlingar

16 § Värdet av en projekttävling ska uppskattas till summan av sådana ersättningar som kan komma att tilldelas deltagarna samt det beräknade värdet av de tjänstekontrakt som kan komma att tilldelas vinnaren eller vinnarna i tävlingen.

Paragrafen genomför artikel 78 andra och tredje stycket i LOU-direktivet och motsvarar 14 kap. 3 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

6 kap. Upphandlingsförfaranden

Upphandlingsförfarandena

1 § Vid offentlig upphandling får, under de förutsättningar och på det sätt som anges i denna lag, följande upphandlingsförfaranden användas:

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

5. konkurrenspräglad dialog, eller
6. förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Paragrafen genomför artikel 26.1–26.3, 26.6 och delar av artikel 26.4 i LOU-direktivet. Bestämmelsen omfattar också vad som anges i artikel 32.1. Paragrafen motsvarar 4 kap. 1 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.

Paragrafen anger samtliga upphandlingsförfaranden som får användas vid offentlig upphandling om upphandlingen avser kontrakt vars värde överstiger de tröskelvärden som anges i lagen.

Öppet förfarande

2 § Vid ett öppet förfarande får alla leverantörer lämna anbud efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 §.

Paragrafen genomför artikel 27.1 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 22 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.1.

Vid ett öppet förfarande ska en annons om upphandling enligt 10 kap. 1 § användas som anbudsinfordran, då förfarandet inte omfattas av regleringen om förhandsannons i 10 kap. 2 §, se vidare kommentaren till de bestämmelserna.

Selektivt förfarande

3 § Vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud.

Paragrafen genomför delvis artikel 28.1 första stycket och delvis artikel 28.2 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 16 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.1.

Vid ett selektivt förfarande ska en annons om upphandling enligt 10 kap. 1 § användas som anbudsinfordran. Myndigheter under den centrala nivån får dock enligt 10 kap. 2 § även använda en förhandsannons som anbudsinfordran. Se vidare kommentaren till de bestämmelserna.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

4 § Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får lämna anbud. Dessa anbud ska ligga till grund för efterföljande förhandlingar.

Paragrafen genomför delvis artikel 29.1 första stycket och delvis artikel 29.2 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 9 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Prop. 2015/16:195 Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en annons om upphandling enligt 10 kap. 1 § användas som anbudsinfordran. Myndigheter under den centrala nivån får dock enligt 10 kap. 2 § även använda en förhandsannons som anbudsinfordran. Se vidare kommentaren till de bestämmelserna.

När förfarandet får användas

5 § Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om

1. den upphandlande myndighetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av lättillgängliga lösningar,

2. upphandlingen inbegriper formgivning eller innovativa lösningar,

3. kontraktet inte kan tilldelas utan föregående förhandlingar på grund av särskilda omständigheter som avser arten, komplexiteten eller den rättsliga och ekonomiska utformningen av det som ska anskaffas eller på grund av riskerna i anslutning till dessa omständigheter, eller

4. den upphandlande myndigheten inte med tillräcklig precision kan utarbeta tekniska specifikationer med hänvisning till en standard, europeisk teknisk bedömning, gemensam teknisk specifikation eller teknisk referens.

Paragrafen genomför tillsammans med 21 § artikel 26.4 a i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 2 § första stycket 2–4 LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

I paragrafen anges under vilka förutsättningar förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas.

6 § Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får också användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte acceptabla.

Paragrafen genomför tillsammans med 21 § artikel 26.4 b första stycket första meningen i LOU-direktivet. Den motsvarar 4 kap. 2 § första stycket 1 LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Av paragrafen framgår att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte acceptabla.

I artikel 26.4 b andra stycket återfinns dels en uppräkningslista av i vilka fall som ett anbud i synnerhet ska anses vara ogiltigt, dels en uppräkningslista av i vilka fall ett anbud i synnerhet ska anses vara oacceptabelt. Uppräkningslistorna är inte uttömmande. Av den första uppräkningslistan framgår att i synnerhet anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten, som inkommit för sent, där det finns bevis för hemligt samförstånd eller korruption, eller som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga, ska anses vara ogiltiga. Av den andra uppräkningslistan framgår att i synnerhet anbud som lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds, ska anses vara oacceptabla.

Av 16 § följer att i de fall som avses i denna paragraf får en upphandlande myndighet avstå från att på nytt annonsera upphandlingen om den i förfarandet tar med endast de anbudsgivare som

1. uppfyller kraven enligt 13 kap., 14 kap. och 4 kap. 6 §, samt
2. har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbuds-förfarandet i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.

Upphandlingsdokumenten

7 § Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten

1. fastställa föremålet för upphandlingen genom att beskriva myndighetens behov och vad som krävs i fråga om egenskaper hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som ska anskaffas,

2. ange vad i beskrivningen som utgör de minimikrav som alla anbud ska uppfylla, och

3. ange kriterierna för tilldelning av kontrakt.

Den information som lämnas i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma upphandlingens art och omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i förfarandet.

Paragrafen genomför artikel 29.1 andra och tredje stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Vad som avses med upphandlingsdokument definieras i 1 kap. 23 §. Av 9 kap. 1 § framgår att tekniska specifikationer ska ingå i upphandlingsdokumenten. I de tekniska specifikationerna ska de egenskaper som krävs av de berörda varorna tjänsterna eller byggtreprenaderna anges.

Med minimikrav avses de villkor och egenskaper som alla anbud ska uppfylla eller inneha. I skäl 45 i LOU-direktivet anges att detta i synnerhet kan avse fysiska, funktionella och rättsliga villkor och egenskaper. Tilldelningskriterierna behandlas i 16 kap.

Förhandlingarna

8 § Den upphandlande myndigheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna.

Den upphandlande myndigheten får utan förhandlingar tilldela kontrakt utifrån ett ursprungligt anbud om den i annonsen om upphandlingen enligt 10 kap. 1 § eller i inbjudan att bekräfta intresse enligt 10 kap. 8 § har meddelat att den förbehåller sig den rätten.

Första stycket genomför, tillsammans med 11 §, artikel 29.3 och andra stycket genomför artikel 29.4 i LOU-direktivet. Första stycket motsvaras delvis av 4 kap. 3 § LOU. Andra stycket saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Förhandlingarna enligt *första stycket* ska, enligt skäl 45 i LOU-direktivet, ha som mål att förbättra anbuden så att det är möjligt för den upphandlande myndigheten att erhålla varor, tjänster och byggtreprenader som är perfekt anpassade till dess särskilda behov. Förhandlingarna får avse alla aspekter av de aktuella varorna, tjänsterna

Prop. 2015/16:195 eller byggtreprenaderna, innefattande till exempel kvalitet, kvantiteter, handelsklausuler samt sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna som således inte får ändras under upphandlingens gång. Vad som avses med minimikrav framgår av kommentaren till 7 §.

9 § Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna, ska den upphandlande myndigheten skriftligen informera alla kvarvarande anbudsgivare om detta och ge dem skälig tid att ändra sina anbud

Paragrafen genomför del av artikel 29.5 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen reglerar den situationen att de krav som angetts i upphandlingsdokumenten ändras till följd av förhandlingarna. Alla anbudsgivare som är kvar måste då informeras om detta och ges möjlighet att anpassa sig till de nya krav som ställs. Att ändringar inte kan göras i minimikraven och tilldelningskriterierna framgår redan av 8 § där det anges att förhandlingarna inte får avse minimikrav eller tilldelningskriterier. Förhandlingarna kan således inte påverka sådana krav eller kriterier. Vad som avses med minimikrav framgår av kommentaren till 7 §.

Vad som utgör skälig tid för anbudsgivarna för att komma in med ändrade anbud måste avgöras från fall till fall. Allmänt kan sägas att den tid som ges måste vara tillräckligt väl tilltagen för att anbudsgivarna ska ha möjlighet att ändra sina anbud och komma in med de ändrade anbuden till myndigheten.

10 § Förhandlingarna får delas upp i successiva steg för att minska antalet anbud om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande myndigheten får efter varje steg välja ut de anbud som myndigheten ska fortsätta att förhandla om. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som har angetts i upphandlingsdokumenten.

Det slutliga antalet anbud ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal anbud eller lämpliga anbudssökande.

Paragrafen genomför artikel 29.6 och, tillsammans med 23 §, artikel 66 i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 4 kap. 4 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Andra styckets krav på att antalet anbud ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås innebär att den upphandlande myndigheten aldrig kan minska antalet anbud till en lägre nivå än effektiv konkurrens kräver. Om det emellertid inte inkommit tillräckligt många anbud för att uppnå effektiv konkurrens eller om anbud faller bort av andra skäl än att myndigheten minskat antalet kan myndigheten ändå fortsätta förfarandet trots att kravet på effektiv konkurrens inte är uppfyllt. Detta framgår av sista ledet i stycket som anger att det är en förutsättning för kravet på effektiv konkurrens att det finns ett tillräckligt stort antal anbud.

11 § När den upphandlande myndigheten har för avsikt att avsluta förhandlingarna, ska myndigheten informera de anbudsgivare som fortfarande deltar i förhandlingarna om detta och ange en gemensam tidsfrist för dem att lämna slutliga anbud som inte får vara föremål för förhandling.

Paragrafen genomför, tillsammans med 8 §, artikel 29.3 och delvis artikel 29.7 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen är ett utflöde av principen om likabehandling och säkerställer att alla kvarvarande anbudsgivare ges möjligheter att komma in med ett slutgiltigt anbud. De slutliga anbuden får inte vara föremål för förhandling.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud

12 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud, och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt. En rapport om detta ska lämnas till Europeiska kommissionen om den begär det.

Paragrafen genomför artikel 32.2 a första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får enligt förevarande paragraf till skillnad från vad som gäller enligt 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU även användas när det visserligen har lämnats anbudsansökningar men inte några som är lämpliga.

Det ligger i sakens natur att om inga anbudsansökningar eller anbud har lämnats, så har heller inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud lämnats. Lagrådet efterfrågar en närmare förklaring av uttrycket lämpliga anbudsansökningar i författningskommentaren. Viss ledning kan hämtas ur 13 § som anger vissa specifika fall när ett anbud eller en anbudsansökan ska anses olämplig. Det är naturligtvis önskvärt med en tydlig innebörd av uttryck som används i lagtexten. Givet direktivets utformning är det dock i detta fall svårt att ge en närmare förklaring än den som lämnas i 13 §. Den närmare innebörden av begreppet lämpliga anbudsansökningar får därför bli en fråga för rättstillämpningen att definiera.

13 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 13 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten har fastställt.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 32.2 a andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med

Prop. 2015/16:195 beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Paragrafen klargör vissa fall när ett anbud eller en anbudsansökan ska anses olämplig.

Konstnärlig prestation, tekniska skäl eller skydd av ensamrätt

14 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,

2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller

3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 32.2 b i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

I förhållande till gällande rätt tydliggörs i *första stycket 1* att vid inköp av en produkt av konstnärlig gestaltning, får förhandlat förfarande utan föregående annonsering endast användas om det är fråga om att förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation (jfr RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not.134).

I *punkten 2* klargörs att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas om det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens.

Skyddet av ensamrätt i *punkten 3* inkluderar skydd av immateriella rättigheter.

Av *andra stycket* framgår under vilka förutsättningar undantagen i första stycket 2 och 3 får tillämpas. Dels krävs att det inte finns några rimliga alternativ, dels att denna situation inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Med detta avses att den upphandlande myndigheten inte själv skapat bristen på konkurrens genom att utforma förutsättningarna för upphandlingen på så sätt att bara en viss leverantör kan komma ifråga. Att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen uttrycks i direktivet som att avsaknaden av konkurrens inte får bero på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna. Ändringen har gjorts i förenklande syfte och någon skillnad i sak är inte avsedd.

För att kunna tillämpa punkten 3 är det inte tillräckligt att varan eller tjänsten är skyddad av ensamrätt. Den upphandlande myndigheten måste också kunna visa att det inte är möjligt för någon annan att genomföra uppdraget (jfr dom kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178).

15 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Paragrafen genomför artikel 32.2 c i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

I bestämmelsen understryks att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande myndigheten och inte heller kunnat förutses av myndigheten.

Ogiltiga eller oacceptabla anbud

16 § En upphandlande myndighet får i de fall som avses i 6 § avstå från att annonsera upphandlingen på nytt om den i förfarandet tar med endast de anbudsgivare som

1. inte ska uteslutas enligt bestämmelserna i 13 kap.,
2. uppfyller de krav som anges i 14 kap. och de kriterier eller regler som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, och
3. har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.

Paragrafen genomför artikel 26.4 b första stycket andra meningen i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 6 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Upphandling av varor i vissa fall

17 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om

1. kontraktet gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål under förutsättning att
 - a) kontraktet inte omfattar tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och
 - b) tilldelningen av kontraktet inte påverkar efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål,
2. kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att
 - a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och
 - b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,
3. kontraktet gäller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad, eller
4. det är möjligt att anskaffa varor eller tjänster på särskilt förmånliga villkor i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet eller har gått i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Ett kontrakt om kompletterande leveranser enligt första stycket 2 får gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

Paragrafen genomför artikel 32.3 i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 7 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Paragrafen reglerar ett antal situationer då förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas vid upphandling av varor. Om kontraktet avser två eller flera slag av upphandling (varor, tjänster eller byggentreprenader) måste upphandlingen av varor utgöra huvudföremålet för upphandlingen för att det ska vara fråga om upphandling av varor. Uppfylls inte denna förutsättning är förevarande paragraf inte tillämplig, se vidare beträffande kontrakt som avser flera slag av upphandling 2 kap. 2 §.

Kravet i *första stycket 1* på att tilldelningen av kontraktet inte får påverka efterföljande konkurrensutsatt upphandling saknar motsvarighet i artikel 32.3 i LOU-direktivet. Ett sådant krav återfinns dock i motsvarigheten till artikeln i LUF-direktivet (artikel 50). Det finns inget sakligt skäl varför inte motsvarande ska gälla även här (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 329).

Tidigare tjänster eller byggentreprenader

18 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggentreprenad som är en upprepning av tidigare tjänster eller byggentreprenader under förutsättning att

1. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande,

2. arbetena tilldelas samma leverantör,

3. de nya tjänsterna eller byggentreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

4. omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggentreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen,

5. värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och

6. det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt denna paragraf får användas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet ingicks.

Paragrafen genomför artikel 32.5 i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 8 § första stycket 2 LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3. Den tidpunkt i *sista stycket* från vilken de tre åren, under vilket förfarandet enligt paragrafen får användas, räknas är den tidpunkt då kontraktet ingicks.

Upphandling av tjänst som följer på en projektävling

19 § En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av en tjänst som följer på en projektävling, om kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Om en tävling har avslutats med att fler än en vinnare har utsetts, ska samtliga vinnare inbjudas att delta i förhandlingar.

Paragrafen genomför artikel 32.4 i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 9 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Konkurrenspräglad dialog

20 § Vid en konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får delta i dialogen.

Paragrafen genomför del av artikel 30.1 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 9 b § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Vid en konkurrenspräglad dialog ska en annons om upphandling enligt 10 kap. 1 § användas som anbudsinfordran då förfarandet inte omfattas av regleringen om förhandsannons i 10 kap. 2 §.

När förfarandet får användas

21 § En upphandlande myndighet får använda sig av en konkurrenspräglad dialog i de fall som anges i 5 och 6 §§.

Dialogens syfte ska vara att identifiera och ange hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses.

Paragrafen genomför, tillsammans med 5 och 6 §§, artikel 26.4 a och b samt del av artikel 30.3 första stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 4 kap. 10 och 11 §§ och 13 § andra stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Av paragrafens *första stycke* framgår att de förutsättningar som ska vara uppfyllda för att det ska vara möjligt att få använda sig av konkurrenspräglad dialog överensstämmer med dem som gäller för att förhandlat förfarande med föregående annonsering ska få användas. Av *andra stycket* framgår vad syftet ska vara med en konkurrenspräglad dialog. Vad som anges i direktivet om att myndigheten får diskutera alla aspekter av upphandlingen med de utvalda deltagarna gäller utan att det behöver regleras i lagtext.

Upphandlingsdokumenten

22 § Den upphandlande myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange sina behov och krav, ange tilldelningskriterierna och förklara deras innebörd samt ange en preliminär tidsplan.

Paragrafen genomför artikel 30.2 i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 12 och 18 §§ LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen att myndigheten i något av upphandlingsdokumenten ska ange sina behov och krav.

I paragrafen slås också fast att tilldelningskriterierna ska anges i samma dokument som det där den upphandlande myndigheten anger sina behov och krav. Det är vidare inte tillräckligt att endast översiktligt ange innebörden av tilldelningskriterierna då det i paragrafen föreskrivs att innebörden av dem ska förklaras. Även en preliminär tidsplan ska anges i samma dokument.

Genomförandet av dialogen

23 § Dialogen får genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande myndigheten får efter varje steg välja ut de lösningar som myndigheten ska fortsätta att diskutera. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som angetts i något av upphandlingsdokumenten.

Det slutliga antalet lösningar ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

Paragrafen genomför artikel 30.4 och, tillsammans med 10 §, artikel 66 i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 14 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 10 § och som 36 § när det gäller första stycket. Motsvarande bestämmelser i direktivet avseende konkurrenspräglad dialog, förhandlat förfarande med föregående annonsering och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap är likadant utformade. De har därför utformats enligt samma format i lagtexten. Någon ändring i sak i förhållande till nuvarande lagstiftning är inte avsedd.

24 § Den upphandlande myndigheten ska fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser myndighetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

Paragrafen genomför artikel 30.5 och tillsammans med 25 § artikel 30.6 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 15 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Uppmaning att lämna anbud

25 § När en underrättelse har lämnats enligt 24 §, ska den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen.

Paragrafen genomför tillsammans med 24 § artikel 30.6 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 16 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Vad som anges i direktivet och i nuvarande lagstiftning om att anbudena ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande behöver inte anges i lagtexten. Givetvis måste ett anbud innehålla nödvändiga faktorer och villkor för att den

upphandlande myndigheten ska kunna anta det utan att komma i konflikt med de allmänna principerna. Prop. 2015/16:195

Klarläggande, precisering och optimering av anbud

26 § Den upphandlande myndigheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga, precisera och optimera sitt anbud.

Klarlägganden, preciseringar, optimeringar och kompletterande upplysningar får dock inte omfatta ändringar av väsentliga aspekter av anbudet eller upphandlingen, däribland det behov myndigheten avser att tillgodose med upphandlingen och de krav som har ställts upp i annonsen, om ändringarna riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller leda till diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 30.6 andra stycket i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 17 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Första stycket gör det möjligt för en upphandlande myndighet att uppmana en deltagande leverantör att förtydliga innehållet eller, vilket utgör en nyhet i förhållande till gällande rätt, optimera sitt anbud. Utrymmet för ändringar är emellertid begränsat, vilket framgår av *andra stycket*. Av artikel 30.6 andra stycket framgår att i väsentliga aspekter av anbudet eller upphandlingen inkluderas de behov och krav som avses i 22 §.

Utvärdering av anbud

27 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 16 kap. 1 § andra stycket 1.

Paragrafen genomför artikel 30.1 tredje stycket sista meningen i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 19 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 25.

Bestämmelsen har i förhållande till direktivets ordalydelse anpassats till den terminologi som används i 16 kap.

Förhandlingar i syfte att bekräfta villkor

28 § Den upphandlande myndigheten får förhandla med den anbudsgivare som har lämnat det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet för att bekräfta de finansiella åtagandena eller andra villkor som anges i anbudet och slutligt fastställa kontraktsvillkoren. Detta gäller under förutsättning att förhandlingarna

1. inte leder till att väsentliga aspekter i anbudet eller upphandlingen ändras i sak, och
2. inte riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller orsaka diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 30.7 andra stycket i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 20 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att förhandla med den anbudsgivare som har lämnat det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Förhandlingsutrymmet är emellertid begränsat. Förhandlingen får endast syfta till att få villkoren i anbudet bekräftade. Lagrådet har anmärkt på ordvalet i bestämmelsen

Prop. 2015/16:195 och påpekat att en förhandling syftar till en förändring, inte till en bekräftelse. Att förhandlingen ska syfta till att bekräfta åtagandena och villkoren är emellertid det ordval som används i direktivet. Det ordval som används måste förstås så att det inte finns utrymme i förhandlingarna för några egentliga förändringar i anbudet. Den närmare innebörden av bestämmelsen får emellertid överlämnas åt rättstillämpningen.

Av artikel 30.7 andra stycket framgår att i väsentliga aspekter i anbudet eller upphandlingen inkluderas de behov och krav som avses i 22 §.

Ersättning för deltagande i dialogen

29 § Den upphandlande myndigheten får besluta om tävlingspriser eller annan ersättning för deltagande i dialogen.

Paragrafen genomför artikel 30.8 i LOU-direktivet och motsvarar 4 kap. 21 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Innovationspartnerskap

30 § Vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande myndigheten begärt för urvalet. De anbudssökande som myndigheten bjuder in får delta i förfarandet.

Paragrafen genomför artikel 31.1 första stycket, artikel 31.1 fjärde stycket andra meningen och, tillsammans med 31 §, artikel 31.6 andra stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Benämningen på upphandlingsförfarandet som används när en upphandlande myndighet vill inrätta ett innovationspartnerskap är förfarande för inrättande av innovationspartnerskap medan begreppet innovationspartnerskap används som benämning på det partnerskap som ingås efter att upphandlingen avslutats och kontrakt ingåtts med en eller flera leverantörer.

Vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska en annons om upphandling enligt 10 kap. 1 § användas som anbudsinfordran då förfarandet inte omfattas av regleringen om förhandsannons i 10 kap. 2 §.

Bestämmelser om begränsning av antalet anbudsgivare finns i 4 kap. 6 och 7 §§.

När förfarandet får användas

31 § En upphandlande myndighet får använda ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap för att anskaffa en vara, tjänst eller byggtreprenad för att tillgodose behov som den upphandlande myndigheten bedömer inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden.

Innovationspartnerskapet ska syfta till utveckling och därpå följande anskaffning av den vara, tjänst eller byggtreprenad som myndigheten har behov av. En sådan anskaffning förutsätter att varan, tjänsten eller

byggentreprenaden motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som den upphandlande myndigheten och deltagarna har kommit överens om. Prop. 2015/16:195

Paragrafen genomför artikel 31.2 första stycket och, tillsammans med 30 §, 31.6 andra stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Av *första stycket* framgår förutsättningarna för att få inrätta innovationspartnerskap. För att kunna bedöma att ett behov inte kan tillgodoses genom en vara, tjänst eller byggentreprenad som redan finns tillgänglig på marknaden kan den upphandlande myndigheten behöva göra en marknadsanalys. Frågan om vilken grad av innovation som krävs för att förutsättningarna enligt bestämmelsen ska vara uppfyllda får i slutänden bestämmas av rättstillämpningen.

Av *andra stycket* framgår att ett innovationspartnerskap ska omfatta såväl utvecklingen av en vara, tjänst eller byggentreprenad som själva anskaffningen av den utvecklade varan, tjänsten eller byggentreprenaden. Att en anskaffning ska få göras inom ramen för innovationspartnerskapet förutsätter att varan, tjänsten eller byggentreprenaden motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som överenskommit mellan den upphandlande myndigheten och deltagarna.

Krav på anbudssökande

32 § Vid urvalet av anbudssökande ska en upphandlande myndighet särskilt tillämpa krav som avser leverantörers kapacitet inom området för forskning och utveckling och kapacitet att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Paragrafen genomför artikel 31.6 första stycket i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

De krav som avses i bestämmelsen är en specificering av de krav som kan ställas enligt 14 kap. De krav som ställs enligt 14 kap. ska således vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska särskilt ta sikte på leverantörens kapacitet i de avseenden som bestämmelsen anger.

Upphandlingsdokumenten

33 § Den upphandlande myndigheten ska i upphandlingsdokumenten

1. ange det behov av en vara, tjänst eller byggentreprenad som myndigheten inte kan tillgodose genom lösningar som finns på marknaden,
2. de delar av beskrivningen som är sådana minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud, och
3. vad som ska gälla i fråga om immateriella rättigheter.

Den information som lämnas i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma upphandlingens art och omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i upphandlingsförfarandet.

Paragrafen genomför artikel 31.1 andra stycket och tredje punkten genomför del av 31.6 tredje stycket i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Prop. 2015/16:195 I paragrafen anges de uppgifter som specifikt ska lämnas i upphandlingsdokumenten när ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap genomförs.

Förhandlingar

34 § Den upphandlande myndigheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. De slutliga anbuden får inte vara föremål för förhandling.

Paragrafen genomför artikel 31.3 i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen innehåller motsvarande bestämmelser som 8 § första stycket, se vidare kommentaren till den paragrafen.

Lagrådet har föreslagit ett andra stycke i bestämmelsen som motsvarar regleringen i 11 § om hur myndigheten ska förfara när den har för avsikt att avsluta förhandlingarna vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Motsvarande reglering avseende förfarande för inrättande av innovationspartnerskap saknas emellertid i direktivet och det saknas därför stöd för att införa en sådan reglering. Det är dock givetvis så att upphandlande myndigheter för att säkerställa att den inte bryter mot någon av de allmänna principerna bör förfara på ett sådant sätt som anges i 11 § när den har för avsikt att avsluta förhandlingarna även vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. I skäl 49 anges vidare att regleringen kring innovationspartnerskap bör baseras på de förfaranderegler som gäller för förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det förfarande som föreskrivs i 11 § är därför en rimlig handlingsregel även när ett innovationspartnerskap ska inrättas.

35 § Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna, ska den upphandlande myndigheten skriftligen informera alla kvarvarande anbudsgivare om detta och ge dem skälig tid för att ändra sina anbud.

Paragrafen genomför del av artikel 31.4 första stycket i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen innehåller motsvarande bestämmelser som 9 §, se vidare kommentaren till den paragrafen.

36 § Förhandlingarna får delas upp i successiva steg för att minska antalet anbud om den upphandlande myndigheten har angett detta i något av upphandlingsdokumenten. Myndigheten får efter varje steg välja ut de anbud som myndigheten ska fortsätta att förhandla om. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som har angetts i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför del av artikel 31.5 i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen innehåller motsvarande bestämmelser som 10 § första stycket och 23 § första stycket, se vidare kommentaren till den förstnämnda paragrafen. Någon motsvarande bestämmelse som i 10 §

andra stycket och 23 § andra stycket, som genomför artikel 66 i Prop. 2015/16:195 direktivet, finns inte beträffande innovationspartnerskap.

Krav för att få inrätta ett innovationspartnerskap

37 § En upphandlande myndighet får inrätta innovationspartnerskap endast med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Paragrafen genomför artikel 31.1 tredje stycket i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Kravet på separat forsknings- och utvecklingsverksamhet ska inte tolkas som ett krav på att företaget bedriver både forskningsverksamhet och utvecklingsverksamhet. Forskning och utveckling är ett vedertaget begrepp som innefattar dels forskning, dels utveckling.

Utvärdering av anbud

38 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 16 kap. 1 § andra stycket 1.

Paragrafen genomför artikel 31.1 fjärde stycket sista meningen i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4 och i avsnitt 25.

Bestämmelsen har i förhållande till direktivets ordalydelse anpassats till den terminologi som används i 16 kap.

Genomförandet av partnerskapet

39 § Ett innovationspartnerskap ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna får också inkludera tillverkningen av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller utförandet av byggentreprenaderna.

Paragrafen genomför, tillsammans med 40 §, artikel 31.2 andra stycket i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Denna paragraf och 40 § innehåller bestämmelser om hur ett innovationspartnerskap ska struktureras och genomföras. I skäl 49 i direktivet anges att ett innovationspartnerskap bör struktureras på ett sådant sätt att det kan ge det nödvändiga efterfrågetrycket på marknaden och som ger incitament till utveckling av en innovativ lösning utan att marknaden för den skull sätts ur spel.

40 § Ett innovationspartnerskap ska slå fast delmål som parterna ska uppfylla samt reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar.

Med utgångspunkt i delmålen får den upphandlande myndigheten efter varje etapp avsluta innovationspartnerskapet eller, om innovationspartnerskapet omfattar flera leverantörer, minska antalet sådana genom att avsluta enskilda kontrakt. Sådana åtgärder förutsätter att myndigheten i något av upphandlingsdokumenten har angett att dessa möjligheter finns och på vilka villkor de kan användas.

Paragrafen genomför artikel 31.2 tredje stycket och, tillsammans med 39 §, artikel 31.2 andra stycket i LOU-direktivet. Paragrafen har

Prop. 2015/16:195 utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Denna paragraf och 39 § innehåller bestämmelser om hur ett innovationspartnerskap ska struktureras och genomföras. *Första stycket* anger att partnerskapet ska struktureras i delmål som ska uppfyllas och att även hur ersättningen ska struktureras ska regleras mellan parterna. För att ett innovationspartnerskap ska ha önskvärd framgång bör det struktureras så att en rimlig riskfördelning uppnås mellan parterna.

Av andra stycket framgår att upphandlande myndighet efter varje etapp får avsluta innovationspartnerskapet eller enskilda kontrakt om det angetts i något av upphandlingsdokumenten. Det är givetvis upp till myndigheten och leverantörerna att göra nödvändiga överenskommelser i kontraktet om hur och på vilken grund denna möjlighet kan utnyttjas av den upphandlande myndigheten.

41 § Den upphandlande myndigheten ska se till att innovationspartnerskapets struktur, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika etapperna, avspeglar graden av innovation hos den föreslagna lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Det uppskattade värdet av varor, tjänster eller byggtreprenader får inte vara oproportionerligt i förhållande till de investeringar som krävs för att ta fram dem.

Paragrafen genomför artikel 31.7 i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Bestämmelsen uttrycker att ett innovationspartnerskaps struktur ska vara proportionerligt mot graden av innovation och de insatser som krävs för att utveckla den efterfrågade lösningen. Även värdet av det som efterfrågas måste vara proportionerligt mot de investeringar som krävs för att ta fram den.

7 kap. Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

1 § En upphandlande myndighet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i denna lag.

Paragrafen genomför artikel 33.1 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 5 kap. 1 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Ramavtalets löptid

2 § Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Paragrafen genomför artikel 33.1 tredje stycket i LOU-direktivet och motsvarar 5 kap. 3 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

I skäl 62 andra stycket i direktivet anges som exempel på fall som motiverar avsteg från huvudregeln om fyra år att leverantörer måste

förfoga över utrustning som har längre avskrivningstid än fyra år och som måste vara tillgänglig när som helst under ramavtalets hela löptid. I en sådan specifik situation kan det således finnas skäl att föreskriva en längre löptid för ramavtalet i syfte att tillförsäkra en effektiv konkurrens när ramavtalet ingås.

I första stycket i samma skältext anges också, såsom ett klagörande, att kontrakt som grundas på ett ramavtal visserligen måste tilldelas innan själva ramavtalet löper ut. Löptiden för de enskilda kontrakt som grundas på ett ramavtal behöver dock inte sammanfalla med löptiden för ramavtalet utan i förekommande fall får den vara kortare eller längre. I skälen anges vidare att det i synnerhet är tillåtet att fastställa löptiden för de enskilda kontrakt som grundas på ett ramavtal med beaktande av faktorer såsom den tid som behövs för deras fullgörande, när underhåll av utrustning med en uppskattad ekonomisk livslängd på mer än fyra år ingår eller när det behövs omfattande utbildning av personal för att fullgöra kontraktet.

I förhållande till LOU har 2 och 3 §§ bytt plats. Syftet är att hålla samman de bestämmelser som uteslutande rör själva ramavtalet i kapitlets inledning.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal

3 § Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får ingås endast mellan en upphandlande myndighet som har identifierats för detta syfte antingen i anbudsinfordran som avser ramavtalet eller i inbjudan att bekräfta intresse och en leverantör som är part i ramavtalet.

Villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får inte avvika väsentligt från villkoren i ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 33.2 andra och tredje styckena i LOU-direktivet och motsvarar 5 kap. 2 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Första stycket är ändrat i förhållande till motsvarande reglering i LOU (5 kap. 2 § första stycket). Kravet att en upphandlande myndighet som ska använda ramavtalet måste vara identifierad i underlaget för ramavtalet ska ses i ljuset av transparensprincipen. En leverantör måste, när ramavtalet ingås, enkelt och otvetydigt kunna identifiera vilka upphandlande myndigheter som kommer att ha rätt att använda sig av ramavtalet. Informationen om detta ska varken vara svårtillgänglig eller tveksam när det gäller innehållet.

Skäl 60 i direktivet klargör att kravet på tydlig identifiering innebär att det inte är möjligt för upphandlande myndigheter att ansluta till och börja använda ett ramavtal som redan har ingåtts av en annan upphandlande myndighet, t.ex. en inköpscentral. Att det bara är sådana leverantörer som är parter i ramavtalet som får ingå kontrakt innebär, på samma sätt, att ramavtalet inte är öppet för anslutning av nya leverantörer när det har ingåtts. Ett ingånget ramavtal är således ett slutet system såväl på användarsidan som på leverantörssidan.

Den upphandlande myndighet som ingår ramavtalet måste överväga hur kravet på transparens kan tillgodoses. I skäl 60 sägs i exemplifierande syfte att de berörda myndigheterna antingen kan

Prop. 2015/16:195 namnges eller identifieras på annat sätt, som genom en hänvisning till en viss kategori av upphandlande myndigheter inom ett tydligt avgränsat geografiskt område. Med ledning av samma skältext kan sägas att en inköpscentral kan föra eller låta föra ett register över vilka upphandlande myndigheter som har rätt att använda sig av inköpscentralens ramavtal.

Genom att paragrafen hänvisar till inbjudan att bekräfta intresse tydliggörs att ett ramavtal kan ingås inte bara efter annonsering utan också när anbudsinfordran är en förhandsannons. Detta förutsätter givetvis att förutsättningarna i 10 kap. 2 § är uppfyllda.

Lydelsen av *andra stycket* är endast redaktionellt ändrad i förhållande till 5 kap. 2 § andra stycket LOU och någon skillnad i sak är inte avsedd. Bestämmelsen innebär att de materiella villkoren i ett tilldelat kontrakt inte i något fall – dvs. varken i fråga om ramavtal med en enda leverantör, eller i fråga om ramavtal med flera leverantörer – får avvika väsentligt från villkoren i ramavtalet. Bedömningen av vad som är väsentliga avvikelser från villkoren i ramavtalet ska göras med ledning av bestämmelserna i 17 kap. om ändring av kontrakt. I direktivet framhålls kravets särskilda vikt i fråga om ramavtal med en enda leverantör. Detta får ses som en erinran om att det är särskilt viktigt att beakta transparens- och likabehandlingsprincipen i dessa fall eftersom det av naturliga skäl är svårt för utomstående att få insyn när kontrakt tilldelas i sådana fall.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med en enda leverantör

4 § Om ett ramavtal har ingåtts med en enda leverantör, ska kontrakt som grundas på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

Inför tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med leverantören och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud.

Paragrafen genomför artikel 33.3 i LOU-direktivet och, tillsammans med 5 §, artikel 33.2 första stycket. Paragrafen motsvarar 5 kap. 4 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Lydelsen av *första stycket* är ändrad i förhållande till 5 kap. 4 § första stycket LOU till en ordalydelse som anknyter till direktivet. Den bakomliggande direktivbestämmelsen i artikel 33.3 första stycket är inte ändrad i förhållande till 2004 års direktiv.

Bestämmelsen är tillämplig både när det gäller ramavtal som har samtliga villkor fastställda och ramavtal som inte har det. Med villkor förstås här sådana villkor som rör tillhandahållandet av de varor, tjänster eller byggtreprenader som ramavtalet avser. Tilldelning av kontrakt med anledning av ramavtalet ska ske utan användning av några tilldelningskriterier – någon utvärdering av anbudet ska inte ske. Den upphandlande myndighetens avrop måste hålla sig inom ramarna för de villkor för tillhandahållandet som anges i ramavtalet, t.ex. när det gäller vilka varor, tjänster eller byggtreprenader samt kvantiteter som kan avropas. Om det finns öppna villkor som kan kompletteras inför avrop måste dessa alltså vara angivna så att det framgår inom vilket utrymme kompletteringar är möjliga.

Andra stycket motsvarar 5 kap. 4 § andra stycket LOU. När det handlar om ramavtal med samtliga villkor för tillhandahållande fastställda sker tilldelning av kontrakt genom rena avrop. Genom bestämmelsen i detta stycke står det klart att det finns ett visst utrymme att använda sig av öppna villkor för tillhandahållande i ett ramavtal med en enda leverantör. Utrymmet är dock begränsat. Regleringen måste förstås och tillämpas i ljuset av att det av naturliga skäl är särskilt svårt i dessa fall för utomstående, t.ex. andra leverantörer på marknaden, att få insyn vid tilldelningen. Ett sådant samråd som avses i stycket ska vara skriftligt.

Med samråd kan inte förstås förhandlingar. Någon förnyad konkurrensutsättning sker heller inte och det är inte fråga om en ny anbudsgivning. I praktiken innebär detta att det ges utrymme för en precisering av ramavtalsvillkoren genom en komplettering av leverantörens ursprungliga anbud. Det kan t.ex. röra sig om uppgift om aktuellt pris, om detta enligt ramavtalet är kopplat till någon form av prisjusteringsklausul (jfr exemplen i prop. 2006/07:128 del 1 s. 335).

Det är den upphandlande myndigheten som kan ta initiativ till ett samråd. Myndighetens behov är alltså avgörande för om samråd ska ske vilket bl.a. talar för att det i det nyss nämnda fallet normalt rör sig om prissänkningar, dvs. justeringar som är till fördel för den upphandlande myndigheten. Det kan emellertid inte uteslutas att det finns fall där en komplettering också kan innebära en prishöjning, om det är nödvändigt för att ett avrop ska kunna komma till stånd och den upphandlande myndigheten därmed få sitt behov tillgodosett. Närmare vilka kompletteringar som kan göras vid ett enskilt avrop måste bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer

5 § När ett ramavtal som har ingåtts med flera leverantörer har samtliga villkor fastställda för tillhandahållandet av de varor, tjänster eller byggtreprenader som ramavtalet avser ska kontrakt som grundas på ramavtalet tilldelas enligt 6 eller 7 §.

När ramavtalet inte har samtliga sådana villkor fastställda, ska tilldelning ske enligt 8 §.

Första och andra styckena gäller även delar av ett ramavtal.

Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Första och andra stycket genomför första delen av artikel 33.4 i LOU-direktivet och, tillsammans med 4 §, artikel 33.2 första stycket. Tredje stycket genomför artikel 33.4 b andra stycket. Paragrafen har i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Paragrafen anger enligt vilka olika regler kontrakt ska tilldelas när ett ramavtal är tecknat med flera leverantörer. När ett ramavtal har alla villkor för tillhandahållande fastställda kan kontrakt som grundas på ramavtalet tilldelas på endera av två sätt som regleras i 6 och 7 §§. I 6 § anges att kontrakt kan tilldelas utan en förnyad konkurrensutsättning, med tillämpning av objektiva villkor, en s.k. fördelningsnyckel. Av 7 § framgår att kontrakt som grundas på sådana ramavtal också under vissa förutsättningar kan tilldelas efter förnyad konkurrensutsättning. När det gäller ramavtal som inte har alla villkor för tillhandahållande fastställda

Prop. 2015/16:195 ska tilldelning av kontrakt alltid ska ske efter en förnyad konkurrensutsättning. Innebörden av *tredje stycket* är att ett och samma ramavtal kan bestå av delar som är av det ena eller andra slaget. Lagrådet har efterfrågat ett förtydligande av styckets innebörd. I vissa delar av ett ramavtal kan således alla villkor vara fastställda medan andra delar har villkor som är öppna. Kontrakt som endast berörs av delar i ett ramavtal som har alla villkor fastställda kan tilldelas utan förnyad konkurrensutsättning utan hinder av att alla villkor inte är fastställda i andra delar av ramavtalet. Givetvis måste förutsättningarna för detta förfaringssätt framgå av upphandlingsdokumenten till ramavtalet.

Lagrådet har framfört att det är ogörligt att i ett avtal fastställa samtliga villkor för tillhandahållandet av de nyttigheter avtalet avser. När bestämmelsen talar om samtliga villkor ska detta emellertid inte förstås så att hela den utfyllande civilrätten ska finnas fastställd i ramavtalet för att kontrakt ska få tilldelas utan förnyad konkurrensutsättning. I praktiken förutsätter, som Lagrådet påpekat, alla avtal att de villkor parterna överenskommit om kompletteras av regler av civilrättslig karaktär. Vad som avses är att ramavtalet innehåller tillräckliga bestämmelser för att möjliggöra ett direkt avrop utan att ytterligare anbud begärs in. Om tilldelning med anledning av ramavtalet kommer att ske med eller utan förnyad konkurrensutsättning eller genom båda sätten kommer att framgå redan i upphandlingsdokumenten. Detta är alltså förutsättningar som är kända för leverantörerna redan när de lämnar anbud. Regleringen siktar snarare till att parterna i ramavtalet ska känna till vilka förutsättningar som kommer att gälla vid tilldelningen av kontrakt än att i lagstiftningen slå fast vilka villkor som ska vara fastställda för att ett ramavtal ska kunna genomföras på det ena eller det andra sättet.

Tilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning

6 § En upphandlande myndighet får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § första stycket utan en förnyad konkurrensutsättning, enligt villkoren i ramavtalet.

Myndigheten ska tillämpa objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet. De objektiva villkoren ska anges i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 33.4 a i LOU-direktivet och motsvarar 5 kap. 6 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

I paragrafen behandlas tilldelning av kontrakt utan förnyad konkurrensutsättning, dvs. genom avrop, när fler än en leverantör är parter i ramavtalet. Lydelsen av *första stycket* överensstämmer i princip med 5 kap. 6 § första stycket LOU. Att kontrakt ska tilldelas enligt villkoren i ramavtalet innebär att den upphandlande myndighetens avrop ska hålla sig inom ramen för villkoren om tillhandahållandet av de varor, tjänster eller byggtreprenader som ramavtalet avser. Tilldelning ska ske utan samråd och utan användning av tilldelningskriterier. Någon ny utvärdering av leverantörernas anbud ska alltså inte göras.

Andra stycket behandlar frågan hur den upphandlande myndigheten ska avgöra vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som ska

tilldelas ett visst kontrakt vid ett avrop. Myndigheten ska därvid tillämpa objektiva villkor som ska anges i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. De objektiva villkoren utgör en fördelningsnyckel som styr valet av utförare vid ett avrop från ramavtalet.

Syftet med kravet på objektiva villkor, en fördelningsnyckel, är att utesluta att valet av leverantör vid ett avrop styrs av den upphandlande myndighetens godtycke eller ovidkommande hänsyn. Om en myndighet tilldelar kontrakt genom avrop från ett ramavtal av det aktuella slaget är bestämmelserna avsedda att vara garantier för att frågan vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift avgörs på ett objektivt sätt, med iakttagande av de grundläggande principerna som likabehandlings- och transparensprincipen.

Vilken fördelningsnyckel som kan respektive bör användas i ett visst ramavtal får avgöras utifrån förhållandena i det enskilda fallet. I många fall torde en rangordning av leverantörerna, som fastställs i samband med tilldelning av ramavtalet, vara den bästa och effektivaste metoden för att helt eller delvis styra tilldelningen men så länge villkoren tillgodoser kraven på förutsebarhet och objektivitet kan den utformas på valfritt sätt från myndighetens sida.

När det gäller varor eller tjänster avsedda att användas av fysiska personer får villkoren i fördelningsnyckeln innefatta de berörda fysiska personernas behov eller val (se skäl 61 i direktivet). Att t.ex. en enskild person – utifrån sina personliga behov eller preferenser – får tydlig information om möjliga alternativ och därefter väljer vilken leverantör som ska få tillhandahålla en viss personlig tjänst eller vara innebär inte att valet styrs av den upphandlande myndighetens godtycke. Det är därför möjligt att använda detta som en objektiv metod för val av utförare. Om det kan ifrågasättas om ett sådant avrop i praktiken styrs av den upphandlande myndighetens godtycke måste den berörda personens behov vara klarlagt och definierat och kunna matchas mot villkoren i fördelningsnyckeln. Om det finns fler än en leverantör som kan tillgodose behovet får valet dem emellan inte ske godtyckligt, utan genom exempelvis en rangordning.

Tilldelning delvis efter en förnyad konkurrensutsättning

7 § En upphandlande myndighet får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § första stycket delvis efter en förnyad konkurrensutsättning på det sätt som anges i 9 §, om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet att den upphandlande myndigheten ska ha den möjligheten.

I upphandlingsdokumentet ska i sådana fall också anges

1. de av ramavtalets villkor för tillhandahållande som kan bli föremål för en förnyad konkurrensutsättning, och
2. de objektiva villkor som myndigheten ska använda när den avgör om tilldelning ska ske utan eller efter en förnyad konkurrensutsättning.

Paragrafen genomför artikel 33.4 b första stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Paragrafens *första stycke* innebär att om ett ramavtal eller en del av ett ramavtal har samtliga villkor för tillhandahållandet fastställda, kan ändå

Prop. 2015/16:195 ett eller flera av dessa villkor bli föremål för förnyad konkurrensutsättning. En förutsättning är att det har angetts i något av ramavtalets upphandlingsdokument att myndigheten ska ha den möjligheten. I skäl 61 anges att upphandlande myndigheter i sådana fall bör ha möjlighet att göra en anskaffning antingen genom att utse en leverantör i enlighet med objektiva kriterier eller genom tilldelning av specifika kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning bland de leverantörer som är parter i ramavtalet. Det är således inte en viss tilldelning som görs på delvis det ena, delvis det andra sättet utan vad som avses är att de kontrakt som grundas på ramavtalet antingen kan tilldelas utan en förnyad konkurrensutsättning eller efter en sådan.

Av *andra stycket* följer att det också måste framgå av upphandlingsdokumentet vilka villkor som kan bli föremål för förnyad konkurrensutsättning och under vilka förutsättningar en upphandlande myndighet får använda sig av förnyad konkurrensutsättning. Kvantitet, värde eller karaktäristika för det som ska tillhandahållas är, enligt en exemplifierande uppräknings i skäl 61 i direktivet, faktorer som kan vara avgörande för valet mellan de två metoderna när ett kontrakt ska tilldelas.

Den upphandlande myndighet som ingår ramavtalet måste analysera om det kommer att finnas ett behov av flexibilitet vid användning av ramavtalets fastlagda villkor för tillhandahållande och i så fall ange de närmare villkoren för sådan användning redan i upphandlingsdokumentet.

Tilldelning efter en förnyad konkurrensutsättning

8 § En upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som avses i 5 § andra stycket efter en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet på sätt som anges i 9 §.

Paragrafen genomför artikel 33.4 c i LOU-direktivet och motsvarar 5 kap. 7 § första stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Förfarandet vid en förnyad konkurrensutsättning

9 § Vid en förnyad konkurrensutsättning ska de leverantörer som är parter i ramavtalet inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får, om det är nödvändigt, preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket ska

1. den upphandlande myndigheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,

2. den upphandlande myndigheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,

3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten inte ta del av innehålllet i anbuden innan den angivna svarstiden har löpt ut, och

4. den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 33.5 i LOU-direktivet och motsvarar 5 kap. 7 § andra stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitt 13.2.

Paragrafen är i princip likalydande med 5 kap. 7 § LOU. Med skriftligt samråd i *andra stycket 1* kan som regel inte förstås förhandlingar. LOU-direktivet innebär emellertid generellt utökade möjligheter, jämfört med 2004 års direktiv, att använda förhandlingar i upphandlingar. Förhandlat förfarande med föregående annonsering får bl.a. användas när den upphandlande myndighetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av lättillgängliga lösningar (se 5 kap. 5 §). Ett ramavtal kan exempelvis avse sådana varor eller tjänster som behöver anpassas efter användarens behov varför det förhandlande förfarandet kan ha använts vid ingående av själva ramavtalet. I ett sådant fall bör det vara möjligt att använda förhandlingar i samma utsträckning vid en förnyad konkurrensutsättning. Samrådet måste i alla händelser avse de villkor som angavs vid ingående av ramavtalet och de eventuella andra villkor som anges i något av upphandlingsdokumenten. Ramen för samrådet ges i 3 § andra stycket som anger att villkoren i kontrakt som grundar sig på ramavtalet inte får avvika väsentligt från villkoren i ramavtalet. Det är möjligt att hålla en elektronisk auktion vid en förnyad konkurrensutsättning.

I *andra stycket 4* förtydligas att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utses på grundval av de tilldelningskriterier som anges i upphandlingsdokumenten till ramavtalet.

Inköpscentraler

Anlitande av en inköpscentral

10 § En upphandlande myndighet får anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten.

Om en upphandlande myndighet anlitar en inköpscentral enligt första stycket, får tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även omfatta stödverksamhet för inköp.

Paragrafen genomför artikel 37.4 i LOU-direktivet och motsvarar närmast 4 kap. 22 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 14.3.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet får anlita en inköpscentral för tillhandahållande av centraliserad inköpsverksamhet utan att upphandla tjänsten (vad som avses med centraliserad inköpsverksamhet framgår av 1 kap. 14 §, se kommentaren till den bestämmelsen). Någon konkurrensutsättning behöver således inte ske när en upphandlande myndighet ska anlita en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet. Av bestämmelsen och 11 och 12 §§ följer att även en enskild upphandlande myndighet i ett visst ärende kan anlita en inköpscentral.

Om en upphandlande myndighet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet utan att upphandla tjänsten, får denna tjänst enligt *andra stycket* även omfatta stödverksamhet för inköp. I samband med att en upphandlande myndighet anlitar en inköpscentral för centraliserad inköpsverksamhet kan myndigheten således även använda sig av stödverksamhet som inköpscentralen tillhandahåller, utan att stödtjänsten behöver upphandlas. Exempel på stödverksamhet är enligt

Prop. 2015/16:195 direktivet tillhandahållande av teknisk infrastruktur som gör det möjligt för upphandlande myndigheter att tilldela offentliga kontrakt eller ingå ramavtal, rådgivning om genomförande eller utformning av offentliga upphandlingsförfaranden samt förberedande och administration av upphandlingsförfaranden på den upphandlande myndighetens vägnar. Av bestämmelsen framgår att det är frivilligt för inköpscentraler att tillhandahålla sådan stödverksamhet. Bestämmelsen innebär t.ex. att en upphandlande myndighet som vänt sig till en inköpscentral inför ett avrop från ett ramavtal även kan anlita inköpscentralen för rådgivning i samband med avropet, utan att upphandla rådgivningstjänsten. Av bestämmelsen framgår motsatsvis att en upphandlande myndighet som enbart vill använda sig av en tjänst som avser stödverksamhet för inköp kan vara skyldig att upphandla denna tjänst.

Anskaffning från en inköpscentral

11 § En upphandlande myndighet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Paragrafen genomför artikel 37.1 första stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 14.3.

Av paragrafen framgår att upphandlande myndigheter får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral, dvs. använda sig av den form av grossistfunktion som inköpscentraler får bedriva enligt 1 kap. 14 § 1, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

Anskaffning genom en inköpscentral

12 § En upphandlande myndighet får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom

1. kontrakt som tilldelas av en inköpscentral,
2. dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, eller
3. ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Paragrafen genomför artikel 37.1 andra stycket i LOU-direktivet och motsvarar delvis 4 kap. 22 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 14.3.

Av paragrafen framgår att upphandlande myndigheter får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom en inköpscentral, dvs. använda sig av den form av centraliserad inköpsverksamhet som anges 1 kap. 14 § 2, se vidare kommentaren till den bestämmelsen. Detta kan ske med hjälp av kontrakt som tilldelas av en inköpscentral, dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral eller ramavtal som ingås av en inköpscentral. Av 3 § framgår att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal endast får slutas mellan en upphandlande myndighet som tydligt har identifierats för detta syfte i ramavtalets anbudsinfördran eller inbjudan att bekräfta intresse.

Den upphandlande myndighetens ansvar

13 § En upphandlande myndighet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt 11 eller 12 §.

Den upphandlande myndigheten ansvarar dock för att fullgöra skyldigheterna i denna lag när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Paragrafen genomför artikel 37.2 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 14.4.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt 11 eller 12 §. Bestämmelsen innebär att en upphandlande myndighet ska anses ha uppfyllt sina skyldigheter enligt lagen när den använder sig av centraliserad inköpsverksamhet som tillhandahålls av en inköpscentral. Detta gäller oavsett vilken form av centraliserad inköpsverksamhet som den upphandlande myndigheten använder sig av. När en inköpscentral agerar som grossist eller som självständig mellanhand är det således inköpscentralen som ansvarar för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd. Regleringen innebär att upphandlande myndigheter genom att anlita en inköpscentral kan frångå sig ansvaret för att en upphandling genomförs i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

I *andra stycket* anges att den upphandlande myndigheten ansvarar för att fullgöra skyldigheterna enligt lagen när det gäller de delar av ett förfarande som myndigheten själv genomför. Med delar av ett förfarande som en upphandlande myndighet själv genomför avses enligt direktivet t.ex. när den upphandlande myndigheten genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som en inköpscentral har ingått. Vid en sådan förnyad konkurrensutsättning blir det således den avropande myndigheten som blir ansvarig för att avropet sker med iakttagande av gällande bestämmelser. Ytterligare exempel på delar av ett förfarande som en upphandlande myndighet själv kan genomföra är tilldelning av ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral och fastställande av vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift enligt ett ramavtal som en inköpscentral har ingått. Om en inköpscentral genomför en upphandling i egenskap av ombud för en upphandlande myndighet så agerar inköpscentralen i myndighetens (huvudmannens) namn. Detta innebär att det som inköpscentralen gör tillskrivs den upphandlande myndigheten. I de rena ombudsfallen bör således den upphandlande myndigheten anses själv ha genomfört upphandlingsförfarandena och därmed också ansvara för att skyldigheterna i lagen fullgörs.

Gemensam upphandling med myndighet från annan medlemsstat

14 § En upphandlande myndighet får genomföra en upphandling gemensamt med en upphandlande myndighet från en annan medlemsstat med användning av upphandlingsåtgärder enligt 15–23 §§.

En viss upphandlingsåtgärd får inte väljas i syfte att undvika tillämpningen av tvångande föreskrifter som är förenliga med EU-rätten.

Paragrafen genomför artikel 39.1 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.1.

Av *första stycket* följer att en upphandlande myndighet får genomföra en upphandling gemensamt med en upphandlande myndighet från en annan medlemsstat. Detta kan göras enligt något av de tre alternativen enligt 15, 17 och 22 §§ och enligt de villkor som följer av bestämmelserna i 15–23 §§. Bestämmelserna om gemensam upphandling påverkar dock inte möjligheterna för en myndighet att i övrigt i enlighet med upphandlingsregelverket samarbeta med myndigheter i andra medlemsstater. Bestämmelserna om gemensam upphandling innebär inte heller att myndigheternas befogenheter eller kompetens att agera utvidgas. En myndighets befogenhet eller kompetens bestäms av andra bestämmelser än de om gemensam upphandling. I detta sammanhang kan nämnas regelverket i 10 kap. regeringsformen och bestämmelserna om den kommunala kompetensen i kommunallagen (1991:900).

Regleringen i *andra stycket* innebär att gemensam upphandling inte får användas i syfte att undvika att annars tillämpliga tvingande bestämmelser tillämpas, t.ex. de svenska bestämmelserna om offentlighet och sekretess.

Inköpscentral i annan medlemsstat

15 § En upphandlande myndighet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

Paragrafen genomför artikel 39.2 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.2.

Av paragrafen följer att en upphandlande myndighet får anlita en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

16 § Vid gemensam upphandling enligt 15 § tillämpas bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

De bestämmelser som är tillämpliga enligt första stycket ska också tillämpas om en upphandlande myndighet

1. tilldelar ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt första stycket,
2. genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket, eller
3. enligt 6 och 7 §§ beslutar vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet inom ramen för ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket.

Paragrafen genomför artikel 39.3 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.2.

I *första stycket* regleras vilken medlemsstats bestämmelser som ska tillämpas när en upphandlande myndighet använder sig av en inköpscentral i en annan medlemsstat. Det följer därvid av regleringen att det är bestämmelserna som gäller i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

Bestämmelserna i *andra stycket* förtydligar att även om en upphandlande myndighet själv ansvarar för de uppräknade upphandlingsåtgärderna, så ska bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen tillämpas på åtgärderna.

17 § En upphandlande myndighet får gemensamt med upphandlande myndigheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen vidta upphandlingsåtgärder genom att

1. tilldela ett kontrakt,
2. ingå ett ramavtal, eller
3. inrätta ett dynamiskt inköpssystem.

En upphandlande myndighet som har ingått ett ramavtal enligt första stycket 2 eller inrättat ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 3, får tilldela kontrakt inom ramen för ramavtalet eller inköpssystemet.

Paragrafen genomför artikel 39.4 första stycket första och andra meningarna i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

I *första stycket* föreskrivs att en upphandlande myndighet får vidta upphandlingsåtgärder gemensamt med upphandlande myndigheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen. De åtgärder som räknas upp i paragrafen är att tilldela kontrakt, ingå ramavtal eller inrätta ett dynamiskt inköpssystem.

Av *andra stycket* framgår att en tilldelning av kontrakt kan göras inom ramen för ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 2 eller 3. Regeln uttrycker det följdriktiga att den upphandlande myndighet som gemensamt har ingått ett ramavtal eller gemensamt inrättat ett dynamiskt inköpssystem också kan utnyttja ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet för anskaffningar av sådant som avtalet eller inköpssystemet omfattar.

18 § Vid gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 17 § ska delar som är nödvändiga för samarbetet följa av en överenskommelse.

Paragrafen genomför artikel 39.4 första stycket tredje meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Av paragrafen följer att de nödvändiga delarna för samarbetet ska följa av en överenskommelse. Direktivet utgår emellertid ifrån att om det redan finns överenskommelser mellan berörda medlemsstater så ska dessa tillämpas.

Vad som utgör nödvändiga delar för ett samarbete får bedömas i varje enskilt fall. Det som ska fastställas enligt 19 § får dock normalt sett anses vara sådant som utgör nödvändiga delar för ett samarbete. Vägledande för vad som är nödvändiga delar bör även vara hur en överenskommelse kan antas uppfattas av leverantörerna. Leverantörernas möjligheter att bedöma förutsättningarna för att delta och tilldelas kontrakt i en upphandling bör därvid inte vara sämre än vad de är vid en upphandling som inte är gränsöverskridande. Bestämmelser om rättsmedel omfattas inte av vad som kan utgöra nödvändiga delar.

19 § Om en överenskommelse enligt 18 § träffas mellan de deltagande myndigheterna, ska myndigheterna i överenskommelsen fastställa

1. myndigheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga, och

2. sättet att organisera upphandlingsförfarandet, innefattande ledning, fördelning av varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

När myndigheterna fastställer ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga enligt första stycket 1, kan

1. ansvarsområdena fördelas till en eller flera av dem, eller

2. som tillämpliga bestämmelser fastställas den medlemsstats bestämmelser i vilken minst en av myndigheterna har sin hemvist.

Paragrafen genomför artikel 39.4 första stycket tredje meningen, första stycket a och b och andra stycket andra meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Av *första stycket* framgår att när en överenskommelse träffas mellan upphandlande myndigheter om gemensamma upphandlingsåtgärder, ska vissa närmare angivna förhållanden som rör samarbetet fastställas i överenskommelsen.

Enligt *första stycket 1* ska det av överenskommelsen framgå vilka ansvarsområden de deltagande myndigheterna ska ha. De skyldigheter som en myndighet ska fullgöra vid en upphandling kan alltså fördelas mellan de deltagande myndigheterna.

Av *första stycket 2* följer att det i överenskommelsen ska fastställas hur upphandlingen internt ska organiseras mellan de deltagande myndigheterna. Vilka delar av den interna organisationen som ska fastställas exemplifieras i punkten som gällande ledning, fördelning av de varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

Av *andra stycket 1* framgår att ansvarsområdena enligt första stycket 1 kan fördelas.

Genom bestämmelsen i *andra stycket 2* preciseras att en förutsättning för att bestämmelserna ska kunna göras tillämpliga på samarbetet är att det rör sig om nationella bestämmelser i någon av de medlemsstater i vilka de deltagande upphandlande myndigheterna har sin hemvist. Bestämmelsen medger dock inte att delar av olika nationella regelverk görs tillämpliga. Däremot hindrar den inte att ett nationellt regelverk gäller för en deltagande upphandlande myndighet och ett annat för en annan deltagande upphandlande myndighet.

För ett samarbete mellan exempelvis två upphandlande myndigheter, en i Sverige och en i Danmark, finns det alltså fyra olika valmöjligheter när det gäller vilka nationella regelverk som kan göras tillämpliga. Enligt det första alternativet kan svenska upphandlingsbestämmelser göras tillämpliga för båda myndigheterna. Enligt det andra alternativet kan danska upphandlingsbestämmelser göras tillämpliga för båda myndigheterna. Enligt det tredje alternativet kan svenska upphandlingsbestämmelser göras tillämpliga för den svenska myndigheten och danska upphandlingsbestämmelser för den danska myndigheten. Enligt det fjärde alternativet kan danska upphandlingsbestämmelser göras tillämpliga för den svenska myndigheten och svenska upphandlingsbestämmelser för den danska myndigheten. Vilket av de ovan redovisade

teoretiska alternativen som bör väljas får avgöras av dem som ingår överenskommelsen.

Bestämmelser om rättsmedel omfattas inte av det som i detta sammanhang anges som relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga. Lagrådet har ifrågasatt att detta kan utläsas av lagtexten. I avsnitt 15.2.5 har regeringen dock konstaterat att behörigheten att överpröva en upphandling för svenska domstolar i förhållande till domstolar och andra prövningsorgan i andra medlemsstater regleras i särskild ordning.

20 § Fördelningen av ansvarsområden mellan upphandlande myndigheter och tillämpliga nationella bestämmelser enligt 18 och 19 §§ ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 39.4 andra stycket tredje meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Kravet på att de i paragrafen angivna uppgifterna ska anges i något av upphandlingsdokumenten gäller utan begränsning. Skyldigheten att ange uppgifterna i fråga är således inte avhängig vilka som är parter i en sådan överenskommelse som utgör grunden för de gemensamma upphandlingsåtgärderna. Kravet gäller alltså även gemensamma upphandlingsåtgärder som vidtas med stöd av en överenskommelse som har träffats mellan medlemsstater. Vad som avses med upphandlingsdokument framgår av 1 kap. 23 §.

21 § En myndighet som deltar i en upphandling enligt 17 § och som anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader från en annan deltagande myndighet ska anses uppfylla sina skyldigheter enligt denna lag, om någon annan deltagande myndighet uppfyller de skyldigheter som föreskrivs i den lag som ska tillämpas till följd av en överenskommelse enligt 18 och 19 §§.

Paragrafen genomför artikel 39.4 andra stycket första meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Utformningen av bestämmelsen i paragrafen är resultatet av ett direktivnära överförande till svensk rätt av bestämmelsen i artikel 39.4 andra stycket första meningen i LOU-direktivet. Mot bakgrund av artikelbestämmelsens ordalydelse – en upphandlande myndighet ”köper” ”av” en annan upphandlande myndighet – väcks frågan om det beträffande gemensamt tilldelade kontrakt, ingångna ramavtal och drivna dynamiska inköpssystem i formell mening rör sig om att en upphandlande myndighet anskaffar från en annan upphandlande myndighet. Anskaffningen skulle i så fall kunna karakteriseras som en anskaffning från en inköpscentral med den skillnaden att det inte rör sig om en inköpscentral som stadigvarande tillhandahåller inköpsverksamhet. Det kan knappast ha varit EU-lagstiftarens avsikt att utvidga undantaget från upphandlingsskyldighet i fråga om inköpsverksamhet. För att i viss mån förtydliga detta har köper från artikeltexten ersatts med anskaffar i paragrafen.

Det artikeltexten i stället får anses ge uttryck för är den omständigheten att samtliga deltagande upphandlande myndigheter inte själva rent faktiskt måste vidta alla åtgärder under en upphandling. Detta är för övrigt inget specifikt för gränsöverskridande upphandling utan gäller även för nationella gemensamma tillfälliga upphandlingar.

Av paragrafen följer att en fördelning av ansvarsområdena vid gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 17 § får konsekvenser för hur en lagenlig anskaffning kan te sig. Det är sålunda tillräckligt att en av de deltagande upphandlande myndigheterna fullgör de skyldigheter som följer av den medlemsstats bestämmelser som är tillämpliga på upphandlingen. Den omständigheten att en anskaffande myndighet enligt paragrafen inte själv har vidtagit åtgärder som den i och för sig skulle ha varit skyldig att vidta vid en upphandling genomförd på egen hand, innebär således inte i sig att upphandlingen strider mot upphandlingsreglerna. Upphandlingens lagenlighet får i stället bedömas utifrån hur skyldigheterna har iakttagits av respektive deltagande upphandlande myndigheter och i förhållande till överenskommelsen enligt 18 eller 19 §.

Upphandling med en gemensam enhet

22 § En gemensam enhet som har inrättats av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar.

En europeisk gruppering för territoriellt samarbete enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS), i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1302/2013, eller någon annan enhet som har bildats enligt EU-rätten ska anses vara en gemensam enhet.

Paragrafen genomför tillsammans med 23 § artikel 39.5 första stycket första meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.4.

Av *första stycket* framgår att en gemensam enhet som har inrättats av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar.

Andra stycket exemplifierar vilka enheter som omfattas av begreppet gemensam enhet. Enligt bestämmelsen i andra stycket kan enheter som har bildats enligt unionsrätten agera som gemensamma enheter enligt paragrafen.

23 § Vid gemensam upphandling enligt 22 § ska den gemensamma enhetens behöriga organ besluta om tillämpliga nationella bestämmelser.

Tillämpliga nationella bestämmelser ska vara bestämmelserna i en medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver verksamhet.

Ett sådant beslut får antingen gälla tills vidare, om det fattas när den gemensamma enheten inrättas, eller begränsas till en viss tidsperiod, till vissa typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.

Paragrafen genomför, tillsammans med 22 §, artikel 39.5 första stycket första meningen och artikel 39.5 första stycket a och b och andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen

har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.4.

Av *första stycket* framgår att den gemensamma enhetens behöriga organ bestämmer tillämpliga nationella bestämmelser med iakttagande av bestämmelserna i andra och tredje styckena.

I *andra stycket* anges de två alternativ som kan väljas när tillämpliga nationella bestämmelser bestäms enligt första stycket. Tillämpliga bestämmelser ska vara de som gäller i en medlemsstat där enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver sin verksamhet.

I *tredje stycket* finns bestämmelser om att ett beslut enligt första stycket kan begränsas till viss tid eller till gällande vissa typer av kontrakt eller en eller flera tilldelningar av kontrakt. Ett beslut enligt första stycket innefattar alltså ett ställningstagande till om det ska begränsas på nyss nämnda sätt. Vilket alternativ som väljs ska anges i beslutet.

Den enda möjligheten att få till stånd ett beslut enligt första stycket som ska gälla tills vidare, är att det fattas redan vid inrättandet av den gemensamma enheten. Om detta alternativ väljs ska det anges i beslutet att bilda enheten.

8 kap. Elektroniska metoder för upphandling

Dynamiska inköpssystem

Tillämpningsområdet

1 § En upphandlande myndighet får använda ett dynamiskt inköpssystem för återkommande anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och har egenskaper som tillgodoser den upphandlande myndighetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem ska drivas som en helt elektronisk process. Det ska ha en bestämd giltighetstid och under den tiden vara öppet för varje leverantör som uppfyller kvalificeringskraven enligt 14 kap. 1–5 §§.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 §, artikel 34.1 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet får använda ett dynamiskt inköpssystem och för vilken typ av anskaffningar systemet får användas. I den svenska språkversionen av direktivet anges köp av sådant som används frekvent och vars egenskaper, såsom de är allmänt tillgängliga på marknaden, tillfredsställer den upphandlande myndighetens behov. Detta täcks i författningstexten in av återkommande anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och har egenskaper som tillgodoser den upphandlande myndighetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att få tillgång till ett särskilt brett urval av anbud, och således uppnå ett optimalt utnyttjande av medel genom en omfattande konkurrens vad gäller frekvent använda eller färdigproducerade varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden (se skäl 63 i LOU-direktivet).

Av paragrafens *andra stycke* framgår att ett dynamiskt inköpssystem ska drivas som en helt elektronisk process. Det ska ha en bestämd giltighetstid. Den upphandlande myndigheten måste alltså redan i samband med att det dynamiska systemet inrättas bestämma hur länge det ska vara giltigt. Det föreskrivs dock inte någon längsta giltighetstid. Av paragrafens *andra stycke* framgår vidare att systemet under hela giltighetstiden ska vara öppet för varje leverantör som uppfyller kvalificeringskraven. Till skillnad från vad som gäller vid ramavtal kan alltså nya leverantörer anslutas till systemet när som helst under systemets giltighetstid. Det bör också vara möjligt för leverantörer att lämna systemet (SOU 2006:28 s. 388).

2 § Ett dynamiskt inköpssystem får delas in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader. Kategorierna ska bestämmas objektivt med hänsyn till egenskaperna hos den upphandling som ska genomföras inom den berörda kategorin.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 §, artikel 34.1 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av paragrafen framgår att dynamiska inköpssystem får delas in i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader. Ett skäl att göra detta kan vara för att främja små och medelstora företags möjligheter att delta i stora dynamiska inköpssystem, t.ex. sådana som drivs av inköpscentraler (se skäl 66 i LOU-direktivet). Enligt paragrafen ska de olika kategorierna bestämmas objektivt med hänsyn till de anskaffningar som ska göras inom respektive kategori. Sådana objektiva faktorer som kan ligga till grund för en uppdelning av systemet i olika kategorier kan avse t.ex. största tillåtna storlek på enskilda kontrakt som tilldelas inom en viss kategori eller ett specifikt geografiskt område inom vilket senare ingångna kontrakt ska fullgöras (se artikel 34.1 sista meningen i LOU-direktivet).

Inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem

3 § Vid upphandlingar i ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande myndigheten tillämpa bestämmelserna för selektivt förfarande. Antalet anbudssökande som får delta i systemet får dock inte begränsas.

Om myndigheten har delat in systemet i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska kvalificeringskrav specificeras för varje kategori.

Paragrafen genomför artikel 34.2 första stycket i LOU-direktivet och har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet när den upphandlar enligt ett dynamiskt inköpssystem ska följa bestämmelserna för selektivt förfarande. Närmare regler om selektivt förfarande finns i 6 kap. 3 §. Även bestämmelser i övrigt som avser det selektiva förfarandet kan bli tillämpliga. Som framgår av 1 § *andra stycket* ska dock alla anbudssökanden som uppfyller kvalificeringskraven få delta i det dynamiska inköpssystemet. Detta innebär att 4 kap. 6 § om

begränsning av antalet anbudssökande vid selektivt förfarande inte är tillämplig när det gäller dynamiska inköpssystem.

Om myndigheten väljer att dela in systemet i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader framgår av *andra stycket* att kvalificeringskrav ska specificeras för varje kategori. Proportionalitetsprincipen gäller när en myndighet bestämmer kvalificeringskraven. När en uppdelning skett i olika kategorier innebär detta att kvalificeringskraven ska vara proportionerliga i förhållande till den berörda kategorins särdrag (se skäl 66 i LOU-direktivet).

4 § En upphandlande myndighet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska informera om detta genom en anbudsinfordran och ange att den avser ett sådant system. I anbudsinfordran ska systemets giltighetstid anges.

Om ett dynamiskt inköpssystem delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska dessa och vad som karakteriserar kategorierna anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Om det dynamiska inköpssystemet drivs av en inköpscentral och får användas av andra upphandlande myndigheter, ska detta anges i anbudsinfordran.

Paragrafen genomför, tillsammans med 5 §, artikel 34.4 samt del av artikel 34.8 och del av artikel 37.1 *andra stycket* i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten ska publicera en anbudsinfordran om det dynamiska inköpssystemet. En anbudsinfordran kan göras antingen genom en annons om upphandling eller – om det är en myndighet som inte är en central upphandlande myndighet – genom en förhandsannons. Av *stycket* framgår vidare att den upphandlande myndigheten ska ange giltighetstiden för systemet i anbudsinfordran. Av artikel 51.4 i LOU-direktivet framgår att Europeiska unionens publikationsbyrå ska se till att en anbudsinfordran avseende ett dynamiskt inköpssystem publiceras fortlöpande under hela den tid som det dynamiska inköpssystemet är giltigt. Skälet till detta är att nya leverantörer kan ansluta sig under hela systemets giltighetstid och således att de måste kunna få vetskap om systemens existens under hela denna tid, se vidare 6 §.

Enligt *andra stycket* ska den upphandlande myndigheten i annonsen eller inbjudan att lämna anbud ange om det dynamiska inköpssystemet delats in i olika kategorier och vad som kategoriserar dessa kategorier.

Av *tredje stycket* framgår att ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral får användas av andra upphandlande myndigheter under förutsättning att detta anges i den anbudsinfordran som inrättar systemet. En inköpscentral kan alltså inrätta ett dynamiskt inköpssystem som får användas av andra upphandlande myndigheter utan att dessa myndigheter från början uttryckligen har identifierats i anbudsinfordran. Ett krav är dock att inköpscentralen i den anbudsinfordran som inrättar systemet anger att andra upphandlande myndigheter kan komma att använda systemet.

Vad annonsen närmare ska innehålla framgår av del B och C i bilaga V till LOU-direktivet. Av bilagan framgår att annonsen bl.a. ska innehålla uppgift om kriterier som ska användas för tilldelning av kontrakt. Annonsen ska utformas i enlighet med standardformulär som har antagits

Prop. 2015/16:195 av kommissionen, se kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

Av 12 § framgår också att tilldelningskriterierna ska anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Upphandlingsdokumenten

5 § Av upphandlingsdokumenten ska det framgå

1. de anskaffningar och de kvantiteter som systemet avser, och
 2. nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang och specifikationer för anslutning.
- Den upphandlande myndigheten ska ge tillgång till upphandlingsdokumenten enligt 10 kap. 7 § första stycket under systemets hela giltighetstid.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artikel 34.4 i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av paragrafens första stycke framgår vilka uppgifter som bl.a. ska framgå av upphandlingsdokumenten. Att den angivna informationen ska anges i upphandlingsdokumenten kan inte anses innebära att informationen ska anges i vart och ett av dessa dokument. I stället bör det vara tillräckligt att informationen lämnas i något av dokumenten.

Enligt andra stycket ska den upphandlande myndigheten ge tillgång till upphandlingsdokumenten under systemets hela giltighetstid. Skälet till detta är att nya leverantörer kan ansöka om att få ansluta sig till systemet under hela giltighetstiden.

Ändringar i giltighetstiden

6 § Den upphandlande myndigheten ska anmäla ändringar av det dynamiska inköpssystemets giltighetstid till Europeiska kommissionen.

Paragrafen genomför del av artikel 34.8 i LOU-direktivet och har inte någon motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Med ändring av giltighetstiden avses även avslutande av systemet. Skälet till att ändringar ska anmälas till Europeiska kommissionen är att kommissionen ansvarar för att annonsen om ett dynamiskt inköpssystem publiceras fortlöpande.

Den upphandlande myndigheten ska använda standardformulär för att anmäla ändringar av giltighetstiden. Dessa standardformulär har fastställts av kommissionen genom genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

7 § En upphandlande myndighet ska under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid ge leverantörer möjlighet att ansöka om att få delta i systemet på de villkor som anges i 3 §.

Myndigheten ska utvärdera en anbudsansökan med tillämpning av kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–5 §§ inom 10 arbetsdagar från mottagandet. När det finns skäl till det får tidsfristen förlängas till 15 arbetsdagar.

Myndigheten får förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud ännu har utfärdats i det dynamiska inköpssystemet. Ingen inbjudan får utfärdas under utvärderingsperiodens förlängning. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den förlängda period som den avser att tillämpa.

Paragrafen genomför artikel 34.5 första och andra styckena i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten under systemets hela giltighetstid ska ge leverantörer möjlighet att ansöka om att få delta i systemet. En förutsättning för detta är att leverantörerna under hela denna tid kan få vetskap om att systemet existerar. Detta möjliggörs genom bestämmelser i artikel 51.4 i LOU-direktivet som anger att Europeiska unionens publikationsbyrå ska se till att anbudsinfordran som rör ett dynamiskt inköpssystem ska fortsätta att offentliggöras under den tid som det dynamiska inköpssystemet är giltigt.

Av *andra stycket* framgår att huvudregeln är att anbudsansökningar ska granskas inom 10 arbetsdagar, men att tidsfristen när det finns skäl till det får förlängas till 15 arbetsdagar. Möjligheten till förlängning innebär att myndigheten med anledning av en ansökan kan förlänga fristen för den berörda ansökan. Detta kan exempelvis vara fallet om den upphandlande myndigheten behöver granska kompletterande dokumentation eller annars kontrollera att kvalificeringskraven har uppfyllts (se artikel 35.5 första stycket i LOU-direktivet). Bestämmelsen ger alltså stöd endast för att förlänga tiden i enskilda fall och inte generellt för alla ansökningar.

En mer generell möjlighet till förlängning av tidsfristen medges dock enligt *tredje stycket* i paragrafen, som anger att den upphandlande myndigheten får förlänga utvärderingsperioden innan någon inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen enligt det dynamiska inköpssystemet har skickats. Vidare får någon inbjudan att lämna anbud inte heller skickas under utvärderingsperiodens förlängning. Ett skäl till förlängning kan exempelvis vara att den upphandlande myndigheten, när ett dynamiskt inköpssystem initialt upprättas, kan förvänta sig så många anbudsansökningar att det behövs längre tid för granskningen av ansökningarna (se skäl 64 i LOU-direktivet).

Av paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten i något av upphandlingsdokumenten ska ange längden på den förlängda period som den avser att tillämpa. Myndigheten måste alltså redan i samband med att den upprättar upphandlingsdokumenten avseende det dynamiska inköpssystemet överväga om det kan finnas behov av att förlänga den första utvärderingsperioden.

När det gäller bestämningen av tidsfristen följer av artikel 2.2 i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1181/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister att med arbetsdagar avses alla dagar utom helgdagar, söndagar och lördagar.

Myndigheten är, under förutsättning att de föreskrivna tidsfristerna hålls, fri att bestämma hur granskningen av anbudsansökningarna ska genomföras, t.ex. genom att besluta att granskningen ska ske endast en gång per vecka (se skäl 64 i LOU-direktivet).

Tidsfrist för anbudsansökningar

8 § Tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Inga ytterligare tidsfrister ska gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första upphandlingen enligt det dynamiska inköpssystemet har skickats.

Paragrafen genomför, tillsammans med 11 §, artikel 34.2 a i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

I *första stycket* anges tidsfristen för anbudsansökningar till minst 30 dagar. I bestämmelsen regleras alltså endast minimitidsfristen, vilket innebär att den upphandlande myndigheten är fri att bestämma en längre frist. Av artikel 3.1 andra stycket i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister följer att beräkningen av tidsfristen inte ska innefatta den dag annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse skickades. Angående den närmare beräkningen av tidsfrister, se kommentaren till 11 kap.

Av *andra stycket* framgår att inga ytterligare tidsfrister ska gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen enligt det dynamiska inköpssystemet har skickats ut. Bakgrunden till detta är att leverantörer när som helst under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid ska kunna ansöka om att få delta.

Underrättelse om beslut om deltagande i ett dynamiskt inköpssystem

9 § En upphandlande myndighet ska snarast möjligt underrätta en leverantör om det beslut som har fattats om leverantörens deltagande i det dynamiska inköpssystemet. Ett beslut att inte godkänna en leverantör som deltagare ska motiveras.

Paragrafen genomför artikel 34.5 sista stycket och del av artikel 55.1 i LOU-direktivet och har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten snarast möjligt ska underrätta en leverantör om huruvida denne godkänts som deltagare i systemet. Skyldigheten att motivera ett beslut om att inte godkänna leverantören som deltagare innebär att skälen måste framgå

tydligt så att en leverantör kan avgöra om denne vill ansöka om överprövning av beslutet. Underrättelseskyldigheten gäller endast den leverantör som beslutet avser, dvs. den som ansökt om att få delta.

En upphandlande myndighet är också skyldig att underrätta leverantörer om de beslut som har fattats om att tilldela kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Detta framgår av 12 kap. 12 §. Av samma paragraf framgår också en skyldighet att underrätta om beslut att avbryta en upphandling eller att göra om en upphandling, som även gäller vid dynamiska inköpssystem, se kommentaren till nämnda paragraf.

Inbjudan att lämna anbud

10 § Den upphandlande myndigheten ska för varje kontrakt som ska tilldelas bjuda in alla leverantörer som godkänts som deltagare i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud.

Om det dynamiska inköpssystemet har delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska myndigheten bjuda in samtliga leverantörer som godkänts som deltagare inom den kategori som motsvarar berörd upphandling att lämna anbud.

Paragrafen genomför artikel 34.6 första stycket i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Enligt *första stycket* ska den upphandlande myndigheten bjuda in alla leverantörer som godkänts som deltagare i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud för varje kontrakt som ska tilldelas enligt systemet. Har systemet delats upp i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader ska den upphandlande myndigheten enligt *andra stycket* bjuda in de leverantörer som godkänts som deltagare inom den berörda kategorin att lämna anbud.

När det gäller att fastställa tidsfristen för att komma in med anbud, se 11 §.

Tidsfrist för anbud

11 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud enligt 10 § skickades till berörda leverantörer.

En upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet får tillämpa bestämmelserna i 11 kap. 7 § om tidsfrist för att komma in med anbud efter överenskommelse.

Bestämmelserna om förkortning av tidsfrister i 11 kap. 5 och 6 §§ får inte tillämpas.

Paragrafen genomför, tillsammans med 8 §, artikel 34.2 b i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

I *första stycket* regleras minsta tidsfrist för mottagande av anbud vid ett dynamiskt inköpssystem. I likhet med vad som gäller beträffande tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar regleras endast minimitidsfristen och den upphandlande myndigheten är alltså fri att bestämma en längre tidsfrist. Vid denna bedömning ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till hur komplicerad

Prop. 2015/16:195 upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudet, se 11 kap. 1 § och kommentaren till den paragrafen.

Av paragrafens *andra stycke* framgår att upphandlande myndigheter under den centrala statliga nivån får tillämpa bestämmelserna i 11 kap. 7 §, som möjliggör att tidsfristen bestäms efter överenskommelse med anbudsgivarna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen. Enligt *tredje stycket* är bestämmelserna om möjlighet till förkortning av tidsfrister i 11 kap. 5 och 6 §§ inte tillämpliga vid dynamiska inköpssystem. Detta innebär att tidsfristen inte får förkortas med hänvisning till att en förhandsannons som inte använts som anbudsinfordran publicerats eller till att myndigheten tillåter att anbudet skickas in elektroniskt.

Tilldelning av kontrakt

12 § Den upphandlande myndigheten ska tilldela den leverantör kontraktet vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga på grundval av de tilldelningskriterier som anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud.

Paragrafen genomför artikel 34.6 andra stycket i LOU-direktivet och har inte någon motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten ska tilldela den leverantör kontraktet som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på grundval av tilldelningskriterierna. Direktivets uttryck ”bästa anbudet” har ersatts med ”ekonomiskt mest fördelaktiga”, för bättre överensstämmelse med terminologin i bestämmelserna om tilldelningskriterier. Någon skillnad i sak är dock inte avsedd. Bestämmelser om tilldelningskriterier finns i 16 kap., se kommentaren till det kapitlet.

Enligt *andra stycket* får tilldelningskriterierna vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud. Vad som närmare avses med detta framgår inte av direktivet. Ett dynamiskt inköpssystem kan dock avse olika slag av kontrakt och det kan tänkas att det finns situationer där tilldelningskriterierna behöver anpassas till den specifika upphandlingen. Ett sådant exempel skulle kunna vara att leveranstiden är av särskild betydelse i ett enskilt fall och behöver preciseras ytterligare utöver vad som allmänt gäller enligt det dynamiska inköpssystemet.

Av 10 kap. 4 § framgår att den upphandlande myndigheten som huvudregel ska sända en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att varje avtal ingåtts, men att annonserna också kan samlas ihop och sändas kvartalsvis.

Egen försäkran av leverantörer

13 § En upphandlande myndighet får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet, inom fem arbetsdagar från den dag då begäran skickades, lämna in en ny och uppdaterad version av en sådan egen försäkran som avses i 15 kap. 1–2 §§.

Bestämmelserna i 15 kap. 3–5 §§ gäller under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid.

Paragrafen genomför artikel 34.7 i LOU-direktivet och har inte någon motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten när som helst under inköpssystemets giltighetstid från varje godkänd leverantör får kräva en ny och uppdaterad version av en sådan egen försäkran som avses i 15 kap. 1–2 §§. Leverantören ska i så fall kunna presentera ett sådant dokument inom fem arbetsdagar. Det förskrivs inte någon sanktion för den leverantör som inte kan presentera ett nytt dokument inom den förskrivna tiden. Det får dock anses följa av allmänna principer att en sådan leverantör får uteslutas ur systemet. Innan detta kan ske måste dock leverantören beredas tillfälle att yttra sig.

I *andra stycket* erinras om att bestämmelserna i 15 kap. 3–5 §§, som bl.a. behandlar möjligheten att begära in kompletterande dokument, ska tillämpas under hela giltighetstiden, se vidare kommentarerna till dessa bestämmelser.

Administrativ avgift

14 § Den upphandlande myndigheten får inte ta ut någon administrativ avgift av en leverantör som deltar eller vill delta i systemet.

Paragrafen genomför artikel 34.9 i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3.

Av paragrafen framgår att en upphandlande myndighet inte får kräva någon administrativ avgift varken av leverantörer som vill ansöka om att få delta eller som deltar i systemet.

Paragrafen reglerar inte uttryckligen vad som gäller efter giltighetstiden för det dynamiska inköpssystemet. Eftersom syftet med bestämmelsen är att skydda leverantörer, särskilt små och medelstora företag, från avgifter som skulle kunna innebära att de avstår från att delta i systemen synes det emellertid inte vara förenligt med bestämmelsens syfte att kräva administrativa avgifter av leverantörerna efter systemens giltighetstid. Bestämmelserna reglerar inte möjligheten att ta ut andra typer av avgifter än administrativa avgifter. Detta får närmast ses som en avtalsrättslig fråga.

Elektroniska auktioner

Tillämpningsområdet

15 § En upphandlande myndighet får använda en elektronisk auktion för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet.

Myndigheten ska utforma den elektroniska auktionen som en upprepad elektronisk process.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 §, artikel 35.1 i LOU-direktivet och motsvarar 2 kap. 6 a § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

Paragrafen innehåller en beskrivning av vad en elektronisk auktion får användas för, nämligen för att presentera nya lägre priser och/eller nya värden för vissa delar av anbudet.

Prop. 2015/16:195 Av 17 § framgår att en elektronisk auktion ska möjliggöra en rangordning på grundval av automatiska utvärderingsmetoder.

16 § En upphandlande myndighet får genomföra en elektronisk auktion som en avslutande del, om innehållet i upphandlingsdokumenten kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet. Detta gäller vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§, och
5. inbjudan att lämna anbud inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.

Paragrafen genomför artikel 35.2 i LOU-direktivet och motsvarar i huvudsak 5 a kap. 1 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

Av paragrafen framgår vid vilka upphandlingsförfaranden och upphandlingsmetoder en elektronisk auktion får användas. Möjligheterna att använda sig av en elektronisk auktion vid förhandlat förfarande har i förhållande till vad som gäller enligt LOU utökats och är enligt den nya lagen inte förenad med några begränsande villkor. Utöver detta föreskrivs en möjlighet att använda sig av elektronisk auktion också vid tilldelningen av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Elektronisk auktion kan alltså användas som en avslutande del också vid ett dynamiskt inköpssystem.

Att elektroniska auktioner kan användas även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området framgår av 19 kap. 7 §.

Som framgår av paragrafen är ett krav för att en elektronisk auktion ska kunna genomföras att innehållet i upphandlingsdokumenten kan fastställas med tillräcklig exakthet. I artikel 35.2 i LOU-direktivet förtydligas att detta särskilt avser de tekniska specifikationerna.

Genomförandet av en elektronisk auktion

17 § En elektronisk auktion ska möjliggöra en rangordning utifrån automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser eller nya värden på de delar av anbudet som angetts i upphandlingsdokumenten, när anbudet ska utvärderas på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, eller
2. priser, när anbudet ska utvärderas enbart på grundval av priset.

Anbudet ska rangordnas med användning av en matematisk formel. När anbudet ska rangordnas med hänsyn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den matematiska formeln beakta viktningen av de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om viktningen av kriterierna har angetts i intervall, ska dessa fastställas till ett bestämt värde. Om alternativa anbud är tillåtna, ska separata formler användas för varje anbud.

En elektronisk auktion får genomföras i på varandra följande etapper.

Paragrafen genomför delar av artikel 35.1, 35.3, 35.5 och 35.6 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar i huvudsak 5 a kap. 2 §, 8 § andra och tredje stycket samt 10 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

I paragrafen anges att den elektroniska auktionen ska möjliggöra en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder. Det finns alltså vid en elektronisk auktion inte utrymme för subjektiva värderingar (prop. 2009/10:180 del 1 s. 330). En förutsättning för att rangordningen ska kunna ske med automatiska utvärderingsmetoder är att det bestäms en matematisk formel. Av detta följer vidare att de delar av anbuden som ska vara föremål för den elektroniska auktionen måste kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal (se skäl 67 i LOU-direktivet och skäl 76 i LUF-direktivet).

I 25 § regleras vilka upplysningar som ska eller får lämnas ut under en etapp i en elektronisk auktion.

Upphandlingsdokumenten

18 § Om en elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande myndigheten ange det i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Paragrafen genomför, tillsammans med 19 §, artikel 35.4 i LOU-direktivet och motsvarar 5 a kap. 3 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

Av paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse ska ange att en elektronisk auktion kommer att användas. Om en anbudsinfördran skett genom en förhandsannons enligt 10 kap. 2 § är det alltså tillräckligt att den upphandlande myndigheten i inbjudan att bekräfta intresse anger att en elektronisk auktion kommer att användas.

19 § I upphandlingsdokumenten ska följande uppgifter lämnas om den elektroniska auktionen:

1. de delar av anbuden som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,
2. eventuella gränser för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för det som ska anskaffas,
3. de uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,
4. nödvändiga uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
5. de villkor på vilka anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnaderna mellan anbuden som kan ha bestämts,
6. nödvändiga uppgifter om den elektroniska utrustning som ska användas och om anslutningen till denna utrustning, och
7. tidpunkten då den elektroniska auktionen ska avslutas.

Paragrafen genomför, tillsammans med 18 §, artikel 35.4 och bilaga VI i LOU-direktivet. Den motsvarar i huvudsak 5 a kap. 4 § LOU. Paragrafen har i allt väsentligt utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

I paragrafen regleras vilka uppgifter som bl.a. ska framgå av upphandlingsdokumenten när en upphandlande myndighet avser att genomföra en elektronisk auktion.

20 § Innan en upphandlande myndighet inleder en elektronisk auktion, ska myndigheten utvärdera anbudena i enlighet med tilldelningskriterierna och viktningen av dessa.

Paragrafen genomför artikel 35.5 första stycket i LOU-direktivet och motsvaras av 5 a kap. 5 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

Inbjudan att lämna nya priser eller värden

21 § En anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud ska bjudas in att delta i den elektroniska auktionen genom att från en viss tidpunkt använda de anslutningssätt som anges i inbjudan.

Ett anbud är godtagbart om det stämmer överens med de tekniska specifikationerna och inte är ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt och om det har lämnats av en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och inte har uteslutits från anbudsförfarandet.

Vad som avses med ett olämpligt anbud framgår av 6 kap. 13 §.

Paragrafen genomför delar av artikel 35.5 i LOU-direktivet. Första stycket motsvarar delvis 5 a kap. 6 § LOU, medan andra och tredje styckena inte har någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

I *andra stycket* anges vad som avses med godtagbara anbud. I artikel 35.5 andra–fjärde styckena i LOU-direktivet finns en beskrivning av vad som ska anses vara ogiltiga, oacceptabla och olämpliga anbud eller anbudsansökningar. I artikeln anges att i synnerhet anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten, som inkommit för sent, där det finns bevis för hemligt samförstånd eller korruption, eller som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga, ska anses vara ogiltiga. Vidare anges att i synnerhet anbud som lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras, och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds ska anses vara oacceptabla.

Tredje stycket hänvisar, när det gäller vad som avses med olämpliga anbud, till bestämmelserna i 6 kap. 13 §, som innehåller en beskrivning av detta begrepp, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

22 § I inbjudan ska den upphandlande myndigheten informera om utvärderingen enligt 20 § av anbudsgivarens anbud.

Paragrafen genomför artikel 35.6 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 5 a kap. 7 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

För att resultatet av utvärderingen ska kunna tjäna som underlag för den elektroniska auktionen synes det inte vara tillräckligt att anbudsgivaren får kännedom om den sammanlagda bedömning som gjorts av dennes anbud. I stället måste information lämnas om det separata resultatet beträffande varje del av anbudena som ska ingå i auktionsförfarandet (prop. 2009/10:180 del 1 s. 332).

23 § Inbjudan ska innehålla information om den matematiska formel som avses i 17 § andra stycket och som ska användas för att bestämma rangordningen mellan anbuden med hänsyn till de nya priser eller värden som lämnas under auktionen.

Paragrafen genomför delar av artikel 35.6 andra och tredje styckena i LOU-direktivet och motsvarar 5 a kap. 8 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

24 § Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det att inbjudan har skickats ut.

Paragrafen genomför delar av artikel 35.5 i LOU-direktivet och motsvarar 5 a kap. 9 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

Med arbetsdagar avses enligt artikel 2.2 i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1181/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister alla dagar utom helgdagar, söndagar och lördagar.

Upplysningar till anbudsgivarna

25 § Under en elektronisk auktion ska den upphandlande myndigheten lämna alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Myndigheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden under förutsättning att detta har angetts i upphandlingsdokumenten.

Myndigheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Paragrafen genomför delvis artikel 35.7 i LOU-direktivet och motsvarar i huvudsak 5 a kap. 11 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

Paragrafen föreskriver vilka upplysningar en upphandlande myndighet ska eller får lämna till anbudsgivarna i en elektronisk auktion. Upplysningarna ska vara sådana att leverantören vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen. Detta innebär att om auktionen är uppdelad i etapper ska sådana upplysningar lämnas under varje etapp. I *andra stycket* anges att myndigheten får lämna andra upplysningar om priser och värden under förutsättning att detta angetts i upphandlingsdokumenten. Det bör vara tillräckligt att informationen lämnats i något av upphandlingsdokumenten. Det är alltså inte avgörande var informationen i fråga lämnats utan att den faktiskt har lämnats.

Av sista meningen i artikel 35.7 i LOU-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten inte under några omständigheter får röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna i den elektroniska auktionen. Detta har emellertid bedömts följa redan av reglerna om anbudsssekretess i 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), varför någon särskild bestämmelse om detta inte tagits in i den nya lagen (prop. 2009/10:180 del 1 s. 333).

19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen möjliggör att uppgifter kan lämnas ut till anbudsgivare under en elektronisk auktion.

26 § En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten

1. vid den tidpunkt som angetts i upphandlingsdokumenten,
2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller
3. när det antal auktionsetapper som angetts i upphandlingsdokumenten har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska myndigheten i upphandlingsdokumenten ha angett hur långt efter det att den har tagit emot det sista priset eller värdet som den kommer att avsluta auktionen.

I det fall som avses i första stycket 3 ska tidsplanen för varje auktionsetapp anges i inbjudan att delta i auktionen.

Paragrafen genomför artikel 35.8 i LOU-direktivet och motsvarar 5 a kap. 12 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

En skillnad jämfört med nuvarande LOU är att det inte längre är ett krav att information enligt paragrafen ska lämnas i inbjudan att delta i auktionen. I stället är det tillräckligt att den angetts i upphandlingsdokumenten. Hänvisningen till upphandlingsdokumenten innebär emellertid inte att uppgifter måste lämnas i vart och ett av dessa dokument, utan det räcker att informationen finns i något av dokumenten.

27 § När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av auktionen.

Paragrafen genomför artikel 35.9 i LOU-direktivet och motsvarar 5 a kap. 13 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2.

Kontraktet ska tilldelas på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen. Inga andra omständigheter än resultatet av auktionen får inverka på tilldelningen av kontraktet. Resultatet ska komma fram automatiskt och utan något inslag av subjektiv bedömning från den upphandlande myndighetens sida (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 334).

Elektroniska kataloger

Tillämpningsområdet

28 § En upphandlande myndighet får begära att anbud med elektroniska medel ska lämnas i ett format för att presentera och strukturera information som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling (elektronisk katalog).

Anbud som lämnas i form av en elektronisk katalog får kompletteras med andra handlingar.

Paragrafen genomför artikel 36.1 första och tredje styckena i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har i allt väsentligt utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2.

Av bestämmelsen i *första stycket* framgår att med en elektronisk katalog avses ett format för att presentera och organisera information som är gemensamt för alla anbudsgivare och som lämpar sig för

elektronisk behandling. Ett exempel kan vara att anbud presenteras i form av ett kalkylblad (skäl 68 i LOU-direktivet). Rekommendationer om standarder för elektroniska kataloger har utarbetats bl.a. inom ramen för samarbetet Single Face to Industry (SFTI) mellan Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Ekonomistyrningsverket och Kammarkollegiet (se webbplatsen www.sfti.se). Av bestämmelsen framgår att en upphandlande myndighet kan kräva att en elektronisk katalog används. Bestämmelsen hindrar naturligtvis inte heller att myndigheten ger leverantörer möjlighet att lämna in en elektronisk katalog om de så önskar. Enligt 29 § ska det framgå av annonsen eller inbjudan att bekräfta intresse om anbud ska eller får lämnas i form av eller innehålla en elektronisk katalog. Bestämmelserna medger såväl att anbuden i dess helhet lämnas i form av elektroniska kataloger, som att uppgifter i exempelvis pris- och produktkataloger lämnas som anbudsbilagor.

Någon begränsning av vid vilka förfaranden elektroniska kataloger kan användas framgår inte. Däremot krävs, i enlighet med kravet i 12 kap. 1 §, att kommunikation ska ske med elektroniska medel.

Av 12 kap. 1 § framgår vidare att kommunikation med elektroniska medel ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga samt att medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara och utrustning som i allmänhet används. Bestämmelserna gäller även vid användningen av elektroniska kataloger i en upphandling.

Enligt *andra stycket* får ett anbud som lämnas i form av en elektronisk katalog kompletteras med andra handlingar. I vilken form dessa handlingar ska lämnas framgår inte av direktivet. Bedömningen av detta torde emellertid få ske med tillämpning av de allmänna bestämmelserna om kommunikation i 12 kap.

Upphandlingsdokumenten

29 § Av annonsen om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse ska det framgå om anbud ska eller får

1. lämnas i form av en elektronisk katalog, eller
2. innehålla en elektronisk katalog.

Något av upphandlingsdokumenten ska innehålla nödvändiga uppgifter om

1. den elektroniska utrustning som används och anslutningen till denna utrustning, samt
2. format och specifikationer för den elektroniska katalogen.

Paragrafen genomför artikel 36.3 i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2.

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten, om den kräver eller godtar att anbud sker i form av eller innehåller en elektronisk katalog, ska ange detta i annonsen om upphandling eller, om en förhandsannons används som anbudsinfördan, i inbjudan att bekräfta intresse.

Enligt *andra stycket* ska den upphandlande myndigheten i något av upphandlingsdokumenten ange uppgifter som rör den elektroniska utrustning som används samt format och specifikationer för den elektroniska katalogen.

30 § En elektronisk katalog ska upprättas av en anbudssökande eller anbudsgivare enligt specifikationer och format som har fastställts av den upphandlande myndigheten. Om en katalog ska uppdateras enligt 31 § eller 34 § andra stycket, ska dess format tillåta en sådan uppdatering.

Paragrafen genomför artikel 36.2 första stycket i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2.

Av paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten ska anvisa specifikationer och format för den elektroniska katalogen. Syftet är att information ska presenteras på ett sätt som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling.

I 31–34 §§ finns bestämmelser om tilldelning av kontrakt efter uppdatering av elektroniska kataloger. I paragrafens sista mening anges att katalogernas format i sådana fall ska tillåta att uppdatering sker. Bestämmelsen saknar direkt motsvarighet i LOU-direktivet.

Uppdatering av en elektronisk katalog

31 § Om ett ramavtal har slutits efter det att anbud har lämnats i form av en elektronisk katalog eller har innehållit en sådan, får den upphandlande myndigheten besluta att en förnyad konkurrensutsättning enligt 7 kap. 7 och 8 §§ ska genomföras med användning av en elektronisk katalog som uppdateras enligt 32 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 32 §, artikel 36.4 i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2.

Paragrafen reglerar användningen av elektroniska kataloger för tilldelning av kontrakt genom förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. En förutsättning för bestämmelsernas tillämpning är att upphandlingen av ramavtalet skett efter inlämnande av anbud i form av eller som innehållit en elektronisk katalog.

Uppdatering av katalogerna kan ske enligt två olika metoder. Dessa metoder regleras i 32 §.

32 § För att uppdatera en elektronisk katalog ska den upphandlande myndigheten antingen

1. uppmana varje anbudsgivare att lämna in en uppdaterad katalog som har anpassats till kraven i det berörda kontraktet, eller

2. meddela varje anbudsgivare att myndigheten avser att samla in uppgifter från den redan inlämnade katalogen för att anpassa den till kraven i det berörda kontraktet.

En katalog får uppdateras enligt första stycket 2, om detta har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 31 §, artikel 36.4 i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2.

Enligt paragrafen kan en upphandlande myndighet använda sig av två olika metoder för uppdatering av elektroniska kataloger vid förnyad

konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. Enligt *första stycket 1* kan den upphandlande myndigheten begära att leverantörerna lämnar in uppdaterade kataloger som anpassats till kraven i det berörda kontraktet. Enligt *första stycket 2* kan den upphandlande myndigheten i stället meddela de leverantörer som är parter i ramavtalet att den tidigare inlämnade katalogen ska anpassas till kraven i det berörda kontraktet. I dessa fall samlar alltså den upphandlande myndigheten in uppgifterna från leverantörerna och sammanställer anbudet.

Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten, om den avser att tillämpa metoden enligt första stycket 2, ska ange detta i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Informationen kan alltså lämnas i annonsen vid upphandlingen av ramavtalet eller i något av de andra upphandlingsdokumenten som avser upphandlingen av ramavtalet. Närmare bestämmelser om tillvägagångssättet när den upphandlande myndigheten vill tillämpa metoden i första stycket 2 finns i 33 §.

33 § I ett meddelande enligt 32 § första stycket 2 ska den upphandlande myndigheten informera varje anbudsgivare om när den avser att samla in uppgifter för en uppdaterad elektronisk katalog och ge anbudsgivaren möjlighet att avböja en sådan uppgiftsinsamling. Meddelandet ska lämnas så lång tid före den planerade uppgiftsinsamlingen att anbudsgivaren får skälig tid för att ta ställning till den.

Innan myndigheten tilldelar ett kontrakt med utgångspunkt i uppgifter i en elektronisk katalog som myndigheten har uppdaterat, ska den ge varje anbudsgivare möjlighet att kontrollera att det på så sätt upprättade anbudet inte innehåller några fel.

Paragrafen genomför artikel 36.5 i LOU-direktivet och har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2.

Av *första stycket* framgår vad ett meddelande till anbudsgivarna ska innehålla när den upphandlande myndigheten använder sig av möjligheten i 32 § första stycket 2 att uppdatera de elektroniska katalogerna. Meddelandet ska innehålla information om att myndigheten avser att samla in uppgifter för en uppdaterad elektronisk katalog. Anbudsgivarna ska ha möjlighet att avböja sådan uppgiftsinsamling. Meddelandet ska lämnas så att anbudsgivaren får skälig tid att ta ställning till begäran. Direktivets uttryck lämplig tidsfrist har här ersatts med uttrycket skälig tid, som tydligare anger att det ska handla om en objektiv bedömning från den upphandlande myndighetens sida.

Konsekvensen av att en anbudsgivare avböjer att lämna in nya uppgifter regleras inte i lagen och inte heller i de bakomliggande direktiven. Lagrådet har förordat att frågan om följderna för en anbudsgivare som vägrar att uppdatera den elektroniska katalogen ska beröras närmare i författningskommentaren. Varken direktiven eller rättspraxis ger någon närmare vägledning för frågan. Om en leverantör avböjer uppgiftsinsamlingen ligger det enligt regeringens mening närmast till hands att betrakta detta som att leverantören avstår från att delta i den förnyade konkurrensutsättningen.

Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten måste ge anbudsgivarna möjlighet att bekräfta att anbudet inte innehåller några fel innan den tilldelar kontraktet. Grunden för bestämmelsen framgår av

Prop. 2015/16:195 skäl 68 i LOU-direktivet, som anger att de upphandlande myndigheterna, när det finns tillräckliga garantier för spårbarhet, likabehandling och förutsebarhet, bör ha rätt att generera anbud för specifika inköp på grundval av tidigare översända elektroniska kataloger, särskilt i samband med förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal eller när ett dynamiskt inköpssystem används. Av skälet framgår vidare att när den upphandlande myndigheten har genererat anbud bör leverantören ges möjlighet att kontrollera att det anbud som upprättats av den upphandlande myndigheten inte innehåller några materiella fel. När kataloger uppdateras enligt metoden i 32 § andra stycket 2 ska alltså leverantörerna ha möjlighet att kontrollera att anbudet är materiellt korrekt. Om fel upptäcks bör leverantören enligt skäl 68 i LOU-direktivet inte vara bunden av anbudet såvida inte felet rättats till.

Elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem

34 § Vid upphandling inom ett dynamiskt inköpssystem ska en leverantör på begäran av den upphandlande myndigheten lämna anbud som har form av en elektronisk katalog eller innehåller en sådan.

Myndigheten får, om den har begärt att leverantörer till ansökan om att få delta i det dynamiska inköpssystemet bifogar en elektronisk katalog, besluta att upphandlingen ska genomföras med användning av elektroniska kataloger som uppdateras med tillämpning av bestämmelserna i 32 § första stycket 2 och andra stycket samt 33 §.

Paragrafen genomför artikel 36.6 i LOU-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2.

Paragrafen tydliggör att elektroniska kataloger får användas även vid tilldelningen av kontrakt inom ett dynamiskt inköpssystem. Den upphandlande myndigheten kan välja att inför tilldelningen begära att anbud lämnas i form av eller innehåller elektroniska kataloger. Den kan också välja att kontraktstilldelning ska ske på grundval av uppdaterade kataloger. I det senare fallet tillämpas samma bestämmelser som när uppdaterade kataloger används vid förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal. En förutsättning för det senare tillvägagångssättet är att den upphandlande myndigheten kräver att leverantören, då den ansöker om att få delta i systemet, bifogar en elektronisk katalog. Ytterligare en förutsättning är att den upphandlande myndigheten i något av upphandlingsdokumenten anger att uppdatering ska ske.

9 kap. Tekniska krav

Tekniska specifikationer

Vad som anges i de tekniska specifikationerna

1 § De tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggentreprenaden ska ha ska anges som tekniska specifikationer. Specifikationerna ska ingå i något av upphandlingsdokumenten. De ska vara utformade på något av de sätt som anges i 3–5 §§ förutsatt att det inte står i strid med tvingande tekniska regler.

De egenskaper som specificeras får också avse

1. processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggentreprenaden, eller

2. en process som avser ett annat skede i varans, tjänstens eller byggnadsverkets livscykel.

andra stycket gäller också när de egenskaper som avses inte är egenskaper hos den berörda varan, tjänsten eller byggentreprenaden eller det berörda byggnadsverket. Egenskaperna måste dock ha anknytning till det som ska anskaffas.

I de tekniska specifikationerna får det också anges om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

Paragrafen genomför artikel 42.1 första, andra och tredje styckena och 42.3 första stycket i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar delvis 6 kap. 1 § första stycket LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Vad som avses med tekniska specifikationer anges utförligare i bilaga 3. Vad som avses med upphandlingsdokument framgår av definitionen i 1 kap. 23 §. Av de allmänna principerna för offentlig upphandling följer att de tekniska specifikationerna ska tillåta att leverantörer deltar på lika villkor i upphandlingsförfarandet och att de inte får innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens (jfr artikel 42.2 i LOU-direktivet).

I *första stycket* anges att specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 3–5 §§, dock endast om det inte strider mot andra tvingande tekniska regler. En förutsättning enligt artikel 42.3 för att de tekniska reglerna ska ha företräde framför bestämmelserna i 3–5 §§ är att de är förenliga med EU-rätten. En teknisk regel som inte är förenlig med EU-rätten kan emellertid knappast anses tvingade varför detta inte behöver anges i lagtexten. Vidare anges att de tekniska specifikationerna ska avse egenskaper hos det som upphandlas.

I *andra stycket* anges att egenskaperna också får avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna. Detta har hittills framgått av bilaga VI till LOU-direktivet och bilaga 4 till LOU. Det anges också att egenskaperna även får avse en specifik process som avser ett annat skede i varornas eller tjänsternas eller, i byggnadsverkens livscykel.

Enligt *tredje stycket* behöver sådana processer eller metoder som avses i första stycket inte nödvändigtvis ha gett avtryck i den slutliga varan tjänsten eller byggentreprenaden. Tredje stycket möjliggör för den upphandlande myndigheten att beakta exempelvis faktorer relaterade till extern miljöpåverkan som sådana processer eller metoder som avses i första stycket. Detta inkluderar exempelvis krav på användande av miljövänliga produkter som klorfritt papper eller särskilda krav vid tillverkningen av textilier avseende exempelvis särskilt farliga ämnen. Varor och tjänster kan orsaka miljöpåverkan i alla delar och skeenden av sin livscykel. Hur stor påverkan är i de olika skedena kan variera. I vissa fall kan den miljöpåverkan som sker under t.ex. en tillverkningsprocess utgöra en viktig del av den miljöpåverkan produkten har under sin livscykel. Det gäller exempelvis vid tillverkning av textil.

I *fjärde stycket* anges att en upphandlande myndighet i en teknisk specifikation också får ange om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

2 § När det som anskaffas ska användas av fysiska personer ska de tekniska specifikationerna bestämmas med beaktande av samtliga användares behov, däribland tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning.

Undantag får göras endast om det finns särskilda skäl.

Om Europeiska unionen i en rättsakt har antagit obligatoriska krav på tillgänglighet, ska de tekniska specifikationer som avses i första stycket bestämmas med hänvisning till den rättsakten.

Paragrafen genomför artikel 42.1 fjärde och femte styckena i LOU-direktivet och motsvarar delvis 6 kap. 1 § andra stycket LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Första stycket gäller enligt vad som framgår av artikel 42.1 fjärde stycket oavsett om det som upphandlas ska användas av allmänheten eller av personal vid den upphandlande myndigheten.

Undantag får enligt vad som anges i artikeln bara göras i vederbörligen motiverade fall. I lagtextens *andra stycke* framgår detta genom att det anges att undantag bara får göras om det finns särskilda skäl. Det är oklart vad som i direktivet menas med vederbörligen motiverade fall. Det ligger emellertid i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det vid upphandling av sådant som ska användas av fysiska personer föreligger skäl att bestämma de tekniska specifikationerna utan hänsyn till omständigheterna i första stycket. Dessa skäl ska vidare vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. En situation där undantagsbestämmelsen skulle kunna vara tillämplig är där det redan från början står klart att det som ska upphandlas inte kommer att användas av personer med funktionsnedsättning.

Oavsett om en upphandlande myndighet väljer att tillämpa undantagsbestämmelsen i andra stycket eller inte är de särskilda bestämmelser som finns i speciallagstiftningen om krav på byggnadsverk i fråga om tillgänglighet, t.ex. i 8 kap. plan- och bygglagen (2010:900), eller på tillgänglighet inom kollektivtrafikområdet, t.ex. i lagen (1979:558) om handikappanpassad kollektivtrafik, alltid tillämpliga. Hur denna speciallagstiftning förhåller sig till bestämmelserna i första och andra styckena framgår närmare av prop. 2006/07:128 del 1 s. 340 och 341.

Av tredje stycket framgår att om det finns obligatoriska krav inom EU som antagits av unionen genom en rättsakt ska dessa tillämpas.

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

3 § En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara utformade så att det klart framgår vad som ska anskaffas.

En upphandlande myndighet får tillåta att en leverantör åberopar sådana standarder och bedömningar som avses i 4 § för att visa att kraven enligt första stycket är uppfyllda.

Paragrafen genomför artikel 42.3 a och c i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 3 § första och andra styckena LOU. Paragrafen har utformats med

beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

I paragrafen anges som ett betydelsefullt exempel att i prestanda- och funktionskrav kan miljöegenskaper ingå. På *Lagrådets* inrådan har i andra stycket direktivets begrepp tekniska specifikationer uttryckts som standarder och bedömningar.

Tekniska specifikationer i form av hänvisningar till standarder och bedömningar

4 § Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar, och i fallande prioriteringsordning till

1. svensk standard som stämmer överens med europeisk standard,
2. europeisk teknisk bedömning,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller

6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggtreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdig".

Paragrafen genomför artikel 42.3 b i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 2 § LOU. Paragrafen har huvudsakligen utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Innebörden av begreppen i *första stycket* framgår delvis av bilaga 3. På *Lagrådets* inrådan har direktivets begrepp tekniska specifikationer uttryckts som standarder och bedömningar.

Den hänvisning till "europeiskt tekniskt godkännande" som återfinns i motsvarande bestämmelse i gällande rätt har genom *punkten 2* slopats och ersatts av en hänvisning till "europeisk teknisk bedömning". Ändringen, som följer av artikel 42.3 b, är föranledd av att det förra institutet har avskaffats och ersatts av det senare, vilket framgår av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 305/2011 av den 9 mars 2011 om fastställande av harmoniserade villkor för saluföring av byggprodukter. Av förordningen följer att en byggprodukt ska CE-märkas om den omfattas av en harmoniserad standard. Byggprodukttillverkare som vill CE-märka sina byggprodukter trots att de inte omfattas av en tillämplig harmoniserad standard, eller om standarden inte kan användas för bedömning av alla väsentliga produkttegenskaper, kan be om en europeisk teknisk bedömning av ett tekniskt bedömningsorgan. I bilaga 3 definieras en europeisk teknisk bedömning som en dokumenterad bedömning av en byggprodukts prestanda i förhållande till dess väsentliga egenskaper i enlighet med relevant europeiskt bedömningsdokument enligt den ovan nämnda förordningen. På grundval av den tekniska bedömningen beskriver sedan tillverkaren byggproduktens egenskaper i en prestandadeklaration och CE-märker den. *Lagrådet* har förespråkade att i konsekvens med denna ändring ska även svenskt tekniskt godkännande benämnas svensk teknisk bedömning. Någon motsvarande förändring som den ovan redogjorda

Prop. 2015/16:195 beträffande europeiskt tekniskt godkännande har emellertid inte gjorts avseende begreppet svenskt tekniskt godkännande. I direktivet används benämningen nationellt tekniskt godkännande vilket, på samma sätt som i LOU, i lagtexten bör uttryckas som svenskt tekniskt godkännande.

Andra stycket markerar att en upphandlande myndighet även måste godta likvärdiga system eller standarder.

Tekniska specifikationer som kombinerar prestanda- och funktionskrav med standarder och bedömningar

5 § En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav enligt 3 § i fråga om vissa egenskaper och med hänvisning till standarder och bedömningar enligt 4 § i fråga om andra egenskaper.

Paragrafen genomför artikel 42.3 d i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 3 § tredje stycket LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer

6 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Paragrafen genomför artikel 42.4 i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 4 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Bestämmelserna i paragrafen återspeglar grundläggande principer som likabehandling och icke-diskriminering.

Ändringarna i begreppsbildningen i förhållande till LOU är föranledda av att artikel 42.4 i den svenska språkversionen av direktivet i förhållande till motsvarande bestämmelse i 2004 års LOU-direktiv språkligt har justerats. Någon ändring i sak är inte avsedd.

Förbudet i *första stycket 1* att hänvisa till ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt gäller sådant som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör. På *Lagrådets* inrådan har begreppet ursprung använts i stället för begreppet särskild källa som används i den svenska direktivöversättningen. *Punkten 2* tar sikte på egenskaper hos en specifik vara eller tjänst. *Punkten 3* avser bl.a. varor med viss geografisk härkomst som en region när en motsvarande vara kan produceras på en annan plats. *Punkten 4* avser en viss tillverkning. Förbudet mot att hänvisa till en viss tillverkning hindrar givetvis inte att krav ställs på att tillverkningen uppfyller vissa prestanda- och funktionskrav, exempelvis krav på miljöegenskaper.

Går det inte att beskriva kontraktsföremålet på något allmänt eller generiskt sätt, får sådana hänvisningar, enligt *andra stycket*, ändå förekomma och ska då åtföljas av en hänvisning om att något likvärdigt kan visas.

Likvärdiga lösningar

7 § En upphandlande myndighet som i enlighet med 3 § anger de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav får inte förkasta ett anbud som avser en vara, tjänst eller byggtreprenad som motsvarar de standarder eller bedömningar som anges i 4 § första stycket 1–5 eller likvärdiga standarder eller bedömningar.

Första stycket gäller endast om

1. den åberopade standarden eller bedömningen avser de prestanda- eller funktionskrav som myndigheten har angett, och

2. anbudsgivaren visar att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller de angivna kraven.

Paragrafen genomför artikel 42.6 i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 6 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Paragrafen reglerar likvärdiga lösningar och innebär att om en leverantör visar att ett anbud uppfyller en standard eller bedömning som motsvarar de prestanda- eller funktionskrav som myndigheten ställt får anbudet inte förkastas.

I *första stycket* hänvisas till standarder och bedömningar som anges i 4 §. I bilaga 3 utvecklas vad som avses med de begrepp som 4 § första stycket 1–5 hänvisar. I artikel 42.6 i LOU-direktivet anges att bestämmelsen bl.a. gäller europeiskt tekniskt godkännande. Av författningskommentaren till 4 § framgår att den typen av specifikation har utmönstrats och ersatts av ”europeisk teknisk bedömning”. Att begreppet ändå förekommer i artikeln får antas vara ett förbiseende. Av artikel 24 i förordning (EU) nr 305/2011 av den 9 mars 2011 om fastställande av harmoniserade villkor för saluföring av byggprodukter följer dock att tillverkare och importörer får använda de europeiska tekniska godkännanden som utfärdats före den 1 juli 2013 i enlighet med artikel 9 i rådets direktiv 89/106/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om byggprodukter som europeiska tekniska bedömningar under hela giltighetsperioden för dessa godkännanden. De slag av specifikationer som omnämns i 4 § första stycket 6 finns inte bland de specifikationer som första stycket hänvisar till.

I *andra stycket* finns förutsättningarna uttryckt som ska vara uppfyllda för att första stycket ska vara tillämpligt. För det första måste den standard eller bedömning som leverantören hänvisat till motsvara den prestanda eller funktion som myndigheten efterfrågat. För det andra måste leverantören visa att vad den erbjuder uppfyller myndighetens krav.

8 § Om en upphandlande myndighet ställer krav genom att hänvisa till en standard eller bedömning enligt 4 §, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att en vara, tjänst eller byggtreprenad inte motsvarar denna standard

Prop. 2015/16:195 eller bedömning om det i anbudet visas att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Paragrafen genomför artikel 42.5 i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 5 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Det är anbudsgivarens ansvar att i anbudet presentera och beskriva varför den alternativa lösningen är likvärdig med den som myndigheten eller enheten efterfrågat. Av artikeln framgår att ett sätt för anbudsgivaren att visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna är med hjälp av provningsrapporter eller intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse eller teknisk dokumentation från tillverkaren. Vad som avses med ett organ för bedömning av överensstämmelse framgår av 9 §.

Utredning om överensstämmelse

9 § En upphandlande myndighet får som bevis för överensstämmelse med kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna enligt 16 kap. eller villkoren för fullgörande av kontraktet enligt 17 kap., kräva att leverantören ska uppvisa en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse. Detta organ ska vara ackrediterat för denna uppgift i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 765/2008 av den 9 juli 2008 om krav för ackreditering och marknads kontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen genomför artikel 44.1 första och tredje styckena i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 8 § LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.2.

Organ för bedömning av överensstämmelse ackrediteras i Sverige enligt 4 § lagen (2011:791) om ackreditering och teknisk kontroll av Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll (Swedac).

10 § Om en upphandlande myndighet kräver en provningsrapport eller ett intyg som ska vara utfärdat av ett visst organ för bedömning av överensstämmelse, ska den också godta en provningsrapport eller ett intyg från ett likvärdigt organ.

Paragrafen genomför artikel 44.1 andra stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har huvudsakligen utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. I förhållande till direktivet innehåller paragrafen även ett krav på att myndigheten ska godta likvärdiga provningsrapporter. Tillägget får anses följa av principerna om likabehandling och om ömsesidigt erkännande. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.2.

11 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen kan få tillgång till en provningsrapport eller ett intyg som avses i 9 eller 10 § och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande myndigheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan,

Paragrafen genomför artikel 44.2 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.2.

Paragrafen reglerar situationen när en leverantör inte i tid kan skaffa fram viss angiven utredning. Den upphandlande myndigheten ska i ett sådant fall godta annan lämplig utredning om det inte beror på något förhållande på leverantörens sida att den begärda utredningen inte kan hämtas in. Som exempel på annan lämplig utredning nämns i artikeln teknisk dokumentation från tillverkaren.

Märkning

12 § Med *märkning* avses alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav.

Paragrafen genomför artikel 2.1.23 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Efter synpunkter från *Lagrådet* har direktivets term märke i lagtexten uttryckts som märkning. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

Vad som kännetecknar och skiljer märkning åt från andra bevis om att det som anskaffas uppfyller myndighetens krav framgår bl.a. av 13 § första stycket 3–6.

13 § En upphandlande myndighet får i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet kräva en viss märkning som bevis för att varan, tjänsten eller byggtreprenaden motsvarar de egenskaper som krävs, om

1. kraven för märkningen endast rör kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas,

2. kraven för märkningen är lämpliga för att definiera egenskaperna hos den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas,

3. kraven för märkningen grundas på objektiva kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,

4. märkningen har antagits genom ett öppet och transparent förfarande i vilket samtliga berörda kan delta,

5. märkningen är tillgänglig för alla berörda, och

6. kraven för märkningen fastställs av ett organ som den som ansöker om märkningen inte har ett avgörande inflytande över.

Om en upphandlande myndighet inte kräver att det som ska anskaffas har alla egenskaper som krävs av en märkning, ska den ange vilka krav för märkningen som ska uppfyllas.

Om en märkning uppfyller villkoren i första stycket 3–6, men kraven för märkningen även rör kriterier som inte har anknytning till det som ska anskaffas, får den upphandlande myndigheten inte kräva märkningen för varan, tjänsten eller byggtreprenaden. Myndigheten får dock fastställa de tekniska specifikationerna genom hänvisningar till sådana detaljerade specifikationer för märkningen som har anknytning till det som ska anskaffas.

Paragrafen genomför artikel 43.1 första och andra styckena och 43.2 i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 7 § första stycket LOU. Paragrafen

Prop. 2015/16:195 har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

Genom *första stycket* införs en möjlighet för en upphandlande myndighet att direkt hänvisa till en särskild märkning som bevis för att varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna motsvarar de egenskaper som krävs. Den särskilda märkningen kan avse miljömässiga egenskaper men även andra egenskaper som t.ex. sociala.

Första stycket 1 och 2 tydliggör att egenskaperna som märkningen kan visa ska ha anknytning till det som anskaffas. *Punkterna 3–6* beskriver vad som kännetecknar en sådan märkning som avses i regleringen. Det är dels kriterier för själva märkningen, dels hur märkningen har utarbetats.

Sådana parter som avses i *punkten 4* inkluderar enligt artikel 43.1 första stycket c statliga organ, konsumenter, arbetsmarknadens parter, tillverkare, distributörer och icke statliga organisationer.

Även *andra stycket* uttrycker kopplingen mellan det som anskaffas och märkningen. Den innebär att om myndigheten inte kräver alla egenskaper som märkningen har, ska myndigheten identifiera vilka av märkningens egenskaper som ska vara uppfyllda av leverantören. *Tredje stycket* uttrycker i princip samma förhållande men med utgångspunkt från märkningen på så sätt att märkningen innehåller fler kriterier än sådana som har anknytning till det som anskaffas. Även då får myndigheten i stället för att kräva märkningen fastställa de tekniska specifikationerna med hänvisningar till detaljerade specifikationer för märkningen.

14 § En upphandlande myndighet som kräver en viss märkning enligt 13 § ska godta en annan märkning om kraven för den märkningen är likvärdiga med kraven för den angivna märkningen.

Paragrafen genomför artikel 43.1 tredje stycket i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 7 § andra stycket LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

15 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen haft möjlighet att få tillgång till den märkning som den upphandlande myndigheten kräver eller en likvärdig märkning och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande myndigheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven för den angivna märkningen eller, i de fall som anges i 13 § andra stycket, de särskilt angivna kraven för märkningen.

Paragrafen genomför artikel 43.1 fjärde stycket i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 7 § LOU andra stycket. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

Som exempel på annan lämplig utredning nämns i artikeln teknisk dokumentation från tillverkaren.

Anbud med alternativa utföranden

16 § En upphandlande myndighet får tillåta eller kräva att anbudsgivare lämnar anbud med utföranden som avviker från dem som myndigheten har angett. Ett

sådant anbud med alternativt utförande får beaktas endast om myndigheten i annonsen angett om den tillåter eller kräver sådana anbud. Prop. 2015/16:195

Paragrafen genomför artikel 45.1 i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 9 § första och andra styckena LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.5.

Anbud med alternativa utföranden får krävas eller tillåtas oavsett vilka tilldelningskriterierna är.

17 § En upphandlande myndighet som tillåter eller kräver anbud som avses i 16 § ska i upphandlingsdokumenten ange

1. vilka minimikrav som gäller för sådana anbud,
2. vilka särskilda villkor som gäller redovisningen av anbudet, och
3. om anbud med ett alternativt utförande får lämnas endast tillsammans med ett anbud som utgår från samma utförande som myndigheten har angett.

Anbud med alternativa utföranden får beaktas endast om de uppfyller minimikraven.

Paragrafen genomför artikel 45.2 och artikel 45.3 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 9 § tredje och fjärde styckena LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.5.

I artikel 45.2 anges med avseende på de särskilda villkor som gäller för redovisningen eller presentationen av de alternativa anbudet att det är särskilt viktigt att ange om anbud med alternativa utföranden endast får lämnas om ett anbud som inte utgör ett alternativ också har lämnats.

18 § Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande myndighet som har tillåtit eller krävt anbud med alternativa utföranden inte förkasta ett sådant anbud enbart på grund av att det, om det antas, skulle bli ett tjänstekontrakt i stället för ett varukontrakt eller ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt.

Paragrafen genomför artikel 45.3 andra stycket i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 10 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.5.

10 kap. Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

Annonsering

Anbudsinfördran

1 § En upphandlande myndighet ska genom en anbudsinfördran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal.

En anbudsinfördran ska göras genom en annons om upphandling eller, i de fall som regleras i 2 §, en förhandsannons.

Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 12–19 §§.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 §, artikel 26.5 första och andra styckena samt delar av artiklarna 49 och 75 i LOU-direktivet. Den

Prop. 2015/16:195 motsvarar 7 kap. 1 § LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1.

Av paragrafen framgår att huvudregeln är att en upphandlande myndighet ska informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal genom att offentliggöra en anbudsinfordran. En anbudsinfordran kan göras genom en annons om upphandling eller genom en förhandsannons. Med anbudsinfordran avses alltså de sätt på vilka en upphandlande myndighet kan offentliggöra en upphandling.

Huvudregeln är att en annons om upphandling ska användas som anbudsinfordran vid alla förfaranden. Upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter får dock enligt 2 § – om kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering – välja att i stället använda en förhandsannons som anbudsinfordran. Av 2 § framgår att en förhandsannons också får användas av alla upphandlande myndigheter när de upphandlar sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2 till lagen. Om upphandlingen inte avser sådana tjänster är det för centrala upphandlande myndigheter alltså obligatoriskt att använda en annons om upphandling.

I vissa fall medges undantag från skyldigheten att offentliggöra en upphandling. Undantag får göras när förutsättningarna för att tillämpa bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda, se 6 kap. 12–19 §§ och kommentarerna till dessa paragrafer.

Vilka uppgifter en annons om upphandling ska innehålla framgår av del C och – när det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster – av del H i bilaga V till LOU-direktivet. Annonsen ska utformas i enlighet med standardformulär som antas av kommissionen. Även format och förfaranden för överföring av annonser på elektronisk väg fastställs av kommissionen och är tillgängliga på kommissionens webb-plats SIMAP med information om offentlig upphandling i Europa. Kommissionen har i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 fastställt standardformulär för de olika typerna av annonser som direktivet innehåller.

Av artikel 51 i LOU-direktivet framgår bl.a. att annonser ska skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Regeringen avser att meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser i en förordning, se 6 §.

Förhandsannons som anbudsinfordran

2 § En upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet får använda en förhandsannons som anbudsinfordran när upphandling ska genomföras med selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En myndighet som ska upphandla tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 får också använda en förhandsannons som anbudsinfordran.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 §, artikel 26.5 andra stycket, del av artikel 48.2 och del av artikel 75 i LOU-direktivet. Paragrafen har

inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1 och 18.1.2.

Första stycket reglerar möjligheten för andra upphandlande myndigheter än centrala upphandlande myndigheter att, i stället för en annons om upphandling, använda en förhandsannons som anbudsinfordran när kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vad som avses med centrala upphandlande myndigheter framgår av 1 kap. 11 §, se kommentaren till den paragrafen och avsnitt 6.7.5.

Enligt *andra stycket* får en upphandlande myndighet som upphandlar sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2 till lagen också använda en förhandsannons som anbudsinfordran.

Regeringen avser att genomföra bestämmelser i direktivet om utformning och offentliggörande av annonser genom föreskrifter i en förordning, se 6 §. Sådana bestämmelser finns bl.a. i artikel 48.2 i LOU-direktivet, som anger att annonser ska innehålla uppgift om vilka varor, tjänster och byggentreprenader som kontraktet kommer att omfatta, att kontraktet kommer att tilldelas utan någon ytterligare annonsering samt att intresserade leverantörer ska anmäla sitt intresse. En motsvarande bestämmelse finns för förhandsannonser som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster i artikel 74.1 b LOU-direktivet. Vidare anges i artikel 48.2 att en förhandsannons inte får omfatta en period som är längre än 12 månader och att förhandsannonsen ska skickas för publicering mellan 35 dagar och 12 månader före den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickas. En förhandsannons som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster får emellertid omfatta mer än 12 månader och ska vidare offentliggöras kontinuerligt.

Vilka ytterligare uppgifter som ska finnas i en förhandsannons enligt paragrafen framgår av del B avsnitt I och avsnitt II och – när det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster – del I i bilaga V till LOU-direktivet. Annonserna ska utformas i enlighet med de standardformulär som antagits av kommissionen, se kommentaren till 1 §.

När en förhandsannons publicerats ska intresserade leverantörer anmäla sitt intresse. Någon ytterligare anbudsinfordran behöver sedan inte offentliggöras, utan i stället ska intresserade leverantörer bjudas in att bekräfta sitt intresse, se 10 kap. 8 §.

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

3 § En upphandlande myndighet får i en förhandsannons informera om planerade upphandlingar.

Bestämmelser om förkortade tidsfrister efter en sådan förhandsannonsering finns i 11 kap. 5 §.

Paragrafen genomför delar av artikel 48.1 i LOU-direktivet. Paragrafens första stycke saknar direkt motsvarighet i LOU, medan andra stycket motsvarar 7 kap. 2 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1.

Enligt *första stycket* får en upphandlande myndighet informera om planerade upphandlingar i en förhandsannons. Syftet med en förhandsannons enligt första stycket är att ge leverantörer preliminära upplysningar om den upphandlande myndighetens kommande upp-

Prop. 2015/16:195 handlingar och att garantera principen om öppenhet i upphandlingen (a. prop. 2006/07:128 del 1 s. 204). Ur den upphandlande myndighetens perspektiv kan det också vara lämpligt att informera marknaden om kommande upphandlingar (a. prop. s. 357).

Av *andra stycket* framgår att det är obligatoriskt att använda en förhandsannons om den upphandlande myndigheten vill tillämpa bestämmelserna om förkortning av tidsfrister i 11 kap. 5 §. Vad som närmare krävs för att förkortning av tidsfrister ska kunna tillämpas framgår av 11 kap. 5 §, se kommentaren till den paragrafen.

Vilka uppgifter som ska finnas i en förhandsannons enligt paragrafen framgår av del B avsnitt I i bilaga V till direktivet. Annonserna ska utformas i enlighet med standardformulär som antagits av kommissionen, se kommentaren till 1 §.

Regeringen avser att med stöd av 6 § meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser i den kommande förordning som behövs för direktivets genomförande.

Efterannons om resultatet av en upphandling

4 § En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. En myndighet som tilldelat kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska skicka en efterannons senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt.

Trots första stycket får myndigheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Paragrafen genomför artikel 50.1 första stycket, del av artikel 50.2 och 50.3 samt del av artikel 75 i LOU-direktivet. Paragrafens första och tredje stycke motsvarar 7 kap. 3 § LOU, medan andra stycket inte har någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1 och 18.1.2.

Med efterannons avses en annons om genomförd upphandling som publiceras efter det att ett upphandlingskontrakt tilldelats eller ett ramavtal ingåtts. Skyldigheten att annonsera i efterhand har införts mot bakgrund av vissa övervakningssyften och för statistiska ändamål.

Enligt huvudregeln i *första stycket första meningen* ska en efterannons skickas för offentliggörande inom 30 dagar vid all upphandling som omfattas av direktivet. Tidsfristen räknas från det att avtalet ingicks, vilket innebär från den tidpunkt då det civilrättsliga avtalet ingicks mellan parterna. Det är alltså som huvudregel först efter det att avtalsspärren löpt och avtalet ingåtts mellan myndigheten och leverantören som skyldigheten att efterannonsera uppstår. Av *första stycket andra meningen* framgår dock att tidsfristen för att efterannonsera med anledning av kontrakt som tilldelats enligt ett dynamiskt inköpssystem börjar löpa tidigare, eftersom den fristen ska räknas från tidpunkten från tilldelningen av varje kontrakt, dvs. från den tidpunkt när myndigheten beslutat vilken leverantörs anbud den ska anta.

Denna skillnad följer av direktivens bestämmelser och behandlas närmare i avsnitt 18.1.1.

Av *andra stycket* i paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten i stället för att skicka en annons efter varje kontraktstilldelning enligt ett dynamiskt inköpssystem, kan välja att samla ihop annonserna och skicka dem kvartalsvis. Samma sak gäller efter tilldelning av kontrakt som avser sådana sociala tjänster eller andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2. De samlade annonserna ska i sådana fall skickas för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal. När det gäller dynamiska inköpssystem är det alltså efterannonserna som avser kontrakt som tilldelats under ett visst kvartal som kan samlas ihop, medan det beträffande sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 är efterannonserna efter de avtal som ingåtts under kvartalet som får samlas ihop. Skälet till detta är att efterannonsering av kontrakt som tilldelats enligt ett dynamiskt inköpssystem ska ske med utgångspunkt från när kontraktet tilldelades medan motsvarande annonsering av tilldelning av kontrakt som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 till lagen ska ske med utgångspunkt i när ett avtal till följd av ett beslut om kontraktstilldelning ingåtts mellan parterna, se första stycket.

Även att ett ramavtal har ingåtts ska annonseras. Däremot framgår av *trede stycket* att det inte finns någon annonseringsskyldighet vid tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ramavtalet.

Vilka uppgifter som ska ingå i en efterannons framgår av del D i bilaga V till LOU-direktivet och – när det gäller tilldelning av kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster – i del J i bilaga V till LOU-direktivet. Annonserna ska utformas i enlighet med standardformulär som har antagits av kommissionen, se kommentaren till 1 §.

Bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter gäller även sådana uppgifter som ska anges i annonsen. En upphandlande myndighet måste därför beakta att de uppgifter som tas med i annonsen inte strider mot dessa lagars bestämmelser (prop. 2006/07:128 del 1 s. 359).

Regeringen avser att med stöd av 6 § meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser i den kommande förordning som behövs för direktivens genomförande.

Annons om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering

5 § En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 4 § i LOU, som infördes år 2010 (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 142 f.). Paragrafen har huvudsakligen utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1.

I paragrafen regleras vad som i kommissionens genomförandeförordning om fastställande av standardformulär (se kommentaren till 1 §) benämns meddelande om frivillig förhandsinsyn.

6 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Paragrafen har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1 och 18.1.2.

Bestämmelser om annonsering finns förutom i detta kapitel även i kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011, se kommentaren till 1 §. De ytterligare föreskrifter om innehållet i och utformningen av annonser som krävs för genomförandet av direktiven avser regeringen att med stöd av denna paragraf meddela i en förordning.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

7 § Den upphandlande myndigheten ska vid annonsering om upphandling, förhandsannonsering och annonsering om projekttävling med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om myndigheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska myndigheten i annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Paragrafen genomför delar av artikel 53.1 och artikel 79.3 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.3.

Första stycket genomför tillsammans med 8 § andra stycket artikel 53.1 första stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen behandlar den upphandlande myndighetens skyldighet att göra upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga i samband med annonsering. Bestämmelsen gäller för samtliga annonserade förfaranden enligt 6 kap. Skyldigheten enligt bestämmelsen gäller under hela annonseringstiden. Det saknar betydelse om en förhandsannons används som anbudsinfordran eller inte. Vad som avses med upphandlingsdokument framgår av 1 kap. 23 §. Bestämmelser om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument finns också i 8 § andra stycket (inbjudan att bekräfta intresse) och 9 § andra stycket (inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog). Artikel 79 i LOU-direktivet avser projekttävlingar.

Att upphandlingsdokumenten ska göras fritt och direkt tillgängliga hindrar inte att den upphandlande myndigheten kräver att leverantörerna ska genomgå en enkel registreringsprocedur i ett elektroniskt upphandlingssystem för att få tillgång till dokumenten, om myndigheten skulle anse att det är nödvändigt. Det skulle dock i normalfallet strida mot proportionalitetsprincipen om myndigheten ställer krav på inloggning genom e-legitimation eller motsvarande för att få tillgång till upphandlingsdokumenten (jfr skäl 57 in fine i LOU-direktivet).

Andra stycket genomförs tillsammans med 11 kap. 9 § artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet. I bestämmelsen regleras hur leverantörerna ska få tillgång till upphandlingsdokument som inte har gjorts elektroniskt tillgängliga enligt första stycket, dvs. fritt, direkt, fullständigt och kostnadsfritt. Enligt 11 kap. 9 § ska tidsfristen för anbud förlängas med fem dagar i vissa fall om elektronisk tillgång inte ges på föreskrivet sätt.

Inbjudan till anbudssökande

Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

8 § Om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, ska den upphandlande myndigheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse. Först när myndigheten har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade, får den ange vilka leverantörer som ska få lämna anbud eller delta i förhandlingar.

Den upphandlande myndigheten ska med elektroniska medel ge anbuds-sökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att bekräfta intresse. Om myndigheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om art och mängd av det som ska upphandlas, option på ytterligare avtal och om möjligt beräknad tidsfrist för optionen samt, när det gäller avtal som kan förnyas, art och mängd och, om möjligt, beräknad tidpunkt för kommande annonser om upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader,
2. uppgift om huruvida selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering ska användas,
3. uppgift om dag för leverans av varor eller för påbörjande eller avslutande av tjänsterna eller byggtreprenaderna,
4. uppgift om adress till den upphandlande myndigheten,
5. uppgift om ekonomiska eller tekniska krav, ekonomiska garantier och upplysningar som krävs från leverantörer,
6. uppgift om huruvida ett varukontrakt avser köp, leasing, hyra eller hyrköp eller en kombination av dessa,
7. uppgift om tilldelningskriterier samt kriteriernas inbördes vikt eller prioriteringsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
8. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Paragrafen genomför delar av artikel 53.1 första stycket och artikel 54 i LOU-direktivet. Paragrafen genomför även bilaga IX avsnitt 2 till LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU, som inte medger att en förhandsannons används som anbudsinfördran (jfr dock 8 kap. 14 § LUF). Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.2.1.

Bestämmelsen gäller när en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet har förhandsannonserat enligt 2 § vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Första stycket genomför artikel 54.1 andra stycket i LOU-direktivet. En inbjudan att bekräfta intresse kan utgöra startpunkten för tidsfrister för anbudsansökningar enligt 11 kap. 3 § första stycket.

Andra och tredje styckena genomför tillsammans med 9 § andra och tredje styckena artikel 54.2 i LOU-direktivet (se även artikel 53.1 första stycket). Av 11 kap. 9 § framgår att tidsfristen för anbud ska förlängas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten inte ger sådan elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten som avses. Detta gäller dock inte vid en överenskommelse om tidsfristen enligt 11 kap. 7 § eller vid ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 §.

I tredje stycket anges genom en uppräknig i punktform vad en inbjudan att bekräfta intresse minst ska innehålla i övrigt (jfr bilaga IX avsnitt 2 till LOU-direktivet och 8 kap. 14 § tredje stycket LUF). Ytterligare bestämmelser som reglerar innehållet i en inbjudan att bekräfta intresse finns i 4 kap. 6, 7 och 17 §§, 6 kap. 8 §, 7 kap. 3 §, 8 kap. 4, 12, 18 och 29 §§, 10 kap. 10 § och 14 kap. 1 §.

Skriftlig inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog

9 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska den upphandlande myndigheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att lämna anbud eller, vid konkurrenspräglad dialog, att delta i dialogen.

Den upphandlande myndigheten ska med elektroniska medel ge de utvalda anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog. Om myndigheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar enligt 12 kap. 11 §,
2. uppgift om sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet ska skickas och på vilket eller vilka språk det ska skrivas, eller, vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om dag och plats för dialogens början samt om det eller de språk som ska användas,
3. en hänvisning till annonsen om upphandling eller till förhandsannonsen, om en sådan annons har använts som anbudsinfördran,
4. uppgift om de handlingar som ska bifogas,
5. uppgift om tilldelningskriterier samt kriteriernas inbördes vikt eller prioriteringsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Paragrafen genomför delar av artikel 54 i LOU-direktivet samt bilaga IX avsnitt 1 till LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 8 kap. 10 § LOU, som dock saknar reglering för förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitten 18.2.2 (inbjudan) och 20.2.1 (uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar).

Första stycket genomför artikel 54.1 första stycket i LOU-direktivet. Endast de anbudssökande som väljs ut av den upphandlande

myndigheten får lämna anbud vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Detsamma gäller i fråga om rätten att delta i en konkurrenspräglad dialog. Den upphandlande myndighetens uppmaning till de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud vid konkurrenspräglad dialog behandlas i 6 kap. 25 §.

Till skillnad från 8 kap. 10 § LOU innehåller bestämmelsen inte någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att skicka ut en skriftlig inbjudan att förhandla till de utvalda anbudssökandena. Detta hänger samman med att en upphandlande myndighet vid förhandlat förfarande med föregående annonsering i vissa fall får tilldela kontraktet utan förhandlingar (se 6 kap. 8 § andra stycket).

En inbjudan att lämna anbud utgör startpunkten för tidsfrister enligt 11 kap. 3 § andra stycket, 5 § första stycket 2, 7 § andra stycket och 10 § 3.

Andra och tredje styckena genomför tillsammans med 8 § andra och tredje styckena artikel 54.2 i LOU-direktivet.

I tredje stycket anges genom en uppräkningspunkt vad en inbjudan minst ska innehålla i övrigt (jfr bilaga IX avsnitt 1 till LOU-direktivet). *Första punkten* motsvarar delvis 8 kap. 10 § tredje stycket 1 LOU men har ingen motsvarighet i LOU-direktivet. Tidsfristen har betydelse för prövningen av om kompletterande upplysningar har begärts i god tid enligt 12 kap. 11 §. Vilken utredning som får begäras in från leverantörer enligt *fjärde punkten* framgår av 15 kap. *Sjätte punkten* motsvarar 8 kap. 10 § tredje stycket 6 LOU men saknar motsvarighet i LOU-direktivet.

Anbudets giltighetstid

10 § En upphandlande myndighet ska vid öppet förfarande i annonsen om upphandling ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska myndigheten ange denna uppgift i en annons om upphandling, i en förhandsannons som används som anbudsinfördran, i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog.

En underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 12 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 11 § LOU. Någon motsvarande artikel i LOU-direktivet finns inte. Av bilaga V del C till LOU-direktivet framgår dock att annonsen om upphandling vid öppet förfarande ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.4.1.

Enligt *första stycket* ska den upphandlande myndigheten ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Anbudsinfördran genom förhandsannonsering regleras i 10 kap. 2 §. Inbjudan att bekräfta intresse regleras i 10 kap. 8 §. Inbjudan att lämna anbud eller att delta i dialog regleras i 10 kap. 9 §.

Bestämmelsen i första stycket är en handlingsregel för den upphandlande myndigheten. Om myndigheten anger anbudens giltighets-

Prop. 2015/16:195 tid på det föreskrivna sättet följer av allmänna avtalsrättsliga principer att ett anbud som lämnas i upphandlingen anses omfattas av den giltighetstid som myndigheten har angett, om inget annat sägs i anbudet. Ett anbud som inte uppfyller den upphandlande myndighetens villkor om giltighetstid är orent och ska förkastas.

Sedvanliga avtalsrättsliga principer är tillämpliga i frågor om anbudens giltighet och innehåll. Att ett anbud är bindande framgår av 1 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrätts område (avtalslagen). Att anbudet är bindande innebär att det inte får återkallas efter det att mottagaren har tagit del av anbudet, se 7 § avtalslagen. Den upphandlande myndigheten tar del av anbudet vid den anbudsöppning som görs enligt 12 kap. 10 § andra stycket. Något hinder mot att tillämpa de allmänna avtalsrättsliga ogiltighetsgrunderna på anbud som lämnas i en upphandling finns inte.

Genom att anbudet är giltigt under en viss tid kan i många fall undvikas att upphandlingen måste göras om. Ett beslut från allmän förvaltningsdomstol om rättelse genom en ny anbudsutvärdering kan inte verkställas om anbudet inte längre gäller. Det är viktigt att den upphandlande myndigheten vid varje enskild upphandling överväger vilken giltighetstid som är rimlig. Det finns inte något hinder mot att den upphandlande myndigheten villkorar anbudens giltighetstid. Myndigheten skulle t.ex. kunna ange att giltighetstiden för ”förlorande anbud” upphör när avtalsspärren har löpt ut och kontrakt ingåtts utan att någon överprövning dessförinnan har inletts.

Om den upphandlande myndigheten inte har ställt något krav i fråga om anbudens giltighetstid, får frågan om anbudens innehåll och giltighet bedömas enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer. Om anbudet inte heller innehåller någon uppgift om giltighetstiden, torde det anses vara bindande under en skälig tid, jfr 3 § första stycket avtalslagen. En leverantör, vars anbud inte antagits, kan i många fall anses ha lidit skada av att något krav på anbudens giltighetstid inte har ställts. Om skaderekvisitet ska anses vara uppfyllt för en leverantör i sådan situation får bedömas med hänsyn till omständigheterna i den enskilda upphandlingen.

Det är inte möjligt för en upphandlande myndighet att anta ett anbud vars giltighetstid har löpt ut och som inte har förlängts. Det finns ingen bestämmelse som reglerar frågan om förlängning av anbudets giltighetstid. En sådan förlängning är därför främst en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. Det bör framhållas att ett anbud är en ensidig rättshandling, vilket innebär att den upphandlande myndigheten inte kan förvägra en leverantör rätten att förlänga sitt eget anbud. I frågor om förlängningar ska de allmänna upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § (i synnerhet likabehandlingsprincipen) iakttas av den upphandlande myndigheten. Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2011 not. 64 framgår att en leverantör som vägrar att förlänga giltighetstiden av anbudet enligt den upphandlande myndighetens begäran saknar rätt att begära överprövning av upphandlingen. Något krav på att samtliga anbudsgivare accepterar en förlängning för att det ska vara möjligt att slutföra upphandlingen, anses enligt praxis inte finnas efter den tidpunkt då tilldelningsbeslut meddelats.

Bestämmelsen i *andra stycket* är en civilrättslig specialreglering som innebär att en anbudsgivare, vars anbud avslagits genom sådana besked som avses i bestämmelsen, ändå är bunden av sitt anbud. Enbart det faktum att ett avslagsbesked av aktuellt slag meddelats innebär alltså inte att anbudet upphör att gälla. Bestämmelsen reglerar inte anbudets bindande natur i övrigt. Bestämmelsen har omformulerats för att tydliggöra detta. Det är inte någon förutsättning för bestämmelsens tillämplighet att den upphandlande myndigheten har angett anbudens giltighetstid enligt första stycket. Bestämmelsen är alltså tillämplig även om anbudets giltighetstid endast har angetts av leverantören.

Civilrättslig bundenhet för den upphandlande myndigheten i förhållande till den vinnande leverantören kan uppstå genom under rättelsen om tilldelningsbeslutet, som avtalsrättsligt kan anses utgöra en accept. Lagen bygger på att en upphandling avslutas med ett upphandlingskontrakt. För att undvika att civilrättslig bundenhet uppstår i förhållande till en viss leverantör innan upphandlingen är avslutad bör myndigheten ange att avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt. För tiden fram till upphandlingens avslutande kan myndigheten välja att ingå ett villkorat avtal (se prop. 2001/02:142 s. 78, prop. 2006/07:128 del 1 s. 381 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 110 f.).

11 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Kapitlet innehåller bestämmelser om tidsfrister, dvs. den tid som en leverantör har till sitt förfogande att komma in med en anbudsansökan eller ett anbud. De tidsfrister som normalt ska gälla ska i vissa fall förlängas. I andra fall får tidsfristerna förkortas. LOU-direktivets bestämmelser om tidsfrister finns i artiklarna 27–31, som behandlar upphandlingsförfarandena, samt i artiklarna 47 och 53.

De tidsfrister som behandlas i 11 kap. är de tidsfrister som styrs av LOU-direktivet. Tidsfrister för upphandling utanför det direktivstyrda området regleras i 19 kap. 15 §.

Rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister är tillämplig på alla förekommande tidsfrister. Av artikel 3.2 b i förordningen följer bl.a. att om en viss dag anges som sista dag för att komma in med anbud, får anbudet lämnas fram till kl. 24.00 den dagen. Något hinder mot att låta en tidsfrist löpa ut vid ett visst klockslag finns inte, så länge bestämmelserna om minimitidsfrister följs.

I artikel 3.4 i förordningen anges att om sista dagen av en tidsfrist som inte uttrycks i timmar infaller på en helgdag, söndag eller lördag ska tidsfristen upphöra vid utgången av påföljande arbetsdags sista timme. Enligt den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska – om sista dagen i tidsfristen infaller på en lördag, en allmän helgdag, söndag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton – sista dagen i tidsfristen i stället vara nästföljande vardag.

I fråga om midsommarafton, julafton och nyårsafton, vilka inte har formell status som helgdag, går söndagsregeln längre än förordningen. Denna ordning har ansetts inte strida mot förordningen när det rör sig om

Prop. 2015/16:195 direktivreglerade minimitidsfrister (se 16 kap. 18 § LOU och prop. 2009/10:180 del 1 s. 171 f.).

Det strider mot principerna om öppenhet och likabehandling att beakta ett för sent inkommet anbud. Det spelar ingen roll vad som är orsaken till förseningen.

Förhållanden som ska beaktas när tidsfrister bestäms

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. Om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

Paragrafen genomför artiklarna 47.1 och 47.2 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 8 kap. 1 § och 7 § andra stycket LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 360 f.). Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.2.

Bestämmelsen i *första stycket* anger vad en upphandlande myndighet alltid ska iaktta när den fastställer tidsfrister för anbudsansökningar och anbud. Bestämmelsen är således tillämplig även om tidsfristen inte reglerats särskilt i 11 kap., t.ex. när tidsfristen för anbud vid konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska bestämmas. I de upphandlingar där besök på platsen är nödvändigt för att leverantörerna ska kunna utarbeta anbud ska den upphandlande myndigheten bestämma tidsfristen så att samtliga leverantörer bereds denna besöksmöjlighet. I syfte att förhindra anbudskarteller och skydda leverantörernas identitet under anbudsprocessen bör leverantörerna besöka platsen vid olika tillfällen.

Av *andra stycket* framgår att tidsfristerna aldrig får understiga det antal dagar som anges i de efterföljande paragraferna. Om en tidsfrist ska förkortas enligt någon bestämmelse i 11 kap. måste hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är enligt 1 §.

Tidsfrist vid öppet förfarande

2 § Vid öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Första stycket gäller om inte något annat följer av 5–10 §§.

Paragrafen genomför artikel 27.1 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 8 kap. 2 § LOU med den skillnaden att tidsfristen enligt den paragrafen är minst 52 dagar. Tidsfristen enligt 2 § kan förlängas eller förkortas med tillämpning av 5–10 §§ (se särskilt 6 § om förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud). Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.3.

Tidsfrister vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap

3 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfordran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena. Detta gäller om inte något annat följer av 10 §.

Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 30 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande. Detta gäller om inte något annat följer av 5–10 §§.

Paragrafen genomför artikel 28.1 andra stycket, artikel 28.2 andra stycket, artikel 29.1 fjärde stycket första och andra meningarna, artikel 30.1 andra stycket och artikel 31.1 fjärde stycket första meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 8 kap. 3 § LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.4.

I *första stycket* behandlas tidsfristen för anbudsansökningar. Tidsfristen har förkortats i den nya lagen från minst 37 dagar till minst 30 dagar. Förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap är en nyhet. Även möjligheten att använda en förhandsannons som anbudsinfordran enligt 10 kap. 2 § saknar motsvarighet i LOU. Inbjudan att bekräfta intresse regleras i 10 kap. 8 §. När en förhandsannons används som anbudsinfordran ges leverantörerna först möjlighet att anmäla sitt intresse för kontraktet. Någon särskild tidsfrist för en sådan anbudsansökan finns inte i lagen eller LOU-direktivet. Bestämmelsen i 1 § är dock tillämplig även i dessa fall. I 10 § finns bestämmelser som innebär att tidsfristerna enligt 3 § första stycket får förkortas vid tidsbrist i vissa fall.

I *andra stycket* behandlas tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Tidsfristen har förkortats i den nya lagen från minst 40 dagar till minst 30 dagar. Till skillnad från 8 kap. 3 § LOU anges tidsfristen för att anbud vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det anbud som avses i denna del är anbudet enligt 6 kap. 4 §, dvs. inte de nya eller ändrade anbud som lämnas under de efterföljande avtalsförhandlingarna. Inbjudan att lämna anbud regleras i 10 kap. 9 §. I 5–10 §§ finns bestämmelser som innebär att tidsfristen enligt 3 § andra stycket ska förlängas i vissa fall och får förkortas i andra fall.

Tidsfrister för anbud vid konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap regleras inte i LOU-direktivet. Bestämmelsen i 1 § är dock tillämplig även i dessa fall. Den upphandlande myndighetens uppmaning till de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud vid konkurrenspräglad dialog behandlas i 6 kap. 25 §. Bestämmelsen om inbjudan att lämna anbud i 10 kap. 9 § omfattar även förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

4 § I 8 kap. 8 och 11 §§ finns bestämmelser om tidsfrister för anbudsansökningar och anbud vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Se kommentarerna till 8 kap. 8 och 11 §§. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Förkortade tidsfrister efter förhandsannonsering

5 § Om den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat utan att annonsen använts som anbudsinfordran, får tidsfristen för att komma in med anbud

1. vid öppet förfarande bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, och

2. vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

En tidsfrist får förkortas enligt första stycket endast om förhandsannonsen

1. innehöll de uppgifter som anges i bilaga V del B avsnitt I till direktiv 2014/24/EU, i den mån uppgifterna fanns att tillgå när förhandsannonsen publicerades, och

2. skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Paragrafen genomför artiklarna 27.2 och 28.3 samt delar av artikel 29.1 fjärde stycket tredje meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 8 kap. 4 § LOU, som dock inte innehåller någon reglering för förhandlat förfarande med föregående annonsering. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.5.

Bestämmelsen behandlar möjligheten att förkorta tidsfristen för anbud när den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat enligt 10 kap. 3 §. Tidsfristerna för anbud enligt bestämmelsen överensstämmer med tidsfristerna vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §. Bestämmelsen ger möjlighet till kortare tidsfrister än vad LOU medger i motsvarande situation (normalt minst 36 dagar och aldrig kortare än 22 dagar). Vid en förkortning av tidsfristen måste alltid en bedömning av upphandlingens komplexitet göras enligt 1 §.

Av 1 kap. 12 § framgår att hänvisningen i *andra stycket 1* till direktiv 2014/24/EU avser direktivet i den ursprungliga lydelsen. Jämfört med 8 kap. 4 § LOU har det i *andra stycket 2* tydliggjorts det är annonsen om upphandling som ska sättas i tidsmässig relation till förhandsannonsen. Detta gäller alltså även när tidsfristen ska bestämmas i en inbjudan att lämna anbud enligt första stycket 2.

Förkortade tidsfrister vid elektroniska anbud

6 § Om den upphandlande myndigheten tillåter att anbudena skickas in elektroniskt, får tidsfristen

1. vid öppet förfarande enligt 2 § bestämmas till minst 30 dagar, och

2. vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 3 § andra stycket bestämmas till minst 25 dagar.

Paragrafen genomför artiklarna 27.4 och 28.5 samt delar av artikel 29.1 fjärde stycket tredje meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.6.

Bestämmelsen innebär att tidsfristen för anbud får förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten tillåter att anbuden skickas in elektroniskt. Tidsfristen kan således enligt 6 § bestämmas till minst 30 dagar vid öppet förfarande och till minst 25 dagar vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Om förutsättningarna för påskyndat förfarande enligt 10 § är uppfyllda får tidsfristen förkortas utöver vad som följer av 6 §. Bestämmelserna i 1 och 9 §§ måste dock iaktas när tidsfristen bestäms.

Av 12 kap. framgår att den upphandlande myndigheten, utom i vissa undantagssituationer, ska anvisa elektroniska medel som leverantörerna ska använda när de kommunicerar med myndigheten (se avsnitt 20.1). Elektroniska anbud ska alltså som huvudregel tillåtas.

Tidsfrist för anbud efter överenskommelse

7 § Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet bestämma tidsfristen för att komma in med anbud till en gemensam tid som har överenskommit med de utvalda anbudssökandena.

Om en sådan överenskommelse inte nås, ska tidsfristen vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till anbudssökandena.

Paragrafen genomför artikel 28.4 och delar av artikel 29.1 fjärde stycket tredje meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU (jfr dock 8 kap. 4 § LUF). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.7.

Första stycket behandlar möjligheten att bestämma tidsfristen i enlighet med en överenskommelse. Någon minsta tid för en sådan tidsfrist finns inte angiven i LOU-direktivet. Bestämmelsen i 1 § är dock tillämplig även när en myndighet avser att bestämma tidsfristen grundval av ett avtal. Av 8 § följer att en meddelad tidsfrist ska förlängas, om tidsfristen har varit så kort att kompletterande upplysningar inte kunnat lämnas inom de tidsfrister som anges i 12 kap. 11 §. Vad som avses med central upphandlande myndighet framgår av 1 kap. 11 §. Kommuner och landsting är exempelvis inte centrala upphandlande myndigheter.

I *andra stycket* regleras hur tidsfristen ska bestämmas om en överenskommelse inte har kunnat nås. Bestämmelserna i 1 och 9 §§ måste beaktas i en sådan situation. Om den upphandlande myndigheten inte har gjort upphandlingsdokumenten elektroniskt tillgängliga på föreskrivet sätt, innebär 9 § att tidsfristen ska vara minst 15 dagar. Inbjudan att lämna anbud regleras i 10 kap. 9 §.

Förlängning av tidsfristen för anbud

8 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom de tidsfrister som anges i 12 kap. 11 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 47.3 i LOU-direktivet och motsvarar delvis 8 kap. 7 § LOU. Andra punkten saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.8.

Bestämmelsen, som är ett utflöde av principen bakom 1 §, innebär att en redan meddelad tidsfrist ska förlängas i vissa situationer. Förlängningen ska ske så att alla leverantörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud. Det är ingen förutsättning för bestämmelsens tillämplighet att tidsfristens längd har reglerats särskilt i 11 kap. Av artikel 47.3 andra stycket i LOU-direktivet framgår att en förlängning av tidsfristen ska stå i proportion till informationens eller ändringens vikt.

Första punkten genomför artikel 47.3 första stycket a i LOU-direktivet och motsvarar 8 kap. 7 § första stycket LOU. Av artikel 47.3 tredje stycket i LOU-direktivet framgår att den upphandlande myndigheten inte behöver förlänga tidsfristen om den kompletterande information som inte lämnats ut i tid saknar betydelse för utarbetandet av väl underbyggda anbud. Se vidare kommentaren till 12 kap. 11 §.

Andra punkten genomför artikel 47.3 första stycket b i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Med ändring i upphandlingsdokumenten torde även avses att helt nya dokument tillkommer. Begreppet upphandlingsdokument definieras i 1 kap. 23 §. I likhet med vad som gäller vid kompletterande upplysningar enligt 12 kap. 11 § måste alla berörda leverantörer upplysas om ändringarna i upphandlingsdokumenten och om förlängningen av tidsfristen. Av 12 kap. 1 § följer att upplysningarna som huvudregel ska lämnas med elektroniska medel. Någon bestämmelse om att den förlängda tidsfristen måste annonseras på nytt finns inte. Vid så väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten att upphandlingens art ändras, måste upphandlingen göras om.

I 6 kap. 9 och 35 §§ finns särskilda bestämmelser om ändringar av upphandlingsdokumenten under förhandlingsfasen vid förhandlat förfarande med föregående annonsering respektive förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Enligt 8 § ska en meddelad tidsfrist förlängas i vissa fall. Lagen innehåller däremot ingen reglering om i vilka fall en meddelad tidsfrist får förlängas före tidsfristens utgång. Om exempelvis ett elektroniskt upphandlingssystem drabbas av tekniska problem under dagarna före anbudstidens utgång så att anbud inte kan lämnas, måste det anses vara självklart att den upphandlande myndigheten får förlänga tidsfristen för anbud. Om ett upphandlingssystem slutar att fungera, kan det även finnas en skyldighet att förlänga anbudstiden enligt 9 §.

Om ändringar görs i upphandlingsdokumenten i samband med den ursprungliga bestämningen av tidsfristen, ska bestämmelsen i 1 § följas.

9 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten inte med elektroniska medel ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten

1. från den dag då en annons om upphandling eller en förhandsannons publiceras, eller

2. från och med den dag då en inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena.

Första stycket gäller inte om tidsfristen anges efter en överenskommelse enligt 7 § första stycket eller förkortas vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §.

Paragrafen genomför delar av artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU (jfr dock 8 kap. 6 § LOU). Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.9.

Enligt *första stycket* ska tidsfristen för anbud förlängas med fem dagar om den upphandlande myndigheten inte ger sådan elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten som föreskrivs i 10 kap. 7 § och 8 § andra stycket. Bestämmelsen tar ingen hänsyn till anledningen till att myndigheten inte har gjort dokumenten elektroniskt tillgängliga på föreskrivet sätt. Grunden för förlängningen av tidsfristen finns i normalfallet redan när tidsfristen för anbud ska bestämmas, dvs. den upphandlande myndigheten vet att den inte har kunnat eller kommer att kunna tillhandahålla dokument elektroniskt på det sätt som krävs. Det kan även bli aktuellt att tillämpa bestämmelsen under löpande anbudsfrist, t.ex. om den internetsida där upphandlingsdokumenten hålls tillgängliga slutar att fungera.

Den tidsfrist som ska förlängas med fem dagar är den tidsfrist som annars skulle ha bestämts enligt särskilda tidsfristbestämmelser i kapitlet, dvs. i förekommande fall en tidsfrist som annars skulle förkortas. En tidsfrist som skulle bestämmas till 30 dagar med tillämpning av 6 § ska alltså förlängas till 35 dagar med tillämpning av 9 §.

Av *andra stycket* framgår att förlängningen med fem dagar inte ska göras om tidsfristen anges efter en överenskommelse eller förkortas vid ett påskyndat förfarande. Om bestämmelserna om förlängning i 8 och 9 §§ skulle bli tillämpliga samtidigt under anbudsfristen, torde tidsfristen få bestämmas enligt den bestämmelse som innebär den längsta tidsfristen.

Påskyndat förfarande

10 § Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel, får

1. vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering,

2. vid öppet förfarande tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, och

3. vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Paragrafen genomför artiklarna 27.3 och 28.6 samt delar av artikel 29.1 fjärde stycket tredje meningen i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar

Prop. 2015/16:195 delvis 8 kap. 8 § LOU, som dock inte reglerar tidsfristerna för anbud vid öppet förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.10.

Bestämmelsen behandlar det s.k. påskyndade förfarandet, vilket får användas om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i kapitlet. Enligt skäl 46 i LOU-direktivet bör det klargöras att det inte måste vara fråga om synnerligen brådskande situationer till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och som inte kan tillskrivas den. I förarbetena till äldre upphandlingslagstiftning finns uttalanden om att påskyndat förfarande inte får användas om den upphandlande myndigheten genom försummelse (t.ex. bristande inköpsplanering) har försatt sig i en sådan situation att tidsbrist har uppstått (se prop. 1992/93:88 s. 79 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 365). Skäl 46 i LOU-direktivet torde innebära att dessa uttalanden inte längre är aktuella. Bestämmelsen om påskyndat förfarande ger inte rätt att förkorta en redan meddelad tidsfrist.

LOU-direktivet talar inte om tidsbrist utan om ”en brådskande situation som bestyrks på lämpligt sätt av den upphandlande myndigheten”. Med uttrycket får förstås att myndigheten genom dokumentation ska kunna visa att det på grund av objektivt godtagbara skäl har varit omöjligt att tillämpa tidsfristen, dvs. att situationen har varit tillräckligt brådskande. Att det är myndigheten som ska visa att förutsättningarna för det påskyndade förfarandet har varit uppfyllda följer av allmänna principer.

Av *första stycket* framgår vilka tidsfrister som gäller vid ett påskyndat förfarande. Tidsfristen i *första punkten* motsvarar tidsfristen enligt huvudregeln i 8 kap. 8 § första stycket LOU. Nämda bestämmelse tillåter dock en tidsfrist om minst tio dagar om annonsen om upphandling skickades med elektroniska medel. Bestämmelsen i första punkten är inte tillämplig om en förhandsannons har använts som anbudsinfordran och startpunkten för tidsfristen för anbudsansökan enligt 3 § första stycket därmed är en inbjudan att bekräfta intresse. *Andra punkten* saknar motsvarighet i LOU. Tidsfristen enligt *tredje punkten* motsvarar tidsfristen i 8 kap. 8 § andra stycket LOU, en bestämmelse som dock inte reglerar förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Tidsfristerna för anbud vid ett påskyndat förfarande överensstämmer med tidsfristerna för anbud efter förhandsannonsering (5 §) eller efter utebliven överenskommelse om tidsfristen (7 § andra stycket).

Bestämmelsen om påskyndat förfarande är överordnad bestämmelsen om förlängning av tidsfristen i 9 §. Även vid ett påskyndat förfarande måste dock alltid en bedömning av upphandlingens komplexitet göras och en skäligen tidsfrist bestämmas enligt 1 §.

12 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Prop. 2015/16:195

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande myndighet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Myndigheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Paragrafen genomför artikel 22.1 första stycket och artikel 37.3 i LOU-direktivet (jfr skälen 52 och 53 i LOU-direktivet). Tillsammans med 5 § genomför paragrafen även artikel 34.3 i LOU-direktivet. Första och tredje styckena saknar motsvarighet i LOU. Andra stycket motsvarar 9 kap. 2 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Av *första stycket* framgår att det råder en skyldighet att kommunicera med elektroniska medel under en upphandling. Bestämmelsen är generell och gäller således även vid upphandling enligt ett dynamiskt inköps-system (se artikel 34.3 i LOU-direktivet), vid upphandling som genomförs av en inköpscentral (se artikel 37.3 i LOU-direktivet) samt vid projektävlingar enligt 18 kap. 1 § 1. Vad som avses med elektroniska medel framgår av 1 kap. 13 §. I 8 kap. finns särskilda bestämmelser om elektroniska metoder för upphandling (dynamiska inköpsystem, elektroniska auktioner och elektroniska kataloger).

Bestämmelsen omfattar inte bara inlämning av anbudsansökningar och anbud utan all kommunikation under en upphandling. Med upphandling avses hela förfarandet från det att en upphandling påbörjas (i normalfallet genom att en annons publiceras) till det att tilldelningsbeslutet fattas. Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel gäller även under processen när kontrakt ska tilldelas på grundval av ramavtal. Myndighetens interna kommunikation, utvärdering av anbudsansökningar och anbud samt kommunikation efter kontraktstilldelningen omfattas inte av skyldigheten att använda elektroniska medel. Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel gäller således inte för underrättelsen om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 §.

Om den upphandlande myndigheten anvisar leverantörerna att lämna in anbudsansökningar eller anbud med elektroniska medel och en leverantör trots detta lämnar in handlingen i någon annan form, får myndigheten inte beakta handlingen (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 373).

Anbudsansökningar och anbud får inte lämnas muntligen (jfr 5 §). Något krav på att anbudsansökningar och anbud ska undertecknas finns inte i lagen. Enligt 7 § får den upphandlande myndigheten kräva att en anbudsansökan eller ett anbud ska vara försedd med en avancerad elektronisk underskrift.

Andra stycket reglerar de krav som ställs på elektroniska medel för kommunikation. Jämfört med 9 kap. 2 § LOU har det även angetts att de elektroniska medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan utrustning som i allmänhet används (jfr undantagsbestämmelsen i artikel 22.1 andra stycket c i LOU-direktivet som talar om specialiserad kontorsutrustning). Enligt LOU-direktivet får de elektroniska medlen inte begränsa leverantörernas tillträde till en upphandling. Detta följer av kravet på att medlen ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga.

Enligt 16 § första stycket 5 ska den upphandlande myndigheten i den s.k. individuella rapporten ange skälen till att den har godkänt inlämning av anbud med andra medel än elektroniska. Sådana skäl kan grunda sig på 3 eller 4 §. I 6, 8 och 9 §§ finns bestämmelser om vad den upphandlande myndigheten alltid ska iaktta vid elektronisk kommunikation.

Av *tredje stycket* framgår att det finns undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande myndighet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Myndigheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

Paragrafen genomför artikel 22.5 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

I artikel 22.5 andra stycket a–c i LOU-direktivet ges exempel på vad som avses med lämpliga, alternativa elektroniska medel. Av artikel 22.4 i LOU-direktivet framgår att elektroniska modellverktyg för bygginformation (dvs. teknik för s.k. byggnadsinformationsmodellering, förkortad BIM) får användas som alternativa elektroniska medel vid upphandling av byggtreprenadkontrakt och vid projekttävlingar.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande myndighet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får myndigheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

Paragrafen genomför artikel 22.1 andra stycket i LOU-direktivet (jfr skäl 53 i LOU-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Första stycket reglerar det huvudsakliga undantaget från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel. Undantaget gäller om det på grund av de krav som upphandlingen ställer inte är möjligt att använda elektroniska medel över huvud taget eller om de elektroniska medel som står till buds inte uppfyller kraven i 1 § andra stycket. I artikel 22.1 andra stycket a–d i LOU-direktivet anges exempel på sådana situationer. Om förutsättningarna för undantag är uppfyllda får

myndigheten välja vilket eller vilka medel för kommunikation som ska användas. Elektronisk kommunikation får användas med alternativa medel enligt 2 §.

Av *andra stycket* framgår att undantaget i första stycket endast gäller för den del av upphandlingen där det inte är möjligt att använda allmänt tillgängliga elektroniska medel för kommunikation.

4 § En upphandlande myndighet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,
2. brister i informationssäkerheten hos myndigheten, eller
3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

Paragrafen genomför artikel 22.1 fjärde stycket i LOU-direktivet (jfr skäl 54 i LOU-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Bestämmelsen reglerar möjligheterna att välja en annan kommunikation än elektronisk på grund av säkerhetsskäl. Detta får ske i den mån det är nödvändigt, dvs. endast i de delar av upphandlingen där det krävs för att uppnå ett tillräckligt skydd. Det framgår inte av LOU-direktivet vad som avses med ”den särskilt känsliga karaktären” hos uppgifterna.

Av *andra stycket* framgår att en kommunikation med andra medel än elektroniska får väljas först när det konstaterats att det inte är möjligt att på ett tillräckligt säkert sätt använda alternativa elektroniska medel för kommunikationen.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande myndigheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen. Muntlig kommunikation får dock inte användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Paragrafen genomför artikel 22.2 och delar av artikel 34.3 i LOU-direktivet (jfr skäl 58 i LOU-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Vad som avses med de väsentliga delarna av upphandlingen framgår av artikel 22.2 i LOU-direktivet. Enligt artikeln omfattas upphandlingsdokument, anbudsansökningar, intresseförklaringar och anbud. Särskilt ska sådan muntlig kommunikation med anbudsgivare som väsentligen kan påverka innehållet i och bedömningen av anbudet dokumenteras i tillräcklig utsträckning och på lämpligt sätt, t.ex. genom skriftliga eller inspelade redogörelser eller sammanfattningar av huvudinnehållet i kommunikationen. Muntlig kommunikation avseende rättelse av fel, förtydligande eller komplettering enligt 4 kap. 9 § är ett tydligt exempel på sådan kommunikation som bör dokumenteras.

Prop. 2015/16:195 Av artikel 34.3 i LOU-direktivet framgår att muntlig kommunikation inte får användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande myndighet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, finns tillgänglig för alla berörda.

Paragrafen genomför artikel 22.6 första stycket a i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 9 kap. 3 § första stycket LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Skrivningen om tidsstämpling är en nyhet i förhållande till nuvarande reglering. I övrigt är bestämmelsen oförändrad. Med berörda torde avses leverantörer som har gett uttryck för att de avser att lämna in en anbudsansökan eller ett anbud. Det finns inte något krav på att informationen om specifikationerna ska lämnas i en annons.

Avancerad elektronisk underskrift

7 § En upphandlande myndighet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen saknar direkt motsvarighet i LOU-direktivet (jfr dock artikel 22.6 första stycket b och c samt skäl 57 i LOU-direktivet). Bestämmelsen motsvarar 9 kap. 3 § andra stycket LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 217 f. och 372 samt prop. 2015/16:72 s. 52 f.). Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Att även anbudsansökningar omfattas av bestämmelsen är en nyhet. I övrigt är bestämmelsen oförändrad i sak. Lagen innehåller inget krav på att en anbudsansökan eller ett anbud ska undertecknas.

Bestämmelsen i 9 kap. 3 § andra stycket LOU har en ändrad lydelse från och med den 1 juli 2016. Tidigare har bestämmelsen hänvisat till en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer. Från och med den 1 juli 2016 hänvisar bestämmelsen i stället till en avancerad elektronisk underskrift enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden (EU:s förordning om elektronisk identifiering). Förordningen träder i kraft den 1 juli 2016 i sina materiella delar och är direkt tillämplig i medlemsstaterna. Genom förordningen ersätts begreppet avancerad elektronisk signatur med begreppet avancerad elektronisk underskrift. Lagen om kvalificerade elektroniska signaturer upphör att gälla vid utgången av juni 2016.

Av artiklarna 3.11 och 26 i EU:s förordning om elektronisk identifiering framgår att en avancerad elektronisk underskrift ska uppfylla följande krav:

- a) den ska vara unikt knuten till undertecknaren,

b) undertecknaren ska kunna identifieras genom den,

c) den ska vara skapad på grundval av uppgifter för skapande av elektroniska underskrifter som undertecknaren med hög grad av tillförlitlighet kan använda uteslutande under sin egen kontroll, och

d) den ska vara kopplad till de uppgifter som den används för att underteckna på ett sådant sätt att alla efterföljande ändringar av uppgifterna kan upptäckas.

Kraven på en avancerad elektronisk underskrift motsvarar kraven på en avancerad elektronisk signatur (jfr prop. 2015/16:72 s. 53). I praktiken är en avancerad elektronisk underskrift en e-legitimation, ett bank-ID eller annan motsvarande signeringsfunktion som tas fram genom kryptering med någon form av personlig nyckel hos användaren.

Det råder hårdare säkerhetskrav på en s.k. kvalificerad elektronisk underskrift än på en avancerad elektronisk underskrift. Enligt artikel 22.6 första stycket c i LOU-direktivet ska den upphandlande myndigheten godta en kvalificerad elektronisk underskrift, om myndigheten har ställt krav på undertecknande med en avancerad elektronisk underskrift. Av artikel 25.3 i EU:s förordning om elektronisk identifiering framgår att en kvalificerad elektronisk underskrift, som är baserad på ett kvalificerat certifikat som utfärdats i en medlemsstat, ska erkännas som en kvalificerad elektronisk underskrift i alla andra medlemsstater.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande myndighet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Myndigheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,

2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och

3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Paragrafen genomför artikel 22.6 första stycket b i LOU-direktivet och delar av bilaga IV till LOU-direktivet. Bestämmelsens andra och tredje styckena motsvarar delvis 9 kap. 3 § tredje och fjärde styckena LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Första stycket anger den övergripande ram inom vilken den upphandlande myndigheten enligt direktivet ska ange säkerhetsnivån för de elektroniska medlen för kommunikation under upphandlingens olika skeden (jfr skäl 57 i LOU-direktivet). Risknivån kan variera mellan olika skeden av upphandlingen och mellan olika upphandlingar.

Att säkerhetsutrustningen enligt *andra stycket* ska fastställa exakt tidpunkt för mottagande av handlingarna och säkerställa att ingen har tillträde till uppgifterna före utgången av tidsfristen framgår i dag inte av LOU utan av 13 § upphandlingsförordningen (2011:1040). Tidsfrister behandlas i 11 kap. I 9 kap. 3 § tredje stycket LOU anges att utrustningen

Prop. 2015/16:195 ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att ”vissa uppgifter går att få fram”. Denna skrivning har utgått.

Regeringen avser att meddela föreskrifter enligt *tredje stycket* i den kommande upphandlingsförordningen.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Paragrafen genomför delar av artikel 22.3 första meningen i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 9 kap. 6 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Bestämmelsen anger hur den upphandlande myndigheten ska hantera uppgifter i ett upphandlingsärende och har närmast karaktär av ordningsregel. Enligt LOU-direktivet ska uppgifternas integritet bevaras. Härmed avses att uppgifterna ska hanteras på ett sådant sätt att de inte förvanskas. Bestämmelsen har en annan lydelse än 9 kap. 6 § LOU men är oförändrad i sak (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 375). I LOU-direktivet anges att uppgifternas integritet ska bevaras vid ”kommunikationen, informationsutbytet och lagringen”. Informationsutbytet omfattas av det större begreppet kommunikation.

Av artikel 22.3 första meningen i LOU-direktivet framgår även att den sekretess som gäller för anbudsansökningarna och anbuderna ska bevaras. Detta följer av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Det anges därför inte särskilt i bestämmelsen.

Enligt 14 § ska en upphandlande myndighet dokumentera genomförandet av en upphandling i syfte att kunna motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Av 17 § framgår vilka handlingar som ska bevaras när en upphandling har avslutats.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande myndighet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuderna förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbuderna ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafens första stycke genomför artikel 22.3 andra meningen i LOU-direktivet. Andra stycket är en nationell bestämmelse. Paragrafen motsvarar 9 kap. 7 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Enligt *första stycket* får den upphandlande myndigheten inte ta del av innehållet i anbudsansökningar och anbud förrän tidsfristen för att komma in med handlingen har löpt ut. Av 8 § andra stycket 1 framgår att den utrustning som används för att ta emot anbudsansökningar och anbud ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga

gränser kan säkerställas att ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av tidsfristen.

I *andra stycket* har uttrycket ”försändelser med anbud” ersatts med ”anbud”. Genom ändringen tydliggörs att bestämmelsen även gäller elektroniska anbud, vilket redan tidigare har varit fallet (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 376).

Av bilaga V del C till LOU-direktivet framgår att en annons om upphandling vid öppet förfarande ska innehålla uppgift om tid och plats för öppnande av anbud samt vilka personer som får närvara vid öppnandet av anbuden.

Information till leverantörer

Kompletterande upplysningar

11 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Vid ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 § ska kompletterande upplysningar lämnas senast fyra dagar före angiven sista dag för anbud.

Paragrafen genomför artikel 53.2 i LOU-direktivet och motsvarar 8 kap. 9 § *andra stycket* och 12 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.2.1.

Bestämmelsen reglerar den tid inom vilken den upphandlande myndigheten ska lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten på begäran av en leverantör. Bestämmelsen är tillämplig på samtliga förfaranden.

En leverantör får begära att en upphandlande myndighet lämnar förtydligande och kompletterande information om upphandlingsdokumenten. Ofta brukar dessa upplysningar tas in i ett samlat dokument med rubriken ”Frågor och svar”. Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet ska få den kompletterande informationen samtidigt och i samma form. Vid öppet förfarande och det första steget i tvåstegsförfaranden bör alla leverantörer som har anmält eller visat intresse av att få eventuell kompletterande information anses delta i upphandlingsförfarandet. Om en upphandlingsplattform används för upphandlingen, bör vidare den kompletterande informationen göras tillgänglig via plattformen för alla presumtiva anbudssökande eller anbudsgivare.

Om kompletterande upplysningar inte lämnas inom den tid som anges i 11 §, ska tidsfristen för anbud förlängas enligt 11 kap. 8 § 1. En förlängning av tidsfristen förutsätter att begäran om upplysningar har framställts i god tid. Om den kompletterande informationen innebär en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten, ska tidsfristen för anbud förlängas enligt 11 kap. 8 § 2. En alltför väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten innebär dock att upphandlingen måste göras om.

Av 10 kap. 9 § tredje stycket 1 framgår att en inbjudan att lämna anbud ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar. För den upphandlande myndighetens planering kan det även i övriga fall vara lämpligt att i upphandlingsdokumenten ange vid vilken tidpunkt före de sex dagarna som en begäran om kompletterande upplysningar ska ha kommit in. Exempelvis kan det av upphandlingsframgå att leverantörerna ska ställa frågor och begära kompletteringar av upphandlingsdokumenten senast tio dagar före anbudstidens utgång. På det viset blir det möjligt för den upphandlande myndigheten att lämna kompletterande upplysningar fyra dagar senare, dvs. senast sex dagar före anbudstidens utgång.

Ett kompletterande underlag som har tagits fram efter en begäran enligt 11 § utgör i normalfallet en allmän handling. En allmän handling som inte omfattas av sekretess ska enligt tryckfrihetsförordningen lämnas ut genast eller så snart det är möjligt, om den begärs utlämnad. En upphandlande myndighet har att på sedvanligt sätt efterkomma en begäran om att lämna ut en sådan handling. Tidsfristerna i 11 § är alltså i dessa fall subsidiära i förhållande till offentlighetsprincipen och bör närmast betraktas som maximigränser (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 366).

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när myndigheten beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfördran samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Paragrafen genomför artikel 55.1 i LOU-direktivet och motsvarar 9 kap. 9 § LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.2.2.

Första stycket behandlar den upphandlande myndighetens skyldighet att underrätta leverantörer om innehållet i tilldelningsbeslut. Samtliga anbudsgivare och anbudssökande ska få sådan information som avses i paragrafen. Underrättelsen utlöser avtalsspärren enligt 20 kap. 1 § (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 106–111 och 338). Om underrättelsen inte uppfyller de krav som anges börjar avtalsspärren inte löpa.

Av underrättelsen ska omständigheterna som legat till grund för beslutet framgå tydligt så att en leverantör kan avgöra om man vill ansöka om överprövning av upphandlingen. Vilka upplysningar som bör lämnas för att uppfylla detta måste avgöras med hänsyn till omständigheterna i varje enskild upphandling (se prop. 2001/02:142 s. 61 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 114). Alltför intetsägande uppgifter om varför en viss leverantör har tilldelats kontraktet kan innebära att myndigheten inte anses ha lämnat upplysningar om skälen för beslutet (se prop. 2001/02:142 s. 97). Det ligger i den upphandlande myndighetens intresse att lämna så mycket information att avtalsspärren

börjar löpa samtidigt som myndigheten inte får lämna ut uppgifter som omfattas av sekretess. En underrättelse om tilldelningsbeslutet kan lämnas genom att leverantörerna underrättas per e-post om att informationen hålls tillgänglig på en internetadress (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 70).

Av likabehandlingsprincipen följer att underrättelserna om tilldelningsbeslutet ska lämnas samtidigt till leverantörerna och ha samma innehåll (jfr prop. 2001/02:142 s. 65). Av 13 § framgår att den upphandlande myndigheten ska lämna viss ytterligare information på begäran av en leverantör som inte tilldelats kontraktet. Något förbud mot att skicka sådan information till leverantörerna samtidigt med underrättelsen om tilldelningsbeslutet finns dock inte utan kan tvärtom vara lämpligt i många fall. En leverantör har därutöver rätt att ta del av uppgifter med stöd av andra bestämmelser om denne begär överprövning av upphandlingen eller väcker skadeståndstalan (se prop. 2001/02:142 s. 97).

Av *andra stycket* framgår att en skriftlig underrättelse även ska lämnas när upphandlingen avbryts eller görs om. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges. Av rättsfallet RÅ 2005 ref. 62 framgår att allmän förvaltningsdomstol kan överpröva en upphandlande myndighets beslut att avbryta en upphandling (jfr t.ex. rättsfallen RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

I artikel 55.1 i LOU-direktivet behandlas även den upphandlande myndighetens skyldighet att ge information vid beslut om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem. Denna underrättelseskyldighet regleras i 8 kap. 9 §. Bestämmelsen i 12 § är givetvis även tillämplig vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem, om tilldelningsbeslut fattas eller om upphandlingen avbryts eller görs om.

Att efterannonsering ska ske vid beslut om att tilldela kontrakt eller ingå ramavtal följer av 10 kap. 4 §. Beslut om uteslutning av leverantör regleras i 13 kap. 7 §.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande myndighet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande myndighet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om

1. utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet, och

2. i förekommande fall hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har förlöpt.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Paragrafen genomför artikel 55.2 i LOU-direktivet och motsvarar 9 kap. 10 § LOU. Andra punkten i andra stycket är dock ny. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.2.3.

Prop. 2015/16:195 Bestämmelsen behandlar den upphandlande myndighetens skyldighet att lämna upplysningar på begäran av leverantör. Denna upplysningsskyldighet går längre än vad som följer av 12 § (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 379). I likhet med 12 § gäller att upplysningar som omfattas av sekretess eller utgör företagshemligheter inte får lämnas ut.

Enligt *första stycket* ska på begäran upplysningar lämnas om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats. Ett anbud kan förkastas innan tilldelningsbeslutet fattas. Det innebär att skyldigheten att lämna upplysningar enligt första stycket kan inträda innan skyldigheten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet inträder (se prop. 2001/02:142 s. 68 f.). Ett anbud förkastas, om det inte uppfyller de krav som har ställts i upphandlingen och därför inte går vidare till anbudsutvärderingen. Förkastande av anbud ska skiljas från uteslutning av leverantör. Beslut om uteslutning av leverantör regleras i 13 kap. 7 §.

Enligt *andra stycket* ska vissa upplysningar på begäran lämnas till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud. Ett anbud är godtagbart, om leverantören inte har uteslutits, anbudet inte har förkastats och leverantören inte har varit föremål för ett beslut om att inte tilldela ett kontrakt enligt 16 kap. 9 §. Upplysningar som avses i *första punkten* förutsätter att det valda anbudet ställs mot det anbud som lämnats av den leverantör som har begärt upplysningarna. Det är alltså fråga om individuellt utformad information om varför det vinnande anbudet har bedömts vara bättre. *Andra punkten* genomför artikel 55.2 d i LOU-direktivet. Upplysningar som avses i punkten kan begäras såväl under som efter ett upphandlingsförfarande. Som huvudregel gäller absolut anbudssekretess fram till tilldelningsbeslutet (jfr avsnitt 21). Uppgifter som rör enskilda anbud får då inte lämnas ut.

Dokumentation

Dokumentationsplikt

14 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Paragrafen genomför tillsammans med 17 § artikel 84.2 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.3.

Bestämmelsen reglerar den allmänna dokumentationsplikten under en upphandling. Bestämmelsen är även tillämplig på sådana projektävlingar som avses i 18 kap. 1 § 1. I artikel 84.2 i LOU-direktivet nämns som exempel att dokumentationsplikten omfattar kommunikation med leverantörer, interna överläggningar, utformning av upphandlingsdokumenten, eventuella dialoger eller förhandlingar samt urval och tilldelning av kontrakt. Jfr vidare författningskommentaren till 19 kap. 30 §, som avser dokumentationsplikten på det icke direktivstyrda området.

Utöver dokumentationsplikten enligt 14 § gäller skyldigheten att upprätta en individuell rapport enligt 15 §. Dokumentationsplikten omfattar även beslut som inte behöver anges i den individuella rapporten. Det måste exempelvis finnas dokumentation för att motivera samtliga beslut att förkasta anbud. Det är dock bara om anbudet förkastas såsom för lågt som skälen måste anges i en individuell rapport. Det finns givetvis inget hinder mot att dokumentationsplikten enligt 14 § fullgörs i en individuell rapport.

Av 17 § framgår att dokumentationen ska bevaras i minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Individuella rapporter

15 § En upphandlande myndighet ska upprätta en individuell rapport för varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas.

Detta gäller inte för kontrakt som tilldelas på grundval av ett ramavtal enligt 7 kap. 4 eller 6 §.

Paragrafens första stycke genomför tillsammans med 16 § första stycket och de föreskrifter som meddelas enligt 16 § tredje stycket artikel 84.1 första stycket i LOU-direktivet (jfr skäl 126 i LOU-direktivet). Paragrafens andra stycke genomför artikel 84.1 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 9 kap. 12 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.3.

Av *andra stycket* framgår att det inte behöver upprättas en individuell rapport för vissa kontrakt som tilldelas enligt ramavtal. En motsvarande bestämmelse saknas i 9 kap. 12 § LOU som reglerar upphandlingsprotokoll. Bestämmelsen i 7 kap. 4 § avser tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med en enda leverantör. I 7 kap. 6 § regleras tilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal med flera leverantörer. Som förutsättning gäller i detta fall att samtliga villkor för tillhandahållandet av varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna har fastställts i ramavtalet, att dessa villkor följs vid tilldelningen och att den upphandlande myndigheten använder objektiva villkor när leverantören väljs.

16 § Av en individuell rapport ska följande framgå:

1. skäl till att ett anbud som har förkastats har ansetts vara onormalt lågt,
2. skäl till att ett kontrakt eller ramavtal inte har tilldelats en leverantör,
3. skäl till att en leverantör inte har godkänts som deltagare i ett dynamiskt inköpssystem,
4. skäl till att förhandlat förfarande med föregående annonsering, förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog har tillämpats,
5. skäl till att inlämning av anbud med andra medel än elektroniska har godkänts, och
6. intressekonflikter och åtgärder som vidtagits till följd av dem.

Den individuella rapporten eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om vilka uppgifter en individuell rapport ska innehålla.

Prop. 2015/16:195 Paragrafens första stycke och de föreskrifter som meddelas enligt tredje stycket genomför tillsammans med 15 § första stycket artikel 84.1 första stycket i LOU-direktivet. Första stycket femte punkten genomför även artikel 22.1 femte stycket i LOU-direktivet. Paragrafens andra stycke genomför artikel 84.3 i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 9 kap. 12 § LOU, jfr även 10 kap. 12 § LUFSS. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.3.

Bestämmelsen reglerar vilka uppgifter som ska ingå i en individuell rapport. Bestämmelsen är inte uttömmande, jfr tredje stycket. *Första stycket* innehåller flertalet av de krav som LOU-direktivet ställer på innehållet i en individuell rapport. Genom uppräknigen i stycket genomförs artikel 84.1 första stycket punkterna c och e-i i LOU-direktivet.

Att även tillsynsmyndigheten har rätt att ta del av handlingen enligt *andra stycket* är en nyhet jämfört med 9 kap. 12 § LOU. Tillsynsmyndighetens allmänna rätt att ta del av handlingar framgår av 22 kap. 2–4 §§.

Regeringen avser att meddela föreskrifter enligt *tredje stycket* i den kommande upphandlingsförordningen (jfr 14 § i upphandlingsförordningen [2011:1040]). Föreskrifterna kommer att genomföra artikel 84.1 första stycket punkterna a, b och d samt artikel 84.1 tredje stycket i LOU-direktivet.

Bevarande av handlingar

17 § 1 arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 §, den individuella rapporten enligt 15 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande myndighet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt denna lag. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Paragrafens första stycke är en upplysningsbestämmelse som saknar motsvarighet i LOU-direktivet. Andra stycket genomför tillsammans med 14 § artikel 84.2 i LOU-direktivet. Stycket motsvarar 9 kap. 13 § LOU. Tredje stycket genomför tillsammans med 19 kap. 31 § tredje stycket artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet. Denna bestämmelse saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.3.

Av *första stycket* följer att arkivlagen och föreskrifter som meddelats enligt arkivlagen innehåller bestämmelser om vilka allmänna handlingar som ska bevaras. Arkivlagen gäller för myndigheter, statliga och kommunala beslutande församlingar samt sådana privaträttsliga organ som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL. För upphandlande myndigheter som inte ska tillämpa arkivlagen gäller 17 § andra och tredje styckena. I dessa

stycket finns bestämmelser om vilka handlingar som ska bevaras i avslutade upphandlingsärenden. Upphandlande myndigheter som omfattas av arkivlagen har en motsvarande skyldighet att bevara sådana handlingar som avses (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 383 f.).

I *andra stycket* har hänvisningarna till de dokument som ska bevaras anpassats till de nya bestämmelserna i 14 och 15 §§. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades. Om upphandlingen har avsett ett ramavtal innebär bestämmelsen att handlingarna ska bevaras minst fyra år från det att sista kontraktet tilldelades enligt ramavtalet. Skyldigheten att bevara handlingar enligt *andra stycket* gäller även vid sådana projekttävlingar som avses i 18 kap. 1 § 1.

En inköpscentral är en upphandlande myndighet. Om en inköpscentral har genomfört en upphandling och ingått ett kontrakt eller ett ramavtal i egenskap av ombud för en annan upphandlande myndighet, har inköpscentralen agerat i den upphandlande myndighetens (huvudmannens) namn. Myndigheten (huvudmannen) anses då själv ha genomfört upphandlingen och ska bevara handlingarna enligt *andra stycket*. Något hinder mot att huvudmannen ger inköpscentralen i uppdrag att bevara handlingarna för huvudmannens räkning torde dock inte finnas. Om en inköpscentral däremot har ingått kontrakt och ramavtal i eget namn, ska handlingarna enligt *andra stycket* bevaras av inköpscentralen.

Vid anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader från en inköpscentral enligt 7 kap. 11 § sker inte någon upphandling i lagens mening. Bestämmelsen om bevarande av handlingar är således inte tillämplig i sådana situationer.

Anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader genom en inköpscentral kan enligt 7 kap. 12 § 1 ske genom kontrakt som tilldelas av inköpscentralen, antingen som ombud för den upphandlande myndigheten eller som självständig mellanhand. Som framgår ovan ansvarar den upphandlande myndigheten för att handlingarna bevaras i det förstnämnda fallet. I det senare fallet ansvarar inköpscentralen för att handlingarna i upphandlingen bevaras. När en upphandlande myndighet ska göra en anskaffning enligt ett kontrakt som avses i 7 kap. 12 § 1 behöver någon ny upphandling inte genomföras. Bestämmelsen om bevarande av handlingar är således inte tillämplig på en sådan anskaffning.

Om en upphandlande myndighet tilldelar ett kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt 7 kap. 12 § 2, ansvarar myndigheten för att bevara handlingarna i upphandlingen. Detsamma gäller om en upphandlande myndighet tilldelar ett kontrakt enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt 7 kap. 12 § 3.

Skyldigheten att bevara kontrakt och ramavtal enligt *tredje stycket* inskränker inte den skyldighet att bevara handlingen som kan gälla enligt *andra bestämmelser*, t.ex. bestämmelserna i bokföringslagen (1999:1078). Kontrakt och ramavtal kan ingås i elektronisk form. Även skyldigheten att bevara handlingen kan naturligtvis fullgöras med elektroniska medel.

18 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 19–24 §§.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Bestämmelserna i 19–24 §§ gäller för sådana privaträttsliga subjekt som definieras som upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 18 och 22 §§ men som inte omfattas av bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, och arkivlagen. Bestämmelserna gäller exempelvis för vissa statliga bolag och stiftelser som inte har tagits in i bilagan till OSL.

19 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som bevaras enligt 17 § tredje stycket och som ingåtts till ett värde av minst

1. 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt, och
2. 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 19 kap. 33 § artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

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 20 § 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 22 §.

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 17 § tredje 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 grund av föreskriften i 17 § tredje stycket och omfattas därför inte utlämnandeskyldigheten enligt 19 §.

Varukontrakt definieras i 1 kap. 24 §. Tjänstekontrakt definieras i 1 kap. 21 §. Byggtreprenadkontrakt definieras i 1 kap. 9 §.

20 § En uppgift i ett kontrakt om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande myndighetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande

är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, får inte lämnas ut.

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande myndigheten får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

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 19 §. 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.

Skyddsnivån för uppgifter om säkerhets- eller bevakningsåtgärder enligt *andra stycket* motsvarar vad som gäller enligt 18 kap. 8 § OSL.

21 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt, ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

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.

22 § En upphandlande myndighet får inte ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor. För en kopia eller en utskrift som omfattar tio sidor får myndigheten ta högst 50 kronor. För varje sida därutöver får myndigheten ta högst 2 kronor.

Om myndigheten får ta betalt för en kopia eller en utskrift enligt första stycket, får myndigheten även ta ut ersättning för

1. portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram, och
2. postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian eller utskriften till mottagaren.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Bestämmelsen avser prissättningen för utlämnande av kontrakt i form av papperskopia eller utskrift, vilket är vad som omfattas av skyldigheten enligt 19 §. Av bestämmelsen följer att den upphandlande myndighetens pris inte för 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 19 § 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.

23 § Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

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).

Lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter är tillämplig när ett beslut överklagas enligt första stycket. Av nämnda lag följer att överklagandet ska vara skriftligt, att det ska ges in till den förvaltningsrätt som ska pröva det och att det ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. I lagen finns även bestämmelser om rättidsprövning och avvisning av för sent inkomna överklaganden.

I 3 och 4 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291) finns bestämmelser om vilka uppgifter ett överklagande ska innehålla. Av 3 § framgår 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 prövningstillstånd krävs i kammarrätten. Förutsättningarna för prövningstillstånd regleras i 34 a § förvaltningsprocesslagen.

24 § Om ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt överklagas, ska den upphandlande myndigheten vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet har överlämnats till domstolen.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

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 myndigheten saknat grund för att vägra lämna ut ett kontrakt och att målet därför återförvisas till myndigheten för fortsatt handläggning (jfr 34 § andra stycket förvaltningsprocesslagen).

13 kap. Uteslutning av leverantörer

Brott

1 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Paragrafen genomför artikel 57.1 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 10 kap. 1 § första och andra styckena LOU. Första stycket 5 och 6 saknar

Prop. 2015/16:195 dock motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.1.1.

I *första stycket* finns en uppräkningsgrunder hänförliga till brott. Grunderna är s.k. obligatoriska uteslutningsgrunder vilket följer av att det anges att en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda. Den närmare innebörden av hänvisningarna till olika EU-rättsakter behandlas i övervägandena.

Bestämmelserna om uteslutning i första stycket kompletteras i *andra stycket* med regler om vilken anknytning en fysisk person ska ha till en leverantör som är en juridisk person för att förhållanden hänförliga till den fysiska personens lämplighet ska kunna beaktas. Personkretsbestämningen enligt *andra stycket* är något snävare utformad än den enligt 10 kap. 1 § *andra stycket* LOU. Till skillnad mot regleringen i 10 kap. 1 § *andra stycket* LOU bestäms personkretsen enligt *andra stycket* i första hand med hänvisning till kriterier av formell karaktär. Personen ska antingen ingå i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan eller om han eller hon inte ingår i dessa organ ha motsvarande behörighet. Om en leverantör är ett svenskt aktiebolag, får en person som ingår i styrelsen, är firmatecknare eller är vd antas ingå i personkretsen enligt *andra stycket*. Den närmare innebörden av bestämmelserna om hur personkretsen ska bestämmas får dock komma att anges genom rättstillämpningen.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll enligt 15 kap. eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Paragrafen genomför artikel 57.2 första och andra styckena i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU med den skillnaden att uteslutning enligt första stycket är obligatorisk. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.1.2.

Grunderna enligt *första stycket* är således s.k. obligatoriska uteslutningsgrunder vilket följer av att det anges att en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda. Det är dock inte tillräckligt att myndigheten känner till detta förhållande. Dessutom måste bristerna ha fastställts genom ett lagakraftvunnet bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut. I praktiken får det antas innebära att det vanligtvis inte blir aktuellt för upphandlande myndigheter att besluta om uteslutning med stöd av de obligatoriska grunderna när det rör sig om obetalda svenska skatter och socialförsäkringsavgifter. Detta följer av att tiden för överklagande av

beslut om skatter och socialförsäkringsavgifter i normalfallet är sex år efter utgången av beskattningsåret.

Formuleringen lagakraftvunnet och bindande domstolsavgörande härrör från formuleringen slutlig och bindande verkan i artikel 57.2 första stycket i LOU-direktivet. Formuleringen i artikeln får antas syfta på både domstolsavgörande och administrativt beslut. För att inte äventyra kopplingen till direktivet, EU-domstolens tolkning av direktivet och andra medlemsstaters rättsordningar anges i paragrafen att avgörandet ska vara både lagakraftvunnet och bindande.

I *andra stycket* anges att myndigheten får på angivna grunder utesluta en leverantör om myndigheten på annat lämpligt sätt kan visa missförhållandena i fråga. Det anges dock inte vilka sätt som kan anses lämpliga för att visa denna uteslutningsgrund. Den frågan får i stället besvaras i rättstillämpningen. Ordet ”annat” finns inte i direktivtexten. Det får dock anses givet att vad som avses är något annat sätt än som anges i första stycket. Även denna del av genomförandet av artikel 57.2 är framför allt motiverad av att kopplingen till direktivet, EU-domstolens tolkning av direktivet och andra medlemsstaters rättsordningar inte ska äventyras.

Som *Lagrådet* har påpekat kan, om ett grundbeslut överklagas i anslutning till beslutstillfället, en lagakraftvunnen dom föreligga efter ett par år vilket, om skatten då är obetald, innebär att samma faktiska förhållande kan påvisas på två sätt. I en sådan situation blir första stycket tillämpligt då den lagakraftvunna domen gör uteslutning obligatorisk. Att samma misskötsamhet även kan visas på annat lämpligt sätt ändrar inte detta.

När fråga är om obetalda svenska skatter och socialförsäkringsavgifter blir framför allt andra stycket aktuellt att tillämpa. Om det finns förfallna obetalda svenska skatter eller socialförsäkringsavgifter på leverantörens skattekonto får det anses ha påvisats på ett lämpligt sätt att skyldigheterna i fråga inte är fullgjorda. Detta motsvarar den ordning som gäller i dag enligt 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU.

Missförhållanden i övrigt i fråga om en leverantörs verksamhet

3 § En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om

1. myndigheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrida konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om

upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. myndigheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpa en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 8 §,

8. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt detta kapitel eller av att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–5 §§,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som myndigheten har begärt in enligt 15 kap. 3–5 §§, eller

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess eller tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, urval av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Paragrafen genomför artikel 57.4 första stycket i LOU-direktivet. *Punkterna 2, 3, och 8* i paragrafen motsvarar i huvudsak 10 kap. 2 § första stycket 1, 2, 4 och 6 LOU. Övriga punkter i paragrafen saknar motsvarigheter i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.1.3.

Grunderna som räknas upp i paragrafen är s.k. fakultativa uteslutningsgrunder vilket följer av att det anges att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda.

I de olika punkterna används skiftande tekniker för att beskriva det som krävs för att skälen för uteslutning ska anses vara tillräckliga. Denna teknik härrör från artikeln i direktivet. Den innebär dock inte att vad som är tillräckliga skäl växlar beroende på vilken av punkterna som tillämpas. Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2013 ref. 61 framgår beträffande beviskravet och bevisbördan att det är den upphandlande myndigheten som ska göra sannolikt att det finns förutsättningar för uteslutning. För att inte äventyra kopplingen till direktivet och EU-domstolens tolkning av detta har den skiftande begreppsbildningen förts över till paragrafen.

Punkt 1 ger en möjlighet att utesluta en leverantör som inte iakttar sina miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Dessa skyldigheter behöver inte framgå av upphandlingsdokumenten utan kan följa av de särskilda regler som är tillämpliga på de områden som anges. Direktivets ”på lämpligt sätt kan påvisa” uttrycks genom ordet ”visa”. Som *Lagrådet* konstaterat framgår det, till skillnad från punkterna 3 och 5, inte av direktivet hur allvarligt åsidosättandet ska vara för att kunna leda till uteslutning. Att den skyldighet som åsidosatts bedöms som väsentlig i ett

visst sammanhang eller ett åsidosättande av flera skyldigheter som inte anses vara väsentliga torde åtminstone utgöra fall som bör leda till att leverantören får uteslutas.

Beträffande *punkt 3* bör noteras att den i huvudsak motsvarar 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU medan 10 kap. 2 § första stycket 3 LOU saknar direkt motsvarighet i paragrafen. Sådana situationer som avses i 10 kap. 2 § första stycket 3 LOU – ”genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen” – faller dock in under tillämpningsområdet för första stycket 3 i nu aktuell paragraf. I konsekvens med punkten 1 återfinns inte heller här det vid fri bevisföring obehövligen uttrycket ”på lämpligt sätt”.

Uteslutningsgrunderna är utformade på ett sådant sätt att det kan uppstå situationer där flera uteslutningsgrunder är tillämpliga på ett och samma förhållande. Detta framstår visserligen som en ovanlig situation. Om den uppstår torde den framför allt röra grunden i punkt 3 i förhållande till övriga grunder i både denna paragraf och i 1 och 2 §§, men den kan också tänkas avse t.ex. sådana förhållande som anges i punkterna 6 och 7, se nedan. Utgångspunkten är i sådana situationer att myndigheten i första hand handlägger ärendet i enlighet med bestämmelserna som gäller för den tillämpliga obligatoriska uteslutningsgrunden. Om situationen enbart rör fakultativa uteslutningsgrunder, avgör myndigheten vilka av dessa som bör tillämpas. Hur dylika konkurrenssituationer närmare bör hanteras får dock överlämnas till rättstillämpningen.

Bestämmelserna i *punkt 4* tar sikte på situationer där en leverantör har ingått en överenskommelse med en eller flera andra leverantörer i syfte att snedvrیدا konkurrensen. För punktens tillämpning är det tillräckligt att syftet med överenskommelsen är att snedvrیدا konkurrensen. Regleringen förutsätter alltså inte att syftet faktiskt också har uppnåtts.

Punkt 5 rör en leverantörs brister i fullgörandet av tidigare kontrakt med den upphandlande myndigheten eller med andra upphandlande myndigheter eller enheter. Med upphandlande enheter avses upphandlande enheter enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bristerna ska enligt punkten ha lett till uppsägning av kontraktet eller till skadestånd eller jämförbar påföljd. Bestämmelsen gäller enbart kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner. Den gäller alltså enbart kontrakt som faller in under nämnda lagars definitioner av kontrakt respektive koncessioner.

Punkterna 6 och *7* inriktar sig på konsekvenser av kontakter mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Punkten 6 reglerar uteslutning på grund av jäv, vilket kan avse t.ex. en jävssituation enligt förvaltningslagens bestämmelser (se avsnitt 10.2). Punkten 7 reglerar uteslutning på grund av att en anbudssökande eller anbudsgivare tidigare deltagit i förberedelserna, se 4 kap. 8 §. Punkterna 6 och 7 är delvis överlappande och det kan tänkas uppstå situationer där frågan om uteslutning kan aktualiseras enligt båda punkterna. Om de negativa konsekvenserna för upphandlingen inte kan avhjälpas på annat sätt, kan myndigheten som en sista utväg utesluta leverantören med stöd av dessa punkter. Om båda uteslutningsgrunderna aktualiseras får myndigheten, som framgår ovan, avgöra vilka av dessa som bör tillämpas.

Enligt *punkt 9* kan en leverantörs otillbörliga påverkan under en offentlig upphandling medföra att leverantören ska uteslutas från upphandlingen. Bestämmelsen är inte tillämplig vid eventuell otillbörlig påverkan på andra offentliga upphandlingar. En otillbörlig påverkan under en upphandling kan sålunda inte medföra uteslutning från en annan upphandling. Punkten kan vidare sägas ta sikte på två olika situationer. Den första förutsätter en avsikt från leverantörens sida att påverka beslutsprocessen eller att tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar. Den andra gäller om leverantören av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på beslut om uteslutning, urval av leverantörer och tilldelning av kontrakt. Formuleringen sekretessbelagda uppgifter i punkten motsvarar formuleringen konfidentiell information enligt artikel 57.4 första stycket i) i LOU-direktivet.

Utredning

4 § En upphandlande myndighet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning.

Paragrafen genomför artiklarna 57.6 första stycket och 57.7 första meningen i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 22.1.5.

Paragrafen reglerar vilka åtgärder som ska vidtas om en fråga om uteslutning uppkommer. Momentet är centralt för att proportionalitetsprincipen ska kunna iakttas när ett eventuellt beslut om uteslutning fattas. I 15 kap. finns bestämmelser om skyldigheten för leverantörer att ge in dokument som visar att denne inte ska uteslutas från upphandlingen.

Av paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten, när den bedömer att det finns skäl för uteslutning, ska ge leverantören i fråga tillfälle att bemöta och kommentera myndighetens påståenden och de omständigheter myndigheten anser utgör skäl för uteslutning. En leverantör som inte svarar eller som inte ger en tillfredsställande förklaring riskerar att efter myndighetens utredning uteslutas från upphandlingsförfarandet. Förutsättning för att uteslutning ska kunna ske är dock att en sådan åtgärd är förenlig med proportionalitetsprincipen.

Undantag från uteslutning i vissa fall

5 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och

3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas enligt 2 §.

Paragrafen genomför artikel 57.2 tredje stycket, 57.4 andra stycket, 57.6 andra stycket och, tillsammans med 7 §, artikel 57.6 tredje stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.1.5.

Paragrafen reglerar de situationer som innebär att uteslutning inte ska ske trots att det finns förutsättningar för uteslutning enligt någon av grunderna enligt 1–3 §§. Den får sägas vara ett uttryck för proportionalitetsprincipen i så måtto att förhållanden enligt nämnda paragrafer inte alltid kan sägas påverka den aktuella upphandlingen på ett sådant sätt att uteslutning ska beslutas. Förutsättningarna enligt paragrafen ska vara uppfyllda innan beslut om uteslutning fattas. Det innebär att en utesluten leverantör inte kan återinträda och fortsätta att delta i upphandlingen av det skälet att förutsättningarna enligt paragrafen har uppfyllts efter att beslutet om uteslutning har fattats.

Första stycket rör grunderna enligt 1 och 3 §§. För att bestämmelsen ska leda till att en upphandlande myndighet underlåter att besluta om uteslutning, krävs att förutsättningarna i styckets samtliga tre punkter är uppfyllda. Kompletterande bestämmelser finns i tredje stycket.

I *andra stycket* finns bestämmelser som gäller bedömningen av förutsättningarna enligt första stycket. Som framgår av stycket ska brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa beaktas vid nämnda bedömning.

Tredje stycket gäller grunderna enligt 2 §. Sanktionsavgift enligt stycket motsvarar böter i artikel 57.2 tredje stycket i LOU-direktivet. Ordet sanktionsavgift har valts för att bringa bestämmelsen i bättre överensstämmelse med svensk rätt utan att för den skull ändra innebörden av artikeln. Med formuleringen blir det tydligare att skattetillägg omfattas av regeln. Några andra särskilda avgifter enligt skatteförarandelagen (2011:1244) torde inte falla in under begreppet böter enligt artikeln.

6 § En upphandlande myndighet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Paragrafen genomför artikel 57.3 första stycket i LOU-direktivet och motsvaras av 10 kap. 4 § sista stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitt 22.1.6.

Paragrafens bestämmelser innebär att en upphandlande myndighet får göra undantag från skyldigheten att utesluta en leverantör om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset. Av termen tvingande hänsyn till allmänintresset, som är en term som utvecklats i EU-domstolens praxis, framgår att det ska röra sig om exceptionella fall. Som exempel kan nämnas situationer där det snabbt behövs vaccin eller nödutrustning, som enbart är möjligt att köpa in från en leverantör för vilken en obligatorisk uteslutningsgrund föreligger (se skäl 100 till LOU-direktivet). Den

Prop. 2015/16:195 närmare innebörden av begreppet ”tvingande hänsyn till allmänintresset” får bedömas i rättstillämpningen. Viss anvisning ges dock även genom den exemplifierande uppräknings i artikeln (”såsom folkhälsa eller miljöskydd”). Vägledning kan också hämtas från den rättspraxis som gäller tillämpningen av motsvarande begrepp i 16 kap. 14 § LOU.

Att bestämmelserna tar sikte på sådana situationer då myndigheten har en skyldighet att utesluta leverantören, innebär att den i formell mening enbart omfattar de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Denna begränsning innebär dock inte att hänsyn hänförliga till sådana allmänintressen som avses i paragrafen inte kan tas när fråga är om tillämpning av en fakultativ uteslutningsgrund. Om omständigheterna är sådana att de är att betrakta som tvingande hänsyn till allmänintresset enligt paragrafen, så medger redan en upphandlande myndighets handlingsutrymme enligt paragraferna med de fakultativa uteslutningsgrunderna, 2 § andra stycket och 3 §, att myndigheten underlåter att besluta om uteslutning.

Beslut om uteslutning

7 § En upphandlande myndighet kan när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande myndighet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

Paragrafen genomför artikel 57.5 och, tillsammans med 5 §, 57.6 tredje stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.1.5.

Paragrafen gäller för beslut om uteslutning oavsett vilken uteslutningsgrund som tillämpas. Det görs vidare ingen skillnad mellan att en upphandlande myndighet, när som helst under förfarandet, å ena sidan ”ska” utesluta en leverantör enligt de obligatoriska grunderna och å andra sidan ”får” utesluta en leverantör enligt de fakultativa grunderna (jfr artikel 57.5 i LOU-direktivet). Denna avvikelse från artikel 57.5 och 57.6 tredje stycket i LOU-direktivet ligger inom det handlingsutrymme för nationella bestämmelser som följer av artikel 57.7 i LOU-direktivet.

Innan en upphandlande myndighet beslutar att en leverantör ska uteslutas från att delta i en upphandling måste myndigheten försäkra sig om att åtgärden inte strider mot proportionalitetsprincipen. Om myndigheten redan när grunden för uteslutning aktualiseras kan konstatera att en uteslutning strider mot proportionalitetsprincipen, finns det ingen anledning för myndigheten att utreda frågan vidare.

Att proportionalitetsprincipen har en särskilt framträdande betydelse vid prövningen av frågan om uteslutning innebär inte att upphandlande myndigheter i absurda i alla situationer ska väga åtgärden uteslutning mot varje tänkbart motstående enskilt intresse. För att det enskilda intresset ska beaktas bör det vara klart identifierbart och av verklig substans. Vidare medger tillämpningen av principen ett visst handlingsutrymme för myndigheterna (jfr SOU 2010:29 s. 182).

Den proportionalitetsbedömning som ska beaktas vid beslutsfattandet kan te sig något olika beroende på om det rör sig om obligatoriska eller fakultativa uteslutningsgrunder. Handlingsutrymmet för en upphandlande myndighet beträffande de obligatoriska grunderna är mer begränsat än det beträffande de fakultativa grunderna. För den obligatoriska grunden obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter enligt 2 § första stycket torde handlingsutrymmet vara högst begränsat. När det gäller grunden brott enligt 1 § tycks handlingsutrymmet vara något större, vilket följer redan av bestämmelserna i 5 § första och andra styckena. Vidare torde tiden som har gått sedan brottet begicks och domen meddelades vara vanligt förekommande omständigheter som aktualiseras vid bedömningen av om en leverantör ska uteslutas på grund av brott. Förutom att 5 § första och andra styckena ger stöd för ett visst handlingsutrymme i fråga om uteslutning på grund av missförhållanden enligt 3 §, följer det av formuleringen att myndigheten ”får” besluta om uteslutning att handlingsutrymmet är större än vid uteslutning enligt de obligatoriska grunderna enligt 1 § och 2 § första stycket. Detsamma gäller vid uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter enligt 2 § andra stycket.

Av *första stycket* framgår att ett beslut om uteslutning får fattas när helst det blir aktuellt. Om en leverantör har tillåtits delta i ett förfarande under viss tid trots att det förelåg grund för uteslutning redan när förfarandet inleddes, hindrar det alltså inte att leverantören utesluts när detta senare visar sig för myndigheten under förfarandet.

När en upphandlande myndighet enligt 4 § har konstaterat att den ska besluta om uteslutning, ska den enligt *andra stycket* snarast underrätta leverantören om det beslut som sedan fattas. Av underrättelsen ska skälen för beslutet framgå.

14 kap. Kvalificering

Kvalificeringskrav

1 § En upphandlande myndighet får i upphandlingen ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Myndigheten ska i annonsen eller i en inbjudan att bekräfta intresse ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

Paragrafen genomför artikel 58.1 och 58.5 i LOU-direktivet och har en delvis motsvarighet i 11 kap. 2 §. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka krav en myndighet kan ställa på leverantörerna i en upphandling. Myndigheten får kräva att

Prop. 2015/16:195 leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden för att vara aktuella att tilldelas kontraktet. Begreppet kvalificeringskrav används för att uttrycka de krav som får ställas för urvalet av leverantörer och används i stället för urvalskriterier som används i LOU-direktivet och i LOU. De tre kategorier av krav som får tillämpas räknas upp i *första stycket*. Av ordvalet endast följer att krav som inte kan anses tillhöra någon av de uppräknade kategorierna inte får tillämpas som krav vid kvalificeringen av leverantörer. Den närmare innebörden av varje kategori framgår av de paragrafer till vilket första stycket hänvisar, dvs. 14 kap 2–5 §§. Uppräkningarna i dessa paragrafer är visserligen exemplifierande men ger en god bild av den närmare innebörden av respektive kategori.

I *andra stycket* anges att kraven ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmågan samt besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för fullgörande av kontraktet i fråga. Kraven ska emellertid ha anknytning till det som ska anskaffas, kontraktets föremålet, och ska stå i proportion till det. Regeln ger uttryck för proportionalitetsprincipen. Begreppet säkerställa motsvarar begreppet se till i direktivets artikel 58.3 första stycket och 58.4 första stycket.

Det är oklart vad EU-lagstiftaren avsett med begreppet rättslig förmåga. Möjligen avses en hänvisning till de tre kategorierna av krav och rättslig förmåga syftar då på behörighet att utöva viss verksamhet. Hur begreppet rättslig förmåga ska tolkas får dock bestämmas i rättstillämpningen.

Då det särskilt anges i direktivet att kraven kan uttryckas som minimikrav anges detta i paragrafen.

I *tredje stycket* finns bestämmelser om offentliggörande.

Behörighet att utöva yrkesverksamhet

2 § Ett krav enligt 1 § första stycket 1 får innebära att leverantören ska

1. vara registrerad i ett aktiebolags-, handels- eller föreningsregister eller motsvarande register som förs i den stat där leverantörens verksamhet är etablerad, eller

2. ha ett sådant tillstånd eller vara medlem i en sådan organisation som, när upphandlingen avser en tjänst, krävs för att leverantören ska kunna tillhandahålla tjänsten i den stat där leverantören är etablerad

Paragrafen genomför artikel 58.2 i LOU-direktivet och motsvarar 11 kap. 6 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.1.

Paragrafen specificerar vilka kvalificeringskrav som kan hänföra sig till kategorin behörighet att utöva yrkesverksamhet. I *första stycket 1* anges vilken typ av register som myndigheten kan kräva att leverantören ska vara registrerad i. Beskrivningen motsvarar den som finns i nuvarande 11 kap. 6 § första stycket LOU med tillägget föreningsregister. Beskrivningen i 11 kap. 6 § ansågs lämplig för att genomföra artikel 46 första stycket i 2004 års direktiv. I det direktivet används beskrivningen yrkes- eller handelsregistret med hänvisning till bilaga IX som i sin tur för Sveriges del anger aktiebolags-, handels- och föreningsregistret. Artikel 58.2 i direktivet använder sig av delvis en

annan beskrivning nämligen yrkes- eller branschregister. I bilaga XI till direktivet beskrivs registren som aktiebolags-, handels- och föreningsregistret. Eftersom yrkes- eller branschregister som anges i artikel 58.2 inte så lätt kan appliceras på svenska förhållanden bör, som Lagrådet föreslagit, lagtexten uttrycka det som i bilaga XI till direktivet anges vara bestämmelsens innebörd för Sveriges vidkommande, d.v.s. aktiebolags-, handels- eller föreningsregister.

I *första stycket 2* används uttrycket ”i den stat där leverantören är etablerad”. Det avviker visserligen från det uttryckssätt som används i artikel 58.2 andra stycket i direktivet men motsvarar begreppsbildningen i artikel 58.2 första stycket i direktivet. I punktens andra stycke talas i stället om hemmedlemsstat. Det är oklart om det är någon skillnad på medlemsstat där de är etablerade och hemmedlemsstat. Regeringen har dock valt att använda enbart ett av begreppen, nämligen det som knyter an till etableringen. Även i första punkten används begreppet stat vilket är en skillnad i förhållande till nuvarande 11 kap. 6 § LOU där begreppet land används i stället. Oavsett vilken benämning som används står det klart att regleringen även gäller register i stater som inte är medlemmar i unionen.

Ekonomisk och finansiell ställning

3 § Ett krav enligt 1 § första stycket 2 får innebära att leverantören ska ha

1. en viss minsta årsomsättning eller en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet,
2. en viss kvot mellan tillgångar och skulder, eller
3. en lämplig ansvarsförsäkring.

Paragrafen genomför artikel 58.3 första stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.1.

Paragraferna specificerar vilka kvalificeringskrav som kan hänföra sig till kategorin ekonomisk och finansiell ställning. Uppräkningen är inte uttömmande och är nedkortad i förhållande till motsvarigheten i artikel 58.3 i direktivet. Då uppräkningskraven i direktivet endast är exemplifierande är det inte nödvändigt att i bestämmelsen återge hela uppräkningskraven.

4 § Ett krav på minsta omsättning enligt 3 § andra stycket 1 får inte bestämmas till ett belopp som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Om det finns särskilda skäl med hänsyn till byggtreprenadernas, tjänsternas eller varornas art, får omsättningskravet bestämmas till ett högre belopp. Den upphandlande myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten eller i en individuell rapport enligt 12 kap. 15 och 16 §§ ange vilka omständigheter som utgör eller har utgjort sådana särskilda skäl.

Ett krav enligt 3 § andra stycket 2 på en viss kvot mellan tillgångar och skulder får ställas endast om metoderna och kriterierna för beräkningen av kvoten anges i något av upphandlingsdokumenten.

När ett kontrakt ska tilldelas i delar, gäller första stycket för varje enskild del. Om myndigheten kan komma att tilldela en och samma leverantör flera delar av ett uppdelat kontrakt och dessa ska utföras samtidigt, får kravet enligt första stycket på en minsta omsättning bestämmas till ett belopp som motsvarar det sammanlagda beloppet för de delar som kan komma att omfattas.

Om ett kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas efter en förnyad konkurrensutsättning, ska det uppskattade värdet enligt första stycket beräknas på grundval av den förväntade största storleken på de kontrakt som ska fullgöras samtidigt eller, om den uppgiften inte är känd, på grundval av ramavtalets uppskattade värde.

Om ett kontrakt ska tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem, ska det uppskattade värdet enligt första stycket beräknas på grundval av den förväntade största storleken på de kontrakt som kommer tilldelas inom ramen för systemet.

Paragrafen genomför artikel 58.3 andra till femte stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.1.

Paragrafen innehåller mer detaljerade bestämmelser avseende krav på ekonomisk och finansiell ställning. I *första stycket* finns närmare bestämmelser om hur omsättningen enligt 3 § andra stycket 1 kan bestämmas. I artikel 58.3 andra stycket i direktivet talas om minsta årliga omsättning. Regeringen anser att med detta begrepp måste avses samma omsättning som avses i 3 §.

Undantaget ”utom vid vederbörligen motiverade fall såsom avseende speciella risker som är förknippade med byggtreprenadens, tjänsternas eller varornas art” enligt artikel 58.3 andra stycket i direktivet har formulerats om i första stycket. Uttrycket ”särskilda skäl med hänsyn till byggtreprenadernas, tjänsternas eller varornas art” motsvarar undantaget enligt artikeln.

Bestämmelsen i 58.3 andra stycket i direktivet att den upphandlande myndigheten ska ange huvudskälen för ett sådant krav i upphandlingsdokumenten eller den individuella rapport som avses i artikel 84” får tolkas som ett särskilt motiveringskrav när myndigheten använder ett högre omsättningskrav än det som följer av huvudregeln, dvs. två gånger kontraktsvärdet.

Bestämmelserna i *andra stycket* motsvarar artikel 58.3 tredje stycket. Vad som anges där om att metoderna och kriterierna ska vara objektiva, transparenta och icke-diskriminerande behöver inte anges särskilt i lagtexten då det redan följer av de allmänna principerna för upphandling.

Bestämmelserna i *tredje stycket* motsvarar de i artikel 58.3 fjärde stycket i direktivet. Bestämmelsen har formulerats med beaktande av *Lagrådets* förslag för att tydliggöra vad som får antas vara direktivets syfte med bestämmelsen. Värdet av de delar som kan komma att tilldelas en och samma leverantör för att utföras samtidigt kan sålunda läggas samman vid beräkningen av högsta tillåtna omsättningskrav. Det krävs inte att delarna faktiskt också tilldelas samma leverantör. Givetvis får undantagsbestämmelsen inte användas för att kringgå bestämmelserna om högsta tillåtna omsättningskrav.

I *fjärde och femte styckena* finns bestämmelser om ramavtal och dynamiska inköpssystem. Bestämmelserna motsvarar de i artikel 58.3 femte stycket i direktivet.

5 § Ett krav enligt 1 § första stycket 3 får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Paragrafen genomför artikel 58.4, med undantag för andra stycket andra meningen, i direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kvalificeringskrav som avser teknisk och yrkesmässig kapacitet. Av bestämmelsen framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav som tar sikte på leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Av artikel 58.4 andra stycket framgår att myndigheten i detta syfte särskilt får kräva att leverantörerna visar att de har tillräcklig erfarenhet genom att ge in lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt. Eftersom detta får ses som en exemplifiering behöver det inte anges i lagtexten. Artikel 58.4 andra stycket andra meningen, om möjlighet att ifrågasätta en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet med hänsyn till att det föreligger en intressekonflikt, saknar motsvarighet i paragrafen. Det framstår enligt regeringen som tveksamt att ta sådan hänsyn vid bedömningen av om kvalificeringskraven är uppfyllda. En sådan omständighet får i stället beaktas inom ramen för bestämmelserna om uteslutning av leverantörer i 13 kap. 3 §. Bestämmelsen i artikeln får därför anses genomförd genom den paragrafen.

Paragrafen får även anses genomföra bestämmelserna i artikel 58.4 tredje stycket i direktivet. I den delen av artikeln anges att vid upphandling av varor som kräver kompletterande monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenader, får en leverantörs yrkesmässiga kapacitet att tillhandahålla tjänsterna eller utföra installationen eller byggtreprenaden bedömas på grundval av yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Detta kan enligt regeringens mening uppnås med en tillämpning av paragrafen utan att detta särskilt anges.

Leverantörers åberopande av andra företags kapacitet

6 § En leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 1 § första stycket 2 och 3. När kapaciteten gäller sådana utbildnings- och yrkeskvalifikationer som avses i 15 kap. 11 § 7 får leverantören dock endast åberopa ett annat företags kapacitet om det företaget också kommer att utföra den tjänst eller byggtreprenad för vilken kapaciteten krävs.

Första stycket gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen genomför artikel 63.1 första stycket i direktivet och motsvaras delvis av 11 kap. 10 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet. Av *första stycket* följer att en leverantör vid behov får åberopa andra företags kapacitet för ett visst kontrakt. De kvalificeringskrav som en leverantör kan uppfylla genom att åberopa annans kapacitet är sådana som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. För sådana utbildnings- och yrkeskvalifikationer som avses i 15 kap. 11 § 7 får leverantören åberopa ett annat företags kapacitet endast om det företaget också kommer att utföra tjänsten eller byggtreprenaden i fråga. I artikel 63.1 första stycket i direktivet uttrycks detta som utbildnings- och yrkeskvalifikationer som anges i del II led f i bilaga XII, dvs. utbildnings- och yrkeskvalifikationer, eller relevant yrkeserfarenhet. Begreppet yrkeskvalifikationer får, som Lagrådet funnit, anses innebära yrkeserfarenhet varför det senare begreppet inte behöver anges särskilt i bestämmelsen.

Det *andra stycket* uttrycker den grundläggande bestämmelsen att leverantören styr över hur den organiserar sin verksamhet. Den sista meningen i stycket uttrycker att även om det inte finns formella krav på förbindelserna leverantören och företagen emellan så har leverantören bevisbördan för att den verkligen kommer att kunna förfoga över de åberopade resurserna. I direktivet anges att den bevisbördan exempelvis kan uppfyllas genom att leverantören ger in ett åtagande från den åberopade enheten. Något krav på att bevisbördan uppfylls på det sättet ställs emellertid inte upp.

7 § En upphandlande myndighet som vid en kontroll enligt 4 kap. 11 § finner att ett företag som åberopas av en leverantör inte uppfyller de krav företaget åberopas för eller att företagets förhållanden är skäl för uteslutning enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket, ska begära att leverantören ska byta ut företaget mot ett annat företag.

Myndigheten får begära byte om det finns skäl för uteslutning enligt 13 kap. 2 § andra stycket eller 3 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 kap. 11 §, artikel 63.1 andra stycket i direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet i vissa fall ska begära att en leverantör ska byta ut det företag som åberopas. En sådan begäran ska myndigheten göra om den vid en kontroll funnit att företaget som åberopas befinner sig i en sådan situation att någon av de obligatoriska grunderna för uteslutning är uppfyllda eller om företaget inte uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav. Det eller de krav som avses är det eller de krav vilka företaget åberopas för att uppfylla åt leverantören. Lagrådet har förespråkade att paragrafen ska utformas som en skyldighet för leverantören att efterkomma begäran från myndigheten. Bestämmelsen är emellertid avsedd som en handlingsregel för myndigheten och bör därför formuleras på så sätt.

Av *andra stycket* framgår att myndigheten får begära att företaget ska bytas ut om en fakultativ uteslutningsgrund är tillämplig. Detta innebär att det enbart är när en icke-obligatorisk uteslutningsgrund är tillämplig som det är frivilligt för myndigheten att begära att företaget ska bytas ut.

Vid obligatoriska uteslutningsskäl eller när kvalificeringskraven inte är uppfyllda är det obligatoriskt för myndigheten att begära att företaget ska bytas ut.

För att bestämmelsen inte ska bli helt innehållslös måste leverantören ges en rimlig tidsfrist att komma in med uppgifter om ett nytt företag. Vad som är en rimlig tidsfrist får bedömas från fall till fall.

8 § Den upphandlande myndigheten får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet, om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning enligt 1 § första stycket 2.

Myndigheten får kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv, om kontraktet avser en tjänst, en byggtreprenad eller ett monterings- eller installationsarbete inom ramen för en upphandling av en vara.

Paragrafen genomför artikel 63.1 tredje stycket och artikel 63.2 i direktivet, i den del som inte rör grupper av leverantörer, och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.1.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att den upphandlande myndigheten får ställa krav för hur ett kontrakt ska fullgöras om andra företags kapacitet åberopas. Av *första stycket* följer att myndigheten får ställa som villkor i upphandlingen att företaget som åberopas ska åta sig ett solidariskt ansvar för fullgörandet av kontraktet. Ett sådant villkor kan ställas om kapaciteten som utnyttjas avser ekonomisk eller finansiell ställning.

Av *andra stycket* följer att myndigheten kan ställa som villkor i upphandlingen att leverantören själv ska utföra vissa uppgifter när ett kontrakt fullgörs. Om leverantören är en grupp av företag innebär bestämmelsen att myndigheten kan kräva att uppgiften utförs av en av medlemmarna i gruppen. Möjligheten att ställa sådana krav förutsätter att det rör sig om sådana kontrakt eller uppgifter som räknas upp i stycket. Vidare ska uppgifterna som ska utföras direkt av leverantören vara sådana att de är att betrakta som ”avgörande för anskaffningen. Formuleringen motsvarar artikelns ordval kritiska. Vad som är avgörande för anskaffningen är inte preciserat men får antas förutsätta att vad som är avgörande uppgifter, eller kritiska uppgifter, för anskaffningen ska vara skäl av tyngd då kravet innebär att myndigheten ingriper i leverantörens allmänna rätt att använda sig av andra företags kapacitet.

15 kap. Egen försäkran och utredning om leverantörer

Egen försäkran

1 § En leverantör som lämnar ett anbud eller en anbudsansökan får också lämna en egen försäkran om

1. att det inte finns grund enligt 13 kap. 1–3 §§ för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen,

2. att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§, och

3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten i förekommande fall ställt upp enligt 4 kap. 6 §.

Om leverantören åberopar andra företags kapacitet enligt 14 kap. 6 §, ska leverantörens försäkran åtföljas av en särskild försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas.

En försäkran enligt första eller andra stycket ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt enligt artikel 59.2 i direktiv 2014/24/EU.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 §, artikel 59.1 första och andra styckena samt del av artikel 59.2 första stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om den egna försäkran som leverantörer i samband med ett anbud kan lämna i ett europeiskt enhetligt upphandlingsdokument.

Av *första stycket* framgår att en leverantör som lämnar in ett anbud även kan lämna en egen försäkran om dels avsaknad av uteslutningsgrunder, dels att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav och de kriterier den upphandlande myndigheten i förekommande fall valt för att begränsa antalet anbudssökande. Första punkten genomför artikel 59.1 a, andra punkten genomför artikel 59.1 b och tredje punkten genomför artikel 59.1 c

Andra stycket behandlar fall när en leverantör som lämnat in en egen försäkran åberopar andra företags kapacitet. I sådana fall ska en separat egen försäkran även lämnas in avseende förhållandena hos vart och ett av de företag vars kapacitet leverantören åberopar.

Av *tredje stycket* framgår att den egna försäkran ska lämnas i det standardformulär som Europeiska kommissionen har fastställt i enlighet med artikel 59.2. Vad som avses med detta är standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD, som står för European Single Procurement Document). En ESPD kan fram till den 18 april 2018 lämnas in i pappersform och ska godtas i det skicket av myndigheten. Därefter kommer det emellertid endast att existera i elektronisk form. Vilken information ett sådant dokument med en egen försäkran ska innehålla regleras i standardformuläret.

2 § Den upphandlande myndigheten ska preliminärt godta en försäkran enligt 1 § som bevis för att leverantören inte ska uteslutas och uppfyller de krav och kriterier som myndigheten har ställt.

En försäkran som har lämnats i en tidigare upphandling ska godtas om leverantören bekräftar att den fortfarande är korrekt.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 §, artikel 59.1 första och femte styckena i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilken rättsverkan en egen försäkran enligt 1 § har.

Enligt *första stycket* ska en egen försäkran som lämnats på det sätt som anges i 1 § godtas som preliminärt bevis för att det som anges i försäkran är riktigt, dvs. att leverantören inte ska uteslutas och att ställda krav och

kriterier är uppfyllda. Några ytterligare bevis behöver således inte lämnas in av leverantören i ett inledande skede. Den kontroll som enligt 4 kap. 10 och 11 §§ ska göras innan utvärdering av anbud sker syftar alltså i dessa fall på en kontroll av att en ESPD är inlämnad och innehåller den information som myndigheten krävt samt givetvis att leverantören där intygar att den uppfyller kraven. När ytterligare bevis för att informationen i försäkran är riktig, s.k. kompletterande dokument, får eller ska begäras in regleras i 3 och 4 §§.

Av *andra stycket* följer att en försäkran kan återanvändas om leverantören bekräftar att informationen fortfarande är korrekt. Den egna försäkran måste vara uppdaterad för att vara giltig. Att den är uppdaterad innebär att den beskriver aktuella förhållanden. Den kan uppdateras genom att leverantören bekräftar att uppgifterna i det tidigare lämnade dokumentet fortfarande är korrekta. En sådan återanvändning av kräver givetvis att de krav som ställs i upphandlingen överensstämmer med de som ställdes i den upphandling där försäkran ursprungligen lämnades in.

Kompletterande dokument

3 § En leverantör som har lämnat in en försäkran enligt 1 § ska på begäran av en upphandlande myndighet komplettera sin försäkran med ett eller flera av de intyg som omfattas av den. En sådan begäran får göras när som helst under ett upphandlingsförfarande om myndigheten anser det vara nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt.

Paragrafen genomför artikel 59.4 första stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.1.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om att kompletterande dokument får begäras in av myndigheten när som helst under en upphandling. Om en sådan begäran görs ska leverantören lämna in de dokument som myndigheten begärt. De kompletterande dokumenten utgörs av intyg som omfattas av den egna försäkran. Med detta menas intyg som visar att uteslutningsgrund saknas och att kvalificeringskraven är uppfyllda. Vilka intyg som får begäras in av myndigheten till styrkande av detta regleras i 7–15 §§ och i . Myndigheten är således begränsad i vad den kan begära att leverantören lämnar in till de dokument som anges i 7–15 §§.

Med uttrycks sättet ”när som helst” avses att behovet att kontrollera leverantören kan uppstå när som helst under upphandlingsförfarandet och kontrollen ska då göras i anslutning till att behovet uppstår. En förutsättning för att de kompletterande dokumenten ska få begäras in är att en upphandlande myndighet anser att det är nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt. Det är alltså upp till myndigheten att avgöra om kompletterande dokument ska inhämtas men myndighetens frihet begränsas i viss mån av att det ska vara nödvändigt för att förfarandet ska kunna genomföras korrekt. I skäl 84 *andra stycket* anges att det särskilt kan vara fallet när det gäller tvåstegsförfaranden som selektiva förfaranden, konkurrenspräglade dialoger eller andra förfaranden där den upphandlande myndigheten utnyttjar möjligheten att

Prop. 2015/16:195 begränsa antalet anbudssökande som ombeds lämna ett anbud. Genom att redan i ett tidigt stadium begära in kompletterande dokument undviks att den upphandlande myndigheten bjuder in anbudssökande som senare visar sig inte kunna lämna kompletterande dokument i tilldelningsskedet och som därmed hindrar andra kvalificerade anbudssökande från att delta. En annan situation där bestämmelsen bör vara tillämplig är om den upphandlande myndigheten, såsom anges i 13 kap. 1 och 2 §§, på annat sätt än genom kontroll enligt detta kapitel får kännedom om att det kan föreligga en uteslutningsgrund avseende leverantören. För att kunna genomföra upphandlingen korrekt kan det finnas skäl för myndigheten att kontrollera den leverantören med avseende på uteslutningsgrunderna.

Lagrådet har föreslagit att det i bestämmelsen ska uttryckas att myndigheten ”ska” begära kompletterande dokument när det är nödvändigt för att upphandlingen ska kunna genomföras korrekt. Bestämmelsen är emellertid formulerad som en får-regel i direktivet. Den huvudsakliga avsikten med bestämmelsen får antas vara att uttrycka att en begäran om kompletterande dokument kan ske när som helst under upphandlingsförfarandet. Myndigheten är alltså inte bunden till att begära de kompletterande dokumenten vid en viss tidpunkt utan detta kan ske när som helst behovet uppstår. Det följer emellertid av de allmänna principerna att en upphandlande myndighet inte får låta en leverantör delta som inte uppfyller de ställda kraven. Att myndigheten bör göra en kontroll när den bedömer att det är nödvändigt för att genomföra upphandlingen korrekt får således anses följa av de allmänna principerna.

4 § På begäran av den upphandlande myndigheten ska den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontraktet lämna sådana kompletterande dokument enligt 6–13 §§, och i förekommande fall enligt 14 och 15 §§, som visar aktuella förhållanden. En sådan begäran ska göras innan myndigheten beslutar om att tilldela ett kontrakt.

Detta gäller inte för kontrakt som grundar sig på ramavtal som har ingåtts enligt 7 kap. 4 och 6 §§.

Leverantören ska på begäran av myndigheten komplettera eller förtydliga de dokument som myndigheten har begärt.

Paragrafen genomför artikel 59.4 andra stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.1.

Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet vid något tillfälle innan den fattar beslut om tilldelning ska, från den leverantör som myndigheten avser att tilldela ett kontrakt, begära in de dokument som den egna försäkran omfattar. Leverantören ska på en sådan begäran lämna in de begärda dokumenten till den upphandlande myndigheten. Dokumenten ska vara uppdaterade. Med det avses att de ska spegla aktuella förhållanden. Om något förhållande som återges i dokumenten har förändrats är dokumentet alltså inte uppdaterat. Att en leverantör inte kan tilldelas ett kontrakt innan denne har kontrollerats med avseende på skäl för uteslutning och tillämpliga kvalificeringskrav följer vidare av 4 kap. 10–11 §§. De dokument som myndigheten får begära in anges i 6–13 §§ och i förekommande fall i 14 och 15 §§.

Av *andra stycket* framgår att första stycket inte gäller för kontrakt som grundar sig på ramavtal i vissa fall. I de fallen sker kontraktstilldelningen utan någon ny anbudsinfordran och utvärdering och med direkt tillämpning av villkoren i ramavtalet. Leverantörerna är i sådana fall redan kontrollerade med avseende på lämplighet i upphandlingsförfarandet för ramavtalet.

Enligt *tredje stycket* ska leverantören på begäran från myndigheten komplettera eller förtydliga de dokument som myndigheten har begärt in enligt första stycket. Eftersom myndigheten är förhindrad enligt 6 § att begära in annan dokumentation än sådan som anges i 7–15 §§ är det viktigt att en begäran enligt tredje stycket verkligen avser en komplettering eller ett förtydligande och inte avser ytterligare dokument. Däremot bör en sådan begäran om komplettering kunna omfatta att myndigheten begär att leverantören lämnar in en dom som är noterad i belastningsregistret, i de fall det är oklart om noteringen utgör grund för uteslutning, se även kommentaren till 7 §.

5 § En leverantör är inte skyldig att lämna in kompletterande dokument eller andra skriftliga bevis, om den upphandlande myndigheten

1. redan har tillgång till materialet, eller
2. själv har möjlighet att kostnadsfritt få tillgång till intyg eller relevant information direkt med hjälp av elektroniska medel.

Paragrafen genomför artikel 59.5 första och andra stycket i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.1.

Paragrafen anger att leverantören inte behöver lämna in dokument som myndigheten redan har tillgång till eller kan få direkt tillgång till. Så kan vara fallet om leverantören i en tidigare upphandling lämnat in samma dokument och myndigheten fortfarande har tillgång till dem eller när en upphandlande myndighet har möjlighet att kostnadsfritt få tillgång till intyg eller relevant information via en nationell databas i någon medlemsstat exempelvis ett nationellt upphandlingsregister, Virtual Company Dossier, ett system för elektronisk dokumentlagring eller ett kvalificeringssystem. Tillgången för myndigheten ska vara direkt, vilket innebär att myndigheten själv ska kunna hämta intyget ur databasen. Att myndigheten har möjlighet att indirekt få tillgång till intyg eller information, genom exempelvis en begäran om utlämnande av handlingen till den myndighet som har hand om databasen, medför inte att leverantören enligt 2 punkten automatiskt befrias från skyldigheten att lämna in dokumentet.

Utredning som får begäras in från leverantör

6 § Den utredning en upphandlande myndighet får begära att leverantörer ska lämna in till myndigheten anges i 7–15 §§ och ska visa

1. att det inte finns grund enligt 13 kap. för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen,
2. att leverantören uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav enligt 14 kap. 15 §§, och
3. att företag vars kapacitet leverantören åberopar enligt 14 kap. 6 § inte omfattas av någon uteslutningsgrund och uppfyller tillämpliga kvalificeringskrav.

Paragrafen genomför artikel 60.1 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras delvis av 10 kap. 1 § tredje stycket och 2 § tredje stycket och 11 kap. 10 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

I paragrafen regleras vilken utredning en myndighet får att begära in från en leverantör. Den utredning som begärs in ska visa att uteslutningsgrunder saknas, att kvalificeringskraven är uppfyllda och att motsvarande gäller beträffande andra enheter vars kapacitet leverantören avser att utnyttja. I bestämmelsen används uttrycket utredning som motsvarar begreppet bevismedel som används i direktivet. Vilken utredning som får begäras in regleras uttömmande i 7–15 §§. Lagrådet har uppmärksammat att bestämmelsen innehåller två regler, dels reglerar den de förhållanden som leverantörer ska visa, dels vilken utredning myndigheten får kräva av leverantörerna. De båda reglerna är emellertid så nära förknippade med varandra att de inte bör delas upp på det sätt Lagrådet förespråkar. Lagrådet har vidare ansett att bestämmelsen bör hänvisa till 3 och 4 §§ så att det framgår att förutsättningarna för en begäran enligt respektive paragraf ska vara uppfyllda. Någon sådan hänvisning förekommer emellertid inte i direktivet och bör inte införas i den svenska lagen. Det är emellertid så som Lagrådet påpekar att de situationer en myndighet får eller ska begära den angivna utredningen av en leverantör regleras i 3 och 4 §§.

I direktivet anges uttryckligen att myndigheten inte får begära att en leverantör ska lämna in annan utredning än sådan som avses i 7–15 §§. Ett sådant förtydligande har inte ansetts nödvändig i lagtexten då det framgår redan av paragrafens inledning. En leverantör är emellertid oförhindrad att åberopa den utredning den finner lämplig. Om en leverantör trots myndighetens anvisningar lämnar in och åberopar annan utredning får myndigheten bedöma om den utredningen med tillräcklig styrka talar för att kravet i fråga är uppfyllt. Av detta följer att det inte särskilt behöver anges att en leverantör kan använda alla lämpliga medel för att visa att sådana förutsättningar som avses i första stycket 3 är uppfyllda (se artikel 60.1 andra stycket i direktivet). Myndigheten kan dock alltid kräva att den utredning som anges i 7–15 §§ lämnas in av leverantören.

Utredning om skäl för uteslutning av en leverantör från att delta i en upphandling

7 § En upphandlande myndighet får begära att en leverantör lämnar in ett utdrag ur ett brottsregister eller en likvärdig handling som har utfärdats av en behörig myndighet i ursprungsstaten eller den stat där leverantören är etablerad och som visar att det inte finns omständigheter som enligt 13 kap. 1 § utgör skäl för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.

Visar inte den begärda utredningen att leverantören enligt en dom som fått laga kraft har dömts för något sådant brott som avses i 13 kap. 1 §, ska leverantören inte med stöd av den bestämmelsen uteslutas från att delta i upphandlingen om inte något annat framgår av utredningen i övrigt.

Paragrafen genomför artikel 60.2 första stycket punkten a i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras delvis av 10 kap. 3 § LOU. Paragrafen

har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

Paragrafen specificerar i *första stycket* vilken utredning en upphandlande myndighet får begära in från en leverantör med avseende på uteslutning på grund av brott.

Av *andra stycket* framgår att frånvaron av uppgifter om brott i sådana handlingar som avses i första stycket innebär att leverantören inte ska uteslutas från att delta i upphandlingen med stöd av 13 kap. 1 § om inte något annat framgår av utredningen i övrigt. Med *andra stycket* genomförs vad som i direktivet uttrycks som att myndigheten ska ”godta” intyget som ”tillräckligt bevis”. Uttrycket har i lagtexten formulerats för att stämma bättre överens med den svenska principen om fri bevisprövning. Stycket innebär att intyget ska medföra en presumtion för att uteslutningsgrund saknas. Uttryckssättet ”något sådant brott som avses i 13 kap.” syftar på alla brott som kan tänkas falla in under brottskatalogen i 13 kap. Att ett sådant brott förekommer i ett belastningsregister medför därför att presumtionen att det saknas uteslutningsgrund inte slår till. Om ett belastningsregisters innehåll är oklart kan situationen sägas vara sådan att utredningen i övrigt tyder på annat varför omständigheterna kring leverantörens brottslighet måste utredas närmare. Om det inte går att avgöra av intyget om det innehåller ett sådant brott som avses i 13 kap. 1 § och som bör föranleda uteslutning bör myndigheten således ha möjlighet att begära att leverantören kompletterar och förtydligar intyget genom att ge in de domar som myndigheten bedömer eventuellt kan föranleda uteslutning (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 238 f).

Utöver belastningsregistret kan det också finnas annan utredning som visar på annat och som kan beaktas. Eftersom myndigheten inte får begära in någon annan typ av bevisning från leverantören faller det på myndigheten själv att inhämta utredning för att, på förekommen anledning, motbevisa presumtionen.

8 § En upphandlande myndighet får begära att en leverantör lämnar in ett intyg som har utfärdats av en behörig myndighet i den berörda staten och som visar att det inte finns omständigheter som enligt 13 kap. 2 § eller 3 § 2 utgör skäl för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.

Visar inte den begärda utredningen att leverantören har brutit i sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter enligt 13 kap. 2 § eller befinner sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 3 § 2, ska leverantören inte med stöd av de bestämmelserna uteslutas från att delta i upphandlingen om inte något annat framgår av utredningen i övrigt.

Paragrafen genomför artikel 60.2 första stycket punkten b i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras delvis av 10 kap. 3 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

Paragrafen specificerar i *första stycket* vilken utredning en upphandlande myndighet får begära in från en leverantör med avseende på uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter samt att leverantören är föremål för konkurs eller liknande förfaranden. I fråga om den neutrala benämningen staten i uttrycket den berörda staten följer att det kan röra sig om en medlemsstat, en EES-stat eller ett

Prop. 2015/16:195 tredjeländ. Ordvalet berörda härrör från artikeltexten. Lagrådet har ansett att ett urval som innebär att uttrycket berörda endast skulle röra sig om den stat där leverantören är etablerad eller den upphandlande myndighetens medlemsstat inte förefaller särskilt väl motiverat och att varje stat där leverantören är skyldig att betala skatt får anses vara berörd. Den närmare innebörden av begreppet och hur långt utredningskravet ska drivas får bestämmas i rättstillämpningen.

Beträffande *andra stycket*, se kommentaren till 7 §

9 § Om sådana dokument som avses i 7 eller 8 § inte utfärdas i staten i fråga eller om de inte omfattar alla situationer enligt 13 kap. 1 och 2 §§ samt 3 § 2, får dokumenten ersättas av en utsaga som leverantören har lämnat på heder och samvete inför ett behörigt organ eller av en liknande försäkran.

Paragrafen genomför artikel 60.2 andra stycket i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras av 10 kap. 3 § andra stycket LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

Bestämmelsen anger att den utredning som avses i 7 och 8 §§ i vissa fall kan ersättas av en utsaga som leverantören avgett på heder och samvete eller liknande försäkran. Utsagan ska ha avlagts inför ett behörigt organ. I direktivet exemplifieras att försäkran ska ges under ed eller i de länder där bestämmelser om försäkran under ed saknas en högtidlig försäkran inför behörig rättslig eller administrativ myndighet, notarius publicus eller en godkänd yrkesorganisation.

Utredning om en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning

10 § En upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning i första hand i form av

1. lämpliga intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis om lämplig ansvarsförsäkring,

2. årsredovisningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av årsredovisningar krävs enligt lagstiftningen i det land där leverantören är etablerad, eller

3. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller, för högst de tre senaste verksamhetsåren, om uppgifter om denna omsättning är tillgängliga.

Om en leverantör har godtagbara skäl för att inte lämna in sådan utredning som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören i stället åberopa annan utredning som myndigheten finner lämplig.

Paragrafen genomför artikel 60.3 och del I i bilaga XII i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras av 11 kap. 7 och 9 §§ i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om utredning avseende en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning.

I *första stycket* anges vilken utredning en upphandlande myndighet kan begära in och som normalt sett är tillräcklig för att bedöma leverantörens ekonomiska och finansiella ställning. Uttrycket i första hand motsvarar uttrycket som regel som används i direktivet och innebär att även annan

utredning kan krävas beträffande krav på ekonomisk och finansiell ställning.

Enligt *andra stycket* kan leverantören under vissa förutsättningar bevisa sin ställning med annan utredning som myndigheten finner lämplig. Eftersom myndigheten avgör om bevisningen är lämplig ligger det nära till hands att tolka bestämmelsen som ett undantag till begränsningen av vilken utredning en upphandlande myndighet får begära eftersom leverantören aldrig är förhindrad att ge in den utredning den finner lämplig. Detta stämmer dock illa med möjligheten för myndigheten i första stycket att kräva även annan bevisning. Sista stycket får i stället ses som ett uttryck för att ett samspel kan ske mellan myndighet och leverantör när det kommer till bevisningen i den här delen.

Utredning om en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet

11 § En upphandlande myndighet får begära utredning av en leverantörs tekniska kapacitet i form av

1. en förteckning över genomförda byggentreprenader under högst de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna har utförts på ett tillfredsställande sätt,

2. en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som har utförts under högst de tre senaste åren, med angivande av värde, tidpunkt och privata eller offentliga mottagare,

3. uppgifter om teknisk personal och tekniska organ, vare sig de tillhör leverantören eller inte, i synnerhet om dem som ansvarar för kvalitetskontrollen och, i fråga om offentliga byggentreprenader, uppgifter om teknisk personal och tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten samt av leverantörens undersöknings- och forskningsresurser,

5. information om de system för hantering av leveranskedjan och spårningssystem som leverantören kan komma att tillämpa vid fullgörandet av kontraktet,

6. uppgifter om en sådan kontroll som ska utföras av den upphandlande myndigheten själv eller på myndighetens vägnar av ett behörigt organ i varuleverantörens eller tjänsteleverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke, och som krävs för att de aktuella varorna eller tjänsterna är komplexa eller i undantagsfall är avsedda för ett särskilt ändamål,

7. information om tjänsteleverantörens eller byggentreprenörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, förutsatt att kvalifikationerna inte ska utvärderas som tilldelningskriterium,

8. information om de miljöskyddsåtgärder leverantören kan komma att vidta vid fullgörandet av kontraktet,

9. uppgifter om antal anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller byggentreprenören och antal anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,

10. uppgifter om vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet,

11. information om hur stor del av kontraktet som leverantören eventuellt kommer att lägga ut på underleverantörer, eller

12. dokument, när det gäller de varor som ska levereras, som utgörs av dels prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet ska styrkas om den

Prop. 2015/16:195 upphandlande myndigheten begär det, dels intyg som har upprättats av officiella institutioner för kvalitetskontroll eller enheter för sådan kontroll av erkänd kompetens och av vilka det ska framgå att varor som är klart identifierade genom referenser stämmer överens med vissa tekniska specifikationer eller standarder.

Paragrafen genomför artikel 60.4 och del II i bilaga XII i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras av 11 kap. 11 § andra stycket i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

I paragrafen anges vilken utredning en upphandlande myndighet får begära in till stöd för att kvalificeringskraven avseende teknisk kapacitet är uppfyllda. Listan av möjliga bevismedel ger viss indikation till vilka krav på teknisk kapacitet som kan ställas upp som kvalificeringskrav. Den upphandlande myndigheten bör endast ställa sådana krav som kan bevisas med de medel som myndigheten kan kräva enligt denna bestämmelse.

I direktivets bilaga XII anges, liksom i 2004 års LOU-direktiv, avseende sådan bevisning som omfattas av punkten 2 endast att det rör sig om ”de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts under högst de tre senaste åren”. I punkten 2 har dock klargjorts, liksom i nuvarande LOU, att det handlar om de viktigaste varuleveranser och tjänster som utförts.

12 § Om det är nödvändigt för att en effektiv konkurrens ska säkerställas, får en upphandlande myndighet begära att en leverantör ska lämna en utredning till myndigheten om relevanta varuleveranser, tjänster eller byggtreprenader som har utförts tidigare än vad som anges i 11 § 1 och 2.

Paragrafen genomför, tillsammans med 11 § punkterna 1 och 2, bilaga XII, del II a i LOU-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

Paragrafen innebär att undantag kan göras från tidsgränserna i 11 § punkterna 1 och 2. En tillämpning av undantaget kräver att avsteget är nödvändigt för att säkerställa en effektiv konkurrens. Undantaget är alltså inte avsett att tillämpas regelmässigt. Ordvalet ”nödvändigt” anger att undantaget ska tillämpas restriktivt. Den närmare omfattningen av undantaget får bestämmas i rättstillämpningen.

13 § En kontroll enligt 11 § 6 ska avse varuleverantörens tillverkningskapacitet eller tjänsteleverantörens tekniska kapacitet och om nödvändigt leverantörens undersöknings- och forskningsresurser samt resurser för kvalitetskontroll.

Paragrafen genomför, tillsammans med 11 § punkten 6, punkten e i del II i bilaga XII i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras av 11 kap. 11 § femte stycket i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vad en sådan kontroll som avses i 11 § punkten 6 ska visa. Dels anges vad som typiskt sett ska utvisas, dels vad som ska visas om det är nödvändigt. Ordvalet om nödvändigt anger att sådana krav på vad kontrollen ska utvisa endast kan

ställas upp i undantagsfall. Den närmare innebörden får bestämmas i Prop. 2015/16:195 rättstillämpningen.

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

14 § Om den upphandlande myndigheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive standarder för tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska myndigheten precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften.

Myndigheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida ska myndigheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit åtgärder som leder till likvärdig kvalitetssäkring, om leverantören visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har krävt.

Paragrafen genomför artikel 62.1 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras av 11 kap. 14 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.5.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kvalitetssäkringsstandarder.

I *första stycket* finns bestämmelser om att en upphandlande myndighet som kräver att leverantören ska iakttä vissa kvalitetssäkringsstandarder också ska hänvisa till vilka kvalitetssäkringssystem som leverantören kan åberopa. Sådana system ska bygga på relevanta europeiska standardserier och vara certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften.

Av *andra stycket* följer att myndigheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Kravet att organen ska vara etablerade inom EES motsvarar kravet i 11 kap. 14 § andra stycket LOU. Möjligheterna i *tredje stycket* att åberopa andra bevis om att åtgärder som vidtagits leder till likvärdig kvalitetssäkring förutsätter bl.a. att leverantören varit aktsam. Att en tidsfrist inte har kunnat följas får som framgår inte bero på leverantören eller något förhållande på dennes sida.

15 § Om den upphandlande myndigheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören följer vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder, ska myndigheten precisera kraven genom att hänvisa till

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas), i lydelsen enligt rådets förordning (EU) nr 517/2013,

2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller

3. andra miljöledningssystem som bygger på miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder och är certifierade från organ som har ackrediterats för uppgiften.

Myndigheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska myndigheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa att åtgärderna är likvärdiga med dem som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som myndigheten har krävt.

Paragrafen genomför artikel 62.2 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvaras av 11 kap. 15 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.5.

Paragrafen innehåller bestämmelser om miljöledningsstandarder.

I *första stycket* finns bestämmelser om att en myndighet som kräver att leverantörerna ska följa vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder också ska hänvisa till vilka system eller standarder som leverantören kan åberopa. Som framgår av *punkterna 1 och 2* styr bestämmelserna i förordningen 1221/2009 vad leverantörerna kan åberopa. Av *punkten 3* följer vidare att även andra miljöledningssystem kan åberopas. Bestämmelserna i första stycket motsvarar i beskrivna delar 11 kap. 15 § LOU. Bestämmelserna i punkten 2 får i förhållande till den nämnda paragrafen ses enbart som ett förtydligande. Det bör noteras att första stycket inte formellt begränsas till kontrakt som gäller tjänster eller byggtreprenader.

Av *andra stycket* följer att myndigheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Kravet att organen ska vara etablerade inom EES motsvarar kravet i 11 kap. 14 § andra stycket LOU. Möjligheterna i *tredje stycket* att åberopa andra bevis om likvärdiga miljöledningsåtgärder förutsätter bl.a. att leverantören har varit aktsam. Att en tidsfrist inte har kunnat följas får som framgår inte bero på leverantören eller något förhållande på dennes sida.

Vissa skillnader i begrepps användningen förekommer mellan de bestämmelser i direktivet som motsvarar 14 och 15 §§. Någon skillnad i sak är dock troligen inte avsedd.

Officiella förteckningar och certifieringar genom certifieringsorgan

16 § När en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) eller är certifierad av ett certifieringsorgan som uppfyller europeiska certifieringsstandarder, ska det anses att leverantören i fråga om de förhållanden som omfattas av förteckningen eller certifieringen uppfyller de förutsättningar och krav som anges i 13 kap. 1–3 §§ och 14 kap. 1 §.

Paragrafen genomför artikel 64.4 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 11 kap. 16 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.6.

Paragrafen har utformats med nuvarande bestämmelse som förebild, övervägandena finns i prop. 2006/07:128 del 1 s. 403 f.

Utvärdering och tilldelning

Tilldelning av kontrakt och grunder för utvärdering

1 § En upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Paragrafen genomför artikel 67.1 och, tillsammans med 2 och 3 §§, artikel 67.2 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar delvis 12 kap. 1 § första stycket LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om tilldelning av kontrakt och grunder för utvärdering av anbud. Av *första stycket* följer att ett kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det anbud som den upphandlande myndigheten anser vara det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga” är överordnat de tre grunder för utvärdering som räknas upp i andra stycket. Bestämmelsen erinrar om att det är myndigheten som inom upphandlingsregelverkets ramar har att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Av *andra stycket* följer att anbud ska utvärderas på grundval av antingen bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris. Bästa förhållandet mellan pris och kvalitet motsvarar grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt nuvarande 12 kap. 1 § första stycket 1 LOU. Praxis avseende tilldelningsgrunderna i 2004 års upphandlingsdirektiv och enligt nämnda bestämmelser i LOU är således relevant även för tillämpningen av denna bestämmelse. Kostnad är ett utökat kostnadsbegrepp och fastställs genom en analys av kostnads-effektivitet där t.ex. livscykelkostnader kan ingå. Pris motsvarar grunden lägsta pris enligt nuvarande 12 kap. 1 § första stycket 2 LOU. Vilken grund för utvärdering som bör användas i en upphandling får avgöras av den upphandlande myndigheten utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Att uppgifter om tillämpliga grunder ska offentliggöras enligt de allmänna bestämmelserna om annonsering framgår av bilaga V till direktivet (se vidare avsnitt 18.1.1). Av *tredje stycket*, som tillkommit på *Lagrådets* inrådan, framgår att den grund för utvärdering som myndigheten avser att använda ska framgå av något av upphandlingsdokumenten.

Tilldelningskriterier

2 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska myndigheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

Paragrafens första stycke genomför tillsammans med 1 och 3 §§ artikel 67.2- Det andra stycket genomför artikel 67.3 och tredje stycket genomför artikel 67.4 i LOU-direktivet. Paragrafens första stycke motsvarar delvis 12 kap. 1 § andra stycket LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelningskriterier för utvärdering av anbud. Av *första stycket* framgår att vid utvärdering utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska myndigheten bedöma anbudet på utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas. Det är således inte tillåtet att använda tilldelningskriterier som inte har anknytning till det som ska anskaffas. Bestämmelsen saknar motsvarighet till den exemplifierande uppräknings av tänkbara tilldelningskriterier som finns i nuvarande 12 kap. 1 § andra stycket LOU. I artikel 67.2 anges följande exempel på kriterier som bestämmelsen kan omfatta:

- a) kvalitet, inbegripet tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper och handel och villkoren för handel,
- b) organisation av samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet, om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande, eller
- c) eftermarknadsservice och tekniskt stöd samt leveransvillkor, såsom leveransdag, leveransprocess och leveranstid eller tid för fullgörandet.

Lagrådet har förordat att bestämmelsens första stycke utformas generellt så att det omfattar alla grunder för utvärdering. Detta skulle emellertid medföra att bestämmelsen blev tillämplig på utvärderingsgrunden pris, något som inte har stöd i direktivet. Bestämmelsen genomför artikel 67.2 andra ledet avser endast utvärdering på grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet. En specifik form av tilldelningskriterier är kostnadskriterier som även används vid utvärdering på grunden kostnad, detta framgår emellertid av 3 §.

Andra stycket beskriver hur tilldelningskriterierna ska beröra det som ska anskaffas för att de ska anses ha en sådan anknytning till det som ska anskaffas som avses i första stycket. En sådan koppling ska anses föreligga om tilldelningskriterierna i något avseende hänför sig till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas. Att bestämmelsen

använder formuleringen ”i något avseende” utgör en avvikelse från den svenska språkversionen av direktivet (som anger ”i alla avseenden”), men överensstämmer med de engelska, franska, tyska och danska språkversionerna. Paragrafen anger avslutningsvis att kriterierna ska beröra det som ska anskaffas under dess livscykel, vilket inte ska förstås som ett krav på att kriterierna måste beröra varan, tjänsten eller byggtreprenaden eller byggnadsverket under hela dess livscykel. Bestämmelsen innebär endast att kriterierna ska beröra det som ska anskaffas under någon del av dess livscykel. Att ett tilldelningskriterium får hänföra sig till något skede under livscykeln innebär givetvis att livscykelkostnader får beaktas vid utvärdering av anbud på grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet. I 1 kap. 17 § finns en definition av begreppet livscykel.

Den närmare innebörden av bestämmelsen kommer att få prövas i rättstillämpningen. Av EU-domstolens hittillsvarande praxis framgår att det inte krävs att ett tilldelningskriterium avser en varas egenskaper som sådana, dvs. ett element som faktiskt utgör en del av varan, för att en adekvat koppling ska kunna anses föreligga (se dom kommissionen mot Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284, och där angiven praxis).

I artikel 67.3 i direktivet anges vidare följande exempel på faktorer som berör föremålet för kontraktet på ett sådant sätt att de kan anses vara kopplade till kontraktetsföremålet:

- a) byggtreprenadernas, varornas eller tjänsternas specifika produktions-, tillhandahållande- eller handelsprocess, eller
- b) en specifik process i ett senare skede av deras livscykel, även då sådana faktorer inte utgör en del av dem.

Innebörden av bestämmelsen utvecklas även i skäl 97–99 i direktivet. Där anges bl.a. att kravet på samband innebär att kriterierna t.ex. inte får gälla en allmän företagspolicy hos leverantörerna som inte kan anses vara en faktor som karakteriserar det specifika tillhandahållandet av den vara, tjänst eller byggtreprenad som kontraktet rör. I skälen erinras även om att tilldelningskriterier inte får väljas eller tillämpas på ett sätt som direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer från andra medlemsstater eller från tredjeländer.

Tredje stycket innehåller bestämmelser om tilldelningskriteriernas utformning och utgör en kodifiering av EU-domstolens praxis (se bl.a. dom EVN och Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651 och där angiven praxis, samt dom kommissionen mot Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284). Upphandlande myndigheter ska, om det finns anledning till det, kontrollera om de uppgifter som leverantören har lämnat in är korrekta. Bestämmelsen ger således uttryck för en utredningsskyldighet för upphandlande myndigheter. Begreppen ”tveksamma fall” och ”effektivt kontrollera” i artikel 67.4 sista meningen motsvaras i bestämmelsen av ”finns anledning” och ”kontrollera”.

3 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

Paragrafens genomför tillsammans med 1 och 2 §§ artikel 67.2. Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Av paragrafen framgår att när ett anbud utvärderas på grundval av kostnad ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, t.ex. genom en livscykelkostnadsanalys. Då kostnadseffektivitet inte enbart kan bedömas utifrån livscykelanalys utan även utifrån andra kostnadsaspekter som har anknytning till det som ska anskaffas kan förevarande bestämmelse inte som *Lagrådet* förespråkar införlivas med 4 § under rubriken livscykelkostnader. Bestämmelsen innebär ingen skyldighet att beakta sådana kostnader utan myndigheten kan välja att i bedömningen av kostnadseffektiviteten helt eller delvis inkludera relevanta kostnader under livscykeln. I 1 kap. 17 § finns en definition av begreppet livscykel. Ytterligare bestämmelser om livscykelkostnader finns i 4–6 §§.

Som *Lagrådet* påpekar är kostnadskriterier en form av tilldelningskriterier varför de generella bestämmelserna om tilldelningskriterier i 2 § även ska tillämpas när en upphandlande myndighet fastställer kriterier för bedömning av kostnadseffektivitet vid en utvärdering på grunden kostnad.

Livscykelkostnader

4 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud enligt 2 och 3 §§ får bedömningen utgå från en analys av kostnaderna under livscykeln för den vara eller tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas.

Livscykelkostnader får omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras.

Om myndigheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod myndigheten kommer att använda för att fastställa livscykelkostnaderna.

Paragrafen genomför artikel 68.1 och, tillsammans med 5 §, artikel 68.2 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om livscykelkostnader. Av *första stycket* följer att livscykelkostnader kan beaktas när anbud utvärderas på grundval av kostnad eller bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 2 och 3 §§.

I artikel 68.1 finns en uppräkningslista av s.k. interna kostnader som kan beaktas som livscykelkostnader. Uppräkningslistan är endast exemplifierande och har därför inte tagits med i lagtexten. Av uppräkningslistan framgår att livscykelkostnader omfattar kostnader som myndigheten eller någon annan användare ska betala, såsom: kostnader för förvärv, användningskostnader, förbrukning av energi och andra resurser, underhållskostnader, eller kostnader vid livslängdens slut, såsom insamlings- och återvinningskostnader.

Det framgår av bestämmelsen att uppräknningen inte utesluter att det finns andra interna kostnader än de uppräknade som kan beaktas.

Enligt *andra stycket* kan kostnader för externa miljöeffekter beaktas som livscykelkostnader, om de har anknytning till det som ska anskaffas och om penningvärdet av miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras. I artikel 68.1 b i direktivet anges att kostnader för externa miljöeffekter kan innefatta kostnader för utsläpp av växthusgaser och andra förorenande ämnen samt andra klimatanpassningskostnader.

Tredje stycket innehåller bestämmelser om krav på offentliggörande av uppgifter vad gäller livscykelkostnader. Bestämmelserna erinrar om vad som följer av bl.a. principen om öppenhet.

5 § Den upphandlande myndighetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter enligt 4 § andra stycket ska grundas på objektivt verifierbara och icke-diskriminerande kriterier. De får inte på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna. Metoden ska vara tillgänglig för leverantörerna.

Metoden ska utformas så att de uppgifter som krävs med rimliga ansträngningar ska kunna tillhandahållas av en omdömesgill leverantörerna.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artikel 68.2 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om metoder för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter. Bestämmelserna i *första stycket* erinrar om det som följer av bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Det förtydligas också att även metoden för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter ska vara tillgänglig för leverantörerna. Enligt *andra stycket* ska metoden för att bedöma kostnaderna utformas så att de uppgifter som krävs med rimliga ansträngningar ska kunna tillhandahållas av en omdömesgill leverantör. Metoden får således inte innebära att det ställs oproportionerligt höga krav på leverantörerna när det gäller tillhandahållandet av uppgifter.

Viktning av tilldelningskriterier

6 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska myndigheten beakta dem genom en prioritetsordning.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 67.5 i LOU-direktivet och motsvarar i huvudsak 12 kap. 2 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om viktning av tilldelningskriterier. Av *första stycket* följer att tilldelningskriterierna ska viktas inbördes förutom om utvärdering sker på grundval av pris. T.ex. kan viktningen av två tilldelningskriterier bestämmas till 70 procent respektive 30 procent. När ett anbud ska utvärderas på grundval av kostnad kan exempelvis anskaffningspriset ges en viss vikt i förhållande

Prop. 2015/16:195 till andra kostnader under användningen av varan, tjänsten eller byggentreprenaden. Om kriterierna viktas inom intervall kan intervallet exempelvis vara en spridning mellan 60–70 procent respektive 40–30 procent.

En förutsättning för att myndigheten ska ta hänsyn till kriterierna genom en prioriteringsordning enligt *andra stycket* är att kriterierna av objektiva skäl inte kan viktas.

Tredje stycket innehåller krav på offentliggörande av hur tilldelningskriterierna ska viktas.

Onormalt låga anbud

7 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,

2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,

3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av leverantören,

4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter,

5. om leverantören kan få statligt stöd, eller

6. skyldigheterna som avses i 17 kap. 6 eller 7 §§.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande myndighet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Paragrafen genomför artikel 69.1 och 69.2 a–c, e och f samt artikel 69.3 första och andra styckena i LOU-direktivet och motsvarar delvis 12 kap. 3 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 25.3.

Första stycket innehåller bestämmelser om skyldigheten att begära förklaringar till låga anbud. Av bestämmelsen framgår att upphandlande myndigheter är skyldiga att begära en förklaring från den leverantör som lämnat ett anbud som förefaller vara onormalt lågt. Bestämmelsen syftar till att säkerställa att leverantörer får möjlighet att lämna en förklaring till ett lågt anbud, innan det kan bli aktuellt för myndigheten att förkasta anbudet. Som EU-domstolen slagit fast beträffande 2004 års direktiv är förekomsten av ett sådant kontradiktoriskt förfarande mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör, för att den sistnämnda ska kunna bevisa att dess anbud är allvarligt menat, ett krav för att undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida och säkerställa en sund konkurrens mellan företagen, se EU-domstolens dom SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, punkterna 27–29 och där angiven praxis. Det är den upphandlande myndigheten som utifrån omständigheterna i det enskilda fallet ska avgöra vad som förefaller vara ett onormalt lågt anbud. I de mer uppenbara fallen torde det vara en enkel åtgärd för myndigheten att initialt hänvisa till vad som är onormalt avseende det aktuella kontraktsföremålet och i branschen i fråga. I

bestämmelsen lämnas vidare exempel på de omständigheter som en begäran om förklaring kan gälla. En nyhet i detta sammanhang är att upphandlande myndigheter kan begära en förklaring beträffande de skyldigheter som avses i 17 kap. 6 eller 7 §§ (beträffande dessa skyldigheter, se kommentarerna till de bestämmelserna). Det framgår av ordalydelsen att det är fråga om en inte uttömmande förteckning. Det står alltså den upphandlande myndigheten fritt att begära en förklaring på grunder som är relevanta i det enskilda fallet. Den ankommer dock på myndigheten att tydligt formulera den begäran som riktas till anbudsgivarna för att dessa ska få möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara varför deras anbud är allvarligt menade (se p. 31 i ovan angiven dom). Av EU-domstolens praxis framgår vidare att anbudsgivarna ska få en rimlig tidsfrist att lämna sina förklaringar, se dom *Transporoute mot Ministère des travaux publics*, C-76/81, EU:C:1982:49, p. 18. En eventuell tidsfrist får således bestämmas utifrån vad som är rimligt med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.

Lagrådet har förespråkat att uppräknningen ska utgå ur lagtexten och endast förekomma i författningskommentaren. Uppräknningen bör emellertid finnas i lagtexten, även om den inte är uttömmande, då den är belysande och utgör tydliga exempel för myndigheten på vilken typ av förklaringar som kan anses godtagbara.

Andra stycket innehåller bestämmelser om förkastande av onormalt låga anbud. Av bestämmelsen följer att ett anbud ska förkastas om den upphandlande myndigheten finner att priset är onormalt lågt och leverantören, efter en begäran om förklaring enligt första stycket, inte på ett tillfredsställande sätt förklara det låga priset.

Av artikel 69.3 framgår att den upphandlande myndigheten ska bedöma de uppgifter som lämnats ”efter att ha hört anbudsgivaren”. Förutom att myndigheten ska ha begärt en förklaring enligt första stycket, får detta anses avse sedvanlig skriftväxling till den nivå då den upphandlande myndigheten finner att utredningen är tillräcklig, varefter den fattar beslut i den ena eller andra riktningen. Om resultatet av myndighetens bedömning är att leverantören inte på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara det onormalt låga priset, ska anbudet förkastas.

Som artikel 69.3 får förstås ankommer det på leverantören att visa att det aktuella anbudet inte ska anses vara onormalt lågt. Enligt artikeltexten får myndigheten ”endast förkasta anbudet när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar de låga priser eller kostnader som föreslagits”. Det är således leverantören som ska inge bevisning som förklarar det låga priset. Detta synes även ligga i linje med EU-domstolens praxis, se dom *SAG ELV Slovensko m.fl.*, C-599/10, EU:C:2012:191, p. 28 och 29. Förklaringen från leverantören behöver inte nödvändigtvis hänföra sig till sådana omständigheter som omfattas av myndighetens begäran enligt första stycket. Det framgår av EU-domstolens praxis att anbudsgivaren ska kunna lämna alla de förklaringar till stöd för sitt anbud som denne anser lämpliga, och att den upphandlande myndigheten är skyldig att beakta samtliga förklaringar som lämnats in innan den fattar sitt beslut (se dom *Lombardini*, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640, p. 82).

Tredje stycket innebär att om det visar sig att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudet inte följer tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, ska anbudet inte antas utan i stället förkastas. Vad som avses med tillämpliga skyldigheter behandlas i avsnitten 9.2 och 26.2.1 och kan följa av bl.a. lagar och andra författningar eller av kollektivavtal.

8 § Om en upphandlande myndighet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska myndigheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte visat att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget, ska anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Paragrafen genomför artikel 69.4 i LOU-direktivet och motsvarar 12 kap. 4 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 25.3.

Paragrafen innehåller särskilda bestämmelser om anbud som är onormalt låga på grund av statligt stöd. Av *första stycket* framgår att en upphandlande myndighet som finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med EUF-fördraget. Eftersom det är fråga om att utlösa en utredningsskyldighet bör det inte krävas något mer omfattande eller exakt underlag för myndighetens bedömning i detta skede. I bestämmelsen uttrycks detta, liksom i 12 kap. 4 § LOU, på så sätt att det är tillräckligt att myndigheten ”finner” att anbudet är onormalt lågt på angiven grund (i artikeltexten, som i detta hänseende är oförändrad i förhållande till 2004 års direktiv, anges att myndigheten ska ha ”fastställt” detta).

Av *andra stycket* framgår att det är leverantören som har att komma in med en förklaring som visar att stödet är förenligt med EUF-fördraget. Det uppställs inga hinder för att utredningen kan bestå av ytterligare skriftväxling. Om leverantören inte kan visa att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget ska anbudet förkastas.

I *tredje stycket* anges att myndigheten ska underrätta kommissionen om sin åtgärd att förkasta anbudet på angiven grund.

Beslut att inte tilldela kontrakt i vissa fall

9 § Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, får myndigheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 25.4.

Paragrafen innebär att den upphandlande myndigheten har en möjlighet att besluta att ett kontrakt inte ska tilldelas den vinnande leverantören om anbudet inte följer tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Vad som avses med tillämpliga skyldigheter behandlas i avsnitten 9.2 och 26.2.1 och kan följa av bl.a. lagar och andra författningar eller av kollektivavtal. Vid tillämpningen måste de

grundläggande principerna om bl.a. proportionalitet och likabehandling beaktas. Det innebär att varje avvikelse inte kan leda till att leverantören inte tilldelas kontraktet. Med hänsyn till att denna möjlighet att inte tilldela ett kontrakt utgör ett undantag från huvudregeln om tilldelning bör den tillämpas restriktivt.

17 kap. Fullgörande av kontrakt

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

1 § En upphandlande myndighet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ha anknytning till det som anskaffas i den mening som avses i 16 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför, tillsammans med bestämmelserna om miljöhänsyn, sociala hänsyn och arbetsrättsliga hänsyn i 4 kap. 3 § och särskilda arbetsrättsliga villkor i 17 kap. 2–6 §§, artikel 18.2 och artikel 70 i LOU-direktivet. Bestämmelsen motsvaras delvis av 6 kap. 13 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.1.

Bestämmelsen i *första stycket* anger att upphandlande myndigheter får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Bestämmelsen är exemplifierande och tydliggör att en upphandlande myndighet har stora möjligheter att ställa villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Av direktivtexten följer att villkoren även kan omfatta t.ex. ekonomiska, innovationsrelaterade och sysselsättningsrelaterade hänsyn.

Genom tillägget arbetsrättsliga villkor i första stycket följer numera uttryckligen av paragrafen att även sådana villkor får ställas.

I *andra stycket* återfinns grundregeln som gäller för alla särskilda villkor för fullgörande av kontrakt, att de ska ha anknytning till det som anskaffas, dvs. vara kopplade till kontraktsföremålet. Lagrådet vill att detta ska utvecklas. Som exempel kan anföras att villkor som hör till förutsättningarna hos en leverantör för att denne ska kunna fullgöra kontraktet kan typiskt sett anses ha en sådan koppling medan det däremot inte går att ställa villkor som hör till leverantörens verksamhet som inte berörs av kontraktet. Se i övrigt bl.a. kommentaren till 16 kap. 2 § andra stycket. Genom att den regeln ges ett eget stycke tydliggörs att den gäller generellt för alla typer av särskilda villkor för fullgörande av kontrakt som regleras i kapitlets avsnitt ”Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt” (1–5 §§).

Vilka villkor som kan ställas får avgöras från fall till fall. En grundförutsättning för att villkoren ska vara tillåtna är att de inte strider mot de grundläggande principerna för upphandling, t.ex. att villkoren inte diskriminerar leverantörer från andra medlemsstater. Av bestämmelsen framgår vidare att de särskilda kontraktsvillkoren ska vara kopplade till kontraktsföremålet i den mening som avses i 16 kap. 2 § andra stycket. Det ska således finnas en koppling mellan villkoren och

Prop. 2015/16:195 kontraktsföremålet på motsvarande sätt som gäller för tilldelningskriterierna, se kommentaren till 16 kap. 2 § andra stycket.

Att kontraktsvillkoren ska ha anknytning till det som anskaffas innebär när det gäller arbetsrättsliga villkor att kontraktsvillkoren får endast reglera villkoren för de arbetstagare som sysselsätts i det arbete som avses i upphandlingen. Sysselsätts en arbetstagare endast delvis i arbete som avses i upphandlingskontraktet får villkoren endast avse förmåner under den del av anställningen som avser detta arbete. Det är alltså inte möjligt att uppställa villkor om att leverantörer generellt ska tillämpa vissa villkor för alla sina arbetstagare eller förplikta dem att tillämpa villkoren under tid före eller efter uppdraget i upphandlingen utförs.

Utöver anknytningen till det som ska anskaffas är de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna det enda som sätter gränser för vilka villkor en upphandlande myndighet får ställa. Det innebär bl.a. att villkoren ska vara proportionerliga i förhållande till syftet. Syftet med bestämmelserna om särskilda arbetsrättsliga villkor är att säkerställa skäliga arbetsvillkor för de arbetstagare som utför det arbete som avses i upphandlingen och undvika att konkurrens sker med undermåliga anställningsvillkor. För att avgöra vad som är proportionerligt för sådana villkor kan den upphandlande myndigheten beakta t.ex. kontraktets art och längd, arbetsförhållandena i den aktuella branschen och risken för att arbetstagares villkor dumpas i konkurrensen om anbudet. Myndigheten måste också säkerställa att de villkor som ställs kan uppfyllas av alla anbudsgivare.

I skäl 97–99 i direktivet anges ett flertal exempel på särskilda villkor för fullgörande av kontrakt som kan ställas. Det gäller t.ex. villkor som syftar till att främja jämställdhet i arbetslivet, ett ökat deltagande av kvinnor på arbetsmarknaden och en balans mellan arbete och privatliv. Ytterligare exempel är villkor som gäller miljöskydd eller djurskydd, sysselsättning och utbildningsåtgärder för arbetslösa och ungdomar samt efterlevnad av grundläggande ILO-konventioner. Villkor som avser miljöhänsyn kan omfatta leverans, paketering och bortskaftande av varor samt avfallsminimering eller resurseffektivitet vid tjänste- och byggtreprenadkontrakt. Exempel på villkor som avser miljöhänsyn är att tillverkningen av köpta varor inte omfattar giftiga kemikalier eller att de köpta tjänsterna tillhandahålls med hjälp av energieffektiva maskiner. Slutligen kan villkoren enligt skälen avse leverans eller användning av rättvisemärkta varor (se EU-domstolens dom kommissionen mot Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284).

Villkoren ska anges i upphandlingsdokumenten och särskiljas från tekniska specifikationer, kvalificeringskrav och tilldelningskriterier. Ett anbud från en leverantör ska förkastas om leverantören förklarar sig inte vilja eller kunna följa uppställda särskilda villkor för fullgörandet. Villkoren ska dock inte påverka utvärderingen av anbudet. Villkoren behöver inte heller vara uppfyllda när anbudet lämnas.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

2 § En upphandlande myndighet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras.

Myndigheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

Paragrafen reglerar i vilka fall det är obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt. Paragrafen genomför artiklarna 18.2 och 71.1 i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitten 26.2.1, 26.2.2, 26.2.5 och 26.2.6.

I *första stycket* återfinns huvudregeln i vilka fall det ska vara en skyldighet för den upphandlande myndigheten att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Villkoren ska ställas när det är behövt. Bedömningen av behövligheten ska vara en helhetsbedömning vid vilken myndigheten kan beakta såväl erfarenheter från tidigare upphandlingar som uppgifter från branschorganisationer, arbetsmarknadens parter eller från andra aktörer.

Behovet ska avse risken för oskäliga arbetsvillkor, dvs. risken för att anställningsvillkoren avviker från en godtagbar nivå, och ska därför ske utifrån arbetstagarnas perspektiv. Bedömningen är emellertid myndighetens och utgör en del av bestämningen av kontraktets föremål, dvs. det som ska anskaffas. Det är således myndighetens ansvar och rätt att beskriva vad den vill anskaffa. Villkoren liksom kraven i övrigt på kontraktets föremål måste dock vara kopplade till det i den mening som avses i 16 kap. 2 §, se 17 kap. 1 § andra stycket, och vara proportionella.

En betydelsefull omständighet att beakta vid bedömningen är vilken bransch upphandlingen avser. Även om branschen som sådan inte medför risk för oskäliga arbetsvillkor kan det finnas andra omständigheter som medför att det ska anses behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, t.ex. att en viss yrkesgrupp riskerar oskäliga arbetsvillkor, att vissa villkor i en bransch är oskäliga eller saknas, att risk för oskäliga arbetsvillkor finns i ett visst geografiskt område eller att det för en viss grupp arbetstagare kan konstateras att det förekommer eller finns risk för oskälig konkurrens med undermåliga anställningsvillkor. Behövlighetsbedömningen behöver således inte ta sikte på hela branscher.

Egna och andras erfarenheter från tidigare upphandlingar är också en betydelsefull omständighet att beakta. Erfarenheter från tidigare upphandlingar kan komma från den upphandlande myndigheten eller från andra upphandlande myndigheter och kan bestå av uppgifter om låga nivåer för villkor som har tillämpats eller avsaknad av villkor. Har det vid fullgörandet av en tidigare upphandling visat sig att den personal som genomfört kontraktet inte erbjudits skäliga villkor, finns det anledning att ställa krav på det i nästa upphandling. Om det i framtida upphandlingar sedan visar sig att det har skett en sanering bland leverantörerna och att de erbjuder skäliga arbetsvillkor, kan det finnas anledning att avstå från att ställa villkoren. Vilka faktorer som ska påverka bedömningen av när det är behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor kommer att variera med tiden.

De villkor som ska vara obligatoriska att ställa är de mest centrala för arbetstagarna, dvs. arbetstid, lön och semester. Arbetstid och semester regleras i arbetstidslagen (1982:673) respektive semesterlagen (1977:480). I Sverige saknas reglering som definierar begreppet lön. Med lön brukar dock i Sverige avses inte bara själva grundlönen utan även vissa tillägg som den som utför arbetet kan ha rätt till, t.ex. tillägg för obekvämt arbetstid och övertidsersättning. Lönebegreppets närmare innehåll torde kunna variera mellan olika branscher och bör därför i det enskilda fallet avgöras med ledning av kollektivavtal eller praxis i den aktuella branschen. Lön avser i förslaget den lön som utgår för arbetad tid. Permitteringslön torde därför som regel inte komma i fråga eftersom permitterade inte fullgör något kontrakt och kopplingen till kontraktsföremålet därmed saknas. Att kontraktet ska fullgöras enligt angivna villkor innebär att det inte är tillräckligt att hänvisa till ett kollektivtal i sig och att leverantörerna där själva ska söka upp de villkor som ska gälla. Ett sådant tillvägagångssätt skulle dessutom strida mot transparensprincipen. Av 3 § framgår vidare att den upphandlande myndigheten ska ange nivåerna för villkoren. Detta kan inte heller uppfyllas genom en ren hänvisning till ett kollektivavtal.

I *andra stycket* finns en regel om leverantörens ansvar för de underleverantörer som den anlitar uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket, dvs. de villkor som efter behövlighetsbedömningen är obligatoriska. Som villkor ska den upphandlande myndigheten ange att leverantören ska se till att dennes underleverantörer uppfyller villkoren enligt kontraktet. Någon begränsning i hur många led i en kedja av underleverantörer som kan omfattas finns inte men däremot måste hänsyn tas till bl.a. vad som är proportionerligt att kräva utifrån produktions- och handelsmönster med hänvisning till globala värdekedjor. Skyldigheten är dock begränsad till de underleverantörer som direkt medverkar till fullgörandet av kontraktet. Det gäller oavsett hur många mellanled som finns mellan huvudleverantören och den som direkt fullgör kontraktet. De som direkt medverkar till fullgörandet syftar på den personal som producerar en vara, tillhandahåller en tjänst eller utför en byggtreprenad. Obligatoriet avser dock inte t.ex. arbete som utförs för att producera materiel som används under en byggtreprenad eller vid tillhandahållandet av en tjänst.

Tredje stycket exemplifierar vad som kan utgöra villkor för fullgörande av kontrakt när det gäller specifikt arbetsrättsliga hänsyn. *Lagrådet* har dock ifrågasatt behovet av detta stycke. I förhållande till 1 § och denna paragrafs första stycke lyfts emellertid betydelsefulla arbetsrättsliga villkor fram som inte är obligatoriska att ställa. Om villkor ställs med krav på en viss försäkring måste det vara möjligt för alla leverantörer att teckna den. Om en försäkring bara är möjlig att teckna för vissa anbudsgivare som t.ex. är bundna av ett visst kollektivavtal är det inte möjligt att ställa det villkoret. Tjänstepension regleras i kollektivavtal. Sådana krav ställs säkerställer att avsättningar till pension genom premieinbetalning sker. Annan ledighet än semester kan t.ex. avse familjeangelägenheter.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande

arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande myndighet ska ange nivån på villkoren, ska myndigheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövt.

Om det saknas förutsättningar för myndigheten att ange nivån för ett villkor enligt 2 § är den inte skyldig att ställa villkoret.

Paragrafen reglerar vilken nivå de obligatoriska villkoren enligt 2 § ska bestämmas till när den upphandlande myndigheten ställer villkoren. Paragrafen genomför artiklarna 18.2 och 71.1 i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitten 26.2.3 och 26.2.5. I 5 § finns bestämmelser om hur leverantörer kan anses uppfylla de villkor som ställts i upphandlingen.

Av *första stycket* framgår att de villkor som ställs ska ange de förmåner som arbetstagare minst ska tillförsäkras när arbete utförs enligt upphandlingskontraktet. Det innebär att villkoren ska formuleras på ett sätt som möjliggör att arbetstagarna kan erbjudas mer förmånliga villkor än vad som anges i kontraktsvillkoren. Syftet med villkoren är att säkerställa den nivå som minst anses godtagbar, inte att hindra goda arbetsvillkor över den nivån.

Det finns inte alltid angivet i kollektivavtal vilken som är den lägsta nivån. Om nivån inte anges i tillämpligt avtal, innebär det emellertid inte att villkoret inte kan ställas. Myndigheten får i stället själv bedöma vad som kan antas motsvara lägsta nivån och ange den.

Villkoren som ställs av den upphandlande myndigheten ska alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag. Om parterna i kollektivavtalet avviker från en semidispositiv regel och därmed enats om för arbetstagarna mindre förmånliga villkor, ska de villkor som ställs ändå motsvara lagens nivå. Av 5 § framgår att leverantörer också kan anses uppfylla de villkor som ställs, om de tillämpar villkoren i ett alternativt centralt kollektivavtal. Då gäller inte någon absolut begränsning till de nivåer som följer enligt lag för att uppfylla kraven i upphandlingen, se vidare kommentaren till 5 §.

För att den upphandlande myndigheten ska få kunskap om de villkor som gäller enligt tillämpliga kollektivavtal ska den enligt *andra stycket* ge avtalsparterna, dvs. arbetstagarorganisationen och arbetsgivarorganisationen som är part i det aktuella kollektivavtalet, möjlighet att lämna uppgift om vilka villkor som enligt avtalet minst ska tillförsäkras arbetstagarna. Myndigheten är förstas skyldig att höra parterna om de villkor den själv avser ställa i kontraktsvillkoren. Finns flera avtalsparter till kollektivavtalet bör samtliga höras. För att underlätta handläggningen behöver myndigheten inte höra parterna om den redan känner till villkoren t.ex. genom Upphandlingsmyndighetens stödande arbete. Om det sålunda är obehövt behöver parterna därför inte höras.

Med lag avses den lag som är tillämplig på det område som villkoret avser. För arbetstid syftar det på arbetstidslagen (1982:673) och för semester på semesterlagen (1977:480). Eftersom det i svensk rätt saknas regler om lön kommer lönen alltid att behöva hämtas ur ett

Prop. 2015/16:195 kollektivavtal. Detsamma gäller villkor om försäkringar och tjänstepensioner.

Ofta är flera kollektivavtal tillämpliga på det arbete som ska utföras inom ramen för den offentliga upphandlingen. Typexemplet är att ett kollektivavtal gäller för tjänstemän och ett annat för arbetare. Ibland gäller också andra kollektivavtal för vissa grupper av arbetstagare som sysselsätts i arbetet som omfattas av upphandlingen. Att villkor ska anges ur det centrala kollektivavtal som är tillämpligt på arbetet innebär i detta avseende att villkoren måste hämtas ur olika kollektivavtal beroende på vilken yrkesgrupp som sysselsätts i upphandlingen. Avser upphandlingen ett bygge där det sysselsätts målare, plåtslagare, byggnadsarbetare samt arbetsledande personal är således olika kollektivavtal tillämpliga för respektive yrkesgrupp. Myndigheten måste då ange villkor ur de respektive avtal som gäller för dessa arbetstagare. I undantagsfall kan det finnas flera centrala kollektivavtal som är tillämpliga på samma arbete, så är fallet t.ex. i städbranschen. Det är då särskilt betydelsefullt att samråda med arbetsmarknadens parter för att kunna avgöra vilket avtal som ska tillämpas. Alla villkor måste hämtas ur ett och samma kollektivavtal för samma kategori arbetstagare.

Om den upphandlande myndigheten trots kontakt med arbetsmarknadens parter inte kan fastställa tillämpliga nivåer på villkoren är myndigheten enligt *tredje stycket* inte skyldig att ställa de villkor den annars enligt 2 § första stycket är skyldig att ställa. Undantaget tar bl.a. sikte på s.k. avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer (s.k. sifferlösa avtal).

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande myndighet ska, om det är behövt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Myndigheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Villkoren får avse att de bestämmelser som gäller där arbetet utförs ska följas.

Paragrafen reglerar särskilda arbetsrättsliga villkor som är obligatoriska att ställa då svensk rätt inte är tillämplig. Paragrafen genomför artiklarna 18.2 och 71.1 i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.2.4 och 26.2.6.

Av *första stycket* framgår att som huvudregel gäller att den upphandlande myndigheten ska ange vilka arbetsrättsliga villkor som ska tillämpas i de fall det arbete som avses i upphandlingen utförs under sådana förhållanden att svensk rätt inte är tillämplig. Av bestämmelsen framgår att det även i dessa fall ska göras en behövighetsbedömning. Det måste anses obehövt att ange sådana villkor om det på förhand står helt klart att arbetet endast kommer att utföras i Sverige med tillämpning av svensk rätt, t.ex. snöröjning av Umeås gator. I de fall det finns någon, även en ringa, möjlighet att arbetet kan komma att utföras i ett annat land än Sverige ska övervägas om dessa särskilda arbetsrättsliga

kontraktsvillkor ska anges. I sammanhanget måste beaktas att det kan bli aktuellt att en del av uppdraget kan komma att utföras i något annat land, eller att en underleverantör som utför arbete i ett annat land kan komma att anlitas i något skede av arbetet.

Av paragrafen framgår även vilka särskilda villkor som är aktuella i dessa fall. För de fall det är behövligt ska den upphandlande myndigheten som särskilda kontraktsvillkor ange villkor i enlighet med ILO:s åtta kärnkonventioner, om bl.a. föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten (ILO-konvention nr 87), om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten (ILO-konvention nr 98), om tvångs- eller obligatoriskt arbete (ILO-konvention nr 29), om avskaffande av tvångsarbete (ILO-konvention nr 105), om minimiålder för tillträde till arbete (ILO-konvention nr 138), om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning (ILO-konvention nr 111), om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde (ILO-konvention nr 100) och om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete (ILO-konvention nr 182).

Med hänsyn till att de särskilda villkoren då svensk arbetsrätt inte är tillämplig är av grundläggande karaktär, bör det inte krävas alltför omfattande utredning för att klarlägga att det finns behov i en enskild upphandling av att ställa villkoren. Även en leverantör som verkar i ett land där ILO:s kärnkonventioner inte är genomförda kan givetvis följa kontraktsvillkor om att de villkor som avses i konventionerna ska respekteras. Det är alltid möjligt för en leverantör att åta sig att tillförsäkra arbetstagarna en bättre nivå av arbetstagarsskydd och rättigheter än av som gäller i det land där arbetet utförs. För att det inte ska råda någon tveksamhet om detta är det av vikt att villkoren avseende dessa konventioner formuleras på ett sådant sätt att det tydligt framgår att det är villkor motsvarande de rättigheter som följer av konventionerna som avses.

På motsvarande sätt som gäller när svensk rätt är tillämplig ska leverantören enligt *andra stycket* säkerställa att dennes underleverantörer, som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet, uppfyller de villkor som har ställts, se kommentaren till 2 § andra stycket.

Utöver villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner enligt 4 § får enligt denna paragraf de upphandlande myndigheterna även ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor om att arbetet ska utföras enligt det arbetsrättsliga regelverk som gäller i det land där arbetet utförs. Det är frivilligt för myndigheten att ställa sådana villkor, se 1 §.

På samma sätt som för övriga särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor måste, i enlighet med principen om öppenhet, tydligt anges vad som gäller. Det får emellertid anses att det i det här fallet är förenligt med öppenhetsprincipen att hänvisa till att arbetet ska utföras enligt det arbetsrättsliga regelverket i det land där arbetet utförs. Exempelvis kan anges att en anbudsgivare minst ska betala arbetstagarna som sysselsätts i uppdraget den minimilönen som gäller i det land där arbetet utförs.

I detta sammanhang måste beaktas att kontraktsvillkor som regel inte bör inte väljas eller tillämpas på ett sätt som direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer från andra medlemsstater eller från tredjeländer som är parter i WTO:s upphandlingsavtal GPA eller de frihandelsavtal som unionen är part i.

Prop. 2015/16:195 Enligt *tredje stycket* kan också krävas av leverantören att den följer den lagstiftning som gäller där arbetet utförs.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om den är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar likvärdiga villkor för sina anställda.

Paragrafen reglerar hur uppställda särskilda arbetsrättsliga villkor ska anses uppfyllda av leverantörerna. Paragrafen genomför artiklarna 18.2 och 71.1 i LOU-direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.2.7.

Huvudregeln för leverantörerna att uppfylla de särskilda kontraktsvillkoren är att de minst ska följa de villkor som ställs av den upphandlande myndigheten. Om arbetstagarna således medges bättre villkor än de kontraktsvillkor som den upphandlande myndigheten har ställt, är villkoren uppfyllda. I *första stycket* ges en möjlighet för leverantörerna att som alternativ till det följa ett alternativt centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige oavsett om de är bundna av det eller inte. Det ligger i linje med principen om att kollektivavtalen ska anses likvärdiga och innebär att leverantören uppfyller de ställda kraven även om ett enskilt villkor inte når upp till den nivå som den upphandlande myndigheten krävt. Det förekommer att villkor i centrala kollektivavtal närmare förtydligas i lokala avtal. Även ett lokalt avtal kan komma i fråga om leverantören är bunden av ett centralt kollektivavtal och det lokala avtalet är slutet med stöd av ett sådant centralt avtal. Bestämmelsen medger dock inte avsteg från skyldigheter som följer av arbetsrätten.

När det gäller att bedöma huruvida leverantören uppfyller de i upphandlingen ställda arbetsrättsliga villkoren finns det inte någon absolut begränsning till de nivåer som följer enligt lag. Om parterna i ett alternativt kollektivavtal avviker från en semidispositiv regel i t.ex. arbetstidslagen och därmed enats om för arbetstagarna mindre förmånliga villkor, ska de arbetsrättsliga villkoren anses vara uppfyllda om leverantörerna tillämpar sådana kollektivavtalsenliga villkor, trots att de är sämre för arbetstagaren än vad som följer av lag.

Det görs i bestämmelsen inte någon skillnad på leverantörer som är bundna av det alternativa kollektivavtalet och leverantörer som inte är det. Också en leverantör som inte är bunden av kollektivavtalet kan alltså anses uppfylla de ställda villkoren i upphandlingen om den tillämpar motsvarande villkor som i kollektivavtalet, vilket alltså kan innebära t.ex. avvikelser från arbetstidslagen till arbetstagarnas nackdel. Även om en

sådan leverantör därmed uppfyller villkoren i upphandlingen kvarstår dennes skyldigheter enligt arbetsrätten, t.ex. arbetsstidslagen.

I *andra stycket* finns bestämmelser som gäller för de utstationerande leverantörerna. Genom att villkoren enligt 3 § ska motsvara minst de lägsta som gäller enligt kollektivavtal eller lag, kan även de utstationerande leverantörerna uppfylla villkoren. I 5 och 5 a §§ utstationeringslagen framgår att det är minimilön och minimivillkor som gäller beträffande t.ex. arbetstid och semester. När det gäller lön innebär hänvisningen till utstationeringslagen att minimilönen enligt det kollektivavtal som är tillämpligt på arbetet ska uppfyllas. När det gäller andra villkor än lön innebär utstationeringslagen att lagens nivåer ska uppfyllas om det centrala kollektivavtal som tillämpas i Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen inte innehåller mer förmånliga regler för arbetstagarna.

För att få kunskap om vilka villkor som i det enskilda fallet avses i 5 a § utstationeringslagen kan myndigheten t.ex. kontrollera om villkoren tydligt framgår av de kollektivavtalsvillkor för utstationerade som inlämnats till Arbetsmiljöverket. Finns inte några sådana kollektivavtalsvillkor inlämnade eller framgår det inte av ingivna villkor vad som gäller får myndigheten tillfråga arbetsmarknadens parter vad som gäller.

Villkoren i upphandlingen ska anses uppfyllda om villkoren i 5 eller 5 a § är uppfyllda även för uthyrda utstationerade arbetstagare.

Om det under fullgörandet ifrågasätts om ställda villkor följs, åligger det den leverantör som åberopar paragrafens alternativ till att följa villkoren att visa att så är fallet.

Vissa villkor, särskilt avseende försäkringar, är i vissa fall möjliga endast för avtalsparterna i ett kollektivavtal att uppfylla. I *tredje stycket* finns därför en möjlighet för icke kollektivavtalsbundna att som alternativ till ett sådant villkor visa att denne tillämpar likvärdiga villkor.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande myndighet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Paragrafen genomför artikel 71.2 i LOU-direktivet och motsvarar 6 kap. 11 § LOU. Den har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övergångena finns i avsnitt 26.3.

De uppgifter som en leverantör lämnar enligt *första stycket* är inte förpliktigande för leverantören. Någon skyldighet för denne uttrycks därför inte. Bestämmelsen tydliggör i stället att en upphandlande myndighet får begära in uppgifterna i fråga. Syftet med detta är framför allt att myndigheten utifrån de uppgifter som finns tillgängliga hos leverantörerna tidigt ska kunna få indikationer på hur fullgörandet av ett

kontrakt och behovet av att kontrollera att ställda villkor iaktas under fullgörandet kan komma att te sig. Det handlar således om att en leverantör, utifrån den information som är tillgänglig för denne, ska lämna uppgifter om fullgörandet. Av ordalagen i paragrafen – ”kan komma att fullgöra” och ”avser att anlita” – följer att det inte går att ställa några högre krav på precisionen i de uppgifter som leverantörerna ska lämna på detta stadium. Det kan vara så att leverantören ännu inte kontrakterat några eller alla de underleverantörer som denne kommer att använda sig av. *Lagrådet* har efterfrågat klargöranden av vad som kan inträffa om en leverantör anger vissa underleverantörer men anlitar andra. I sådana fall ska leverantören informera den upphandlande myndigheten om ändringarna annars saknas möjlighet att kontrollera om kontraktet fullgörs enligt de villkor som bestämts. Det kan i sig innebära ett brott mot de villkor som gäller och mot kontraktet. Att en leverantör helt underlåter att svara på en begäran utgör grund för att förkasta leverantörens anbud. Om leverantören vid tillfället bedömer exempelvis att kontraktet inte kommer att fullgöras med hjälp av underleverantörer, ankommer det på leverantören att som svar på begäran lämna in denna uppgift till myndigheten. Någon begränsning i hur många led av underleverantörer som myndigheten får begära uppgifter om föreskrivs inte. Det kan därför, som *Lagrådet* konstaterat, avse underleverantörer till underleverantörerna eller i ännu tidigare led. Hur långt skyldigheten sträcker sig får avgöras med beaktande av bl.a. proportionalitetsprincipen. Det kan i detta sammanhang noteras att det i lagen finns detaljerade bestämmelser om en leverantörs möjligheter att åberopa en underleverantörs förmåga eller kapacitet för att uppfylla ställda kvalificeringskrav och om vilken utredning en leverantör kan åberopa eller en myndighet får begära in från leverantören (se 14 kap. 6–8 §§ och 15 kap.).

Av *andra stycket* framgår att myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange de uppgifter som leverantören enligt myndighetens begäran ska lämna in.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

7 § En upphandlande myndighet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Myndigheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta myndigheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under kontraktets löptid.

Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Paragrafen genomför artikel 71.5 första och fjärde styckena samt femte stycket b) i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.3.

Enligt paragrafen är en upphandlande myndighet skyldig att kräva att en leverantör som har tilldelats ett kontrakt lämnar in vissa angivna uppgifter. Som framgår av paragrafen gäller denna skyldighet enbart om kontraktets fullgörande avser en byggtreprenad eller en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten. Viss ledning för närmare tolkning av den det sistnämnda ges genom uttalandena i skäl 105 andra stycket i LOU-direktivet. Av skälet framgår att det handlar om att en myndighet ska ha kontroll på vilka som vistas i eller vid byggnader, infrastrukturanläggningar eller -områden. I skälet lämnas som exempel stadshus, kommunala skolor, idrottsanläggningar, hamnar eller motorvägar.

De underleverantörer som omfattas av paragrafens bestämmelser är underleverantör till leverantören. Bestämmelserna ställer således inte krav på att en leverantör ska lämna uppgifter i enlighet med paragrafen om underleverantörer längre ned i en underleverantörskedja.

Av *tredje stycket* följer att kravet på att lämna uppgifter inte gäller beträffande underleverantörer som är varuleverantörer.

I paragrafen finns det inte någon formulering som motsvarar ”i den mån de är kända vid den tidpunkten” i artikel 71.5 första stycket i LOU-direktivet. Att skyldigheten att lämna uppgifter enbart gäller för förhållanden som är kända för leverantören behöver inte särskilt anges i paragrafen. Som Lagrådet uttryckt i sitt förslag till utformning av paragrafen har myndigheten rätt att utvidga leverantörens uppgiftsskyldighet till att bl.a. omfatta uppgifter om underleverantörer som anlitas i tidigare led. Inte heller det behöver särskilt anges i paragrafen.

Ändringar av kontrakt och ramavtal

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Paragrafen genomför artikel 72.5 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Regleringen i 9–14 §§ anger uttömmande i vilka situationer ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras. En ändring utan stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§ utgör med andra ord en otillåten direktupphandling. Regleringen är tillämplig så fort ett kontrakt eller ramavtal har ingåtts. Det är alltså inte så att regleringen är tillämplig först när kontraktet eller ramavtalet har börjat löpa.

Av 4 kap. 2 § följer att bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal inte får utnyttjas på ett konstgjort sätt i syfte att kringgå lagen (jfr artikel 72.1 b andra stycket, artikel 72.1 c iii och artikel 72.1 d ii i LOU-direktivet). Detta anges inte särskilt i bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal (jfr 11–13 §§ nedan).

9 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggentreprenad.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Paragrafen genomför artikel 72.2 i LOU-direktivet (jfr skäl 107 i LOU-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Som en förutsättning för en ändring av mindre värde gäller enligt *första stycket* att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte får ändras. Vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär behandlas i allmänmotiveringen. Bestämmelsen omfattar såväl ökning som minskning av kontraktets eller ramavtalets värde. Värdet av en ändring ska jämföras med kontraktets eller ramavtalets totala värde före ändringen. Vid beräkningen av det sistnämnda värdet ska alltså sådana tillåtna ändringar av avtalet som har gjorts under avtalstiden beaktas. Av 15 § framgår att indexeringsklausuler ska beaktas vid beräkningen av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring.

Av *andra stycket* framgår att värdet av en ändring ska beräknas med tillämpning av bestämmelserna i 5 kap.

Tredje stycket är en beräkningsregel för det fall flera ändringar av mindre värde genomförs. I sådana fall ska ändringarnas samlade nettovärde ligga till grund för jämförelsen med de värden som anges i första stycket.

En ändring av mindre värde behöver inte annonseras.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,

2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och

3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Paragrafen genomför artikel 72.1 första stycket a i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Ett exempel på en ändringsklausul är en klausul som medger att avtalet får förlängas för en viss period, om parterna kommer överens om det. Byte av leverantör kan göras med stöd av en ändringsklausul eller en

option. I övrigt framgår förutsättningarna för byte av leverantör av 13 §. Vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär behandlas i allmänmotiveringen.

I skäl 111 i LOU-direktivet anges bl.a. att tillräckligt tydligt utformade ändringsklausuler eller optioner får föreskriva prisindexering eller garantera att kommunikationsutrustning som ska levereras under en given tidsperiod fortsätter att vara lämplig också om kommunikationsprotokollen ändras eller om andra tekniska förändringar inträffar. Det bör enligt skälet vara möjligt att genom tillräckligt klara klausuler föreskriva anpassningar av kontraktet som har blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter som har framkommit vid användning eller underhåll. I skälet anges vidare att kontrakten både kan inbegripa ordinarie underhåll och föreskriva extraordinära underhållsåtgärder som kan visa sig vara nödvändiga för att säkra ett fortsatt tillhandahållande av en offentlig tjänst.

En ändring enligt en ändrings- eller optionsklausul behöver inte annonseras.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggtreprenader får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om beställningen inte innebär att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent och under förutsättning att

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild beställning.

Paragrafen genomför artikel 72.1 första stycket b i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Kompletterande beställningar kan även göras med tillämpning av 9, 10 eller 12 §. I artikel 72.1 b i LOU-direktivet finns exempel på sådana tekniska skäl som avses i *första stycket 2*. Det kan röra sig om att leverantörsbyte inte kan göras på grund av krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer. Av skäl 108 i LOU-direktivet framgår att en kompletterande beställning bör vara tillåten om ett leverantörsbyte skulle tvinga den upphandlande myndigheten att anskaffa materiel, byggtreprenader eller tjänster med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning eller underhåll. Sådana tekniska skäl som avses får även anses innebära betydande olägenheter enligt *första stycket 3*.

Det ligger i sakens natur att det måste anses vara omöjligt att byta leverantör enligt första stycket 2 och 3, om ett leverantörsbyte skulle vara en otillåten ändring av kontraktet. Om ett leverantörsbyte är en tillåten ändring av kontraktet, men skulle medföra betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten än en kompletterande beställning, får

Prop. 2015/16:195 myndigheten i stället göra en kompletterande beställning från befintlig leverantör. Betydligt större omkostnader enligt första stycket 3 får även anses utgöra ett ekonomiskt skäl enligt första stycket 2. Vad som avses med betydligt större omkostnader framgår inte av LOU-direktivet. Enligt standardformuläret för annonsering om kompletterande beställningar ska dock den upphandlande myndigheten i annonsen beskriva bl.a. ”fördubblingen av kostnaden vilken förhindrar ett byte av uppdragstagare”, se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

Värdet av en kompletterande beställning ska jämföras med kontraktets totala värde före beställningen. Vid beräkningen av det sistnämnda värdet ska sådana tillåtna ändringar av kontraktet som har gjorts under kontraktstiden beaktas. Av 15 § framgår att indexeringsklausuler ska beaktas vid beräkningen av kontraktets värde före en kompletterande beställning.

Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, ska enligt *andra stycket* begränsningen i fråga om värdeökningen tillämpas på varje enskild ändring. Successiva beställningar får naturligtvis inte göras i syfte att kringgå begränsningsbestämmelsen, jfr kommentaren till 8 §.

En kompletterande beställning ska annonseras enligt 16 §.

Oförutsebara omständigheter

12 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte

1. medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller
2. innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.

Om flera på varandra följande ändringar genomförs, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Paragrafen genomför artikel 72.1 första stycket c i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Artikel 72.1 c i LOU-direktivet är en vidareutveckling av artikel 31.4 a i 2004 års LOU-direktiv, som har genomförts genom 4 kap. 8 § första stycket 1 LOU. Nämnda bestämmelse avser förhandlat förfarande utan föregående annonsering och har ett mer begränsat tillämpningsområde.

Av skäl 109 i LOU-direktivet framgår att begreppet oförutsebara omständigheter tar sikte på sådana yttre omständigheter som den upphandlande myndigheten inte hade kunnat förutse när den tilldelade kontraktet trots att myndigheten visade skälig omsorg i förberedelserna inför kontraktstilldelningen.

Värdet av en ändring ska jämföras med kontraktets eller ramavtalets totala värde före ändringen. Vid beräkningen av det sistnämnda värdet ska sådana tillåtna ändringar av avtalet som har gjorts under avtalstiden

beaktas. Av 15 § framgår att indexeringsklausuler ska beaktas vid beräkningen av avtalets värde före en ändring till följd av oförutsebara omständigheter. Vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär behandlas i allmänmotiveringen.

Om flera på varandra följande ändringar görs med anledning av oförutsebara omständigheter, ska enligt *andra stycket* begränsningen i fråga om värdeökningen tillämpas på varje enskild ändring. Successiva ändringar får naturligtvis inte göras i syfte att kringgå begränsningsbestämmelsen, jfr kommentaren till 8 §.

En ändring till följd av oförutsebara omständigheter ska annonseras enligt 16 §.

Byte av leverantör

13 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och

2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Ett byte av leverantör enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 14 kap. 1–5 §§.

En underleverantör till leverantören får utan en ny upphandling också inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, myndigheten och underleverantören.

Paragrafen genomför artikel 72.1 första stycket d i LOU-direktivet (jfr skäl 110 i LOU-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Bestämmelsen medger att leverantören byts ut när det är nödvändigt på grund av företagsomstruktureringar hos leverantören. Byte av leverantör kan även ske med stöd av en ändringsklausul eller option enligt 10 §. Vad gäller partsbyte på beställarsidan, se kommentaren till 14 §.

Av *andra stycket* framgår att de obligatoriska uteslutningsgrunderna och kvalificeringskraven i den ursprungliga upphandlingen ska tillämpas vid byte av leverantör enligt första stycket.

Tredje stycket klargör att en underleverantör kan komma överens med den upphandlande myndigheten och leverantören om att inträda i leverantörens ställe. Ett sådant partsbyte förutsätter inte en ny upphandling. Som förutsättning för bytet gäller givetvis att avtalet om partsbyte är civilrättsligt giltigt enligt tillämplig lagstiftning.

Ett leverantörsbyte behöver inte annonseras.

Ändringar som inte är väsentliga

14 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,
2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,
3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av leverantör.

Paragrafen genomför artikel 72.1 första stycket e och artikel 72.4 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Bestämmelsen innebär att ändringar som inte är väsentliga alltid är tillåtna. Vid tillämpning av 9–13 §§ saknar det betydelse om ändringen kan klassificeras som väsentlig eller inte. En prishöjning som överstiger gränsen enligt 9 § är alltid att anse som väsentlig.

Uppräkningen i *andra stycket* är exemplifierande och anknyter till EU-domstolens dom presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351 (jfr p. 35–37 och 40). Att ett ramavtal med en av flera leverantörer hävs på grund av avtalsbrott, bör inte anses innebära att ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för de återstående ramavtalsleverantörerna i den mening som avses i *andra punkten*. Av *fjärde punkten* framgår att byte av leverantör är en väsentlig ändring i avtalet. Partsbyte på beställarsidan regleras inte särskilt i LOU-direktivet. Kontrakt och ramavtal torde dock kunna överföras vid en verksamhetsövergång mellan statliga förvaltningsmyndigheter utan att det anses vara en väsentlig ändring. Som exempel kan nämnas att Trafikverket, när myndigheten bildades genom en sammanslagning av Vägverket och Luftfartsverket, övertog de kontrakt som de båda myndigheterna hade tilldelat före sammanslagningen.

En ändring som inte är väsentlig behöver inte annonseras.

Beräkning av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9, 11 och 12 §§ ska kontraktets eller ramavtalets värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i kontraktet eller ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 72.3 i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Bestämmelsen klargör att indexeringsklausuler ska beaktas vid beräkningen av kontraktets eller ramavtalets värde före ändringar av mindre värde, kompletterande beställningar och ändringar till följd av oförutsebara omständigheter. Om avtalet saknar en indexeringsklausul, ska emellertid avtalets värde före ändringen inte räknas upp med inflationen. En indexeringsklausul kan införas i avtalet under avtalstiden med de begränsningar som följer av 9 §.

Enligt standardformuläret för annonsering enligt 16 § ska den upphandlande myndigheten bl.a. ange uppdaterat totalt kontraktsvärde

före ändringarna med beaktande av eventuella tidigare kontrakts- Prop. 2015/16:195
ändringar och prisanpassningar.

Annonsering om ändring av kontrakt eller ramavtal

16 § En upphandlande myndighet som har ändrat ett kontrakt eller ett ramavtal med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Paragrafen genomför artikel 72.1 andra stycket i LOU-direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Bestämmelsen avser ändringar genom kompletterande beställningar och ändringar till följd av oförutsebara omständigheter. Artikel 72.1 andra stycket i LOU-direktivet hänvisar till artikel 51. Av denna artikel framgår att annonsen ska skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Av bilaga V del G till LOU-direktivet framgår vilka uppgifter annonsen ska innehålla. Se vidare avsnitt 18.1.1 i fråga om annonsering enligt artikel 51 i LOU-direktivet.

Kommissionen har beslutat om standardformulär som ska användas vid annonseringen, se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

Regeringen avser att meddela föreskrifter enligt *andra stycket* i den kommande upphandlingsförordningen (jfr 10 kap. 6 §).

Avslutande av kontrakt och ramavtal

17 § En upphandlande myndighet ska se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

Paragrafen är ny och genomför artikel 73 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.5.

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

Prop. 2015/16:195 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 en leverantör eller en person med anknytning till en leverantör som är en juridisk person 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 fördragsbrotttalan 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 något av upphandlingsdokumenten. En upplysning om denna skyldighet har tagits in i *andra stycket*.

18 kap. Projekttävlingar

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller projekttävlingar som

1. ingår i en upphandling av en tjänst, eller
2. innefattar ersättningar till deltagarna eller tävlingspriser.

Paragrafen genomför artikel 78 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 14 kap. 1 § första stycket LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 28.1.

De projekttävlingar som avses under *punkten 1* är sådana där den upphandlande myndigheten har för avsikt att efter tävlingen använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 19 § för att tilldela vinnaren eller vinnarna av tävlingen ett tjänstekontrakt. Även när projekttävlingen innefattar ersättningar eller tävlingspriser omfattas den enligt *punkten 2* av bestämmelserna i kapitlet även om den inte syftar till att anskaffa en tjänst genom ett kontrakt. En projekttävling kan falla in under både punkten 1 och 2. En projekttävling som varken är avsedd att leda till att ett tjänstekontrakt tilldelas eller innefattar ersättningar eller tävlingspriser till deltagarna omfattas däremot inte av bestämmelserna i kapitlet.

Annonsering

2 § En upphandlande myndighet som avser att anordna en projekttävling ska informera om tävlingen genom en annons. Om myndigheten har för avsikt att därefter tilldela ett kontrakt enligt bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ska det anges i annonsen om tävlingen. Myndigheten ska i annonsen ange de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som den avser att använda.

Myndigheten ska skicka en efterannons om resultatet av projekttävlingen senast 30 dagar efter det att tävlingen avslutats.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Paragrafen genomför artikel 79.1 och delvis artikel 79.2 första stycket i LOU-direktivet och motsvarar 14 kap. 5 § LOU. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 28.

Av *första stycket* framgår att en myndighet som vill arrangera en projekttävling ska informera om detta genom en annons. Ett särskilt standardformulär finns för annonsering av projekttävling. En nyhet i artikel 79.1 i förhållande till vad som gällt hittills är att den upphandlande myndigheten ska ange i annonsen om tävlingen om den har för avsikt att efter projekttävlingen tilldela ett kontrakt i enlighet med bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. En bestämmelse med denna innebörd har också tagits in i första stycket i paragrafen. *Lagrådet* har i samband med bestämmelserna om förfarandet i juryn ansett att det saknas en bestämmelse om att kriterierna för bedömning av tävlingsbidragen ska anges i annonsen. En sådan bestämmelse har därför tagits in här.

I *andra stycket* anges att den upphandlande myndigheten ska skicka en efterannons om resultatet av projekttävlingen. Vid projekttävlingar börjar de 30 dagarna att löpa då tävlingen avslutats. Tävlingen får anses avslutad när juryn meddelat sitt beslut och lämnat sin rapport med rangordning av bidragen.

Regeringen bemyndigas i *tredje stycket* att meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Urval av deltagare

3 § En projekttävling får begränsas till ett visst antal tävlingsdeltagare. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange kriterierna för urvalet av deltagare. Antalet tävlingsdeltagare som bjuds in ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås.

Rätten att delta i en projekttävling får inte begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer med hänvisning till att lagstiftningen i den medlemsstat där projekttävlingen anordnas skulle kräva det.

Paragrafen genomför delvis artikel 80.2 och delvis artikel 80.3 i LOU-direktivet och motsvarar delvis 14 kap. 4 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 28.

Av *första stycket* framgår att antalet deltagare i en projekttävling får begränsas. En projekttävling kan sålunda genomföras som en öppen

Prop. 2015/16:195 tävling eller en selektiv tävling. När tävlingen är selektiv ska kriterierna för urvalet av deltagare anges. Sådana kriterier ska anges i annonsen om projektävlingen vilket framgår av standardformulären för annonsering.

I artikel 80.3 anges att den upphandlande myndigheten ska fastställa entydiga och icke diskriminerande kriterier för urvalet, om deltagarantalet i en projektävling är begränsat till ett angivet antal deltagare. Detta följer emellertid av de allmänna principerna och behöver inte anges i lagtexten, jfr 4 kap. 1 §.

I *andra stycket* har en bestämmelse tagits in om att deltagandet i en projektävling inte får begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer med hänvisning till att lagstiftningen i det land där projektävlingen anordnas skulle kräva det. Detta regleras i artikel 80.2 i direktivet och tas med i lagtexten i förtydligande syfte. Bestämmelsen i artikel 80.2 om att rätten att delta i en projektävling inte får begränsas till en viss medlemsstats territorium eller del av detta får emellertid anses följa av de allmänna principerna och behöver inte tas med i lagtexten.

Jury och dess sammansättning

4 § En jury ska utse vinnande bidrag i en projektävling. Jury ska bestå av fysiska personer som är opartiska och oberoende i förhållande till deltagarna i tävlingen. Om det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer för att få delta i en projektävling, ska minst en tredjedel av ledamöterna i jury ha motsvarande kvalifikationer.

Paragrafen genomför artikel 81 i LOU-direktivet och motsvarar 14 kap. 7 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 28.

I enlighet med *Lagrådets* förslag föreskrivs i bestämmelsen att juryns ledamöter förutom att vara oberoende även ska vara opartiska i förhållande till deltagarna i tävlingen. Uttyckssättet motsvarar de krav som ställs i artikel 6 i Europakonventionen (se bl.a. NJA 2010 s 274 och NJA 2014 s. 482).

Förfarandet i jury

5 § När ett tävlingsbidrag presenteras för juryn får det inte framgå vem som har lämnat det. Anonymiteten ska gälla fram till dess att juryn har lämnat sitt yttrande eller meddelat sitt beslut.

Vid granskningen får juryn endast beakta de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som angetts i annonsen om projektävlingen.

Tävlingsdeltagarna kan vid behov uppmanas av juryn att besvara frågor i syfte att klargöra projektets alla aspekter. Fullständiga protokoll ska upprättas över dialogen mellan ledamöterna i juryn och tävlingsdeltagarna.

Paragrafen genomför artiklarna 82.2 och 82.4–6 i LOU-direktivet och motsvarar, tillsammans med 6 §, 14 kap. 8 och 9 §§ LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 28.

Enligt *andra stycket* får juryn vid granskningen endast beakta de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som angetts i annonsen om

tävlingen. Sådana kriterier måste alltid anges i annonsen vilket framgår av det standardformulär som används vid projekttävlingar. Se även 2 §.

Enligt *tredje stycket* kan deltagarna i tävlingen uppmanas att besvara frågor i syfte att klargöra projektets alla aspekter. Sådan kommunikation mellan juryn och deltagarna ska registreras i ett protokoll. Det bör emellertid noteras att kravet på anonymitet i första stycket gäller fram tills juryn meddelat sitt beslut.

I förhållande till LOU har bestämmelsen förtydligats i enlighet med vad som får bedömas vara direktivets innebörd.

Juryns beslut

6 § Juryn ska vara självständig i sina beslut och yttranden. Den ska rangordna tävlingsbidragen i en rapport som undertecknas av samtliga jurymedlemmar. Rapporten ska innehålla en motivering till rangordningen samt de kommentarer och klargöranden som det kan finnas behov av att göra.

Paragrafen genomför artiklarna 82.1 och 82.3 i LOU-direktivet och motsvarar, tillsammans med 5 §, 14 kap. 8 och 9 §§ LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 28.

Av paragrafen framgår att juryn ska vara självständig i sina beslut och yttranden. Vad som avses är i första hand självständighet i förhållande till den upphandlande myndigheten. Av paragrafen framgår också att juryn ska rangordna bidragen i en rapport i vilken också en motivering till rangordningen ska ingå. De kommentarer och klargöranden som avses är sådana som juryn kan behöva göra för att förklara sina ställningstaganden.

I förhållande till LOU har bestämmelsen förtydligats i enlighet med vad som får bedömas vara direktivets innebörd.

19 kap. Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 §, och
2. upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 1 § LOU. Övervägandena finns i avsnitten 6.6 (lagarnas tillämpningsområde), 31.1 (upphandling som inte omfattas av direktiven) och 32.2 (upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster).

Första punkten avser upphandling och projekttävling under de tröskelvärden som avses i 5 kap. 1 eller 2 § (se avsnitt 11). Genom Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2170 av den 24 november 2015 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden har tröskelvärdena enligt artikel 4 i LOU-direktivet ändrats. För varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av centrala

Prop. 2015/16:195 upphandlande myndigheter är tröskelvärde för närvarande 135 000 euro. Ett särskilt undantag från detta tröskelvärde gäller när myndigheter inom försvarsområdet upphandlar varor. Tröskelvärde om 135 000 euro gäller också när centrala upphandlande myndigheter anordnar projektävlingar. För varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter under den centrala nivån är tröskelvärde för närvarande 209 000 euro. Detta tröskelvärde gäller också när sådana myndigheter anordnar projektävlingar. Vid upphandling av byggtreprenader är tröskelvärde för närvarande 5 225 000 euro.

Av 2 kap. 8 § 2 framgår att 19 kap. ska tillämpas på hela kontraktet, om ett delbart blandat kontrakt avser dels varor, tjänster eller byggtreprenader, dels koncessioner och båda delarna av upphandlingen understiger tillämpliga tröskelvärden (se avsnitt 7.3).

Av 5 kap. 8 § tredje stycket framgår vidare att 19 kap. ska tillämpas vid upphandling av vissa delkontrakt under tröskelvärdena (se avsnitt 11.2). Vid offentlig upphandling som består av flera delkontrakt ska beräkningen av upphandlingens värde avse hela upphandlingen, dvs. alla delkontrakt ska ingå i det totala värdet. Om upphandlingens värde då överstiger tröskelvärde, ska varje enskild upphandling av delkontrakt göras enligt de direktivstyrda bestämmelserna i lagen. För delkontrakt under vissa värden görs dock undantag i 5 kap. 8 §. Sådana delkontrakt ska upphandlas med tillämpning av 19 kap.

Andra punkten avser upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Genom att 19 kap. görs tillämpligt på upphandling av sådana tjänster genomförs artiklarna 74–76 i LOU-direktivet. Upphandling enligt andra punkten omfattas av 19 kap. oavsett upphandlingens värde. Om upphandlingen överstiger tillämpligt tröskelvärde gäller särskilda bestämmelser, se 3 § andra stycket.

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas

- 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner),
- 2 kap. (blandad upphandling),
- 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde),
- 4 kap. (allmänna bestämmelser), utom 6 och 7 §§ om begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud, 10–12 §§ om val av anbud samt 13–17 §§ om tilldelning av ett kontrakt i separata delar,
- 7 kap. (ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling), utom 14–23 §§ om gemensam upphandling med myndighet från annan medlemsstat,
- 8 kap. 1–14 §§ (dynamiska inköpssystem), utom 6 § om ändringar i giltighetstiden, 8 och 11 §§ om tidsfrister samt 12 och 13 §§ om tilldelning av kontrakt och egen försäkran av leverantörer,
- 9 kap. 6 § (uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer),
- 9 kap. 12–15 §§ (märkning),
- 14 kap. 2 § (behörighet att utöva yrkesverksamhet),
- 17 kap. 1–5 §§ (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 20 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 21 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 22 kap. (tillsyn).

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 2 § första stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitten 6.6 (lagens tillämpningsområde), 7.3 (blandad upphandling), 8.9 (undantag från lagens tillämpningsområde), 9.4 och 10.11 (allmänna bestämmelser), 13.4 (ramavtal), 14.5 (inköpscentraler), 15.2.6 (gemensam upphandling med myndighet från annan medlemsstat), 16.1.5 (dynamiska inköpssystem), 17.2 (tekniska krav), 23.3 (behörighet att utöva yrkesverksamhet), 26.6 (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt), 27.4 (tillsyn), 30.3 (rättsmedel) och 31.1 (upphandling som inte omfattas av direktiven). Se avsnitt 16.3.3 vad gäller användning av elektroniska kataloger vid upphandling enligt 19 kap.

Av paragrafen framgår vilka bestämmelser i lagens övriga kapitel som är tillämpliga vid en upphandling enligt 19 kap. Av hänvisningen till 4 kap. följer exempelvis att de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska tillämpas. Vidare ska t.ex. bestämmelsen om rättelse av fel, förtydligande och komplettering i 4 kap. 9 § tillämpas.

Att dynamiskt inköpssystem kan användas på det icke direktivstyrda området är en nyhet (se avsnitt 16.1.5). Av hänvisningen i första stycket framgår att bestämmelserna som reglerar dynamiska inköpssystem i 8 kap. ska gälla, utom 6, 8 och 11–13 §§. Av 8 kap. 1 § framgår tillämpningsområdet för ett dynamiskt inköpssystem, av 2 § framgår att systemet får delas in i kategorier och i 3–5 §§ samt 7, 9 och 10 §§ finns bestämmelser om förfarandet vid ett dynamiskt inköpssystem. I 14 § föreskrivs att inga administrativa avgifter får tas ut av leverantörer som vill delta eller deltar i ett dynamiskt inköpssystem. För närmare kommentar rörande dessa bestämmelser, se författningskommentaren till respektive paragraf. Bestämmelserna kompletteras med särskilda bestämmelser i 19 kap. om dynamiska inköpssystem, se 9 § om annonsering, 15 § om tidsfrister och 21 § om egen försäkran och kontroll av leverantörer vid dynamiska inköpssystem. Därutöver är naturligtvis även de bestämmelser som allmänt gäller vid upphandling enligt 19 kap. i förekommande fall tillämpliga vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem, t.ex. bestämmelserna om kontroll och uteslutning av leverantörer i 18 och 19 §§ och om tilldelning av kontrakt i 24 och 25 §§.

3 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 6 och 7 §§, 6 kap. 1 § 5 och 20–29 §§, 10 kap. 9 och 10 §§ och 11 kap. 3 §.

Vid upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, tillämpas även bestämmelserna om tekniska specifikationer i 9 kap. 1–5 och 7–11 §§, om annonsering i 10 kap. 1, 2 och 4 §§ och om individuella rapporter i 12 kap. 15 och 16 §§.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 2 § andra och tredje styckena LOU. Övervägandena finns i avsnitten 12.2 (konkurrenspräglad dialog), 17.2 (tekniska krav), 18.1.4 (annonsering), 20.4.3 (dokumentation) och 32.2 (upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster).

Första stycket motsvarar delvis 15 kap. 2 § andra stycket LOU. I stycket finns hänvisningar till bestämmelser om konkurrenspräglad

Prop. 2015/16:195 dialog som ska tillämpas när detta förfarande används enligt 19 kap. Bestämmelserna rör förfarandet konkurrenspräglad dialog, begränsning av antalet anbudssökande, tidsfristen för anbudsansökningar, anbudets giltighetstid och den skriftliga inbjudan till anbudssökandena att delta i dialogen. Av 7 § andra stycket framgår att konkurrenspräglad dialog endast får användas om förenklat förfarande och urvalsförfarande inte medger tilldelning av kontrakt.

Andra stycket genomför artikel 75 i LOU-direktivet om annonsering och motsvarar närmast 15 kap. 2 § tredje stycket LOU. Stycket innebär att särskilda bestämmelser om tekniska specifikationer, annonsering och dokumentation gäller vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet. Detta värde uppgår för närvarande till 750 000 euro (se artikel 4 d i LOU-direktivet). Kommissionen kan besluta om ändring av tröskelvärdet. Vid upphandling som avses i andra stycket ska annonsering ske med tillämpning av bestämmelser i 10 kap. Bestämmelserna om annonsering i 9–13 §§ är således inte tillämpliga vid sådan upphandling.

Definitioner som gäller för detta kapitel

4 § Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 23 § LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 287 och 318). Övervägandena finns i avsnitten 6.7.1, 11.2.4 och 12.2.

5 § Med *förenklat förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 24 § LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 309). Övervägandena finns i avsnitten 6.7.1 och 12.2.

6 § Med *urvalsförfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 25 § LOU (se prop. 1999/2000:128 s. 23 f. och prop. 2006/07:128 del 1 s. 309). Övervägandena finns i avsnitten 6.7.1 och 12.2.

Upphandlingsförfaranden

7 § En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande, urvalsförfarande eller, vid ett dynamiskt inköpssystem, genom ett selektivt förfarande enligt 6 kap. 3 §. Vid ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande får en elektronisk auktion genomföras enligt 8 kap. 15–27 §§.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 3 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärdet som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet vid upphandling av varor och tjänster. Vidare får direktupphandling användas i

tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 § LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 428 f., prop. 2009/10:180 del 1 s. 344 f. och prop. 2013/14:133 s. 34). Övervägandena finns i avsnitten 11.2.4 (direktupphandling), 12.2 (upphandlingsförfaranden), 16.2.3 (elektroniska auktioner) och 16.1.5 (dynamiska inköpssystem).

I *första stycket* har ett tillägg gjorts avseende upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem. För att genomföra en upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande myndigheten följa reglerna för selektivt förfarande i 6 kap. 3 §. Regeringen vill, med anledning av att *Lagrådet* efterfrågat klargörande om hänvisningen till bestämmelsen till 6 kap. 3 §, framhålla att när det gäller dynamiska inköpssystem på det icke direktivstyrda området ska i första hand de särskilda bestämmelser som rör sådan upphandling i 19 kap. tillämpas. I den mån det saknas särskilda bestämmelser i 19 kap. är därutöver de direktivstyrda bestämmelserna om det selektiva förfarandet tillämpliga. Att det finns särskilda bestämmelser om annonsering i 19 kap. innebär t.ex. att de direktivstyrda reglerna om förhandsannonsering inte kan tillämpas vid inrättande av ett dynamiskt inköpssystem som avser upphandling under tröskelvärdena.

Av bestämmelserna i första stycket framgår vidare att en upphandlande myndighet får använda en elektronisk auktion som en avslutande del av ett förenklat förfarande och ett urvalsförfarande. Bestämmelser om genomförandet av en elektronisk auktion finns i 8 kap. 15–27 §§.

Det tröskelvärde som avses i *tredje stycket* uppgår för närvarande till 209 000 euro. Beloppsgränsen för direktupphandling är därmed 58 250 euro (28 procent av 209 000 euro). Samma tröskelvärde och procenttal gäller i dag enligt LOU. Av regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling följer att beloppsgränsen för direktupphandling enligt LOU är 534 890 kronor. Beloppsgränsen för direktupphandling utgår från det tröskelvärde som gäller för upphandlande myndigheter under den centrala nivån vid upphandling av varor och tjänster. Möjligheten till direktupphandling är dock naturligtvis öppen för samtliga upphandlande myndigheter.

Beräkning av värdet av en upphandling

8 § Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 a § LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 345). Övervägandena finns i avsnitt 11.2.4.

LOU-direktivet talar om värdet av en upphandling medan 2004 års LOU-direktiv talar om värdet av ett kontrakt. Ordbytet kan inte anses innebära någon skillnad i sak (se avsnitt 11.2). De direktupphandlingar som ska beaktas enligt *tredje stycket* är direktupphandlingar gjorda inom den upphandlande myndighetens samtliga avdelningar (a. prop. s. 293). Detta gäller även om en avdelning är en sådan separat operativ enhet hos myndigheten som enligt 5 kap. 4 § får beräkna tröskelvärdet särskilt. Enheten ska beakta direktupphandlingar gjorda av hela myndigheten när den avgör om direktupphandling får användas eller om en offentlig upphandling ska göras med användning av något annat förfarande enligt detta kapitel.

Som uttrycks i författningskommentaren till motsvarande bestämmelse i LOU får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser som gäller upphandling över tröskelvärdena. I den nya lagen om offentlig upphandling blir det i första hand 5 kap. 3 och 5–7 §§ samt i tillämpliga delar 5 kap. 4 § som kan tjäna som ledning.

Annonsering

9 § Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

En upphandlande myndighet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Annonserna ska finnas tillgängliga i databasen under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

Paragrafens två första stycken motsvarar 15 kap. 4 § LOU. Tredje stycket är nytt. Övervägandena finns i avsnitten 16.1.5 (dynamiska inköpssystem) och 18.1.4 (annonsering).

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten vid förenklat förfarande ska begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Till skillnad från motsvarande bestämmelse i LOU är det inte längre möjligt att begära anbud genom någon annan form av annons.

I *tredje stycket* finns bestämmelser om annonsering vid inrättandet av ett dynamiskt inköpssystem. Annonsering av det dynamiska inköpssystemet ska ske under hela systemets giltighetstid. Skälet till detta är att leverantörer under hela systemets giltighetstid har möjlighet att ansöka om att få delta i systemet, vilket också förutsätter att de kan få kännedom om att systemet existerar.

10 § En upphandlande myndighet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 10 kap.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 2 § fjärde stycket LOU. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4.

Om den upphandlande myndigheten väljer att annonsera på EU-nivå enligt bestämmelserna i 10 kap. uppfylls kravet i 9 och 13 §§ på annonsering i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Om annonsen enligt 10 kap. innehåller samtliga uppgifter som avses i 11 och 12 §§ eller 13 § andra stycket behöver någon ytterligare annonsering inte ske på nationell nivå.

Innehåll i en annons

11 § En annons om upphandling enligt 9 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten.

En myndighet som avser att reservera deltagandet i en upphandling enligt 4 kap. 18 §, ska i annonsen enligt 9 § ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverad upphandling.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 § första stycket LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4.

Av *andra stycket* framgår att myndigheten om den avser att reservera deltagandet i en upphandling enligt bestämmelserna i 4 kap. 18 § så ska den ange detta i annonsen. Samma regler gäller för reserverad upphandling över tröskelvärdena.

12 § Vid förenklat förfarande ska annonsen om upphandling innehålla uppgift om

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas,
2. den dag då ansökan senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 § andra och tredje styckena LOU. Tredje punkten i andra stycket saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitten 18.1.4 (annonsering) och 18.4.3 (uppgift om anbudets giltighetstid).

Annonsering om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling

13 § En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om innehållet i en annons enligt denna paragraf.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 a § LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 143–146 och 347). Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4.

Andra stycket upplyser om regeringens möjlighet att meddela kompletterande föreskrifter, jfr den nuvarande bestämmelsen i 10 § upphandlingsförordningen (2011:1040).

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

14 § Den upphandlande myndigheten ska vid annonsering enligt 9 § med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om myndigheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Första och andra styckena gäller även när den upphandlande myndigheten annonserar om upphandling enligt 10 kap.

Paragrafen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4. Bestämmelsen motsvarar 10 kap. 7 § (se avsnitt 18.1.3).

Tredje stycket föreskriver att upphandlingsdokumenten ska göras elektroniskt tillgängliga även när den upphandlande myndigheten annonserar om upphandling enligt 10 kap. Av 3 § andra stycket följer att bestämmelserna om annonsering i 10 kap. 1 och 2 §§ ska tillämpas vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet. Vidare får enligt 10 § en upphandlande myndighet välja att publicera annonser om upphandling enligt bestämmelserna i 10 kap.

Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

15 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 9 § andra eller tredje stycket.

Vid ett dynamiskt inköpsystem ska inte några tidsfrister gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen skickats.

Paragrafens första stycke motsvarar 15 kap. 9 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.11. Andra stycket saknar motsvarighet i LOU. Dessa överväganden finns i avsnitt 16.1.5.

Andra stycket motsvarar 8 kap. 8 §, se kommentaren till den bestämmelsen.

Kommunikation

16 § Bestämmelserna i 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket gäller vid upphandling som avses i detta kapitel. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 8 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.1. Bestämmelserna om kommunikation behandlas i avsnitt 20.1.

Paragrafen innebär att bestämmelserna om kommunikation på det direktivstyrda området även gäller vid upphandling enligt 19 kap. Kommunikation under upphandlingen, t.ex. inlämning av anbudsansökningar och anbud, ska således som utgångspunkt ske med elektroniska medel. Skyldigheten att kommunicera med elektroniska medel gäller dock inte vid direktupphandling, som är ett förfarande utan krav på anbud i viss form.

De hänvisningar som görs i bestämmelsen innebär i korthet följande.

12 kap. 1 §: kommunikation under en upphandling ska som huvudregel ske med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

12 kap. 2 §: en upphandlande myndighet får vid behov anvisa leverantörerna alternativa elektroniska medel för kommunikation.

12 kap. 3 §: undantag från kravet på elektronisk kommunikation får göras om det behövs på grund av upphandlingens beskaffenhet.

12 kap. 4 §: undantag från kravet på elektronisk kommunikation får göras på grund av säkerhetsskäl.

12 kap. 5 §: viss muntlig kommunikation får förekomma under en upphandling.

12 kap. 6 §: leverantörer ska kunna få tillgång till information om vad som krävs för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud.

12 kap. 7 §: en upphandlande myndighet får kräva att en anbudsansökan eller ett anbud ska vara försedd med en avancerad elektronisk underskrift.

12 kap. 8 §: utrustningen för elektronisk kommunikation ska bl.a. säkerställa att ingen kan ta del av innehållet i anbudsansökningar och anbud förrän tidsfristen för att komma in med dessa handlingar har löpt ut.

12 kap. 9 §: uppgifter i ett upphandlingsärende ska hanteras på ett sådan sätt att uppgifterna inte förvanskas.

12 kap. 10 § första stycket: en upphandlande myndighet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningar och anbud förrän tidsfristen för att komma in med handlingarna har löpt ut.

Öppnande av anbud

17 § Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Anbuden ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 11 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.1. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 10 § andra stycket (se avsnitt 20.1).

Kontroll och uteslutning av leverantörer

18 § En leverantör ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1 §.

En leverantör får uteslutas enligt 13 kap. 2 och 3 §§.

När en fråga om uteslutning utreds ska 15 kap. 7–9 §§ tillämpas.

En upphandlande myndighet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller begäran om upplysningar ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

19 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 13 kap. 2 § ska

Prop. 2015/16:195 den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Paragraferna motsvarar 15 kap. 13 och 13 a §§ LOU. Övervägandena finns i avsnitt 22.4.

I fråga om handläggningen av ett upphandlingsärende på det icke direktivstyrda området kan noteras att 15 kap. 13 § LOU hänvisar till 10 kap. 1 och 2 §§ samma lag. Hänvisningstekniken innebär att de allmänt hållna handläggningsreglerna i 10 kap. 1 § tredje och fjärde styckena och 2 § andra och tredje styckena LOU blir tillämpliga. I lagförslaget finns inte några sådana motsvarande allmänt hållna regler. Däremot ska de åtgärder som vidtas vara förenliga med principerna för offentlig upphandling varav en är proportionalitetsprincipen. Detta följer av hänvisningen i 2 § till bestämmelserna i 4 kap. i lagförslaget.

Begränsad kontroll

20 § En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 29 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 b § LOU (se prop. 2009:10/180 del 1 s. 298 f. och 347 f. Hänvisningen i författningskommentaren till motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena ska rätteligen avse 11 kap. 17 §). Övervägandena finns i avsnitt 24.2.

Egen försäkran och kontroll av leverantörer vid dynamiska inköpssystem

21 § En leverantör som ansöker om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 18 § för att utesluta leverantören och att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt.

Den upphandlande myndigheten får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet lämnar in en ny sådan egen försäkran som avses i första stycket.

Innan den upphandlande myndigheten tilldelar ett kontrakt enligt det dynamiska inköpssystemet, ska myndigheten från den leverantör som den avser att tilldela kontraktet begära in och kontrollera de uppgifter som ligger till grund för en sådan egen försäkran som avses i första stycket. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Paragrafen har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.5.

Paragrafen reglerar kontrollen av leverantörer vid ett dynamiskt inköpssystem och bygger delvis på bestämmelserna i 8 kap. 13 §, som gäller för det direktivstyrda området. Syftet med bestämmelserna är att förenkla kontrollen av leverantörers lämplighet i likhet med vad som enligt 20 § gäller vid förenklat förfarande och urvalsförfarande.

I *första stycket* anges att en leverantör får lämna in en egen försäkran om att det inte finns grund för uteslutning enligt 18 § och att leverantören i övrigt uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten har ställt. När leverantören ansöker om att få delta i systemet behöver den alltså endast ge in en egen försäkran om att det inte finns någon grund för uteslutning och att den i övrigt uppfyller de krav som ställts. Av *tredje stycket* framgår dock att den upphandlande myndigheten, från den leverantör som den avser att tilldela kontraktet, alltid ska begära in och kontrollera de uppgifter som ligger till grund för en sådan egen försäkran som avses i första stycket. Bestämmelserna innebär alltså att endast den vinnande anbudsgivaren vid varje enskild upphandling enligt systemet behöver presentera de handlingar som ligger till grund för uppgifterna i en egen försäkran som avses i första stycket. Leverantören ska ges skäligen tid att komma in med de begärda handlingarna.

Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid får begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet lämnar in en ny sådan egen försäkran som avses i första stycket. Skälet till detta är att den upphandlande myndigheten ska kunna försäkra sig om att leverantören fortfarande uppfyller de krav som ställts. Följden av att en leverantör inte efterkommer begäran eller att leverantören inte längre kan intyga att den uppfyller kraven är att frågan om leverantörens deltagande i systemet får tas upp till prövning. Om leverantören inte kan visa att den uppfyller kraven bör leverantören kunna uteslutas från systemet.

Prövning av anbudsansökningar och anbud

22 § En upphandlande myndighet ska pröva alla anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 18 §.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 § LOU och ger uttryck för likabehandlingsprincipen. Övervägandena finns i avsnitt 31.1.

Tillgång till andra företags kapacitet

23 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 a § LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 296 f. och 348). Övervägandena finns i avsnitt 23.3.

Tilldelning av kontrakt

24 § En upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

25 § När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

26 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska myndigheten i stället beakta dem genom en prioritetsordning.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Paragraferna motsvarar delvis 15 kap. 16 § LOU. Paragraferna har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragraferna motsvarar delvis 16 kap. 1–3, och 6 §§, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Onormalt låga anbud

27 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Myndigheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 17 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 25.3.

Paragrafen motsvarar delvis 16 kap. 7 §, se kommentaren till den bestämmelsen.

Information till leverantörer

28 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 10 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.2. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 11 § (se avsnitt 20.2.1).

Skyldigheten att lämna kompletterande upplysningar gäller oavsett vilket förfarande som används. I bestämmelsen har därför hänvisningar till förenklat förfarande och urvalsförfarande utmönstrats.

29 § Vid förenklat förfarande, urvalsförfarande, konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket innebär inte att ett anbud förfaller.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 19 § LOU. Övervägandena finns i avsnitten 18.4.3 och 20.4.2. I avsnitten 18.4.1, 20.2.2 och 20.2.3 behandlas motsvarande reglering på det direktivstyrda området.

Hänvisningarna till konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem i *första stycket* är nyheter i förhållande till tidigare reglering.

Dokumentation

30 § En upphandlande myndighet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 18 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.3. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 14 § (se avsnitt 20.3).

Trots den nya lydelsen innebär bestämmelsen inte någon ändring i sak jämfört med 15 kap. 18 § LOU. De uttalanden som har gjorts i förarbetena till den bestämmelsen är således alltså av betydelse. Det innebär bl.a. att följande uppgifter som ett minimum bör omfattas av dokumentationsplikten: den upphandlande myndighetens namn och organisationsnummer, föremålet för direktupphandling, 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 samt tidpunkten för kontraktets genomförande eller kontraktets löptid. Någon sanktion finns inte i lagen för underlåtenhet att dokumentera enligt bestämmelsen (se prop. 2013/14:133 s. 24).

Om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor, gäller inte dokumentationskravet enligt första stycket (jfr prop. 1999/2000:128 s. 33 och prop. 2013/14:133 s. 23). Det är ändå viktigt att den upphandlande myndigheten dokumenterar sådana inköp, eftersom myndigheten måste kunna säkerställa att beloppsgränsen för direktupphandling inte kommer att överskridas vid senare direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret (jfr 8 § tredje stycket).

Prop. 2015/16:195 **31 §** I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, en individuell rapport enligt 12 kap. 15 §, sådana dokument som avses i 30 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande myndighet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt detta kapitel. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 20 § LOU. Tredje stycket är nytt och genomför tillsammans med 12 kap. 17 § tredje stycket artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.3. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 17 § (se avsnitt 20.3).

Hänvisningen i *andra stycket* till den individuella rapporten tar sikte på upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet, se 3 § andra stycket.

Bestämmelsen i *tredje stycket* begränsar inte den skyldighet att bevara kontraktet eller ramavtalet som kan gälla enligt andra bestämmelser, t.ex. bestämmelserna i bokföringslagen (1999:1078).

Tillgång till kontrakt

32 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande myndighet som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 33 §.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet och LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 18 §.

33 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–24 §§.

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 12 kap. 19 § artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Första stycket motsvarar 12 kap. 19 §, se kommentaren till den bestämmelsen. Se i övrigt kommentarerna till 12 kap. 20–24 §§.

Projekttävlingar

34 § Bestämmelserna i 18 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger det tröskelvärdet som avses i 5 kap. 1 §, om tävlingens värde överstiger det värde som anges i 7 § tredje stycket.

Vid anordnande av projekttävlingar ska 7 § tillämpas. En projekttävling ska annonseras enligt 9, 11 och 12 §§.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 23 § LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 441 f. och prop. 2009/10:180 del 1 s. 350). Övervägandena finns i avsnitt 28.2.

Första stycket hade tidigare en utformning som inte motsvarade avsikten med bestämmelsen. I stycket har nu klargjorts att de tillämpliga bestämmelserna i 18 kap. ska gälla för projekttävlingar vars värde understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § men som överstiger gränsen för direktupphandling enligt 7 § tredje stycket.

I *andra stycket* har en felaktig hänvisning korrigerats. Hänvisningen i andra stycket till 9, 11 och 12 §§ innebär bl.a. att bestämmelsen i 14 § om elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten vid annonsering blir tillämplig.

20 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Paragraferna i kapitlet motsvarar dem i 16 kap. LOU. I förhållande till regleringen i LOU har vissa av bestämmelserna om undantag från avtalsspärr och om överprövning kompletterats för att göra dem tillämpliga när ett kontrakt har tilldelats enligt ett dynamiskt inköpssystem. I förhållande till 16 kap. har vidare hänvisningarna där till andra lagrum i LOU ändrats till att avse motsvarande lagrum i den nya lagen om offentlig upphandling.

Författningskommentarer till bestämmelserna i 16 kap. finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 350–366. För att bestämmelserna skulle bli mer överskådliga och lättillgängliga omdisponerades kapitlet i ett senare lagstiftningsärende, se prop. 2010/11:150 del 1 s. 326 och s. 454–458. Det är den dispositionen som följs i detta kapitel med den justering som den nya 6 § innebär.

Övervägandena till kapitlet finns i avsnitt 30.1.

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 1 § LOU, tidigare 16 kap. 6 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Med tilldelningsbeslut avses även beslut om att

Prop. 2015/16:195 teckna ramavtal. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 352 f.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 12–19 §§,
2. vid tilldelning av kontrakt med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 och 8 §§,
3. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller
4. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 2 § LOU (tidigare 16 kap. 7 §, se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 354 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 455.

I förhållande till 16 kap. 2 § nuvarande LOU har ett undantag från avtalsspärren vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem införts.

Med anledning av att begreppet ”förnyad konkurrensutsättning” numera används i lagstiftningen har *punkten 2* omformulerats i förtydligande syfte. Någon ändring i sak är inte avsedd, se om ramavtal avsnitt 13.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 10 kap. 5 § eller 19 kap. 13 § får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 3 § LOU, tidigare 16 kap. 8 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 354.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 4 § LOU, tidigare 16 kap. 1 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 350 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 455.

När det gäller möjligheten att begära överprövning av ett ingånget avtal framgår av artikel 1 i första rättsmedelsdirektivet, i dess lydelse enligt ändringsdirektivet, att avtal i det direktivets mening inbegriper

sådana kontrakt, ramavtal eller dynamiska inköpssystem som omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Det avgörande för möjligheten till överprövning är alltså att det som anskaffas genom avtalet omfattas av tillämpningsområdet. Bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet tar sikte på avtal i civilrättslig mening (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 173 f.).

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 5 § LOU, tidigare 16 kap. 2 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 351.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 6 § LOU, tidigare 16 kap. 5 och 13 §§ (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 352 och 358 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 455.

7 § Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 7 § LOU, tidigare 16 kap. 14 § (se inledningen till detta kapitel). *Lagrådet* har framhållit att det inte kan råda något tvivel om att en domstol, som har fått kännedom om att ett avtal har slutits och därför överväger att avskryva målet, måste bereda leverantören tillfälle att yttra sig i avskrivningsfrågan så att leverantören om denne önskar kan justera sitt yrkande. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 359 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 456.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen motsvarar 16 kap. 8 § LOU, tidigare 16 kap. 9 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 354 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 456.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 9 § LOU, tidigare 16 kap. 4 § (se inledningen till detta kapitel). Den paragrafen har tillförts ett tredje stycke, se prop. 2015/16:129. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 351 f., prop. 2010/11:150 del 1 s. 456 och prop. 2015/16:129 s. 18 f.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 10 § LOU. I 11 § har de nuvarande andra och tredje styckena i 16 kap. 10 § slagits samman till ett stycke. För att det inte ska råda någon tvekan om utgångspunkten för tidsfristerna föreslår *Lagrådet* att den ska vara den dag då avgörandet meddelades. Några tillämpningsproblem med nuvarande lydelse borde dock inte uppstå eftersom tidpunkterna sammanfaller. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 356 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 456 f.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 11 § LOU. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 357 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 457.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den

upphandlande myndigheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 12 § LOU. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 358.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.,

2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalspar i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarstriden i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 13 § LOU, tidigare 16 kap. 15 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 360 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 457.

Bestämmelsen om bristande annonsering som grund för ogiltighetstalan i *första stycket 1* hänvisar, till skillnad från vad som gäller enligt LOU, även till bestämmelserna om förhandsannons som anbudsinfordran.

Med anledning av att begreppet ”förnyad konkurrensutsättning” numera används i lagstiftningen har *första stycket 2* omformulerats i förtydligande syfte. Någon ändring i sak är inte avsedd, se avsnitt 13.

I förhållande till 16 kap. 13 § LOU är *första stycket 3* nytt.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 14 § LOU, tidigare 16 kap. 16 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats i enlighet med

Prop. 2015/16:195 *Lagrådets* förslag. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 362 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 457 f.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 §, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §,

2. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

3. om en upphandlande myndighet genom annons enligt 10 kap. 5 § eller 19 kap. 13 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 15 § LOU, tidigare 16 kap. 17 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 363 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 458.

Med anledning av att begreppet ”förnyad konkurrensutsättning” numera används i lagstiftningen har *punkten 1* omformulerats i förtydligande syfte. Någon ändring i sak är inte avsedd, se avsnitt 13.

I förhållande till nuvarande 16 kap. 15 § LOU är *punkten 2* om dynamiska inköpssystem ny.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 16 § LOU, tidigare 16 kap. 4 § (se inledningen till detta kapitel). Den paragrafen har tillförts ett tredje stycke, se prop. 2015/16:129. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 351 f., prop. 2010/11:150 del 1 s. 458 och prop. 2015/16:129 s. 19.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 4 §, eller

2. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 17 § LOU, tidigare 16 kap. 18 § (se inledningen till detta kapitel). *Lagrådet* har föreslagit att orden ”en sammanfattning av” stryks. Enligt *Lagrådet* fyller det inte något meningsfullt syfte att den upphandlande myndigheten, vid sidan av sin skyldighet att lämna upplysningar enligt 10 kap., dessutom ska lämna en sammanfattning av dessa upplysningar. Till skillnad från *Lagrådet* anser regeringen att den föreslagna ändringen skulle utgöra en materiell förändring som inte är avsikten med det aktuella lagstiftningsärendet. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 363 f.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 18 § LOU, tidigare 16 kap. 19 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 365.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Paragrafen motsvarar 16 kap. 19 § LOU, tidigare 16 kap. 3 § (se inledningen till detta kapitel). För att regeln ska vara tillämplig behöver ett beslut som gjorts med hänvisning till denna lag inte ha fattats. Det räcker att lagen är tillämplig även om det inte fattats något beslut på det sätt som föreskrivs i lagen. En ändring av regelns ordalydelse på det sätt som *Lagrådet* har föreslagit kan tolkas inskränkande och bör inte göras. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 351.

Skadestånd

20 § En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 20 § LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 365 f.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen motsvarar 16 kap. 21 § LOU. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 366 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 458.

21 kap. Upphandlingsskadeavgift

Paragraferna i kapitlet överensstämmer med dem i 17 kap. LOU. Hänvisningarna i 17 kap. till andra lagrum i LOU har dock ändrats till att avse motsvarande lagrum i den nya lagen om offentlig upphandling.

Se vidare prop. 2009/10:180 del 1 s. 366–372 och prop. 2010/11:150 del 1 s. 458 f.

Övervägandena till kapitlet finns i avsnitt 30.1.

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalspärri i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 1 § LOU. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 366–368 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 458 f.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 2 § LOU. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 368 f.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 3 § LOU. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 369.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 4 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 369.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 5 § LOU. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 369 f.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 6 § LOU. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 371.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 7 § LOU. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 371 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 459.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 8 § LOU. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 372.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § LOU. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 372.

10 § En beslutad upphandlingskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § LOU. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 372.

22 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2–5 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 83 i LOU-direktivet. Bestämmelserna i 1–5 §§ motsvarar 18 kap. 1–5 §§ i LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 och 3–5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 83 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 2 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

3 § En upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–2 och 4–5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 83 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 3 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–3 och 5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 83 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 4 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–4 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 83 i LOU-direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 5 § LOU. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.

3. Genom lagen upphävs lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

4. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av *första punkten* framgår när den föreslagna lagen ska träda i kraft.

Av *andra punkten* framgår att bestämmelserna om intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter ska tillämpas även på förhållanden, dvs. avtal, rättshandlingar eller andra relevanta omständigheter, som avser tiden före ikraftträdandet.

Enligt *tredje punkten* ersätter den föreslagna lagen den tidigare lagen om offentlig upphandling. Den tidigare lagen ska dock enligt *fjärde punkten* fortfarande tillämpas på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017.

Övervägandena finns i avsnitt 34.

36.2 Förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. – Verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärden

6 kap. – Upphandlingsförfaranden

7 kap. – Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

8 kap. – Elektroniska metoder för upphandling

9 kap. – Tekniska krav

10 kap. – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

11 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

12 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

- 13 kap. – Uteslutning av leverantörer
- 14 kap. – Kvalificering
- 15 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt
- 16 kap. – Fullgörande av kontrakt
- 17 kap. – Projekttävlingar
- 18 kap. – Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland
- 19 kap. – Upphandling under tröskelvärdet och upphandling av tjänster enligt bilaga 2
- 20 kap. – Avtalspär, överprövning och skadestånd
- 21 kap. – Upphandlingsskadeavgift
- 22 kap. – Tillsyn
- Till lagen hör följande bilagor:
 - Bilaga 1 – Förteckning över byggtreprenadkontrakt
 - Bilaga 2 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster
 - Bilaga 3 – Definitioner av vissa tekniska specifikationer

Paragrafen motsvarar 1 kap. 1 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Upphandling inom försörjningssektorerna

2 § Denna lag gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande enhet för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster enligt 2 kap. 1–8 §§ (upphandling inom försörjningssektorerna). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.

Lagen gäller även när en upphandlande enhet anordnar en projekttävling. Vad som avses med projekttävling anges i 1 kap. 18 §.

Paragrafen genomförs, tillsammans med 4 §, artikel 1.1 och 1.2 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 23 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.1 och 6.1.2.

Paragrafens *första stycke första mening* anger att lagen gäller för upphandling som genomförs av upphandlande enheter för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster, dvs. de s.k. försörjningssektorerna. Som framgår av bestämmelsen är det alltså en förutsättning för lagens tillämpning att det som anskaffas är avsett för sådan försörjningsverksamhet som anges i 2 kap. 1–8 §§. Vad som avses med en upphandlande enhet definieras i 22 §, leverantör definieras i 15 § och kontrakt definieras i 14 §, se vidare kommentarerna till dessa paragrafer.

I *första stycket andra meningen* finns en beskrivande definition av begreppet upphandling. Avsikten är att begreppet upphandling så nära som möjligt ska stämma överens med det begrepp som tillämpas i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragrafen motsvarar således i huvudsak 1 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet och motsvaras av 1 kap. 3 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3. Prop. 2015/16:195

Paragrafen motsvarar 1 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tröskelvärden

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och upphandlingen eller projekttävlingen inte avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av denna lag utom 19 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling eller en projekttävling understiger tröskelvärdet eller om upphandlingen eller projekttävlingen avser en tjänst av sådant slag som anges i bilaga 2, ska den genomföras med tillämpning av 19 kap.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 § och bestämmelserna i 19 kap., artikel 1.1 och artikel 91 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar delvis 1 kap. 2 § första och andra styckena LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.1 (första stycket) samt avsnitten 31.1 och 32.2 (andra stycket).

Paragrafen motsvarar 1 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande enheten i den egna verksamheten, och
2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande enheten.

Paragrafen genomför artikel 32 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 19 § första stycket 5 LUF samt kategori 8 i bilaga 2 till samma lag. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 6.4.1 och 10.7.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Var finns definitioner och förklaringar?

6 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. I bilaga 3 finns definitioner av vissa tekniska specifikationer.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

- Anbudsinfordran i 10 kap. 1 §
- Anknutet företag i 3 kap. 19 §
- CPV-nomenklaturen i 4 kap. 17 §
- Blandade kontrakt i 2 kap. 9 §
- Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 11 §
- Direktupphandling i 19 kap. 4 §
- Dynamiskt inköpssystem i 8 kap. 1 §
- Elektronisk auktion i 8 kap. 15 §

Elektronisk katalog i 8 kap. 28 §
Förenklat förfarande i 19 kap. 5 §
Förfarande för inrättande av innovationspartnerskap i 6 kap. 23 och 24 §§
Förhandlat förfarande med föregående annonsering i 6 kap. 4 §
Förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 5–12 §§
Intern upphandling i 3 kap. 11–16 §§
Konkurrenspräglad dialog i 6 kap. 13 och 14 §§
Leverantör av medietjänster i 3 kap. 26 §
Märkning i 9 kap. 13 §
Posttjänst i 2 kap. 6 §
Selektivt förfarande i 6 kap. 3 §
Urvalsförfarande i 19 kap. 6 §
Öppet förfarande i 6 kap. 2 §

Paragrafen har ingen motsvarighet i LUF-direktivet eller LUF. Den motsvarar 1 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Definitioner av flertalet begrepp som används i lagen finns i detta kapitel. Andra definitioner och förklaringar som har en tydlig anknytning till ett visst kapitel eller en viss bestämmelse finns i stället i det kapitlet eller i anslutning till den bestämmelsen.

Definitioner

7 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i

1. ett selektivt förfarande,
2. ett förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
4. en konkurrenspräglad dialog,
5. ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap, eller
6. ett urvalsförfarande.

Paragrafen genomför artikel 2.8 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 1 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

8 § Med *byggtreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. avser utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
3. innebär att ett byggnadsverk realiserar enligt krav som ställs upp av en upphandlande enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

Paragrafen genomför artikel 2.2 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 3 § första stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.4.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

9 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

Paragrafen genomför artikel 2.3 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 3 § andra stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

10 § Med *direktiv 2014/25/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen, som införs på *Lagrådets* inrådan, genomför inte någon artikel i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.7. Paragrafen motsvarar 1 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Definitionen med en kortform för LUF-direktivets namn syftar till att underlätta läsningen av de paragrafer i lagen som innehåller en hänvisning till direktivet. Som framgår avser kortformen direktivet i dess ursprungliga lydelse.

11 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

Paragrafen genomför artikel 2.15 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 6 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

12 § Med *ensamrätt* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§ till ett enda företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

En rättighet utgör inte en ensamrätt enligt första stycket om den beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet grundats på objektiva kriterier.

Paragrafen genomför, tillsammans med 20 §, artikel 4.3 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 20 § tredje stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

I bestämmelsen definieras begreppet ensamrätt, som i sin tur – tillsammans med begreppet särskild rättighet – används i definitionen av begreppet upphandlande enhet i 22 §. En motsvarande definition av särskild rättighet finns i 20 § och vad som här sägs om ensamrätt gäller även för sådan rättighet.

Första stycket överensstämmer med 2 kap. 20 § tredje stycket LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 253 f. och 474 f.). Enligt undantaget i *andra stycket* omfattar begreppet inte sådana ensamrätter som har beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet har grundats på objektiva kriterier. Bestämmelsen är ny men motsvaras i sak av vad som framgår av skäl 25 till 2004 års LUF-direktiv och vad som redan får anses vara gällande rätt (jfr EU-domstolens dom kommissionen mot Belgien, C-302/14, EU:C:2015:301 och prop. 2006/07:128 del 1 s. 253 f.). Bestämmelsen är således inte avsedd att innebära någon ändring av rättsläget utan har, liksom i direktivet, införts i förtydligande syfte. Av detta skäl bör stycket inte utgå som *Lagrådet* har föreslagit. I artikel 4.3 i direktivet anges exempel på sådana förfaranden som föranleder att en beviljad ensamrätt inte omfattas av begreppet. För det första omnämns upphandlingsförfaranden med föregående annonsering i enlighet med upphandlingsdirektiven. För det andra anges som exempel förfaranden i enlighet med vissa unionsrättsakter som förtecknas i bilaga II till LUF-direktivet, som t.ex. konkurrensutsatt anbuds förfarande i enlighet med artikel 5.3 i kollektivtrafikförordningen. Förteckningen över förfarandena i bilaga II kan ändras av kommissionen. Eftersom uppräkningsen i artikel 4.3 i direktivet är exemplifierande har den inte införts i lagtexten.

13 § Med *inköpscentral* avses en upphandlande enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av

1. anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande enheter, eller

2. tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal om varor, tjänster eller byggentreprenader som är avsedda för upphandlande enheter.

Upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§.

Paragrafen genomför artikel 2.10–2.12 i LUF-direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 9 a § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 14.2.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Paragrafen innehåller definitionen av inköpscentral. Av *första stycket* framgår att en inköpscentral är en upphandlande enhet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet. Till skillnad från vad som gäller enligt 2004 års LUF-direktiv och LUF är det således inte bara en upphandlande myndighet som får vara inköpscentral. Även ett företag som är att anse som en upphandlande enhet kan vara inköpscentral.

Av *andra stycket*, som är nytt, framgår att upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet ska betraktas som upphandling i samband med utövandet av en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§. Bestämmelsen innebär att en inköpscentral ska följa bestämmelserna i denna lag vid upphandling som den genomför för att kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet, trots att inköpsverksamheten inte i sig är en sådan verksamhet som enligt 2 kap. 1–8 §§ omfattas av lagen. Om en inköpscentral t.ex. anskaffar varor för vidareförsäljning till en

upphandlande enhet i enlighet med denna lag ska inköpscentralen följa bestämmelserna i denna lag vid sin upphandling av varorna.

14 § Med *kontrakt* avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer, och
2. avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.

Paragrafen genomför artikel 2.1 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 10 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.4.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

15 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 2.6 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 11 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.3.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

16 § Med *livscykel* avses samtliga skeden, inklusive forskning och utveckling, som en vara, tjänst eller ett byggnadsverk genomgår, från råvaruanskäffning eller generering av resurser till bortskaffande, sanering och tjänstens eller användningens slut.

Paragrafen genomför artikel 2.16 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF men motsvaras delvis av 2 kap. 17 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med Lagrådets förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.6.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

17 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Paragrafen genomför artikel 3.4 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 12 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Prop. 2015/16:195 **18 §** Med *projekttävling* avses en tävling som är öppen för alla och som anordnas av en upphandlande enhet i syfte att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag.

Paragrafen genomför artikel 2.17 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap.14 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 28.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

19 § Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.

Paragrafen genomför artikel 51.1 andra stycket i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 16 § LUF. Paragrafen motsvarar 1 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.

20 § Med *särskild rättighet* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 2 kap. 1–8 §§ till två eller flera företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

En rättighet utgör inte en särskild rättighet enligt första stycket om den beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet grundats på objektiva kriterier.

Paragrafen genomför, tillsammans med 12 §, artikel 4.3 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 20 § tredje stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

I bestämmelsen definieras begreppet särskild rättighet, som i sin tur – tillsammans med begreppet ensamrätt – används i definitionen av upphandlande enhet i 22 §. En motsvarande definition av ensamrätt finns i 12 §, se kommentaren till den bestämmelsen. Vad som där sägs om ensamrätt gäller även särskild rättighet.

21 § Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 8 §.

Paragrafen genomför artikel 2.5 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 19 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.4.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 21 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

22 § Med *upphandlande enhet* avses i denna lag dels en upphandlande myndighet enligt 23 §, dels ett sådant företag som

1. en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller
2. bedriver verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§ med stöd av en ensamrätt enligt 12 § eller en särskild rättighet enligt 20 §.

Ett bestämmande inflytande enligt första stycket 1 ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieägarande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

Paragrafen genomför artikel 4.1 och 4.2 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 20 § första och andra stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med Lagrådets förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

I paragrafen definieras begreppet upphandlande enhet. Definitionen överensstämmer i sak med 2 kap. 20 § första och andra stycket LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 145 och 474). Vad som avses med upphandlande myndighet framgår av 23 § och vad som avses med ensamrätt och särskild rättighet framgår av 12 § respektive 20 §, se kommentarerna till de bestämmelserna.

23 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämställas

1. beslutande församling i en kommun och ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 17 §, och
3. sammanslutning av

a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller

- b) ett eller flera organ enligt 2.

Paragrafen genomför artikel 3.1 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 2 kap. 21 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

24 § Med *upphandlingsdokument* avses varje dokument som en upphandlande enhet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 2.9 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 8 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

25 § Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av en vara. Ett varukontrakt kan som ett underordnat inslag omfatta kompletterande monterings- och installationsarbeten.

Paragrafen genomför artikel 2.4 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 24 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.7.4.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 24 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

2 kap. Verksamheter som omfattas av lagen och blandad upphandling

Verksamheter som omfattas av lagen

Gas, värme, el och dricksvatten

1 § En verksamhet omfattas av denna lag, utom i fall som avses i 2 och 3 §§, om den består av

1. tillhandahållande eller drift av fasta publika nät i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller

2. leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät som avses i 1.

Med leverans enligt första stycket 2 förstås generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning.

Paragrafens första stycke genomför artikel 8.1, artikel 9.1 och artikel 10.1 i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Andra stycket genomför artikel 7 i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

LUF-direktivet innebär inte någon ändring i förhållande till nu gällande ordning och första stycket är likalydande med 1 kap. 4 § LUF. Andra stycket är nytt. Här klargörs att med leverans avses generering eller produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning. Att det rör sig om ett klargörande, och inte om en utvidgning av tillämpningsområdet, anges i skäl 23 i direktivet.

Produktion av gas i form av utvinning regleras i 8 §.

2 § Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar gas eller värme till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion av gas eller värme är en oundviklig följd av en annan verksamhet än någon av dem som avses 1, 4 eller 5 §,

2. leverans till det publika nätet endast syftar till att utnyttja denna produktion ekonomiskt, och

3. sådana leveranser uppgår till högst 20 procent av enhetens omsättning, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

Paragrafen genomför artikel 8.2 i LUF-direktivet och motsvaras av 1 kap. 5 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Undantaget har utvidgats något. Det får nu tillämpas även i de fall den upphandlande enhetens huvudverksamhet avser någon av de verksamheter som anges i 6–8 §§. Se närmare kommentaren till första punkten nedan.

Paragrafen gäller för andra upphandlande enheter än upphandlande myndigheter. Det kan röra sig om ett privaträttsligt företag som bedriver någon av verksamheterna som anges i 6–8 §§ med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Det kan också röra sig om ett offentligt företag som bedriver verksamhet av industriell eller kommersiell karaktär, antingen någon av verksamheterna som avses i 6–8 §§ eller någon annan verksamhet. Om verksamheten är av industriell eller kommersiell karaktär är det offentliga företaget inte ett sådant offentligt styrt organ som jämföras med upphandlande myndighet (se 1 kap. 17 § och 22 §, som motsvaras av 1 kap. 18 § och 22 § i den nya lagen om offentlig

upphandling). Ett sådant offentligt företag är alltså inte en upphandlande myndighet men det är att betrakta som en upphandlande enhet till följd av sin produktion och leverans av gas eller värme. Det kan givetvis vara en upphandlande enhet redan till följd av sin huvudverksamhet, om det rör sig om någon av verksamheterna i 6–8 §§.

Om företaget är verksamt inom något av de områden som anges i 6–8 §§ kan det även vara upphandlingsskyldigt inom ramen för denna verksamhet. Eftersom företaget inte är en upphandlande myndighet är det i alla händelser inte skyldigt att upphandla enligt den nya lagen om offentlig upphandling inom ramen för sin huvudverksamhet. Som en ”biprodukt” av den huvudsakliga verksamheten kan oundvikligen uppkomma nyttigheter i form av gas eller värme, som företaget vill använda ekonomiskt genom leverans till det publika nätet. Detta är ju enligt 1 § sådan verksamhet som i och för sig omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Den allmänna innebörden av såväl undantaget i denna paragraf som i följande 3 §, som gäller egen produktion och leverans av el eller dricksvatten, är emellertid att om den sekundära verksamheten inte är alltför omfattande faller den ändå utanför den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Företaget behöver alltså inte upphandla enligt den nya lagen när det gör anskaffningar inom ramen för den sekundära verksamheten.

Samtliga förutsättningar i punkterna 1–3 måste vara uppfyllda för att undantaget ska vara tillämpligt. *Första punkten* uppställer krav rörande företagets huvudsakliga verksamhet, som inte i sig får avse gas, värme, el eller dricksvatten (1 och 4 §§) eller transporttjänster (5 §), och produktionen inom den sekundära verksamheten, som måste vara en oundviklig följd av huvudverksamheten. Som redan berörts finns här en skillnad gentemot nuvarande 1 kap. 5 § LUF, vilken undantar alla slags verksamheter enligt LUF. LUF-direktivet har således ändrats i detta avseende i förhållande till 2004 års LUF-direktiv. Ändringen får till följd att ett företag kan vara verksamt i och upphandlingsskyldigt inom antingen postområdet, området för tillhandahållande av hamnar och flygplatser eller utvinning av olja och gas samt prospektering eller utvinning av kol eller andra fasta bränslen enligt 6–8 §§ och ändå tillämpa detta undantag för den sekundära verksamheten. Ändringen har inte kommenterats i någon skältext i LUF-direktivet eller berörts i något förklarande dokument till direktivet. Motsvarande ändring har gjorts beträffande el och vatten när dessa utgör biprodukter, se 3 § nedan. Det är oklart varför undantaget har utvidgats, men det kan konstateras att ändringen innebär att förutsättningarna har ökat för att undantaget ska kunna komma till praktisk användning. Ändringen innebär å andra sidan att det förmodade huvudsyftet med undantaget – att ett företag som normalt sett inte upphandlar inte ska behöva göra det i den sekundära verksamheten – inte kan sägas vara lika uttalat.

Andra punkten rör syftet med leveransen av biprodukten. Syftet med leveransen måste vara att hantera den produkten på ett ekonomiskt sätt. *Tredje punkten* uppställer krav rörande omfattningen av den sekundära verksamheten i förhållande till företagets totala omsättning. I artikel 8.2 i LUF-direktivet anges att omsättningen ska beräknas på de tre närmast föregående årens genomsnitt, vilket motsvarar skrivningen i artikel 3.2 i 2004 års LUF-direktiv. Den formulering som har valts i paragrafen,

Prop. 2015/16:195 ”beräknat efter genomsnittet för de tre föregående åren” motsvarar nuvarande 1 kap. 5 § LUF. Formuleringen bedöms ge uttryck för hur direktivbestämmelsen bör tolkas (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 451). Beräkningen ska alltså bygga på de tre närmast föregående kalenderåren inklusive innevarande år, där en prognos får göras för årsomsättningen.

3 § Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar el eller dricksvatten till ett publikt nät, ska detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion av el eller dricksvatten behövs för en annan verksamhet än någon av dem som avses i 1, 4 eller 5 §,
2. leverans till det publika nätet beror endast på enhetens egen förbrukning, och
3. sådana leveranser uppgår till högst 30 procent av enhetens totala produktion av el respektive dricksvatten, beräknat efter genomsnittet för de senaste tre åren.

Paragrafen genomför artikel 9.2 och artikel 10.3 i LUF-direktivet. Den motsvarar 1 kap. 6 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Paragrafen berör samma kategorier av företag som avses i 2 § och avser på samma sätt att undanta viss sekundär verksamhet, se kommentaren till den paragrafen. Den sekundära verksamhet som avses i denna paragraf är egen produktion och leverans av el eller dricksvatten.

I punkterna 1–3 anges de närmare förutsättningarna för undantaget, vilka samtliga måste vara uppfyllda. *Första punkten* innebär att företagets huvudverksamhet inte i sig får avse gas, värme, el eller dricksvatten (1 och 4 §§) eller transporttjänster (5 §) och att företaget ska producera el eller dricksvatten för användning i sin huvudverksamhet. *Andra punkten* innebär att företagets leverans ska avse överskottet av produktionen. Möjligheten att leverera måste vara kopplad till företagets egen förbrukning. *Tredje punkten* uppställer krav på omfattningen av leveranserna i förhållande till företagets totala produktion av el eller dricksvatten. Beräkningen av de närmaste föregående årens genomsnitt ska göras på det sätt som anges i kommentaren till 2 §.

4 § Denna lag gäller även för upphandling som genomförs och projektävlingar som anordnas av en upphandlande enhet som bedriver verksamhet som avser dricksvatten enligt 1 §, om upphandlingen eller projektävlingen har anknytning till

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattnings- eller dränering och den volym vatten som används för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller
2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Paragrafen genomför artikel 10.2 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 7 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Artikel 10.2 i LUF-direktivet är otydlig, men paragrafen har utformats med utgångspunkt i bedömningen att det är kontraktet och projektävlingen som ska ha anknytning till vattenbyggnadsprojekt etc. (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 452).

5 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänst för allmänheten i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

Ett publikt nät för transporttjänster ska anses finnas om tjänsten tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Paragrafen genomför artikel 11 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 8 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Artikel 11 i LUF-direktivet omfattar inte uttryckligen tillhandahållande eller drift av tunnelbanenät. Paragrafens första stycke har utformats med utgångspunkt i bedömningen att tunnelbana får anses vara en slags järnvägstransport (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 453). I andra stycket definieras nät för transporttjänster.

I 1 kap. 8 § tredje stycket LUF hänvisas till 1 kap. 22 § LUF, i vilken vissa busstransporttjänster undantas från LUF. Det undantaget har utgått varför någon motsvarande hänvisning inte görs här. I övrigt är paragrafen likalydande med 1 kap. 8 § LUF.

Posttjänst

6 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande av posttjänst och tjänst som är närstående till posttjänst.

Med posttjänst avses insamling, sortering, transport eller överlämnande av postförsändelser.

Med postförsändelse avses en adresserad försändelse i den slutliga utformning i vilken den ska överlämnas.

Med tjänst som är närstående till posttjänst avses följande som tillhandahålls av en upphandlande enhet som även tillhandahåller posttjänster:

1. tjänst som innebär hantering såväl före som efter avsändandet av postförsändelser, och
2. tjänst som avser oadresserad direktreklam och andra försändelser som inte omfattas av tredje stycket.

Paragrafen genomför artikel 13 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 9 § och 2 kap. 13 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Paragrafen innehåller definitioner av begreppen postförsändelse, posttjänster och tjänster som är posttjänster närstående. Det är genom definitionerna som lagens tillämpning när det gäller posttjänster och tjänster som är posttjänster närstående närmare avgränsas.

Vad som avses med postförsändelse framgår av *andra stycket*. Exempel på postförsändelser är brevörsändelser, böcker, kataloger, tidningar och tidskrifter samt postpaket som innehåller varor med eller utan kommersiellt värde (se artikel 13.2 a i LUF-direktivet) Av definitionen i fjärde stycket framgår vad som avses med tjänster som är posttjänster närstående. I förhållande till LUF är det enligt den nya lagen färre tjänster som omfattas av begreppet. I övrigt är tillämpningsområdet oförändrat.

7 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplats, hamn eller annan terminal för transporter i luften eller till havs eller på inre vattenvägar.

Paragrafen genomför artikel 12 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 10 § 2 LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Utvinning av olja och gas samt prospektering eller utvinning av kol eller andra fasta bränslen

8 § En verksamhet omfattas av denna lag om den består av utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att

1. utvinna olja eller gas, eller
2. prospektera eller utvinna kol eller andra fasta bränslen.

Paragrafen genomför artikel 14 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 10 § 1 LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Till skillnad från LUF omfattas inte prospektering av olja och gas av direktivets tillämpningsområde. Skälet är att den marknaden bedömts som så konkurrensutsatt att det inte längre är nödvändigt att reglera upphandling för sådan verksamhet genom upphandlingsdirektiven (se skäl 25 i LUF-direktivet).

Blandad upphandling

9 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) som alla regleras i denna lag, eller
2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 10 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 11–19 §§.

Paragrafen genomför artikel 5.1 i LUF-direktivet. Den saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen, som föreslås på *Lagrådets* inrådan, har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

I paragrafen anges vad som avses med blandade kontrakt, dvs. kontrakt som avser flera slag av upphandling enligt lagen och kontrakt som avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i lagen, dvs. upphandling som regleras t.ex. i lagen om offentlig upphandling eller lagen om upphandling av koncessioner. I definitionen av blandade kontrakt ingår endast sådana kontrakt som avser en och samma verksamhet enligt lagen. Kapitlet innehåller dock i 20–27 § även bestämmelser om kontrakt som rör flera olika verksamheter enligt lagen. På motsvarande sätt som för blandade kontrakt reglerar dessa bestämmelser hur sådana kontrakt får tilldelas och innefattar också lagvalsbestämmelser.

Blandade kontrakt som avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag

Prop. 2015/16:195

10 § Om ett blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i denna lag, ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slag som är huvudföremålet för kontraktet.

För ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för varorna eller tjänsterna.

För ett blandat kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Paragrafen genomför artikel 5.2 i LUF-direktivet. Första stycket motsvarar 1 kap. 25 § LUF och bestämmelserna i andra och tredje stycket motsvarar närmast 2 kap. 19 § andra och tredje styckena samt 24 § andra stycket LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.2. Paragrafen motsvarar 2 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Blandade kontrakt, inom en och samma verksamhet, som regleras såväl i denna lag som av andra bestämmelser

Delbara och odelbara blandade kontrakt

11 § Ett delbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12–18 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 19 §.

Paragrafen genomför artikel 5.3 första stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Rubriken och paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.1. Paragrafen motsvarar 2 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

12 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande enheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Paragrafen genomför artikel 5.4 första stycket första meningen samt artikel 25.1 och 25.2 första stycket i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

13 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 5.4 första stycket andra meningen samt artikel 25.2 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Rubriken har ändrats redaktionellt i förhållande till lagrådsremissens förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3. Paragrafen motsvarar 2 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

14 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 15–18 §§.

Paragrafen genomför artikel 5.4 andra stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Rubriken har ändrats redaktionellt i förhållande till lagrådsremissens förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3. Paragrafen motsvarar 2 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt när det ingår koncessioner

15 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner ska kontraktet tilldelas i med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag, om värdet av den del av kontraktet som regleras i lagen beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap 1 §, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. i denna lag om värdet av den del av kontraktet som regleras i lagen beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 § och värdet av den del som avser koncessioner beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt lagen om upphandling av koncessioner.

Första punkten genomför artikel 5.4 tredje stycket i LUF-direktivet. *Andra punkten* genomför inte någon artikel i direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3 (första stycket) och 7.3 (andra stycket). Paragrafen är tillämplig exempelvis om en upphandlande enhet i ett och samma kontrakt upphandlar en byggtreprenad i form av reparation av vattenanläggningar, och kombinerar detta med en tjänstekoncession avseende driften av vattenförsörjningen. Paragrafen motsvarar 2 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se även kommentaren till den bestämmelsen.

16 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 25.2 tredje stycket a och artikel 25.3 i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3. Paragrafen motsvarar 2 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

17 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får enheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 25.2 tredje stycket b i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Lagrådet föreslår dock inte något andra stycke i paragrafen. I förhållande till lagrådsremissens förslag har vissa redaktionella ändringar skett. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Bestämmelserna om kontrakt med inslag av försvar eller säkerhet kan vara tillämpliga om t.ex. en upphandling avser uppförandet av en ny terminal på en flygplats. I terminalen ska installeras utrustning för att upptäcka explosiva ämnen, vilket nödvändiggör att information sekretessbeläggs vilket i sin tur medför att bestämmelserna i LUF blir tillämpliga för den delen av kontraktet. Om förutsättningarna i 18 § är uppfyllda får hela kontraktet tilldelas med tillämpning av bestämmelserna i LUF.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se även kommentaren till den bestämmelsen.

18 § Bestämmelserna i 16 och 17 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Paragrafen genomför artikel 25.2 fjärde stycket i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF men speglar 1 kap. 6 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

19 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får enheten tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag,

Paragrafen genomför artikel 5.5 och artikel 25.4 i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har delvis utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.3. Paragrafen motsvarar 2 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandling som rör mer än en verksamhet

20 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet, får den upphandlande enheten i enlighet med bestämmelserna i 21–27 §§ välja att tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.

Paragrafen genomför artikel 6.1 första stycket första meningen och artikel 26.1 första stycket första meningen i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

Bestämmelserna i 11–19 §§ ovan genomför artikel 5 i direktivet och reglerar vad som ska gälla när det som anskaffas ska användas i en och samma verksamhet. Bestämmelser med motsvarande innehåll finns i den nya lagen om offentlig upphandling. Bestämmelserna om upphandling som avser mer än en verksamhet är specifika för den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. De är tillämpliga när ett kontrakt avser en eller flera anskaffningar som ska användas i flera verksamheter hos den upphandlande enheten. Sådana verksamheter kan vara föremål för skilda regelverk. En upphandlande enhet, som också är en upphandlande myndighet och bedriver verksamhet inom båda områdena, kan t.ex. köpa in kontorsutrustning som är avsedd att användas i båda verksamheterna. Enligt artikel 6.1 andra stycket första meningen i direktivet gäller det som sägs i artikel 6 trots vad som sägs i artikel 5. En upphandlande enhet ska alltså tillämpa bestämmelserna om upphandling som rör flera verksamheter, i stället för bestämmelserna i 11–19 §§, när ett kontrakt rör flera verksamheter.

I paragrafen anges som huvudregel att en upphandlande enhet får dela upp ett kontrakt som är avsett för flera verksamheter i flera separata kontrakt. Enheten får också välja att tilldela ett enda kontrakt. Dock gäller de allmänna kraven i 21 § om att valet inte får ske i syfte att undvika att bestämmelserna i någon av de övriga upphandlingslagarna ska bli tillämpliga. Om någon av de berörda verksamheterna rör försvar eller säkerhet måste också kraven i 27 § vara uppfyllda för att enheten ska få tilldela ett enda kontrakt utan tillämpning av denna lag.

21 § Den upphandlande enheten får inte tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Paragrafen genomför artikel 6.1 tredje stycket, artikel 26.1 andra stycket andra meningen och artikel 26.2 tredje stycket sista ledet i LUF-direktivet. Paragrafen motsvaras av 1 kap. 28 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

Paragrafen innebär ett förbud mot att antingen tilldela ett enda kontrakt eller tilldela ett antal separata kontrakt om syftet med den valda åtgärden är att undandra kontraktet eller kontrakten från skyldighet att upphandla enligt de direktivstyrda bestämmelserna i någon av lagarna. Paragrafen tar alltså sikte på fallet att det är klarlagt att den upphandlande enhetens val inte är motiverat av tekniska eller ekonomiska orsaker, utan enbart görs i syfte att undgå de unionsrättsliga reglerna om upphandling.

Tilldelning av separata kontrakt för olika verksamheter

22 § Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt, ska för varje kontrakt tillämpas de bestämmelser som gäller för det kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 6.1 första stycket andra meningen och artikel 26.1 första stycket andra meningen i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

Tilldelning av ett enda kontrakt som rör flera verksamheter

23 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet och den upphandlande enheten tilldelar kontraktet som ett enda, ska för kontraktet tillämpas de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör.

Om kontraktet till någon del rör verksamhet som omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) eller regleras i lagen (2011:1029) om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, ska dock 25–26 §§ tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 6.2 i LUF-direktivet och artikel 6.1 andra stycket andra meningen i LUF-direktivet. Första stycket överensstämmer med 1 kap. 25 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

24 § Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör ska följande gälla:

1. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i den lagen.

2. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

3. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i denna lag och den eller de andra verksamheterna inte regleras i denna lag, lagen om offentlig

Prop. 2015/16:195 upphandling eller lagen om upphandling av koncessioner, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

Paragrafen genomför artikel 6.3 i LUF-direktivet och motsvaras delvis av 1 kap. 26–27 §§ LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

Paragrafen följer principen om att striktast möjliga regelverk ska tillämpas. Ett exempel på när tredje punkten kan vara tillämplig är om en av verksamheterna avser produktion av olja och den andra verksamheten avser prospektering av olja, som inte omfattas av den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (se 2 kap. 14 §). Den andra verksamheten kan också vara en sådan konkurrensutsatt verksamhet som är undantagen i enlighet med 3 kap. 24 §. Situationen att den andra verksamheten avser försvars- eller säkerhetsaspekter regleras i 25–27 §§.

Tilldelning av ett enda kontrakt när det ingår försvars- eller säkerhetsaspekter

25 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag om en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Detta gäller även om upphandlingen också innehåller delar som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 26 §, artikel 26.2 första och andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

Om den upphandlande enheten väljer att tilldela ett enda kontrakt, och en del av kontraktet avser verksamhet som omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), innebär *första stycket* att kontraktet kan tilldelas utan upphandling. Av *andra stycket* följer att även ett kontrakt som innehåller tre delar – en del som träffas av artikel 346 i EUF-fördraget och härutöver delar som rör verksamheter som regleras i denna lag samt LUF, kan tilldelas utan upphandling.

26 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten, om kontraktet till en del avser verksamhet som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 25 §, artikel 26.2 första stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

Första stycket innebär att om den upphandlande enheten tilldelar ett enda kontrakt och en del av kontraktet är avsett för en verksamhet som regleras i LUF, får enheten välja att låta LUF vara styrande för

tilldelningen av kontraktet. *Andra stycket* klargör att om den upphandlande enheten väljer detta alternativ, ska värdet på den del av kontraktet som avser upphandling enligt LUF, i förhållande till tröskelvärdesbestämmelserna i LUF, vara avgörande för om hela kontraktet ska upphandlas i enlighet med de direktivstyrda eller icke direktivstyrda bestämmelserna i LUF. Om ”den delen av kontraktet är undantagen enligt någon bestämmelse i LUF, kan hela kontraktet undantas. Av 27 § följer emellertid att valet att låta LUF vara styrande måste vara berättigat av objektiva skäl. Av 21 § följer också att syftet inte får vara att undvika att de direktivstyrda bestämmelserna i denna lag ska bli tillämpliga på kontraktet.

27 § Bestämmelserna i 25 och 26 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder.

Paragrafen genomför artikel 26.2 tredje stycket första ledet i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.4.

Tilldelning av ett enda kontrakt i dessa fall kan få till följd att upphandlingsskyldighet helt bortfaller för kontraktet. Därför gäller att åtgärden måste vara berättigad av objektiva skäl. Vad som är objektiva skäl får avgöras från fall till fall. Om det brister i denna förutsättning kan den upphandlande enheten, beroende på omständigheterna, upphandla hela kontraktet enligt denna lag eller välja att tilldela separata kontrakt. Enheten måste också förhålla sig till kravet i 21 § om att valet mellan att tilldela flera separata kontrakt eller ett enda kontrakt inte får ske i syfte att undvika att bestämmelser i någon av de övriga upphandlingslagarna ska bli tillämpliga.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

1 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som

1. omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller

2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8, 9 eller 10 § i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 24.1 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 3 a § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.1.

Den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ska inte tillämpas för upphandling eller projekttävling som omfattas av LUF:s tillämpningsområde. Innebörden av paragrafen är att en upphandling som annars skulle ha omfattats av denna lag inte gör det, om kontraktet i stället ska upphandlas eller undantas enligt LUF. Därför har bestämmelsen nu placerats i kapitlet ”Undantag från lagens tillämpningsområde”. Ändringen är redaktionell och innebär inte någon ändring av rättsläget. Paragrafen motsvarar 3 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se även kommentaren till den bestämmelsen.

Prop. 2015/16:195 2 § Även om en upphandling eller en projekttävling inte är undantagen enligt 1 § ska denna lag inte gälla för upphandlingen eller projekttävlingen, om

1. skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen eller projekttävlingen genomförs enligt denna lag, eller

2. en tillämpning av denna lag skulle kräva att en upphandlande enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

Paragrafen genomför artikel 24.2 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.2. Paragrafen motsvarar 3 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

3 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av kontraktet eller projekttävlingen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling eller en projekttävling enligt denna lag.

Paragrafen genomför artikel 24.3 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 13 a § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.2. Nuvarande lag möjliggör enbart undantag på grund av sekretess. Till följd av ändrad reglering i LUF-direktivet ges i den föreslagna paragrafen en möjlighet att också göra undantag om upphandlingen eller projekttävlingen rör Sveriges väsentliga intressen. Paragrafen motsvarar 3 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se även kommentaren till den paragrafen.

Återförsäljning eller uthyrning till tredje man

4 § Denna lag gäller inte för anskaffning som görs vid återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för kontraktet och även andra har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska kommissionen anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Bestämmelserna i första och andra styckena ska inte tillämpas på upphandling som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet.

Paragrafen genomför artikel 18 och 2.12 andra stycket sista meningen i LUF-direktivet och motsvarar delvis 1 kap. 12 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.3.

Vad gäller *första* och *andra styckena* innebär LUF-direktivet ingen ändring i förhållande till nu gällande ordning och bestämmelserna motsvarar 1 kap. 12 § LUF. I *tredje stycket* anges att undantaget för återförsäljning eller uthyrning till tredje man och anmälnings-skyldigheten i första och andra styckena inte gäller för upphandlingar som genomförs av en inköpscentral för att den ska kunna bedriva centraliserad inköpsverksamhet. Bestämmelsen är ny och har införts i förtydligande syfte.

5 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som syftar till att sådan verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§ ska utövas i en stat som inte ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i en EES-stat.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska kommissionen anmäla de verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Paragrafen genomför artikel 19 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 13 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.3. Paragrafen innebär ingen ändring av rättsläget.

Enligt artikel 19.1 är LUF-direktivet inte tillämpligt för något annat ändamål än de verksamheter som anges i artiklarna 8–14. Detta följer emellertid redan av 1 kap. 2 § och har därför inte angetts särskilt här (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 456 f.).

Upphandling enligt vissa internationella regler

6 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som berör försvars- eller säkerhetsintressen och som en upphandlande enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna,

2. genom ett internationellt avtal eller arrangemang som avser stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller

3. av en internationell organisation.

Paragrafen genomför artikel 27.1 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 14 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.5. Paragrafen motsvarar 3 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

7 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella rättsliga skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

Paragrafen genomför artikel 20.1 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 14 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.5. Paragrafen motsvarar 3 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för en upphandling eller en projekttävling som en upphandlande enhet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när upphandlingen eller projekttävlingen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om upphandlingen eller projekttävlingen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Paragrafen genomför artikel 20.2 och 27.2 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.5. Paragrafen motsvarar 3 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte för ett tjänstekontrakt som en upphandlande enhet tilldelar en upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Paragrafen genomför artikel 22 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 20 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.6. Paragrafen motsvarar 3 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandling som avser vatten, energi eller bränsle i vissa fall

10 § Denna lag gäller inte för en upphandling som genomförs av en upphandlande enhet och som avser

1. anskaffning av vatten, om den upphandlande enheten bedriver sådan verksamhet enligt 2 kap. 1 § som avser dricksvatten, eller

2. leverans av energi eller bränsle för energiproduktion, om den upphandlande enheten bedriver sådan verksamhet enligt 2 kap. 1 § som avser el, gas eller värme eller bedriver verksamhet som avses i 2 kap. 8 §.

Paragrafen genomför artikel 23 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 21 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.3.

Intern upphandling

11 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om upphandlingen är en intern upphandling enligt någon av 12–16 §§.

Paragrafen genomför, tillsammans med 12–18 §§, artikel 28 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har huvudsakligen utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Undantagen från kravet på upphandling för intern upphandling enligt 12–16 §§ gäller endast sådana upphandlande myndigheter som avses i

1 kap. 23 §. Detta följer av att det i paragrafen anges att det ska röra sig om avtal som sluts av en upphandlande myndighet. Sådana upphandlande enheter enligt 1 kap. 22 § som inte är upphandlande myndigheter enligt 23 § i samma kapitel faller således utanför undantagsbestämmelsernas tillämpningsområde.

Paragrafen motsvarar i övrigt 3 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

12 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndighetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten.

Paragrafen genomför artikel 28.1 första och andra styckena i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

13 § En upphandling ska också anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för myndigheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som myndigheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter,

2. myndigheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas intressen.

Paragrafen genomför artikel 28.3 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

14 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 15 §, artikel 28.2 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

15 § En upphandling ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 16 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 11 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens och motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

Paragrafen genomför, tillsammans med 14 §, artikel 28.2 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

16 § Verksamhetsandelen enligt 12 § första stycket 2, 13 § första stycket 2, 14 § första stycket 2 och 15 § första stycket 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför, tillsammans med 18 §, artikel 28.5 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. Prop. 2015/16:195

Upphandling mellan upphandlande myndigheter

17 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål,

2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Paragrafen genomför artikel 28.4 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Av ordalagen i paragrafen följer att undantag från kravet på upphandling enligt paragrafen gäller endast sådana upphandlande myndigheter som avses i 1 kap. 23 §. Detta följer av att det i paragrafen anges att det ska röra sig om kontrakt som ingås mellan upphandlande myndigheter. Sådana upphandlande enheter enligt 1 kap. 22 § som inte är upphandlande myndigheter enligt 23 § i samma kapitel faller således utanför undantagsbestämmelsens tillämpningsområde.

Paragrafen motsvarar i övrigt 3 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

18 § Verksamhetsandelen enligt 17 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 §, artikel 28.5 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Anknutna företag och samriskföretag

19 § Med *anknutet företag* avses

1. ett företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,

2. ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och

3. ett företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG, i lydelsen enligt rådets direktiv 2014/102/EU.

Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

Paragrafen genomför artikel 29.1–2 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 2 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.3. Definitionen av anknutet företag har här införts i anslutning till de paragrafer där begreppet används. Paragrafen har samma lydelse som 2 kap. 2 § LUF förutom att en hänvisning nu görs till direktiv 2013/34/EU, vilket har ersatt direktiv 83/349/EEG. I Sverige återfinns i årsredovisningslagen (1995:1554) bestämmelser som genomför det direktivet (SFS 2015:813).

Artikel 29–31 i LUF-direktivet om anknutna företag och samriskföretag innebär ingen ändring av rättsläget (artikel 23 i 2004 års LUF-direktiv som har genomförts i 1 kap. 15–18 §§ samt 2 kap. 2 § LUF). Regleringen i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna om anknutna företag och samriskföretag är därför i allt väsentligt utformad i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i LUF, se för tidigare överväganden och kommentarer prop. 2006/07:128 del 1 s. 257 f., 458 f. och 467 f. Som *Lagrådet* konstaterar framgår det inte av direktivet om ett bestämmande inflytande kan uppkomma genom avtal.

20 § Under de förutsättningar som anges i 21 § gäller inte denna lag för kontrakt som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller
2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dessa enheter.

Paragrafen genomför artikel 29.3 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 15 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.3. Av direktivet framgår att undantaget gäller utan hinder av de nya bestämmelserna i artikel 28 (11–18 §§). En upphandlande enhet är således oförhindrad att undanta kontrakt med stöd av denna paragraf, även om också bestämmelserna om intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter är tillämpliga.

21 § Bestämmelserna i 20 § gäller under förutsättning att leverans med anledning av tilldelningen av varu-, tjänste- eller byggtreprenadkontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av varor, tjänster respektive byggtreprenader under de föregående tre åren.

Om ett anknutet företag inte kan visa sin omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande,

får företaget genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som avses i första stycket kommer att uppnås.

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande byggentreprenader, varor eller tjänster, ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från varor, tjänster respektive byggentreprenader från dessa anknutna företag.

Paragrafen genomför artikel 29.4–6 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 16 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.3.

22 § Denna lag gäller inte för ett kontrakt som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 2 kap. 1–8 §§, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller

2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

Paragrafen genomför artikel 30 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 17 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.3. Av direktivet framgår att undantaget gäller utan hinder av de nya bestämmelserna i artikel 28 (11–18 §§). En upphandlande enhet är således oförhindrad att undanta kontrakt med stöd av denna paragraf, även om också bestämmelserna om intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter är tillämpliga.

23 § På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat ett kontrakt med tillämpning av något av undantagen i 20 eller 22 § lämna uppgifter till kommissionen om

1. namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen, och

2. de berörda kontraktens art och värde.

Den upphandlande enheten ska också tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 20–22 §§.

Paragrafen genomför artikel 31 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 18 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.3.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

24 § Denna lag gäller inte om verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde och detta har fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i direktiv 2014/25/EU.

En upphandlande enhet får begära att Europeiska kommissionen prövar om förutsättningarna enligt första stycket är uppfyllda för en viss verksamhet.

Paragrafen genomför artikel 34.1 och 35.1 första stycket i LUF-direktivet och är likalydande med 1 kap. 23 § LUF förutom att en hänvisning här

Prop. 2015/16:195 görs till LUF-direktivet i stället för 2004 års LUF-direktiv. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.3.1.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

25 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillhör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Paragrafen genomför artikel 21a i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 19 § första stycket 1 samt andra stycket LUF. Andra stycket har utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.1. Paragrafen motsvarar 3 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Radio- och tv-området

26 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som tillhandahålls av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Paragrafen genomför LUF-direktivets artikel 21i och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.2. Paragrafen motsvarar 3 kap. 20 § första stycket 2 samt andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

27 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Paragrafen genomför artikel 21b i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 19 § första stycket 2 LUF. Uttrycket ”kontrakt” har på *Lagrådets* inrådan ersatts med ”upphandling”. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.3. Paragrafen motsvarar 3 kap. 21 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Vissa juridiska tjänster

28 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,
2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller
3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

Paragrafen genomför LUF-direktivets artikel 21c i och ii och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.3. Paragrafen motsvarar 3 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

29 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. tjänster som avser certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,
2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,
3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Paragrafen genomför artikel 21c iii–v i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Uttrycket ”kontrakt” har på *Lagrådets* inrådan ersatts med ”upphandling”. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.3. Paragrafen motsvarar 3 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Vissa finansiella tjänster

30 § Denna lag gäller inte för upphandling som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
2. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller
3. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Paragrafen genomför artikel 21d och e i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 19 § första stycket 3 LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.4. Förutom att det i denna paragraf inte görs något undantag för verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller centralbankstjänster motsvarar den 3 kap. 24 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Anställningskontrakt

31 § Denna lag gäller inte för kontrakt som avser anställningar.

Paragrafen genomför artikel 21f i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 19 § första stycket 4 LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.5. Paragrafen motsvarar 3 kap. 25 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

32 § Denna lag gäller inte för upphandling av tjänster som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar, och

2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Paragrafen genomför artikel 21h i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.8.6. Paragrafen motsvarar 3 kap. 26 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

1 § Upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Paragrafen genomför artikel 36.1 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 24 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 9.1.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Paragrafen genomför artikel 36.1 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 9.1.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

3 § En upphandlande enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 24 a § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 9.3. I förhållande till tidigare reglering framgår uttryckligen att arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas.

Rätten att få delta i en upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

När det gäller tjänstekontrakt, byggentreprenadkontrakt eller sådant varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, eller får en juridisk person åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppgive namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

Paragrafen genomför artikel 37.1 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 29 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.1. Paragrafen motsvarar 4 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt.

Enheten får ange i något av upphandlingsdokumenten hur grupper av leverantörer ska uppfylla kvalificeringskraven enligt 14 kap. om det är berättigat av objektiva skäl.

Enheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra kontraktet om det är berättigat av objektiva skäl.

Paragrafen genomför artikel 37.2 och 37.3 i LUF-direktivet och motsvarar 1 kap. 30 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.1. Paragrafen motsvarar 4 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud

6 § Den upphandlande enheten får vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud genom att använda kriterier som grundar sig på

1. ett behov av att minska antalet till en nivå som kan anses rimlig med hänsyn till särskilda förhållanden vid upphandlingen, och

2. de resurser som behövs för dess genomförande.

När den upphandlande enheten med stöd av första stycket begränsar antalet anbudssökande som får lämna anbud, ska antalet vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

Paragrafen genomför artikel 78.2 samt tillsammans med 6 kap. 3, 4, 13 och 23 §§, artikel 46.2 första stycket, 47.2 första stycket, del av 48.1 tredje stycket och del av 49.1 fjärde stycket i LUF-direktivet och motsvaras av 11 kap. 10 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om begränsning av antalet leverantörer som får delta i en upphandling som genomförs med hjälp av ett tvåstegsförfarande.

Regleringen i *andra stycket* innebär enligt regeringens bedömning att antalet anbudssökande inte bör minskas till färre än tre.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna

7 § Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget.

En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.

Paragrafen genomför del av artikel 59 andra stycket samt tredje stycket i samma artikel i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.2.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

8 § En upphandlande enhet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Enheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Paragrafen genomför artikel 76.4 i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 9 kap. 8 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 10.4.1.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Val av anbud

9 § En upphandlande enhet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 15 kap.

Enheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera att anbudsgivarna uppfyller de villkor som enheten ställt enligt 14 kap.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om de villkor en leverantör ska uppfylla och som enheten ska pröva innan den tilldelar ett kontrakt och genomför artikel 76.1 och 76.5 i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.3. Paragrafen motsvarar delvis 4 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

I bestämmelsen anges den ordning som enheten ska följa i processen att välja ut det vinnande anbudet. Hänvisningen till att tilldelning ska ske i enlighet med 15 kap. innebär att anbudena ska utvärderas med avseende på tilldelningskriterierna innan beslut om tilldelning fattas. Innan ett anbud utvärderas ska emellertid leverantörens lämplighet ha kontrollerats med avseende på de villkor som enheten har ställt enligt 14 kap. Sådana

villkor kan innebära att det inte ska finnas uteslutningsgrund eller att vissa kvalificeringskrav ska vara uppfyllda. Som Lagrådet påpekar saknas det anledning att föreskriva som en självständig punkt i paragrafen att den upphandlande enheten ska kontrollera att leverantören inte ska uteslutas med stöd av 13 kap. En sådan kontroll blir aktuell först om enheten har ställt upp ett villkor om uteslutning och täcks då in av bestämmelsens hänvisning till villkor enligt 14 kap. Om enheten tillämpar uteslutningsgrunderna i 13 kap. eller sådana kvalificeringskrav som anges i 14 kap. 1–5 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling ska enheten vid kontrollen tillämpa 15 kap. i den lagen.

Som framgår reglerar inte bestämmelsen enhetens kontroll av i vilken utsträckning ett anbud står i överensstämmelse med de krav, villkor eller kriterier beträffande anbudet som har angetts i upphandlingsdokumenten. Det som anges i artikel 76.5 i direktivet, att den upphandlande enheten ska kontrollera att anbudet står i överensstämmelse med de regler och krav som ska tillämpas på anbud, får anses genomfört genom den inledande hänvisningen till kapitlet om tilldelning av kontrakt. Reglerna i det kapitlet får nämligen anses förutsätta att enheten endast utvärderar anbud som står i överensstämmelse med det som har krävts enligt upphandlingsdokumenten.

10 § När enheten använder ett öppet förfarande vid upphandlingen, får enheten utvärdera anbudet innan den kontrollerar om den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet uppfyller villkoren enligt 9 §.

Paragrafen genomför artikel 76.7 första stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.3. Paragrafen motsvarar 4 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Artikel 76.7 första stycket i direktivet motsvarar artikel 56.2 första stycket i LOU-direktivet. I den senare anges att kontrollen av leverantören ska göras ”på ett opartiskt och öppet sätt”. Någon sådan motsvarande formulering finns inte i den förra Innebörden av de båda bestämmelserna är emellertid densamma, dvs. att ingen ska tilldelas kontraktet som borde ha uteslutits eller inte uppfyller de krav som fastställts av den upphandlande enheten. Som framgår av kommentaren till 4 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling följer vidare kravet på öppenhet och opartiskhet redan av en tillämpning av de allmänna principerna för upphandling. Att denna skillnad mellan direktiven skulle ha någon materiell betydelse framstår sålunda inte som troligt.

För kommentar i övrigt se 4 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar

11 § En upphandlande enhet får besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Enheten får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen innehåller bestämmelser om tilldelning av ett kontrakt i separata delar och genomför artikel 65.1 första stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.5. Paragrafen motsvarar 4 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Skyldighet att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar

12 § Om en upphandlande enhet beslutar att inte tilldela ett kontrakt i separata delar, ska skälen för detta anges. Skälen ska lämnas i något av upphandlingsdokumenten eller genom sådan information som avses i 12 kap. 15 §.

Paragrafen genomför inte någon artikel i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.5.

En upphandlande enhet har enligt paragrafen en skyldighet att motivera sitt ställningstagande att inte tilldela ett kontrakt i separata delar. Bestämmelsen går utöver det som krävs enligt LUF-direktivet och motsvarar det som gäller för upphandlande myndigheter enligt den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till 4 kap. 14 § i den lagen.

Anbud på ett kontrakt som ska tilldelas i delar

13 § En upphandlande enhet som enligt 11 § beslutar att ett kontrakt ska tilldelas i delar ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet.

Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får enheten begränsa det antal delar av kontraktet som enheten kan komma att tilldela en och samma leverantör. När enheten beslutar om en sådan begränsning, ska den också fastställa den ordning som ska gälla när en leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Paragrafen genomför tillsammans med 15 § första och andra stycket artikel 65.1 andra stycket och 65.2 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.5. Paragrafen motsvarar 4 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Tilldelning av kombinerade delar av ett kontrakt som har delats upp

14 § En upphandlande enhet som delar upp ett kontrakt i delar enligt 11 § och bestämmer att anbud får lämnas på flera eller alla delar av kontraktet enligt 13 §, får bestämma att flera eller alla delar ska kunna tilldelas en och samma leverantör som kombinerade delar.

Om enheten har beslutat att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, får den tilldela flera eller alla delar av kontraktet till den leverantör vars anbud sammantaget bäst uppfyller tilldelningskriterierna. En sådan tilldelning omfattas inte av några begränsningar enligt 13 § andra stycket.

När enheten bestämmer att ett uppdelat kontrakt ska kunna tilldelas i kombinerade delar enligt första stycket, ska den också fastställa den ordning som

ska tillämpas för att bedöma dels vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontraktet, dels om kontraktet ska tilldelas i delar eller kombinerade delar.

Paragrafen genomför tillsammans med 15 § tredje stycket artikel 65.3 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.5 Paragrafen motsvarar 4 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Annonsering och offentliggörande i övrigt

15 § En upphandlande enhet som tilldelar ett kontrakt i delar enligt 11 §, ska i annonsen eller i inbjudan att bekräfta intresse ange om anbud får lämnas för en, flera eller alla delar av kontraktet enligt 13 § första stycket.

Om enheten avser att begränsa antalet delar av ett kontrakt som kan komma att tilldelas en leverantör enligt 13 § andra stycket, ska enheten

1. i annonsen eller inbjudan ange det största antal delar av kontraktet som högst får tilldelas en och samma leverantör, och

2. i något av upphandlingsdokumenten ange den ordning som ska gälla när en och samma leverantör vid en tillämpning av tilldelningskriterierna ska tilldelas fler delar av kontraktet än vad begränsningen medger.

Om enheten avser att tilldela kombinerade delar av ett kontrakt enligt 14 §, ska enheten i annonsen eller inbjudan ange

1. att ett uppdelat kontrakt kan komma att tilldelas i kombinerade delar enligt 14 § första stycket, och

2. den ordning som ska tillämpas enligt 14 § tredje stycket.

Paragrafens första och andra stycke genomför tillsammans med 13 § artikel 65.1 andra stycket och 65.2 i LUF-direktivet. Tredje stycket genomför tillsammans med 14 § artikel 65.3 i direktivet. Bestämmelserna saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.5. Paragrafen motsvarar 4 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Reserverad upphandling

16 § En upphandlande enhet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller

2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Paragrafen genomför artikel 38.1 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.6.1.

Av artikel 38.2 framgår att det ska anges i anbudsinfördran om en upphandling ska genomföras som en reserverad upphandling. Detta

Prop. 2015/16:195 framgår av Kommissionens standardformulär för annonsering. Paragrafen motsvarar 4 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

CPV-nomenklaturen

17 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggentreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

Paragrafens första stycke genomför artikel 41 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 5 § LUF. Andra stycket genomför inte någon bestämmelse i direktivet och motsvarar 1 kap. 2 § femte stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.7. Paragrafen motsvarar 4 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

5 kap. Tröskelvärden

Tillämpliga tröskelvärden

1 § De tröskelvärden som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 15 i direktiv 2014/25/EU eller i beslut eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 17 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Paragrafens första stycke genomför, tillsammans med 1 kap. 4 §, artikel 15 i LUF-direktivet. Andra stycket genomför inte någon bestämmelse i direktivet. Paragrafen motsvarar i viss mån 3 kap. 1 § LUF och delvis 5 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.1.

På samma sätt som i 2004 års LUF-direktiv anges i artikelbestämmelsen uttryckligen att direktivet ska tillämpas på all upphandling som inte ska undantas enligt artiklarna 18–23 eller artikel 34 när det gäller utövande av verksamheten i fråga. Syftet får antas vara att markera försörjningsdirektivets karaktär av *lex specialis*. Det framgår emellertid redan av de bestämmelser i 3 kap. som genomför de aktuella undantagen att vissa upphandlingar inte omfattas av lagen. Det blir i dessa fall inte aktuellt att beakta tröskelvärdena (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 480).

Första stycket anger vilka bestämmelser om tröskelvärden som gäller när en upphandlande enhet enligt 1 kap. 4 § ska bedöma vilka bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingen. Paragrafen hänvisar till artikel 15 i LUF-direktivet där tröskelvärdena framgår. Enligt artikel 17 ska Kommissionen revidera tröskelvärdena.

I likhet med nuvarande ordning är uppdelningen i direktivet gjord utifrån de olika upphandlingsslagen (varor, tjänster respektive bygg-

entreprenader). För varor och tjänster och projekttävlingar gäller enligt direktivet ett tröskelvärde, för sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2 till lagen gäller ett annat tröskelvärde och för byggentreprenader gäller ett tredje. Eftersom tröskelvärdena ska revideras regelbundet kommer de att variera över tiden.

Värdet av en upphandling

2 § Värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt det eller de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

Paragrafen genomför artikel 16.1 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 2 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Separata operativa enheter

3 § Om en upphandlande enhet består av separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling uppskattas till det samlade värdet för alla sådana enheter. Värdet får dock uppskattas särskilt för en sådan enhet, om den ansvarar självständigt för sina upphandlingar eller för vissa kategorier av upphandlingar.

Paragrafen genomför artikel 16.2 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.1. Paragrafen motsvarar 5 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Värdetidpunkten

4 § Uppskattningen av en upphandlings värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Paragrafen genomför artikel 16.4 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 3 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Förbud mot kringgående

5 § Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför, tillsammans med 6 §, artikel 16.3 i LUF-direktivet och motsvarar närmast 3 kap. 9 § andra stycket LUF. Andra meningen motsvarar 3 kap. 4 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3. Paragrafen motsvarar 5 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

6 § En upphandling får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Paragrafen genomför, tillsammans med 5 §, artikel 16.3 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 4 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.3. Paragrafen motsvarar 5 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandling av delkontrakt

7 § Om en planerad byggtreprenad eller anskaffning av tjänster respektive anskaffning av likartade varor kan innebära att flera kontrakt upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas när det avgörs om upphandlingens värde uppgår till tröskelvärdet enligt 1 §.

Om tröskelvärdet överskrids, ska varje delkontrakt upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet

Detta gäller dock inte för ett enskilt delkontrakt vars värde är lägre än

1. 80 000 euro när det gäller varor eller tjänster, eller

2. 1 000 000 euro när det gäller byggtreprenader.

Finns det flera delkontrakt av sådant slag som anges i föregående stycke, ska vart och ett av dem upphandlas enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet, om det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

För sådana delkontrakt som enligt denna paragraf undantas från bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet tillämpas 19 kap.

Paragrafen genomför artikel 16.8–16.10 i LUF-direktivet och motsvarar i sak 3 kap. 6 § LUF med den skillnaden att det inte längre anges som en förutsättning att delkontrakten ska upphandlas samtidigt. Ändringen följer av direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Byggtreprenad

8 § I värdet av en upphandling av en byggtreprenad ska det ingå, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, värdet av varor och tjänster som den upphandlande enheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras.

Paragrafen genomför artikel 16.7 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 7 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2.

I artikel 16.7 i LUF-direktivet hänvisas allmänt till bestämmelsen om tröskelvärden i artikel 15. Någon sådan hänvisning finns inte i artikel 5.7 i LOU-direktivet. Samma skillnad finns mellan motsvarande artiklar i 2004 års LUF-direktiv (artikel 9.4 i 2004 års LOU-direktiv respektive artikel 17.4 i 2004 års LUF-direktiv). En hänvisning har inte tagits in i 3 kap. 7 § LUF och görs inte heller i den nu föreslagna paragrafen.

Paragrafen motsvarar 5 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se även kommentaren till den paragrafen.

Leasing, hyra och hyrköp av varor

9 § Värdet av en upphandling som avser leasing, hyra eller hyrköp av varor på en bestämd tid om högst tolv månader ska uppskattas till den totala kostnaden under löptiden.

Om löptiden är längre än tolv månader, ska värdet uppskattas till den totala kostnaden, inklusive varans restvärde.

Om löptiden är obestämd eller inte kan fastställas vid värdetidpunkten, ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Paragrafen genomför artikel 16.12 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 8 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

10 § Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid, ska uppskattas med ledning av

1. det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret, om möjligt justerat med hänsyn till förutsebara ändringar i kvantitet eller värde under den tolv månadersperiod som följer efter det första kontraktet, eller

2. det uppskattade totala värdet av en följd av kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer på den första leveransen eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under räkenskapsåret.

Paragrafen genomför artikel 16.11 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 9 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. En bestämmelse som i sak motsvarar 3 kap. 9 § andra stycket LUF återfinns i 5 §. Se angående detta även avsnitt 11.2.3. Paragrafen motsvarar 5 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Vissa tjänster

11 § Hur värdet av vissa upphandlingar av tjänster ska uppskattas framgår av följande uppställning:

När upphandlingen avser

ska värdet uppskattas till

1. försäkringstjänster

den premie som ska betalas och andra ersättningar för tjänsten

Prop. 2015/16:195	2. banktjänster och andra finansiella tjänster	arvoden, provisioner, ränta och andra ersättningar för tjänsten
	3. projektering	arvoden eller den provision som ska betalas och andra ersättningar för projekteringen.

Paragrafen genomför artikel 16.13 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 10 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

12 § Om en tjänst ska upphandlas utan att det totala belopp som ska betalas för tjänsten anges, ska värdet av upphandlingen vara det som ska betalas för tjänsten under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet bestämmas till månadsvärdet multiplicerat med 48.

Paragrafen genomför artikel 16.14 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 11 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Ramavtal och dynamiska inköpssystem

13 § Värdet av ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet under löptiden.

Paragrafen genomför artikel 16.5 i LUF-direktivet och motsvarar 3 kap. 12 § LUF men omfattar nu även beräkning av värdet av ett dynamiskt inköpssystem. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Innovationspartnerskap

14 § Värdet av ett innovationspartnerskap ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av de forsknings- och utvecklingsinsatser som ska genomföras under alla stadier av det planerade partnerskapet samt de varor, tjänster och byggtreprenader som ska utvecklas och som ska anskaffas i slutet av det planerade partnerskapet.

Paragrafen genomför artikel 16.6 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.2. Paragrafen motsvarar 5 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Beräkning av tröskelvärden för projektävlingar

15 § Värdet av en projektävling ska uppskattas till summan av sådana ersättningar som kan komma att tilldelas deltagarna samt det beräknade värdet av de avtal om tjänst som kan komma att ingås med vinnaren eller vinnarna i tävlingen.

Paragrafen genomför tillsammans med 17 kap. 1 § artikel 95.1 i LUF-direktivet och motsvarar 13 kap. 3 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 28. Paragrafen motsvarar 5 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

6 kap. Upphandlingsförfaranden

Upphandlingsförfarandena

1 § Vid upphandling får, under de förutsättningar och på det sätt som anges i denna lag, följande upphandlingsförfaranden användas:

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förhandlat förfarande utan föregående annonsering,
5. konkurrenspräglad dialog, eller
6. förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Paragrafen genomför artikel 44.1–44.3 och artikel 44.5 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 4 kap. 1 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.

Paragrafen anger samtliga upphandlingsförfaranden som får användas vid upphandling inom försörjningssektorerna om upphandlingen avser kontrakt vars värde överstiger de tröskelvärden som anges i lagen. Paragrafen motsvarar 6 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Öppet förfarande

2 § Vid ett öppet förfarande får alla leverantörer lämna anbud efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 §.

Paragrafen genomför artikel 45.1 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 25 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.1.

Vid ett öppet förfarande ska en annons om upphandling användas som anbudsinfordran. Bestämmelser om annonsering finns i 10 kap. Paragrafen motsvarar 6 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Selektivt förfarande

3 § Vid ett selektivt förfarande får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får lämna anbud.

Paragrafen genomför artikel 46.1 första stycket och, tillsammans med 4 kap. 6 §, artikel 46.2 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 17 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.1.

Prop. 2015/16:195 Vid ett selektivt förfarande får en förhandsannons, annons om kvalificeringssystem eller en annons om upphandling användas som anbudsinfordran. Bestämmelser om annonsering finns i 10 kap.

En upphandlande enhet får i enlighet med 4 kap. 6 § begränsa antalet anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna som den kommer att bjuda in att delta i förfarandet. Paragrafen motsvarar 6 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

4 § Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får lämna anbud. Dessa anbud ska ligga till grund för efterföljande förhandlingar.

Paragrafen genomför artikel 47.1 första stycket och, tillsammans med 4 kap. 6 §, artikel 47.2 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 9 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får en förhandsannons, en annons om kvalificeringssystem eller en annons om upphandling användas som anbudsinfordran. Bestämmelser om annonsering finns i 10 kap.

En upphandlande enhet får i enlighet med 4 kap. 6 § begränsa antalet anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna som den kommer att bjuda in att delta i förfarandet. Paragrafen motsvarar 6 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud

5 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt.

Paragrafen genomför artikel 50 a första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 4 kap. 2 § 1 LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får enligt förevarande paragraf till skillnad från vad som gäller enligt 4 kap. 2 § första stycket 1 LUF även användas när det visserligen har lämnats anbudsansökningar men inte några som är lämpliga.

Det ligger i sakens natur att om inga anbudsansökningar eller anbud har lämnats, så har heller inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud lämnats. Lagrådet efterfrågar en närmare förklaring av uttrycket lämpliga anbudsansökningar i författningskommentaren. Den närmare innebörden av begreppet blir dock enligt regeringens mening en fråga för rättstillämpningen att definiera.

Till skillnad från motsvarande reglering i LOU-direktivet (artikel 32.2 a) krävs enligt LUF-direktivet inte att en rapport på begäran

lämnas till kommissionen för att förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska få tillämpas när inga lämpliga anbudsansökningar eller anbud har lämnats. Paragrafen motsvarar 6 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

6 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 13 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande enheten har fastställt.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande enhetens krav enligt upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 50 a andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av Lagrådets synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Konstnärlig prestation, tekniska skäl eller skydd av ensamrätt

7 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör därför att

1. syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,

2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller

3. det som ska anskaffas skyddas av ensamrätt och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör.

Ett sådant förfarande får i fall som avses i första stycket 2 och 3 användas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 50 c i LUF-direktivet och motsvarar 4 kap. 2 § 3 LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Synnerlig brådska

8 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av enheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering och anskaffningen är absolut nödvändig.

Paragrafen genomför artikel 50 d i LUF-direktivet och motsvarar 4 kap. 2 § 4 LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

I bestämmelsen understryks att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte får bero på den upphandlande enheten.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen motsvarar 6 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål

9 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling som gäller endast anskaffning för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål och

1. kontraktet inte omfattar tillverkning i kvantiteter som är ägnade att åstadkomma lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader, och

2. tilldelningen av kontraktet inte påverkar efterföljande konkurrensutsatt upphandling avsedd särskilt för sådana ändamål.

Paragrafen genomför artikel 50 b i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 4 kap. 2 § 2 LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 17 § första stycket 1 i den nya lagen om offentlig upphandling. Den bestämmelsen är dock i motsats till förevarande paragraf endast tillämplig vid tilldelning av varukontrakt.

Upphandling av varor i vissa fall

10 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om

1. kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att

a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och

b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

2. kontraktet gäller varor som är noterade och omsätts på en råvarumarknad,

3. det är möjligt att anskaffa varor eller tjänster på särskilt förmånliga villkor i samband med att en leverantör upphör med sin verksamhet eller har gått i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande, eller

4. det även annars är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset.

Paragrafen genomför artikel 50 e, g h och i) i LUF-direktivet och motsvarar 4 kap. 2 § 5, 8 10 och 11 LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Paragrafen reglerar ett antal situationer då förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas för tilldelning av varukontrakt. Om kontraktet avser två eller flera slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader) måste upphandlingen av varor utgöra huvudföremålet för upphandlingen för att det ska vara fråga om tilldelning av ett varukontrakt. Uppfylls inte denna förutsättning är paragrafen inte tillämplig, se vidare 2 kap. 11 §.

Till skillnad från vad som gäller enligt motsvarande bestämmelse i förslaget till ny lag om offentlig upphandling, så finns inte någon

reglering av hur länge ett varukontrakt enligt punkten 1 får gälla, (jfr 6 kap. 17 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling).

Grunden för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt punkten 4 saknar motsvarighet i förslaget till lag om offentlig upphandling. Av bestämmelsen framgår att för att det ska vara fråga om ett särskilt förmånligt erbjudande är det inte tillräckligt att priset understiger det normala marknadspriset. Det krävs att priset ligger betydligt under det normala marknadspriset. Paragrafen motsvarar 6 kap. 17 § första stycket 2–4 i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tidigare tjänster eller byggtreprenader

11 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggtreprenad som är en upprepning av tidigare tjänster eller byggtreprenader under förutsättning att

1. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande,
2. arbetena tilldelas samma leverantör,
3. de nya tjänsterna eller byggtreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
4. omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggtreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen,
5. värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och
6. det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Paragrafen genomför artikel 50 f i LUF-direktivet och motsvarar 4 kap. 2 § 7 LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Till skillnad från vad som gäller enligt motsvarande bestämmelse i förslaget till lag om offentlig upphandling, så finns inte någon reglering av hur länge det förfarandet får tillämpas efter det att det ursprungliga kontraktet ingicks. Paragrafen motsvarar 6 kap. 18 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling.

Upphandling av tjänst som följer på en projektävling

12 § En upphandlande enhet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av en tjänst som följer på en projektävling om kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Om en tävling har avslutats med att fler än en vinnare har utsetts, ska samtliga vinnare inbjudas att delta i förhandlingar.

Paragrafen genomför artikel 50 j i LUF-direktivet och motsvarar 4 kap. 3 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.3.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

13 § Vid en konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer efter en anbudsinfordran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får delta i dialogen.

Paragrafen genomför artikel 48.1 första stycket och, tillsammans med 20 § och 4 kap. 6 §, artikel 48.1 tredje stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Vid en konkurrenspräglad dialog vid upphandling inom försörjningssektorerna får en annons om kvalificeringssystem eller en annons om upphandling användas som anbudsinfordran. En förhandsannons får inte användas som anbudsinfordran. Bestämmelser om annonsering finns i 10 kap.

En upphandlande enhet får i enlighet med 4 kap. 6 § begränsa antalet anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna som den kommer att bjuda in att delta i förfarandet. Paragrafen motsvarar 6 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

14 § Dialogens syfte ska vara att identifiera och ange hur den upphandlande enhetens behov bäst kan tillgodoses.

Paragrafen genomför del av artikel 48.3 första stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 21 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandlingsdokumenten

15 § Den upphandlande enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange sina behov och krav, ange tilldelningskriterierna och förklara deras innebörd samt ange en preliminär tidsplan.

Paragrafen genomför artikel 48.2 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Genomförande av dialogen

16 § Dialogen får genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar om det har angetts i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande enheten får efter varje steg välja ut de lösningar som enheten ska fortsätta att diskutera. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som angetts i något av upphandlingsdokumenten.

Det slutliga antalet lösningar ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

Paragrafen genomför artikel 48.4 respektive del av artikel 78.2 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har

utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

17 § Den upphandlande enheten ska fortsätta dialogen fram till dess att enheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser enhetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

Paragrafen genomför artikel 48.5 och tillsammans med 18 § artikel 48.6 första stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 24 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Uppmaning att lämna anbud

18 § När en underrättelse har lämnats enligt 17 §, ska den upphandlande enheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen.

Paragrafen genomför tillsammans med 17 § artikel 48.6 första stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 25 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Klarläggande, precisering och optimering av anbud

19 § Den upphandlande enheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga, precisera och optimera sitt anbud.

Klarlägganden, preciseringar, optimeringar och kompletterande upplysningar får dock inte omfatta ändringar av väsentliga aspekter av anbudet eller upphandlingen, däribland det behov enheten avser att tillgodose med upphandlingen och de krav som har ställts upp i annonsen, om ändringarna riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller leda till diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 48.6 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen gör det möjligt för en upphandlande enhet att uppmana en deltagande leverantör att förtydliga innehållet eller optimera sitt anbud. Utrymmet för ändringar är emellertid begränsat, vilket framgår av andra stycket.

Av artikel 48.6 andra stycket framgår att som väsentliga aspekter av anbudet eller den offentliga upphandlingen räknas de behov och krav som avses i 15 §. Paragrafen motsvarar 6 kap. 26 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

20 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 15 kap. 1 § andra stycket 1.

Paragrafen genomför artikel 48.1 tredje stycket tredje meningen i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.

Bestämmelsen har i förhållande till direktivets ordalydelse anpassats till den terminologi som används i 15 kap. Paragrafen motsvarar 6 kap. 27 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Förhandlingar i syfte att bekräfta villkor

21 § Den upphandlande enheten får förhandla med den anbudsgivare som har lämnat det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet för att bekräfta de finansiella åtagandena eller andra villkor som anges i anbudet och slutligt fastställa kontraktsvillkoren. Detta gäller under förutsättning att förhandlingarna

1. inte leder till att väsentliga aspekter i anbudet eller upphandlingen ändras i sak, och
2. inte riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller orsaka diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 48.7 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av Lagrådets synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen gör det möjligt för den upphandlande enheten att förhandla med den anbudsgivare som lämnat det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Förhandlingsutrymmet är emellertid begränsat. Förhandlingen får endast syfta till att få villkoren i anbudet bekräftade.

Av artikel 48.7 andra stycket framgår att som väsentliga aspekter i anbudet eller upphandlingen räknas de behov och krav som avses i 15 §.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 28 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Ersättning för deltagande i dialogen

22 § Den upphandlande enheten får besluta om tävlingspriser eller annan ersättning för deltagande i dialogen.

Paragrafen genomför artikel 48.8 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.2.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 29 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Innovationspartnerskap

23 § Vid ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får alla leverantörer efter en anbudsinfördran enligt 10 kap. 1 § ansöka om att få delta genom att lämna de uppgifter som den upphandlande enheten begärt för urvalet. De anbudssökande som enheten bjuder in får delta i förfarandet.

Paragrafen genomför artikel 49.1 första stycket, tillsammans med 4 kap. 6 §, artikel 49.1 fjärde stycket andra meningen och del av artikel 49.6 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

En upphandlande enhet får i enlighet med 4 kap. 6 § begränsa antalet anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna som den kommer att bjuda in att delta i förfarandet.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 30 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

När förfarandet får användas

24 § En upphandlande enhet får använda ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap för att anskaffa en vara, tjänst eller byggtreprenad för att tillgodose behov som den upphandlande enheten bedömer inte kan tillgodoses genom lösningar som finns på marknaden.

Innovationspartnerskapet ska syfta till utveckling och därpå följande anskaffning av den vara, tjänst eller byggtreprenad som enheten har behov av. En sådan anskaffning förutsätter att varan, tjänsten eller byggtreprenaden motsvarar de prestandanivåer och maximala kostnader som den upphandlande enheten och deltagarna har kommit överens om.

Paragrafen genomför artikel 49.2 första stycket och del av artikel 49.6 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 31 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Krav på anbudssökande

25 § Vid urvalet av anbudssökande ska en upphandlande enhet särskilt tillämpa krav som avser leverantörers kapacitet inom området för forskning och utveckling och kapacitet att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Paragrafen genomför artikel 49.6 första stycket i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 32 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandlingsdokumenten

26 § Den upphandlande enheten ska i upphandlingsdokumenten ange

1. det behov av en vara, tjänst eller byggtreprenad som myndigheten inte kan tillgodose genom lösningar som finns på marknaden,
2. de delar av beskrivningen som är sådana minimikrav som ska uppfyllas av alla anbud, och
3. vad som ska gälla i fråga om immateriella rättigheter.

Den information som lämnas i upphandlingsdokumenten ska vara tillräcklig för att en leverantör ska kunna bedöma upphandlingens art och omfattning och därmed kunna ta ställning till om den ska ansöka om att få delta i upphandlingsförfarandet.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 49.1 andra stycket och 49.6 tredje stycket första meningen i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

I paragrafen anges de uppgifter som specifikt ska lämnas i upphandlingsdokumenten när fråga är om ett innovationspartnerskap. Paragrafen motsvarar 6 kap. 33 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Förhandlingar

27 § Den upphandlande enheten ska förhandla med anbudsgivarna om förbättringar i deras anbud. Förhandlingarna får inte avse minimikraven eller tilldelningskriterierna. De slutliga anbuden får inte vara föremål för förhandling.

Paragrafen genomför artikel 49.3 i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 34 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

28 § Om ändringar sker i upphandlingsdokumenten under förhandlingarna, ska den upphandlande enheten skriftligen informera alla kvarvarande anbudsgivare om detta och ge dem skälig tid för att ändra sina anbud.

Paragrafen genomför del av artikel 49.4 första stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 35 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

29 § Förhandlingarna får delas upp i successiva steg för att minska antalet anbud om den upphandlande enheten har angett detta i något av upphandlingsdokumenten. Enheten får efter varje steg välja ut de anbud som enheten ska fortsätta att förhandla om. Valet ska göras med användning av de tilldelningskriterier som har angetts i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 49.5 i LOU-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 36 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Krav för att få inrätta ett innovationspartnerskap

30 § En upphandlande enhet får inrätta ett innovationspartnerskap endast med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Paragrafen genomför artikel 49.1 tredje stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 37 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

31 § Den enda grunden för utvärdering av anbud ska vara bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt 15 kap. 1 § andra stycket 1.

Paragrafen genomför artikel 49.1 fjärde stycket sista meningen i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 25

Bestämmelsen har i förhållande till direktivets ordalydelse anpassats till den terminologi som används i 15 kap. Paragrafen motsvarar 6 kap. 38 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Genomförandet av partnerskapet

32 § Ett innovationspartnerskap ska delas upp i etapper som följer stegen i forsknings- och innovationsprocessen. Etapperna får också inkludera tillverkningen av varorna, tillhandahållandet av tjänsterna eller utförandet av byggtreprenaderna.

Paragrafen genomför tillsammans med 33 § artikel 49.2 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Denna paragraf och 33 § innehåller bestämmelser om hur ett innovationspartnerskap ska struktureras och genomföras.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 39 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

33 § Ett innovationspartnerskap ska slå fast delmål som parterna ska uppfylla samt reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar.

Med utgångspunkt i delmålen får den upphandlande enheten efter varje avslutad etapp besluta att avsluta innovationspartnerskapet eller, om innovationspartnerskapet omfattar flera leverantörer, minska antalet sådana genom att avsluta enskilda kontrakt. Sådana åtgärder förutsätter att enheten i något av upphandlingsdokumenten har angett att dessa möjligheter finns och på vilka villkor de kan användas.

Paragrafen genomför artikel 49.2 tredje stycket och tillsammans med 32 § artikel 49.2 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Denna paragraf och 32 § innehåller bestämmelser om hur ett innovationspartnerskap ska struktureras och genomföras.

Paragrafen motsvarar 6 kap. 40 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

34 § Den upphandlande enheten ska se till att innovationspartnerskapets struktur, särskilt varaktigheten av och värdet på de olika etapperna, avspeglar graden av innovation hos den föreslagna lösningen och de forsknings- och innovationsverksamheter som krävs för att utveckla en lösning som ännu inte finns tillgänglig på marknaden. Det uppskattade värdet av varor, tjänster eller byggtreprenader får inte vara oproportionerligt i förhållande till de investeringar som krävs för att ta fram dem.

Paragrafen genomför artikel 49.7 i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.1.4.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen motsvarar 6 kap. 41 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

7 kap. Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling

Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

1 § En upphandlande enhet får ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i denna lag.

Paragrafen genomför artikel 51.1 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 5 kap. 1 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Ramavtalets löptid

2 § Ett ramavtal får löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl.

Paragrafen genomför artikel 51.1 tredje stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.

Paragrafen innebär en nyhet genom att det uttryckligen föreskrivs en gräns för löptiden av ett ramavtal. Huvudregeln är att ett avtal inte får löpa under längre tid än åtta år. I skäl 72 i direktivet lämnas vissa klagöranden när det gäller löptiden både för enskilda kontrakt och för ramavtalet som sådant. Texten överensstämmer till viss del med skäl 62 i LOU-direktivet. Se kommentaren till 7 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling. I skäl 72 i LUF-direktivet lämnas också ett exempel i det för försörjningssektorena specifika fallet med allmännyttiga företag som tillhandahåller grundläggande tjänster till allmänheten. I vissa sådana fall kan det behövas både längre ramavtal och längre enskilda kontrakt, exempelvis när det gäller ramavtal som syftar till att säkerställa ordinärt och extraordinärt underhåll av nät som kan kräva dyrbar utrustning som används av personal som fått högt specialiserad utbildning för ett särskilt ändamål för att säkerställa kontinuiteten i tjänsterna och minimera eventuella avbrott.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal

3 § Kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas med tillämpning av objektiva regler och kriterier. Den upphandlande enheten ska ange reglerna och kriterierna i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artikel 51.2 första och andra stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har genomförts i huvudsak enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.

Den upphandlande enhet som ingår ramavtalet ska genom särskilda bestämmelser i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ska gå till. Av 4 § följer att

förnyad konkurrensutsättning kan användas som ett förfarande vid tilldelning. Det är dock inte i något fall obligatoriskt att använda förnyad konkurrensutsättning, vilket skiljer sig från motsvarande reglering i den nya lagen om offentlig upphandling. Den upphandlande enheten är fri att utforma reglerna och kriterierna för tilldelning så länge som objektiviteten och de grundläggande principerna för upphandling upprätthålls. Paragrafen har på Lagrådets inrådan utformats i nära anslutning till direktivets lydelse.

Den upphandlande enheten måste också iaktta den allmänna skyldigheten att inte använda ramavtal på ett onödigt konkurrensbegränsande sätt. I artikel 51.2 andra stycket i direktivet anges att bestämmelserna och villkoren ska säkerställa likabehandling av de leverantörer som är parter i ramavtalet. Att leverantörerna ska behandlas lika följer redan av de grundläggande principerna för upphandling och har inte särskilt angetts.

4 § Kontrakt som grundar sig på ramavtal får tilldelas med en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet.

Vid en förnyad konkurrensutsättning ska den upphandlande enheten

1. ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna anbud för varje särskilt kontrakt, och

2. tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 3 §, artikel 51.2 första och andra stycket i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 13.3.

Genom paragrafen klargörs att den upphandlande enheten har möjlighet att använda sig av en förnyad konkurrensutsättning vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet. Bestämmelserna är mindre detaljerade än motsvarande reglering i LOU vilket är uttryck för den generellt sett större frihet som tillåts vid upphandling inom försörjningssektorn än vid upphandling enligt LOU. En självklar utgångspunkt är att förfarandet ska vara objektivt och i enlighet med de grundläggande principerna, som likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Inköpscentraler

Anlitande av en inköpscentral

5 § En upphandlande enhet får anlita en inköpscentral utan att upphandla tjänsten.

Om en upphandlande enhet anlitar en inköpscentral enligt första stycket, får tjänsten som inköpscentralen tillhandahåller även omfatta stödverksamhet för inköp.

Paragrafen genomför artikel 55.4 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 14.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

6 § En upphandlande enhet får anskaffa varor eller tjänster från en inköpscentral.

Paragrafen genomför artikel 55.1 första stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 14.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Anskaffning genom en inköpscentral

7 § En upphandlande enhet får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom

1. kontrakt som tilldelas av en inköpscentral,
2. dynamiska inköpssystem som drivs av en inköpscentral, eller
3. ramavtal som ingås av en inköpscentral.

Paragrafen genomför artikel 55.1 andra stycket i LUF-direktivet och motsvarar delvis 4 kap. 4 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 14.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Den upphandlande enhetens ansvar

8 § En upphandlande enhet ska anses fullgöra sina skyldigheter enligt denna lag när den anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från eller genom en inköpscentral enligt 6 eller 7 §.

Den upphandlande enheten ansvarar dock för att fullgöra skyldigheterna i denna lag när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför.

Paragrafen genomför artikel 55.2 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 14.4.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Gemensam upphandling med enhet från annan medlemsstat

9 § En upphandlande enhet får genomföra en upphandling gemensamt med en upphandlande enhet från en annan medlemsstat med användning av upphandlingsåtgärder enligt 10–18 §§.

En viss upphandlingsåtgärd får inte väljas i syfte att undvika tillämpningen av tvingande föreskrifter som är förenliga med EU-rätten.

Paragrafen genomför artikel 57.1 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i överensstämmelse med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.1.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Inköpscentral i annan medlemsstat

10 § En upphandlande enhet får använda centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av en inköpscentral i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

Paragrafen genomför artikel 57.2 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i överensstämmelse med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.2.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

11 § Vid gemensam upphandling enligt 10 § tillämpas bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen.

De bestämmelser som är tillämpliga enligt första stycket ska också tillämpas om en upphandlande enhet

1. tilldelar ett kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem som drivs av en inköpscentral enligt första stycket, eller

2. genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal som har ingåtts av en inköpscentral enligt första stycket.

Paragrafen genomför artikel 57.3 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.2.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Gemensamma upphandlingsåtgärder

12 § En upphandlande enhet får gemensamt med upphandlande enheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen vidta upphandlingsåtgärder genom att

1. tilldela ett kontrakt,

2. ingå ett ramavtal, eller

3. inrätta ett dynamiskt inköpssystem.

En upphandlande enhet som har ingått ett ramavtal enligt första stycket 2 eller inrättat ett dynamiskt inköpssystem enligt första stycket 3, får tilldela kontrakt inom ramen för ramavtalet eller inköpssystemet.

Paragrafen genomför artikel 57.4 första stycket första och andra meningarna i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

13 § Vid gemensamma upphandlingsåtgärder enligt 12 § ska delar som är nödvändiga för samarbetet följa av en överenskommelse.

Paragrafen genomför artikel 57.4 första stycket tredje meningen i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

14 § Om en överenskommelse enligt 13 § träffas mellan de deltagande enheterna, ska enheterna i överenskommelsen fastställa

1. enheternas ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga, och

2. sättet att organisera upphandlingsförfarandet, innefattande ledning, fördelning av varor, tjänster eller byggtreprenader som ska upphandlas och ingående av kontrakt.

När enheterna fastställer ansvarsområden och relevanta nationella bestämmelser som ska vara tillämpliga enligt första stycket 1, kan

1. ansvarsområdena fördelas till en eller flera av dem, eller

2. som tillämpliga bestämmelser fastställas den medlemsstats bestämmelser i vilken minst en av enheterna har sin hemvist.

Paragrafen genomför artikel 57.4 första stycket a och b och andra stycket andra meningen i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3

Paragrafen motsvarar 7 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

15 § Fördelningen av ansvarsområden mellan upphandlande enheter och tillämpliga nationella bestämmelser enligt 13 och 14 §§ ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 57.4 andra stycket tredje meningen i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

16 § En enhet som deltar i en upphandling enligt 12 § och som anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader från en annan deltagande enhet ska anses uppfylla sina skyldigheter enligt denna lag, om någon annan deltagande enhet uppfyller de skyldigheter som föreskrivs i den lag som ska tillämpas till följd av en överenskommelse enligt 13 och 14 §§.

Paragrafen genomför artikel 57.4 andra stycket första meningen i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.3.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 21 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandling med en gemensam enhet

17 § En gemensam enhet som har inrättats av upphandlande enheter från olika medlemsstater får genomföra upphandlingar.

En europeisk gruppering för territoriellt samarbete enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1082/2006 av den 5 juli 2006 om en europeisk gruppering för territoriellt samarbete (EGTS), i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1302/2013, eller någon annan enhet som har bildats enligt EU-rätten ska anses vara en gemensam enhet.

Paragrafen genomför tillsammans med 18 § artikel 57.5 första stycket första meningen i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.4.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

18 § Vid gemensam upphandling enligt 17 § ska den gemensamma enhetens behöriga organ besluta om tillämpliga nationella bestämmelser.

Tillämpliga nationella bestämmelser ska vara bestämmelserna i en medlemsstat där den gemensamma enheten antingen har sitt registrerade säte eller bedriver verksamhet.

Ett sådant beslut får antingen gälla tills vidare, om det fattas när den gemensamma enheten inrättas, eller begränsas till en viss tidsperiod, till vissa typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 §, artikel 57.5 första stycket första meningen och artikel 57.5 första stycket a och b och andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 15.2.4.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

8 kap. Elektroniska metoder för upphandling

Dynamiska inköpssystem

Tillämpningsområdet

1 § En upphandlande enhet får använda ett dynamiskt inköpssystem för återkommande anskaffning av varor, tjänster eller byggtreprenader som är allmänt tillgängliga på marknaden och har egenskaper som tillgodoser den upphandlande enhetens behov.

Ett dynamiskt inköpssystem ska drivas som en helt elektronisk process. Det ska ha en bestämd giltighetstid och under den tiden vara öppet för varje leverantör som uppfyller kvalificeringskraven enligt 14 kap. 1–3 §§.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 §, artikel 52.1 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

2 § Ett dynamiskt inköpssystem får delas in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader. Kategorierna ska bestämmas objektivt med hänsyn till egenskaperna hos den upphandling som ska genomföras inom den berörda kategorin.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 §, artikel 52.1 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

3 § Vid upphandlingar i ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande enheten tillämpa bestämmelserna för selektivt förfarande. Antalet anbudssökande som får delta i systemet får dock inte begränsas.

Om enheten har delat in systemet i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska kvalificeringskrav specificeras för varje kategori.

Paragrafen genomför artikel 52.2 första stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

4 § En upphandlande enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska informera om detta genom en anbudsinfordran och ange att den avser ett sådant system. I anbudsinfordran ska systemets giltighetstid anges.

Om ett dynamiskt inköpssystem delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska dessa och vad som karakteriserar kategorierna anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse.

Om det dynamiska inköpssystemet drivs av en inköpscentral och får användas av andra upphandlande enheter, ska detta anges i anbudsinfordran.

Paragrafen genomför, tillsammans med 5 §, artikel 52.4 i LUF-direktivet, del av artikel 52.8 och del av artikel 55.1 andra stycket. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Vad annonsen närmare ska innehålla framgår av bilaga VI och XII till LUF-direktivet. Annonsen ska utformas i enlighet med standardformulär som antas av kommissionen, se artikel 51.1 andra stycket i LOU-direktivet.

Upphandlingsdokumenten

5 § Av upphandlingsdokumenten ska det framgå

1. de anskaffningar och de kvantiteter som systemet avser, och

2. nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang och specifikationer för anslutning.

Den upphandlande enheten ska ge tillgång till upphandlingsdokumenten enligt 10 kap. 8 § första stycket under systemets hela giltighetstid.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artikel 52.4 i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Ändringar i giltighetstiden

6 § Den upphandlande enheten ska anmäla ändringar av det dynamiska inköpssystemets giltighetstid till Europeiska kommissionen.

Paragrafen genomför del av artikel 52.8 i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Ansökan om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem

7 § En upphandlande enhet ska under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid ge leverantörer möjlighet att ansöka om att få delta i systemet på de villkor som anges i 3 §.

Enheten ska utvärdera en anbudsansökan med tillämpning av kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1–3 §§ inom 10 arbetsdagar från mottagandet. När det finns skäl till det får tidsfristen förlängas till 15 arbetsdagar.

Enheten får förlänga utvärderingsperioden, om ingen inbjudan att lämna anbud ännu har utfärdats i det dynamiska inköpssystemet. Ingen inbjudan får utfärdas under utvärderingsperiodens förlängning. Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den förlängda period som den avser att tillämpa.

Paragrafen genomför artikel 52.5 första och andra stycket i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Tidsfrist för anbudsansökningar

8 § Tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena. Tidsfristen får inte vara kortare än 15 dagar.

Inga ytterligare tidsfrister ska gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första upphandlingen enligt det dynamiska inköpssystemet har skickats.

Paragrafen genomför artikel 52.2 a i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar i huvudsak 8 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Av första stycket framgår att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar som huvudregel ska vara minst 30 dagar men att den aldrig får vara kortare än 15 dagar. Bestämmelsen är därmed något mer flexibel än motsvarande bestämmelse i den nya lagen om offentlig upphandling, som anger att tidsfristen ska vara minst 30 dagar.

Underrättelse om beslut om deltagande i ett dynamiskt inköpssystem

9 § En upphandlande enhet ska snarast möjligt underrätta en leverantör om det beslut som har fattats om leverantörens deltagande i det dynamiska inköpssystemet. Ett beslut att inte godkänna en leverantör som deltagare ska motiveras.

Paragrafen genomför artikel 52.5 sista stycket och del av artikel 75.1 i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i

Prop. 2015/16:195 avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Inbjudan att lämna anbud

10 § Den upphandlande enheten ska för varje kontrakt som ska tilldelas bjuda in alla leverantörer som godkänts som deltagare i det dynamiska inköpssystemet att lämna anbud.

Om det dynamiska inköpssystemet har delats in i kategorier av varor, tjänster eller byggentreprenader ska enheten bjuda in samtliga leverantörer som godkänts som deltagare inom den kategori som motsvarar berörd upphandling att lämna anbud.

Paragrafen genomför artikel 52.6 första stycket i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Tidsfrist för anbud

11 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud enligt 10 § skickades till berörda leverantörer.

Bestämmelserna i 11 kap. 7 § om tidsfrist för att komma in med anbud efter överenskommelse får tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 52.2 andra stycket b i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar delvis 8 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Tilldelning av kontrakt

12 § Den upphandlande enheten ska tilldela den leverantör kontraktet vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga på grundval av de tilldelningskriterier som anges i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller i inbjudan att lämna anbud när anbudsinfördran skett genom en annons om kvalificeringssystem.

Tilldelningskriterierna får vid behov preciseras i inbjudan att lämna anbud.

Paragrafen genomför artikel 52.6 andra stycket i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar i huvudsak 8 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Egen försäkran av leverantörer

13 § En upphandlande enhet som tillämpar skäl för uteslutning och kvalificeringskrav i enlighet med 14 kap. 1–3 §§, får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet, inom fem arbetsdagar från den dag då begäran skickades, lämna in en ny och uppdaterad version av en sådan egen försäkran som avses i 15 kap. 1–2 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling.

Bestämmelserna i 15 kap. 3–5 §§ lagen om offentlig upphandling gäller under det dynamiska inköpssystemets hela giltighetstid.

Paragrafen genomför artikel 52.7 i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Administrativ avgift

14 § Den upphandlande enheten får inte ta ut någon administrativ avgift av en leverantör som deltar eller vill delta i systemet.

Paragrafen genomför artikel 52.9 i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.3. Paragrafen motsvarar 8 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Elektroniska auktioner

Tillämpningsområdet

15 § En upphandlande enhet får använda en elektronisk auktion för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet.

Enheten ska utforma den elektroniska auktionen som en upprepad elektronisk process.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 §, artikel 53.1 i LUF-direktivet och motsvarar 2 kap. 6 a § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

16 § En upphandlande enhet får genomföra en elektronisk auktion som en avslutande del, om innehållet i upphandlingsdokumenten kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet. Detta gäller vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 4 §, och
5. inbjudan att lämna anbud inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem.

Paragrafen genomför artikel 53.2 i LUF-direktivet och motsvarar delvis 5 a kap. 1 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

I förhållande till motsvarande bestämmelser i 5 a kap. 1 § LUF har tillämpningsområdet för elektronisk auktion utvidgats till att gälla även vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Att elektroniska auktioner kan användas även vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området framgår av 19 kap. 7 §. Elektronisk auktion kan alltså användas som en avslutande del även vid dessa båda metoder eller verktyg för upphandling. Tillämpningsområdet för elektroniska auktioner är därmed detsamma enligt de nya upphandlingslagarna.

17 § En elektronisk auktion ska möjliggöra en rangordning utifrån automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser eller nya värden på de delar av anbudet som angetts i upphandlingsdokumenten, när anbudet ska utvärderas på grundval av bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, eller

2. priser, när anbudet ska utvärderas enbart på grundval av priset.

Anbudet ska rangordnas med användning av en matematisk formel. När anbudet ska rangordnas med hänsyn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den matematiska formeln beakta viktningen av de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om viktningen av kriterierna har angetts i intervall, ska dessa fastställas till ett bestämt värde. Om alternativa anbud är tillåtna, ska separata formler ges för varje anbud.

En elektronisk auktion får genomföras i på varandra följande etapper.

Paragrafen genomför delar av artikel 53.1, 53.3, 35.5 och 35.6 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar i huvudsak 5 a kap. 2 §, 8 § andra och tredje stycket och 10 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Upphandlingsdokumenten

18 § Om en elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande enheten ange det i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller, när en annons om kvalificeringssystem används som anbudsinförande, i inbjudan att lämna anbud.

Paragrafen genomför, tillsammans med 19 §, artikel 53.4 i LUF-direktivet och motsvarar delvis 5 a kap. 3 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar delvis 8 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Av paragrafen framgår att informationen om att en elektronisk auktion kan komma att användas kan anges antingen i annonsen om upphandling, i inbjudan att bekräfta intresse eller i inbjudan att lämna anbud vid ett kvalificeringssystem. Till skillnad från motsvarande bestämmelse i nuvarande LUF kan alltså informationen om att en elektronisk auktion kommer att användas lämnas i annan form än i annonsen om upphandling.

19 § I upphandlingsdokumenten ska följande uppgifter lämnas om den elektroniska auktionen:

1. de delar av anbudet som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,

2. eventuella gränser för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för det som ska anskaffas,

3. de uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,

4. nödvändiga uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,

5. de villkor på vilka anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnaderna mellan anbudet som kan ha bestämts,

6. nödvändiga uppgifter om den elektroniska utrustning som ska användas och anslutningen till denna utrustning, och

7. tidpunkten då den elektroniska auktionen ska avslutas.

Paragrafen genomför, tillsammans med 18 §, artikel 53.4 och bilaga VII i LUF-direktivet och motsvarar i huvudsak 5 a kap. 4 § LUF. Paragrafen har i allt väsentligt utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Första utvärdering av anbud

20 § Innan en upphandlande enhet inleder en elektronisk auktion, ska enheten utvärdera anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och viktningen av dessa.

Paragrafen genomför artikel 53.5 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 5 a kap. 5 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Inbjudan att lämna nya priser eller värden

21 § En anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud ska bjudas in att delta i den elektroniska auktionen genom att från en viss tidpunkt använda de anslutningssätt som anges i inbjudan.

Ett anbud är godtagbart om det stämmer överens med de tekniska specifikationerna och inte är ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt och om det har lämnats av en anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och inte har utslutits från anbudsförandet.

Vad som avses med ett olämpligt anbud framgår av 6 kap. 6 §.

Paragrafen genomför delar av artikel 53.5 i LUF-direktivet. Första stycket motsvarar delvis 5 a kap. 6 § LUF, medan andra stycket inte har någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 21 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

22 § I inbjudan ska den upphandlande enheten informera om utvärderingen enligt 20 § av anbudsgivarens anbud.

Paragrafen genomför artikel 53.6 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar i huvudsak 5 a kap. 7 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

23 § Inbjudan ska innehålla information om den matematiska formel som avses i 17 § andra stycket och som ska användas för att bestämma rangordningen mellan anbuden med hänsyn till de nya priser eller värden som lämnas under auktionen.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför delar av artikel 53.6 i LUF-direktivet och motsvarar 5 a kap. 8 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

24 § Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det att inbjudan har skickats ut.

Paragrafen genomför delar av artikel 53.5 femte stycket i LUF-direktivet och motsvarar 5 a kap. 9 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 24 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Upplysningar till anbudsgivarna

25 § Under en elektronisk auktion ska den upphandlande enheten lämna alla anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i upphandlingsdokumenten.

Enheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Paragrafen genomför delvis artikel 53.7 i LUF-direktivet och motsvarar i huvudsak 5 a kap. 11 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 25 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Avslutande av en elektronisk auktion

26 § En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande enheten

1. vid den tidpunkt som angetts i upphandlingsdokumenten,
2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller
3. när det antal auktionsetapper som angetts i upphandlingsdokumenten har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska enheten i upphandlingsdokumenten ha angett hur långt efter det att den har tagit emot det sista priset eller värdet som den kommer att avsluta auktionen.

I det fall som avses i första stycket 3 ska tidsplanen för varje auktionsetapp anges i inbjudan att delta i auktionen.

Paragrafen genomför artikel 53.8 i LUF-direktivet och motsvarar 5 a kap. 12 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 26 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

27 § När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande enheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av auktionen.

Paragrafen genomför artikel 53.9 i LUF-direktivet och motsvarar 5 a kap. 13 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 16.2.2. Paragrafen

motsvarar 8 kap. 27 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se Prop. 2015/16:195 kommentaren till den paragrafen.

Elektroniska kataloger

Tillämpningsområdet

28 § En upphandlande enhet får begära att anbud med elektroniska medel ska lämnas i ett format för att presentera och strukturera information som är gemensamt för alla deltagande anbudsgivare och som lämpar sig för elektronisk behandling (elektronisk katalog).

Anbud som lämnas i form av en elektronisk katalog får kompletteras med andra handlingar.

Paragrafen genomför artikel 54.1 första och tredje stycket i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har i allt väsentligt utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 28 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Upphandlingsdokumenten

29 § Av annonsen om upphandling eller inbjudan att bekräfta intresse ska det framgå om anbud ska eller får

1. lämnas i form av en elektronisk katalog, eller
2. innehålla en elektronisk katalog.

Något av upphandlingsdokumenten ska innehålla nödvändiga uppgifter om

1. den elektroniska utrustning som används och anslutningen till denna utrustning, samt
2. format och specifikationer för den elektroniska katalogen.

Paragrafen genomför artikel 54.3 i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 29 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Upprättandet av en elektronisk katalog

30 § En elektronisk katalog ska upprättas av en anbudssökande eller anbudsgivare enligt specifikationer och format som har fastställts av den upphandlande enheten. Om en katalog ska uppdateras enligt 31 § eller 34 § andra stycket, ska dess format tillåta en sådan uppdatering.

Paragrafen genomför artikel 54.2 första stycket i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 30 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Uppdatering av en elektronisk katalog

31 § Om ett ramavtal har slutits efter det att anbud har lämnats i form av en elektronisk katalog eller har innehållit en sådan får den upphandlande enheten besluta att en förnyad konkurrensutsättning enligt 7 kap. 4 §§ ska genomföras med användning av en elektronisk katalog som uppdateras enligt 32 §.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför, tillsammans med 32 §, artikel 54.4 i LUF-direktivet. Den saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 31 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

32 § För att uppdatera en elektronisk katalog ska den upphandlande enheten antingen

1. uppmana varje anbudsgivare att lämna in en uppdaterad katalog som har anpassats till kraven i det berörda kontraktet, eller

2. meddela varje anbudsgivare att enheten avser att samla in uppgifter från den redan inlämnade katalogen för att anpassa den till kraven i det berörda kontraktet.

En katalog får uppdateras enligt första stycket 2, om detta har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 31 §, artikel 54.4 a och b i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LOU. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 32 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

33 § I ett meddelande enligt 32 § första stycket 2 ska den upphandlande enheten informera varje anbudsgivare om när den avser att samla in uppgifter för en uppdaterad elektronisk katalog och ge anbudsgivaren möjlighet att avböja en sådan uppgiftsinsamling. Meddelandet ska lämnas så lång tid före den planerade uppgiftsinsamlingen att anbudsgivaren får skälig tid för att ta ställning till den.

Innan enheten tilldelar ett kontrakt med utgångspunkt i uppgifter i en elektronisk katalog som enheten har uppdaterat, ska den ge varje anbudsgivare möjlighet att kontrollera att det på så sätt upprättade anbudet inte innehåller några fel.

Paragrafen genomför artikel 54.5 i LUF-direktivet och har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 33 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Elektroniska kataloger vid dynamiska inköpssystem

34 § Vid upphandling inom ett dynamiskt inköpssystem ska en leverantör på begäran av den upphandlande enheten lämna anbud som har form av en elektronisk katalog eller innehåller en sådan.

Enheter får, om den har begärt att leverantörer till ansökan om att få delta i det dynamiska inköpssystemet bifogar en elektronisk katalog, besluta att upphandlingen ska genomföras med användning av elektroniska kataloger som uppdateras med tillämpning av bestämmelserna i 32 § första stycket 2 och andra stycket samt 33 §.

Paragrafen genomför artikel 54.6 i LUF-direktivet. Den har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 16.3.2. Paragrafen motsvarar 8 kap. 34 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

9 kap. Tekniska krav

Tekniska specifikationer

Vad som anges i de tekniska specifikationerna

1 § De tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggentreprenaden ska ha ska anges som tekniska specifikationer. Specifikationerna ska ingå i något av upphandlingsdokumenten. De ska vara utformade på något av de sätt som anges i 3–5 §§ förutsatt att det inte står i strid med tvingande tekniska regler.

De egenskaper som specificeras får också avse

1. processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varan, tjänsten eller byggentreprenaden, eller

2. en process som avser ett annat skede i varans, tjänstens eller byggnadsverkets livscykel.

Andra stycket gäller också när de egenskaper som avses inte är egenskaper hos den berörda varan, tjänsten, byggentreprenaden eller det berörda byggnadsverket. Egenskaperna måste dock ha anknytning till det som ska anskaffas.

I de tekniska specifikationerna får det också anges om överlåtelse av immateriella rättigheter kommer att krävas.

Paragrafen genomför artikel 60.1 första, andra och tredje styckena och, tillsammans med 3–5 §§, 60.3i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 1 § första stycket LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1. Paragrafen motsvarar 9 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Vad som avses med tekniska specifikationer utvecklas utförligare i bilaga 3. Vad som avses med upphandlingsdokument framgår av definitionen i 1 kap. 23 §. Av de allmänna principerna för offentlig upphandling följer att de tekniska specifikationerna ska tillåta att leverantörer deltar på lika villkor i upphandlingsförfarandet och att de inte får innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens (jfr artikel 60.2 i LUF-direktivet)

I *första stycket* anges att specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 3–5 §§, dock endast om det inte strider mot andra bindande tekniska regler. En förutsättning för att de tekniska reglerna ska ha företräde framför bestämmelserna i 3–5 §§ är att de är förenliga med EU-rätten. Vidare anges att de tekniska specifikationerna ska avse egenskaper hos det som upphandlas. Stycket om företräde för avvikande tekniska regler motsvarar 6 kap. 2 § tredje stycket i LUF.

I *andra stycket* att egenskaperna också får avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna. Detta har hittills framgått av bilaga XXI till 2004 års LUF-direktiv och bilaga 4 till LUF. Det anges vidare att egenskaperna även får avse en specifik process som avser ett annat skede i varornas, tjänsternas eller byggentreprenadernas livscykel.

Vad avser *tredje* och *fjärde styckena*, se författningskommentaren till 9 kap. 1 § andra och tredje styckena i den nya lagen om offentlig upphandling.

När det som anskaffas ska användas av fysiska personer

2 § När det som anskaffas ska användas av fysiska personer ska de tekniska specifikationerna bestämmas med beaktande av samtliga användares behov, däribland tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning.

Undantag får göras endast om det finns särskilda skäl.

Om Europeiska unionen i en rättsakt har antagit obligatoriska krav på tillgänglighet, ska de tekniska specifikationer som avses i första stycket bestämmas med hänvisning till den rättsakten.

Paragrafen genomför artikel 60.1 fjärde och femte styckena i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 1 § andra stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1

Paragrafen motsvarar 9 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

3 § En upphandlande enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara utformade så att det klart framgår vad som ska anskaffas.

En upphandlande enhet får tillåta att en leverantör åberopar sådana standarder och bedömningar som avses i 4 § för att visa att kraven enligt första stycket är uppfyllda.

Paragrafen genomför artikel 60.3 a och c i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 3 § första och andra styckena LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Tekniska specifikationer i form av hänvisningar till standarder och bedömningar

4 § Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar, och i fallande prioritetsordning till

1. svensk standard som stämmer överens med europeisk standard,
2. europeisk teknisk bedömning,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,

5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller

6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggentreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdig".

Paragrafen genomför artikel 60.3 b i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 2 § LUF. Paragrafen har huvudsakligen utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 § En upphandlande enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav enligt 3 § i fråga om vissa egenskaper och med hänvisning till standarder och bedömningar enligt 4 § i fråga om andra egenskaper.

Paragrafen genomför artikel 60.3 d i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 3 § tredje stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer

6 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,

2. varumärke, patent eller typ,

3. ursprung, eller

4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Paragrafen genomför artikel 60.4 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 4 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Likvärdiga lösningar

7 § En upphandlande enhet som i enlighet med 3 § anger de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav får inte förkasta ett anbud som avser en vara, tjänst eller byggtreprenad som motsvarar de standarder eller bedömningar som anges i 4 § första stycket 1–5 eller likvärdiga standarder eller bedömningar.

Första stycket gäller endast om

1. den åberopade standarden eller bedömningen avser de prestanda- eller funktionskrav som enheten har angett, och

2. anbudsgivaren visar att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller de angivna kraven.

Paragrafen genomför artikel 60.6 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 6 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

I bilaga 3 utvecklas delvis vad som avses med de specifikationer som första stycket 1–5 hänvisar till med undantag för "europeiskt tekniskt godkännande". En definition av vad som avses med ett sådant godkännande återfinns i bilaga 4 till LUF.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Prop. 2015/16:195 **8 §** Om en upphandlande enhet ställer krav genom att hänvisa till en standard eller bedömning enligt 4 §, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att en vara, tjänst eller byggtreprenad inte motsvarar denna standard eller bedömning om det i anbudet visas att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Paragrafen genomför artikel 60.5 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 5 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.1.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Utredning om överensstämmelse

9 § En upphandlande enhet får som bevis för överensstämmelse med kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna enligt 16 kap. eller villkoren för fullgörande av kontraktet enligt 17 kap., kräva att leverantören ska uppvisa en provningsrapport eller ett intyg från ett organ för bedömning av överensstämmelse. Detta organ ska vara ackrediterat för denna uppgift i enlighet med Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 765/2008 av den 9 juli 2008 om krav för ackreditering och marknadskontroll i samband med saluföring av produkter och upphävande av förordning (EEG) nr 339/93, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen genomför artikel 62.1 första och tredje styckena i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 8 § LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.2.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

10 § Om en upphandlande enhet kräver en provningsrapport eller ett intyg som ska vara utfärdat av ett visst organ för bedömning av överensstämmelse, ska den också godta en provningsrapport eller ett intyg från ett likvärdigt organ.

Paragrafen genomför artikel 62.1 andra stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har huvudsakligen utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.2.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

11 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen kan få tillgång till en provningsrapport eller ett intyg som avses i 9 eller 10 § och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande enheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 62.2 i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.2.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen. Som exempel på

”annan lämplig utredning” nämns i artikeln teknisk dokumentation från Prop. 2015/16:195 tillverkaren.

Tillhandahållande av tekniska specifikationer

12 § En upphandlande enhet ska på begäran tillhandahålla en leverantör de tekniska specifikationer som enheten regelbundet använder i sina upphandlingar eller förhandsannonser. Specifikationerna ska tillhandahållas med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dem. Om sådan tillgång inte kan ges till vissa specifikationer ska de tillhandahållas på något annat sätt.

Om de tekniska specifikationerna har angetts i handlingar som är tillgängliga för leverantören med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång, är det tillräckligt att enheten hänvisar till dessa handlingar.

Paragrafen genomför artikel 63 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 9 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.4.

De tekniska specifikationerna ska tillhandahållas med elektroniska medel. De elektroniska medel som specifikationerna tillhandahålls med ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till dem.

I *andra stycket* anges när de tekniska specifikationerna ska tillhandahållas på annat sätt än med elektroniska medel.

Av *tredje stycket* framgår att om de tekniska specifikationerna har angetts i handlingar som är tillgängliga för leverantören med elektroniska medel som ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång, räcker det med att hänvisa till dessa handlingar.

Märkning

13 § Med *märkning* avses alla dokument, certifikat eller intyg som bekräftar att varor, tjänster, byggtreprenader eller processer eller berörda förfaranden uppfyller vissa krav.

Paragrafen genomför artikel 2.19 i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Efter synpunkter från *Lagrådet* har direktivets term märke i lagtexten uttryckts som märkning. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

14 § En upphandlande enhet får i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet kräva en viss märkning som bevis för att varan, tjänsten eller byggtreprenaden motsvarar de egenskaper som krävs, om

1. kraven för märkningen endast rör kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas,

2. kraven för märkningen är lämpliga för att definiera egenskaperna hos den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas,

3. kraven för märkningen grundas på objektiva kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,

4. märkningen har antagits genom ett öppet och transparent förfarande i vilket samtliga berörda kan delta,

5. märkningen är tillgänglig för alla berörda, och

6. kraven för märkningen fastställs av ett organ som den som ansöker om märkningen inte har ett avgörande inflytande över.

Om en upphandlande enhet inte kräver att det som ska anskaffas har alla egenskaper som krävs av en märkning, ska den ange vilka krav för märkningen som ska uppfyllas.

Om en märkning uppfyller villkoren i första stycket 3–6, men kraven för märkningen även rör kriterier som inte har anknytning till det som anskaffas, får den upphandlande enheten inte kräva märkningen för varan, tjänsten eller byggtreprenaden. Enheten får dock fastställa de tekniska specifikationerna genom hänvisningar till sådana detaljerade specifikationer för märkningen som har anknytning till det som ska anskaffas.

Paragrafen genomför artikel 61.1 första och andra styckena och 61.2 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 7 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

15 § En upphandlande enhet som kräver en viss märkning enligt 14 § ska godta en annan märkning om kraven för den märkningen är likvärdiga med kraven för den angivna märkningen.

Paragrafen genomför artikel 61.1 tredje stycket i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 7 § andra stycket LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

16 § När en leverantör inte inom den angivna tidsfristen haft möjlighet att få tillgång till den märkning som den upphandlande enheten kräver eller en likvärdig märkning och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska den upphandlande enheten godta annan lämplig utredning. Denna utredning ska visa att varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller kraven för den angivna märkningen eller, i de fall som anges i 14 § andra stycket, de särskilt angivna kraven för märkningen.

Paragrafen genomför artikel 61.1 fjärde stycket i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 7 § andra stycket LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.3.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Som exempel på annan lämplig utredning nämns i artikeln teknisk dokumentation från tillverkaren.

Anbud med alternativa utföranden

17 § En upphandlande enhet får tillåta eller kräva att anbudsgivare lämnar anbud med utföranden som avviker från dem som enheten har angett. Ett sådant anbud med alternativt utförande får beaktas endast om enheten i annonsen angett om den tillåter eller kräver sådana anbud.

Paragrafen genomför tillsammans med 18 § artikel 64.1 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 10 § första och andra styckena LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.5.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Anbud med alternativa utföranden får krävas eller tillåtas oavsett vilka tilldelningskriterierna är.

18 § En upphandlande enhet som tillåter eller kräver anbud som avses i 17 § ska i upphandlingsdokumenten ange

1. vilka minimikrav som gäller för anbud,
2. vilka särskilda villkor som gäller redovisningen av anbudet, och
3. om anbud med ett alternativt utförande får lämnas endast tillsammans med ett anbud som utgår från samma utförande som enheten har angett.

Anbud med alternativa utföranden får beaktas endast om de uppfyller minimikraven.

Första stycket genomför tillsammans med 17 § artikel 64.1 andra stycket i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 10 § tredje stycket LUF. *Andra stycket*, som saknar direkt motsvarighet i direktivet motsvarar 6 kap. 10 § fjärde stycket i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.5.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Av artikel 64.1 andra stycket framgår med avseende på eventuella krav som uppställs för hur de alternativa anbuden ska presenteras att det är särskilt viktigt att ange om anbud med alternativa utföranden endast får lämnas om ett anbud som inte utgör ett alternativ också har lämnats.

19 § Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande enhet som har tillåtit eller krävt anbud med alternativa utföranden inte förkasta ett sådant anbud enbart på grund av att det, om det antas, skulle bli ett tjänstekontrakt i stället för ett varukontrakt eller ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt.

Paragrafen genomför artikel 64.2 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 11 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 17.1.5.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

10 kap. Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande

Annonsering

Anbudsinfördran

1 § En upphandlande enhet ska genom en anbudsinfördran informera om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal.

En anbudsinfördran ska göras genom en annons om upphandling. En anbudsinfördran får dock, i de fall som regleras i 2 §, göras genom en förhandsannons och, i de fall som regleras i 4 §, göras genom en annons om kvalificeringssystem.

Särskilda regler om upphandling utan föregående annonsering finns i 6 kap. 5–12 §§.

Paragrafen genomför delar av artikel 44.4 och 44.5 samt delar av artikel 69 och del av artikel 92 i LUF-direktivet. Den motsvarar 7 kap. 1 och 2 §§ LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1. Paragrafen motsvarar 10 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Av paragrafen framgår att all anbudsinfordran ska ske genom en annons. Upphandlande enheter får dock under de förutsättningar som anges i 2 § välja att i stället använda en förhandsannons eller, i de fall som anges i 4 §, en annons om kvalificeringssystem.

Bestämmelser om undantag från den generella annonseringsskyldigheten finns i 6 kap. 5–12 §§ om förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Vilka uppgifter en annons ska innehålla framgår av bilaga XI och – när det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster – del A i bilaga XVIII till LUF-direktivet. Annonsen ska utformas i enlighet med standardformulär som fastställts av kommissionen i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011. Standardformulären finns tillgängliga på kommissionens webbplats SIMAP med information om offentlig upphandling i Europa.

Förhandsannons som anbudsinfordran

2 § En upphandlande enhet får använda en förhandsannons som anbudsinfordran när upphandling ska genomföras med selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

En enhet som ska upphandla tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 får också använda en förhandsannons som anbudsinfordran.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 §, artikel 44.4 a, delar av artikel 67.2 samt del av artikel 92 i LUF-direktivet. Första stycket motsvarar 7 kap. 4 § LUF medan andra stycket inte har någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1 och 18.1.2. Paragrafen motsvarar 10 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Första stycket reglerar möjligheten att i stället för en annons om upphandling använda sig av en förhandsannons som anbudsinfordran när kontraktet ska tilldelas genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande. Till skillnad från den nya lagen om offentlig upphandling gäller bestämmelsen alla upphandlande enheter.

Av *andra stycket* framgår att en upphandlande enhet som upphandlar sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 2 också får använda en förhandsannons som anbudsinfordran.

Regeringen avser att genomföra bestämmelser i direktivet om utformning och offentliggörande av annonser genom föreskrifter i en förordning, se 7 §. Sådana bestämmelser finns bl.a. i artikel 67.2 i LOU-direktivet, som anger att annonser ska innehålla uppgift om vilka varor, tjänster och byggtreprenader som kontraktet kommer att omfatta, att kontraktet kommer att tilldelas utan någon ytterligare annonsering samt

att intresserade leverantörer ska anmäla sitt intresse. En motsvarande bestämmelse finns för förhandsannonser som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster i artikel 92.1 b i LUF-direktivet. Vidare anges i artikel 67.2 att en förhandsannons inte får omfatta en period som är längre än 12 månader och att förhandsannonsen ska skickas för publicering mellan 35 dagar och 12 månader före den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickas. En förhandsannons som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster får emellertid omfatta mer än 12 månader.

Vilka ytterligare uppgifter som ska finnas i en förhandsannons som används som anbudsinfordran framgår av del A avsnitt I och II i bilaga VI och – när det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster – del B i bilaga XVIII till LUF-direktivet. Annonserna ska utformas i enlighet med standardformulär som antagits av kommissionen, se kommentaren till 1 §.

Förhandsannons för att informera om planerade upphandlingar

3 § En upphandlande enhet får i en förhandsannons informera om planerade upphandlingar.

Bestämmelser om förkortade tidsfrister efter en sådan förhandsannonsering finns i 11 kap. 5 §.

Paragrafen genomför delar av artikel 67.1 i LUF-direktivet. Paragrafens första stycke saknar direkt motsvarighet i LUF, medan andra stycket motsvarar 7 kap. 3 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1. Paragrafen motsvarar 10 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Vilka uppgifter som ska finnas i en förhandsannons enligt paragrafen framgår av bilaga VI till LUF-direktivet. Annonserna ska utformas i enlighet med standardformulär som antas av kommissionen, se artikel 71.1 i LUF-direktivet.

Regeringen avser att med stöd av 7 § meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser i den kommande förordning som behövs för direktivens genomförande.

Annons om kvalificeringssystem

4 § När en upphandlande enhet upprättar ett kvalificeringssystem enligt 14 kap. 4 § ska enheten i en annons upplysa om detta.

Paragrafen genomför delvis artikel 68 och del av artikel 92 i LUF-direktivet. Den motsvarar delvis 7 kap. 5 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1 och 18.1.2. Paragrafen har inte någon motsvarighet i den nya lagen om offentlig upphandling.

Av 14 kap. 4 § framgår att en upphandlande enhet får ha ett särskilt kvalificeringssystem för val på förhand av leverantörer som får delta i selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden, konkurrenspräglade dialoger eller innovationspartnerskap. Kvalificeringssystem får även enligt 19 kap. 3 § tredje stycket användas vid urvalsförfarande.

Enligt paragrafen ska en upphandlande enhet som upprättar ett kvalificeringssystem upplysa om detta i en annons.

Regeringen avser att genomföra bestämmelser i direktivet om bl.a. utformning och offentliggörande av annonser genom föreskrifter i en förordning, se 7 §. Sådana bestämmelser finns i artikel 68.2, som anger att den upphandlande enheten i annonsen ska ange hur länge kvalificeringssystemet är giltigt och anmäla eventuella ändringar i giltighetstiden. Vidare ska den upphandlande enheten ange syftet med systemet och var reglerna för systemet finns tillgängliga. Kraven på vilka uppgifter som ska lämnas i annonsen gäller inte om annonsen avser ett kvalificeringssystem för sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 2. Däremot framgår av artikel 92.1 c att en annons om kvalificeringssystem som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska offentliggöras kontinuerligt.

Vad en annons om kvalificeringssystem närmare ska innehålla framgår av bilaga X och – när det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster – del C i bilaga XVIII till direktivet. Standardformulär för dessa annonser har fastställts av kommissionen, se kommentaren till 1 §.

Efterannons om resultatet av en upphandling

5 § En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. En myndighet som tilldelat kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem ska skicka en efterannons senast 30 dagar efter tilldelningen av varje kontrakt.

Trots första stycket får enheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Paragrafen genomför artikel 70.1 och 70.2 andra och tredje styckena samt del av artikel 92 i LUF-direktivet. Paragrafens första och tredje stycke motsvarar 7 kap. 6 § LUF, medan andra stycket inte har någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1 och 18.1.2. Paragrafen motsvarar 10 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Vilka uppgifter som ska ingå i en efterannons framgår av bilaga XII och – när det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster – i del D i bilaga XVIII till LUF-direktivet. Annonsen ska utformas i enlighet med standardformulär som har fastställts av kommissionen, se kommentaren till 1 §.

Regeringen avser att med stöd av 7 § meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser i den kommande förordning som behövs för direktivens genomförande.

Annons om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering

6 § En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5–12 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

Paragrafen motsvarar 7 kap. 7 § i LUF, som infördes år 2010 (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 142 f.). Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1. Paragrafen motsvarar 10 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Bemyndigande

7 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Paragrafen har inte någon motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.1 och 18.1.2. Paragrafen motsvarar 10 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Bestämmelser om annonsering finns förutom i detta kapitel även i en förordning från kommissionen om fastställande av standardformulär för offentliggörandet av meddelanden, se kommentaren till 1 §. De ytterligare föreskrifter om innehållet i och utformningen av annonser som krävs för genomförandet av direktiven avser regeringen att med stöd av denna paragraf meddela i en förordning.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

8 § Den upphandlande enheten ska vid annonsering om upphandling och förhandsannonsering med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om anbudsinfordran utgörs av en annons om kvalificeringssystem, ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten ges med elektroniska medel så snart som möjligt och senast från och med den dag då inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen eller inbjudan.

Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska enheten i annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt. Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt andra stycket vid annonsering om kvalificeringssystem, ska enheten lämna sådana upplysningar i något av upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför delar av artikel 73.1 i LUF-direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.3.

Första stycket genomför tillsammans med 9 § andra stycket artikel 73.1 första stycket i LUF-direktivet. *Andra stycket* genomför artikel 73.1 andra stycket i LUF-direktivet. *Tredje stycket* genomför tillsammans med 11 kap. 9 § artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet. Vad som avses med upphandlingsdokument framgår av 1 kap. 24 §. Bestämmelser om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument finns också i 9 § andra stycket (inbjudan att bekräfta intresse) och 10 § andra stycket (inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog).

Inbjudan till anbudssökande

Skriftlig inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

9 § Om en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, ska den upphandlande enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse. Först när enheten har fått veta vilka anbudssökande som fortfarande är intresserade, får den ange vilka leverantörer som ska få lämna anbud eller delta i förhandlingar.

Den upphandlande enheten ska med elektroniska medel ge anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att bekräfta intresse. Om enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om art och mängd av det som ska upphandlas, option på ytterligare avtal och om möjligt beräknad tidsfrist för optionen samt, när det gäller avtal som kan förnyas, art och mängd och, om möjligt, beräknad tidpunkt för kommande annonser om upphandling av varor, tjänster eller byggtreprenader,
2. uppgift om huruvida selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering ska användas,
3. uppgift om dag för leverans av varor eller för påbörjande eller avslutande av tjänsterna eller byggtreprenaderna,
4. uppgift om adress till den upphandlande enheten,
5. uppgift om ekonomiska eller tekniska krav, ekonomiska garantier och upplysningar som krävs från leverantörer,
6. uppgift om huruvida ett varukontrakt avser köp, leasing, hyra eller hyrköp eller en kombination av dessa,
7. uppgift om tilldelningskriterier samt kriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
8. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Paragrafen genomför delar av artikel 73.1 första stycket och artikel 74 i LUF-direktivet. Paragrafen genomför även bilaga XIII avsnitt 2 till LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 8 kap. 14 § LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.2.1.

Första stycket genomför artikel 74.1 andra stycket i LUF-direktivet. En inbjudan att bekräfta intresse kan utgöra startpunkten för tidsfrister för anbudsansökningar enligt 11 kap. 3 § vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Anbudsinfördran genom förhandsannonsering regleras i 2 §.

Andra och tredje styckena genomför tillsammans med 10 § andra och tredje styckena artikel 74.2 i LUF-direktivet (se även artikel 73.1 första stycket). Av 11 kap. 9 § framgår att tidsfristen för anbud ska förlängas med fem dagar om den upphandlande enheten inte ger sådan elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten som avses. Detta gäller dock inte vid en överenskommelse om tidsfristen enligt 11 kap. 7 § och vid ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 §.

I tredje stycket anges genom en uppräkningspunkt i punktform vad en inbjudan att bekräfta intresse minst ska innehålla i övrigt (jfr bilaga XIII avsnitt 2 till LUF-direktivet och 8 kap. 14 § tredje stycket LUF). I 4 kap. 15 §, 8 kap. 4, 12, 18 och 29 §§ samt 10 kap. 11 § finns ytterligare bestämmelser som reglerar innehållet i en inbjudan att bekräfta intresse.

Skriftlig inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog

10 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska den upphandlande enheten vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att lämna anbud, att förhandla eller, vid konkurrenspräglad dialog, att delta i dialogen.

Den upphandlande enheten ska med elektroniska medel ge de utvalda anbudssökandena fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog. Om enheten inte kan göra ett upphandlingsdokument tillgängligt med elektroniska medel och dokumentet inte heller har gjorts tillgängligt på något annat sätt, ska det bifogas inbjudan.

En inbjudan ska dessutom innehålla

1. uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar enligt 12 kap. 11 §,
2. uppgift om sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet ska skickas och på vilket eller vilka språk det ska skrivas, eller, vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om dag och plats för dialogens början samt om det eller de språk som ska användas,
3. en hänvisning till den annons som använts som anbudsinfordran,
4. uppgift om de handlingar som ska bifogas,
5. uppgift om tilldelningskriterier, om de inte redovisas i en annons om kvalificeringssystem som används som anbudsinfordran,
6. uppgift om tilldelningskriteriernas inbördes vikt eller prioritetsordning, om detta inte redovisas i något annat upphandlingsdokument, och
7. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Paragrafen genomför delar av artikel 74 i LUF-direktivet samt bilaga XIII avsnitt 1 till LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 8 kap. 11 § LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitten 18.2.2 (inbjudan) och 20.2.1 (uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar).

Första stycket genomför artikel 74.1 första stycket i LUF-direktivet. En inbjudan att lämna anbud enligt första stycket utgör startpunkten för tidsfrister enligt 11 kap. 7 §.

Endast de anbudssökande som väljs ut av den upphandlande enheten får lämna anbud vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Detsamma gäller för rätten att delta i en konkurrenspräglad dialog. Den upphandlande enhetens uppmaning till de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud vid konkurrenspräglad dialog behandlas i 6 kap. 18 §.

Andra och tredje styckena genomför tillsammans med 9 § andra och tredje styckena artikel 74.2 i LUF-direktivet.

I tredje stycket anges genom en uppräkningspunkt vad en inbjudan minst ska innehålla i övrigt (jfr bilaga XIII avsnitt 1 till LUF-direktivet). *Första punkten* motsvarar delvis 8 kap. 11 § tredje stycket 1 LUF men har ingen motsvarighet i LUF-direktivet. Tidsfristen har betydelse för prövningen av om kompletterande upplysningar har begärts i god tid enligt 12 kap. 11 §. En annons enligt *tredje punkten* kan vara en annons om upphandling, en förhandsannons eller en annons om kvalificeringssystem. *Sjunde punkten* motsvarar 8 kap. 11 § tredje stycket 7 LUF men saknar motsvarighet i LUF-direktivet.

Anbudets giltighetstid

11 § En upphandlande enhet ska vid öppet förfarande i annonsen om upphandling ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska enheten ange denna uppgift i en annons som används som anbudsinfördran, i en inbjudan att bekräfta intresse eller i en inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog.

En underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 12 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 11 § LUF. Någon motsvarande artikel i LUF-direktivet finns inte. Av bilaga XI del A till LUF-direktivet framgår dock att annonsen om upphandling vid öppet förfarande ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.4.1.

En annons som används som anbudsinfördran enligt *första stycket* kan vara en annons om upphandling, en förhandsannons eller en annons om kvalificeringssystem.

Paragrafen motsvarar 10 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

11 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Kapitlet innehåller bestämmelser om tidsfrister, dvs. den tid som en leverantör har till sitt förfogande att komma in med en anbudsansökan eller ett anbud. De tidsfrister som normalt ska gälla ska i vissa fall förlängas. I andra fall får tidsfristerna förkortas. LUF-direktivets bestämmelser om tidsfrister finns i artiklarna 45–49, som behandlar upphandlingsförfarandena, samt i artiklarna 66 och 73.

De tidsfrister som behandlas i 11 kap. är de tidsfrister som styrs av LUF-direktivet. Tidsfrister för upphandling utanför det direktivstyrda området regleras i 19 kap. 15 §.

Förhållanden som ska beaktas när tidsfrister bestäms

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande enheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudena. Om anbud inte kan lämnas annat än

efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

Paragrafen genomför artiklarna 66.1 och 66.2 i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 8 kap. 1 § och 9 § andra stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.2.

Paragrafen motsvarar 11 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tidsfrist vid öppet förfarande

2 § Vid öppet förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 35 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Första stycket gäller om inte något annat följer av 5–10 §§.

Paragrafen genomför artikel 45.1 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 8 kap. 2 § LUF med den skillnaden att tidsfristen enligt den paragrafen är minst 52 dagar. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.3.

Tidsfristen enligt 2 § kan förkortas enligt 5, 6 eller 10 § eller förlängas enligt 8 eller 9 §.

Paragrafen motsvarar 11 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tidsfrist för anbudsansökningar

3 § Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfordran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

Paragrafen genomför artikel 46.1 andra stycket, artikel 47.1 andra stycket, artikel 48.1 andra stycket och artikel 49.1 fjärde stycket första meningen i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 8 kap. 3 § första stycket LUF, som dock inte innehåller någon reglering för konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.4.

I bestämmelsen behandlas tidsfristen för anbudsansökningar. Minimitidsfristen är 15 dagar. Av LUF-direktivets bestämmelser framgår dock att tidsfristen som regel ska vara minst 30 dagar. De angivna tidsfristerna för anbudsansökningar är kortare än tidsfristerna i 8 kap. 3 § LUF. Möjligheten att använda en förhandsannons som anbudsinfordran gäller enligt 10 kap. 2 § vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Inbjudan att bekräfta intresse regleras i 10 kap. 9 §.

Tidsfristen för anbud vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering behandlas i 7 §. Tidsfristen för anbud vid konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap regleras inte särskilt i LUF-direktivet. Bestämmelsen i 1 § är dock tillämplig även i dessa fall. Den upphandlande enhetens uppmaning till de deltagande anbudssökandena att lämna slutliga anbud vid konkurrenspräglad dialog behandlas i 6 kap. 18 §. Bestämmelsen om inbjudan att lämna anbud i 10 kap. 10 § omfattar även förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap.

Paragrafen motsvarar delvis 11 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tidsfrister vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem

4 § 1 8 kap. 8 och 11 §§ finns bestämmelser om tidsfrister för anbudsansökningar och anbud vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Se kommentarerna till 8 kap. 8 och 11 §§. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Paragrafen motsvarar 11 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Förkortad tidsfrist efter förhandsannonsering

5 § Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat vid öppet förfarande, får tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

En tidsfrist får förkortas enligt första stycket endast om förhandsannonsen

1. innehöll de uppgifter som anges i bilaga VI del A avsnitten I och II till direktiv 2014/25/EU, i den mån uppgifterna fanns att tillgå när förhandsannonsen publicerades, och

2. skickades för publicering minst 35 dagar men högst 12 månader före den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Paragrafen genomför artikel 45.2 i LUF-direktivet och motsvarar 8 kap. 5 § LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.5.

Tidsfristen för anbud enligt 5 § överensstämmer med tidsfristen för anbud vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §. Bestämmelsen ger möjlighet till en kortare tidsfrist än vad 8 kap. 5 § LUF medger (normalt minst 36 dagar och aldrig kortare än 22 dagar). Vid en förkortning av tidsfristen måste alltid en bedömning av upphandlingens komplexitet göras enligt 1 §. Förhandsannonsering vid öppet förfarande regleras i 10 kap. 3 §.

Paragrafen motsvarar delvis 11 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

6 § Om den upphandlande enheten tillåter att anbudena skickas in elektroniskt vid öppet förfarande, får tidsfristen enligt 2 § bestämmas till minst 30 dagar.

Paragrafen genomför artikel 45.4 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.6.

Bestämmelsen innebär att den tidsfrist för anbud vid öppet förfarande som anges i 2 § får förkortas med fem dagar, om den upphandlande enheten tillåter elektronisk anbudsinslämning. Om förutsättningarna i 10 § är uppfyllda får tidsfristen förkortas utöver vad som följer av 6 §. Bestämmelserna i 1 och 9 §§ måste dock iaktas när tidsfristen bestäms.

Av 12 kap. framgår att den upphandlande enheten, utom i vissa undantagssituationer, ska anvisa elektroniska medel som leverantörerna ska använda när de kommunicerar med enheten. Elektroniska anbud ska alltså som huvudregel tillåtas.

Paragrafen motsvarar delvis 11 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tidsfrist för anbud efter överenskommelse

7 § Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering får den upphandlande enheten bestämma tidsfristen för att komma in med anbud till en gemensam tid som har överenskommit med de utvalda anbudssökandena.

Om en sådan överenskommelse inte nås, ska tidsfristen vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till anbudssökandena.

Paragrafen genomför artikel 46.2 andra och tredje styckena samt artikel 47.2 andra och tredje styckena i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 8 kap. 4 § LUF, vars andra stycke dock innehåller en rekommenderad minsta tidsfrist om 24 dagar. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.7.

Paragrafen motsvarar delvis 11 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Förlängning av tidsfristen för anbud

8 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom de tidsfrister som anges i 12 kap. 11 §, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 66.3 i LUF-direktivet och motsvarar delvis 8 kap. 9 § LUF. Andra punkten saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.8.

Paragrafen motsvarar 11 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

9 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas med fem dagar, om den upphandlande enheten inte med elektroniska medel ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten

1. från den dag då en annons om upphandling eller en förhandsannons publiceras,

2. från och med den dag då en inbjudan att bekräfta intresse skickas till anbudssökandena, eller

3. från och med den dag då en inbjudan att lämna anbud eller att förhandla skickas till de utvalda anbudssökandena, om anbudsinfordran utgörs av en annons om kvalificeringssystem.

Första stycket gäller inte om tidsfristen anges efter en överenskommelse enligt 7 § första stycket eller förkortas vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §.

Paragrafen genomför delar av artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.9.

Första stycket motsvarar, förutom tredje punkten, 11 kap. 9 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. Bestämmelser om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument finns i 10 kap. 8 § första och tredje styckena (annonsering), 9 § andra stycket (inbjudan att bekräfta intresse) och 10 § andra stycket (inbjudan att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialog).

Av *andra stycket* framgår att förlängningen med fem dagar inte ska göras om tidsfristen bestäms efter en överenskommelse enligt 7 § första stycket eller förkortas vid ett påskyndat förfarande enligt 10 §. Om bestämmelserna om förlängning i 8 och 9 §§ skulle bli tillämpliga samtidigt under anbudsfristen, torde tidsfristen få bestämmas enligt den bestämmelse som innebär den längsta tidsfristen.

Paragrafen motsvarar delvis 11 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Påskyndat förfarande

10 § Om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa den tidsfrist för anbud vid öppet förfarande som anges i 2 eller 6 §, får tidsfristen bestämmas till minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Paragrafen genomför artikel 45.3 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.10.

Paragrafen motsvarar delvis 11 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. Uttalandena i skäl 46 i LOU-direktivet torde även vara vägledande för tillämpningen av ifrågavarande paragraf (jfr skäl 89 i LUF-direktivet).

12 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Prop. 2015/16:195

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande enhet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Enheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Paragrafen genomför artikel 40.1 första stycket och artikel 55.3 i LUF-direktivet (jfr skälen 63 och 64 i LUF-direktivet). Tillsammans med 5 § genomför paragrafen även artikel 52.3 i LUF-direktivet. Första och tredje styckena saknar motsvarighet i LUF. Andra stycket motsvarar 9 kap. 2 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande enhet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Enheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

Paragrafen genomför artikel 40.5 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

I artikel 40.5 andra stycket a–c i LUF-direktivet ges exempel på vad som avses med lämpliga, alternativa elektroniska medel. Av artikel 40.4 i LUF-direktivet framgår vidare att elektroniska modellverktyg för bygginformation (dvs. teknik för s.k. byggnadsinformationsmodellering, förkortad BIM) får användas som alternativa elektroniska medel vid upphandling av byggtreprenadkontrakt och vid projekttävlingar.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande enhet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får enheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

Paragrafen genomför artikel 40.1 andra stycket i LUF-direktivet (jfr skäl 64 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen motsvarar 12 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

4 § En upphandlande enhet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,

2. brister i informationssäkerheten hos enheten, eller

3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

Paragrafen genomför artikel 40.1 fjärde stycket i LUF-direktivet (jfr skäl 65 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande enheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen. Muntlig kommunikation får dock inte användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Paragrafen genomför artikel 40.2 och delar av artikel 52.3 i LUF-direktivet (jfr skäl 69 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Vad som avses med de väsentliga delarna av upphandlingen framgår av artikel 40.2 i LUF-direktivet. Av artikel 52.3 i LUF-direktivet framgår att muntlig kommunikation inte får användas vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande enhet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, finns tillgänglig för alla berörda.

Paragrafen genomför artikel 40.6 första stycket a i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 9 kap. 3 § första stycket LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

7 § En upphandlande enhet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen saknar direkt motsvarighet i LUF-direktivet (jfr dock artikel 40.6 första stycket c i LUF-direktivet och skäl 68 i LUF-direktivet). Bestämmelsen motsvarar 9 kap. 3 § andra stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande enhet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud samt ritningar och planer i projekttävlingar. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,

2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och

3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Paragrafen genomför artikel 40.6 första stycket b i LUF-direktivet och delar av bilaga V till LUF-direktivet (jfr skäl 68 i LUF-direktivet). Bestämmelsens andra och tredje stycken motsvarar delvis 9 kap. 3 § tredje och fjärde styckena LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Paragrafen genomför artikel 40.3 första meningen i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 9 kap. 6 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbudena ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafens första stycke genomför artikel 40.3 andra meningen i LUF-direktivet. Andra stycket är en nationell bestämmelse. Paragrafen motsvarar 9 kap. 7 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.1.

Av bilaga XI del A till LUF-direktivet framgår att en annons om upphandling vid öppet förfarande ska innehålla uppgift om tid och plats för öppnande av anbud samt vilka personer som får närvara vid öppnandet av anbudena.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Information till leverantörer

Kompletterande upplysningar

11 § En upphandlande enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Vid ett påskyndat förfarande enligt 11 kap. 10 § ska kompletterande upplysningar lämnas senast fyra dagar före angiven sista dag för anbud.

Paragrafen genomför artikel 73.2 i LUF-direktivet och motsvarar 8 kap. 10 § andra stycket och 13 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.2.1.

Om kompletterande upplysningar inte lämnas inom den tid som anges i 11 § ska tidsfristen för anbud förlängas enligt 11 kap. 8 § 1. Av 10 kap. 10 § tredje stycket 1 framgår att en inbjudan att lämna anbud ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande upplysningar.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtals spärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när enheten beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfordran samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Paragrafen genomför artikel 75.1 i LUF-direktivet och motsvarar 9 kap. 9 § LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.2.2.

I artikel 75.1 i LUF-direktivet behandlas även den upphandlande enhetens skyldighet att ge information vid beslut om tillträde till ett dynamiskt inköpssystem. Denna underrättelseskyldighet regleras i 8 kap. 9 §. Bestämmelsen i 12 § är givetvis även tillämplig vid upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem, om tilldelningsbeslut fattas eller om upphandlingen avbryts eller görs om.

Att efterannonsering ska ske vid beslut om att tilldela kontrakt eller ingå ramavtal följer av 10 kap. 5 §. Beslut om uteslutning av leverantör regleras i 13 kap. 8 §.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om

1. utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet, och

2. i förekommande fall hur förhandlingarna eller dialogen med anbudsgivarna har fortlöpt.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Paragrafen genomför artikel 75.2 i LUF-direktivet och motsvarar 9 kap. 10 § LUF. Andra punkten i andra stycket är dock ny. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 20.2.3.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Dokumentation

Dokumentationsplikt

14 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Dokumentationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Paragrafens första stycke genomför tillsammans med 16 § artikel 100.2 i LUF-direktivet och motsvarar 12 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Andra stycket genomför tillsammans med 15 § tredje stycket artikel 100.3 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.3.

Bestämmelsen reglerar den allmänna dokumentationsplikten under en upphandling. Därutöver gäller skyldigheten att bevara lämplig information enligt 15 §. Av 16 § framgår att dokumentationen ska bevaras i minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades. I

Prop. 2015/16:195 artikel 100.2 i LUF-direktivet ges exempel på vad dokumentationsplikten omfattar.

Information om upphandlingsförfaranden

15 § En upphandlande enhet ska bevara lämplig information om varje kontrakt som tilldelas, ramavtal som ingås och dynamiskt inköpssystem som inrättas.

Informationen som bevaras ska vara tillräcklig för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. kvalificering, uteslutning och urval av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,

2. användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering,

3. tillämpning av bestämmelserna i 3 kap. om att viss upphandling ska undantas från lagens tillämpningsområde, och

4. att godkänna inlämning av anbud med andra medel än elektroniska.

Informationen eller huvuddragen i den ska på begäran skickas till Europeiska kommissionen eller den tillsynsmyndighet som avses i 22 kap. 1 §.

Paragrafens första stycke genomför artikel 100.1 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar delvis 9 kap. 14 § första stycket LUF. Andra stycket fjärde punkten genomför även artikel 40.1 femte stycket i LUF-direktivet. Tredje stycket genomför tillsammans med 14 § andra stycket artikel 100.3 i LUF-direktivet. Denna bestämmelse saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.3.

Skyldigheten att bevara information enligt *första stycket* är en nyhet i fråga om ramavtal och dynamiska inköpssystem. *Fjärde punkten i andra stycket* saknar motsvarighet i 9 kap. 14 § LUF.

Bevarande av handlingar

16 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 och 15 §§ och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande enhet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt denna lag. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Paragrafens första stycke är en upplysningsbestämmelse som saknar motsvarighet i LUF-direktivet. Andra stycket genomför tillsammans med 14 § artikel 100.2 i LUF-direktivet. Stycket motsvarar 9 kap. 14 § andra och tredje styckena LUF. Tredje stycket genomför tillsammans med 19 kap. 31 § tredje stycket artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet. Denna bestämmelse saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.3.

Hänvisningarna till de dokument som ska bevaras enligt *andra stycket* har anpassats till de nya bestämmelserna i 14 och 15 §§.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. Prop. 2015/16:195

Tillgång till kontrakt

17 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 18–23 §§.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUF-direktivet och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.6

Begreppen upphandlande enhet och upphandlande myndighet definieras i 1 kap. 22 och 23 §§.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

18 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som bevaras enligt 16 § tredje stycket och som ingåtts till ett värde av minst

- 1 000 000 euro för varu- eller tjänstekontrakt, och
- 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt.

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 19 kap. 33 § artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

19 § En uppgift i ett kontrakt om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande enhetens rörelse som hålls hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende, får inte lämnas ut.

En uppgift i ett kontrakt som lämnar eller kan bidra till upplysning om en säkerhets- eller bevakningsåtgärd hos den upphandlande enheten får inte lämnas ut, om det kan antas innebära att syftet med åtgärden motverkas.

20 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

När en upphandlande enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt, ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

21 § En upphandlande enhet får inte ta betalt för att lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt, om kopian eller utskriften omfattar färre än tio sidor. För en kopia eller en utskrift som omfattar tio sidor får enheten ta högst 50 kronor. För varje sida därutöver får enheten ta högst 2 kronor.

Om myndigheten får ta betalt för en kopia eller en utskrift enligt första stycket, får enheten även ta ut ersättning för

1. portokostnad om försändelsen väger mer än 50 gram, och
2. postförskottsavgift eller annan särskild kostnad för att med post, bud eller annan liknande förmedling sända kopian eller utskriften till mottagaren.

22 § Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

23 § Om ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt överklagas, ska den upphandlande enheten vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet har överlämnats till domstolen.

Paragraferna 19–23 är nya. De saknar motsvarighet i LUF-direktivet och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Paragraferna motsvarar 12 kap. 20–24 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentarerna till dessa bestämmelser.

13 kap. Uteslutning av leverantörer

När en upphandlande enhet som är en myndighet ska utesluta en leverantör

1 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten genom en kontroll enligt 14 kap. 3 § eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättning av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Paragrafen genomför tillsammans med 2 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 10 kap. 1 § första och andra styckena LUF. Första stycket 5 och 6 saknar dock motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.2.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter och kan leda till uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling. I paragrafen anges olika grunder som ska leda till uteslutning.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten genom en kontroll enligt 14 kap. 3 § eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där kvalificeringssystemet förvaltas eller där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om enheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Paragrafen genomför tillsammans med 1 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 10 kap. 3 § första stycket 5 LUF med den skillnaden att uteslutning enligt första stycket ”ska” beslutas i stället för ”får”. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.2.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter och kan leda till uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Den tar vidare sikte på att betalningar av skatter och avgifter i det egna landet eller i det land där kvalificeringssystemet förvaltas eller där upphandlingen sker inte har fullgjorts. *Första stycket* innehåller grunder som ska leda till uteslutning medan *andra stycket* innehåller sådana som får leda till uteslutning.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

När en upphandlande enhet får utesluta en leverantör

3 § En upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet får på de grunder som anges i 1 och 2 §§ utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling.

Paragrafen genomför tillsammans med 4 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 första stycket i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 10 kap. 2 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 22.2.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter och kan leda till uteslutning av en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Som framgår av paragrafen rör det sig om grunder som får leda till uteslutning.

4 § En upphandlande enhet får, utöver vad som följer av 1 och 2 §§, utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling, om

1. enheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet, eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. enheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. enheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpas en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 7 §,

8. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i kvalificeringssystemet eller upphandlingen enligt detta kapitel eller 14 kap. 3 § eller av att leverantören uppfyller fastställda villkor för uteslutning och kvalificering enligt 14 kap. 1 och 2 §§,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som enheten har begärt in med stöd av 14 kap. 3 §, eller

9. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande enhetens beslutsprocess eller tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i kvalificeringssystemet eller upphandlingen eller av oaktamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under förfarandet i fråga om uteslutning av leverantörer från deltagande i kvalificeringssystemet eller upphandlingen, urval av leverantörer som ska kvalificeras i kvalificeringssystemet och tilldelning av kontrakt.

Paragrafen genomför tillsammans med 3 § bestämmelserna om grunder för uteslutning i artikel 80.1 första stycket i LUF-direktivet. *Punkterna 1, 2, och 7* i paragrafen motsvarar i huvudsak 10 kap. 3 § första stycket 1, 2, 4 och 6 LUF. Övriga punkter i paragrafen saknar motsvarigheter i LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.2.

Paragrafen gäller för upphandlande enheter oavsett om de är upphandlande myndigheter eller inte och kan leda till uteslutning av en

leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling. Som framgår av paragrafen rör det sig om grunder som får leda till uteslutning.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Utredning

5 § En upphandlande enhet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt enheten utgör skäl för uteslutning.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 4 §, ska inte uteslutas om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och

3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller misskötsamhetens allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas på de grunder som anges 2 §.

7 § En upphandlande enhet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande enhet kan när som helst under ett upphandlingsförfarande utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

Paragraferna 5-8 genomför artikel 80.1 i LUF-direktivet och saknar motsvarigheter i LUF. Bestämmelserna i 5 § har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag, medan 6 och 8 §§ har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.2.

Paragrafernas bestämmelser är tillämpliga om uteslutning aktualiseras på någon av de grunder som avses i 1–4 §§. I artikel 80.1 i LUF-direktivet anges att grunderna för uteslutning ska tillämpas enligt de villkor som anges i artikel 57 i LOU-direktivet. Av detta följer att även bestämmelserna om utredning vid uteslutning, om undantag från uteslutning i vissa fall och om beslut om uteslutning i artikel 57 i LOU-direktivet ska tillämpas.

Paragraferna motsvarar 13 kap. 4–7 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentarerna till de bestämmelserna.

14 kap. Kvalificering

Fastställande av villkor för uteslutning och kvalificering

1 § En upphandlande enhet får i en upphandling fastställa objektiva villkor för uteslutning och kvalificering och ska i så fall se till att dessa villkor är tillgängliga för de presumtiva leverantörerna.

Om den upphandlande enheten är en myndighet ska den fastställa grunder för uteslutning av leverantörer i den utsträckning som framgår av 13 kap.

Paragrafen genomför artikel 78.1 i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.1. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Bestämmelserna motsvarar 11 kap. 8 § LUF.

Paragrafen innehåller bestämmelser om fastställande av villkor för uteslutning och kvalificering och skiljer sig åt från 11 kap. 8 § LUF genom att det i bestämmelsen uttryckligen anges att villkor får ställas. Paragrafen gäller krav som ställs vid en specifik upphandling, till skillnad från krav som ställs för kvalificering till ett kvalificeringssystem som regleras i 5 §.

Paragrafen ger uttryck för det för försörjningssektorerna specifika förhållandet att en upphandlande enhet inte är begränsad till att använda enbart vissa i lagen uppräknade specifika kvalificeringskrav. Den upphandlande enheten är alltså fri att ställa de krav den finner lämpligt så länge de inte strider mot de allmänna principerna för upphandling. Upphandling inom försörjningsområdet skiljer sig alltså från offentlig upphandling i detta hänseende.

I *andra stycket* anges att upphandlande enheter som är myndigheter ska fastställa grunder för uteslutning av leverantörer i den utsträckning som framgår av 13 kap. Detta innebär att upphandlande enheter som är myndigheter ska tillämpa de grunder för uteslutning som är obligatoriska enligt 13 kap. Detta framgår även av bestämmelserna om uteslutning i 13 kap. För en upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet är det frivilligt att tillämpa såväl de obligatoriska som de icke-obligatoriska uteslutningsgrunderna.

Lagrådet har efterfrågat ett klagörande om hur bestämmelsen förhåller sig till bestämmelserna om uteslutning i 13 kap. och om en enhet ska kunna fastställa uteslutningsgrunder som går utöver de som anges i 13 kap. Som princip är den upphandlande enheten inte bunden av de uteslutningsgrunder som regleras i 13 kap. utan kan om den vill tillämpa uteslutningsgrunder som går utöver de som regleras i 13 kap. Detta förutsätter givetvis att de allmänna principerna som proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen följs.

2 § En upphandlande enhet får tillämpa sådana kvalificeringskrav som avses i 14 kap. 1 § första stycket lagen (0000:000) om offentlig upphandling för att välja ut leverantörer. Enheten ska i så fall tillämpa 14 kap. 1–5 §§ den lagen.

Paragrafen genomför artikel 80.2 i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.1. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF

Paragrafen innehåller bestämmelser om tillämpligheten av vissa bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling när det gäller

kvalificeringskrav. Som framgår av kommentaren till 1 § är en upphandlande enhet inte begränsad till att använda enbart vissa i lagen uppräknade specifika kvalificeringskrav. Detta handlingsutrymme motiveras enligt EU-lagstiftaren av ett behov av att säkerställa god affärssed och samtidigt medge största möjliga flexibilitet (se skäl 92 i direktivet). Bestämmelsen gäller både för krav som ställs i en specifik upphandling och krav som en enhet ställer för kvalificering i ett kvalificeringssystem.

Om enheten väljer att tillämpa sådana kvalificeringskrav som avser behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet och som regleras i den nya lagen om offentlig upphandling, ska enheten dock tillämpa den lagens regler med avseende på de kraven. Se även författningskommentarerna till aktuella bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling.

Kontroll av leverantörer

3 § En upphandlande enhet ska tillämpa 15 kap. 1–13 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den

1. kontrollerar om en leverantör ska uteslutas med stöd av 13 kap. 1–4 §§, och
2. kontrollerar om en leverantör uppfyller de krav som avses i 2 §.

Paragrafen genomför artikel 80.3 i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.3. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF.

Paragrafen anger att bestämmelserna om utredning av förhållanden hos leverantören i lagen om offentlig upphandling ska tillämpas även vid upphandling inom försörjningssektorerna när grund för uteslutning kontrolleras och när det kontrolleras om leverantören uppfyller de kvalificeringskrav som ställts. När det gäller kvalificering är det enbart de krav som ställs enligt 2 § som ska föranleda kontroll enligt 15 kap. i den nya lagen om offentlig upphandling, dvs. sådana krav som avses i 14 kap. 1 § första stycket i den lagen. Som framgår av 2 § kan sådana krav ställas både i specifika upphandlingar och för kvalificering i ett kvalificeringssystem.

När en upphandlande enhet tillämpar 15 kap. i den nya lagen om offentlig upphandling ska den tillämpa bestämmelserna på samma sätt som en upphandlande myndighet. Se även författningskommentaren till 15 kap. 1–13 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling.

Kvalificeringssystem

Upprättande av ett kvalificeringssystem

4 § En upphandlande enhet får ha ett kvalificeringssystem för att på förhand välja ut leverantörer som ska få delta i selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden, konkurrenspräglade dialoger eller förfaranden för inrättande av innovationspartnerskap. Deltagande i ett kvalificeringssystem får begränsas till upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader. Ett kvalificeringssystem kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

En leverantör ska när som helst kunna ansöka om att bli kvalificerad till kvalificeringssystemet.

När ett kvalificeringssystem upprättas och tillämpas, ska även 2, 3, 11, 14–16, 18 och 19 §§, 10 kap. 4 § samt 15 kap. tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 77.1, artikel 77.2 första stycket och, tillsammans med 9 §, 77.4 i LUF-direktivet och motsvaras av 11 kap. 2 § LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om upprättande av ett kvalificeringssystem. Nuvarande lag innehåller bestämmelser om två olika tvåstegsförfaranden, nämligen selektivt förfarande och förhandlat förfarande. Då den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna har tillförts bestämmelser om ytterligare två tvåstegsförfaranden, konkurrenspräglad dialog och inrättande av innovationspartnerskap, består den avslutande uppräknings- och förfaranden i *första stycket första meningen* av fyra förfaranden. Som framgår av artikel 44.4 första stycket b i direktivet får ett kvalificeringssystem användas vid tilldelning genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Uppräkningen i *tredje stycket* av vilka bestämmelser som ska tillämpas motsvarar de bestämmelser som utöver de som är samlade under rubriken kvalificeringssystem är tillämpliga på kvalificeringssystem.

Fastställande av krav och regler för kvalificeringssystemet

5 § Den upphandlande enheten ska ange vilka krav en leverantör ska uppfylla för att kvalificera sig enligt kvalificeringssystemet och, i den utsträckning som framgår av 13 kap., grunder för uteslutning från kvalificeringssystemet.

Den upphandlande enheten ska även ange regler för driften av kvalificeringssystemet, som regler för registrering i systemet, regelbunden uppdatering av kvalificeringar samt systemets giltighetstid.

Enheten får ange kraven och reglerna genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem. Kraven och reglerna ska tillhandahållas den leverantör som begär det.

Kraven för kvalificering enligt första stycket får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer ska underrättas om de ändringar som gjorts.

Paragrafen genomför artikel 77.2 andra stycket, 77.2 tredje stycket andra meningen och 77.3 i LUF-direktivet och motsvaras delvis av 11 kap. 3 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav för kvalificering till och regler för driften av kvalificeringssystem. *Första stycket första meningen* motsvarar nuvarande 11 kap. 3 § första stycket första meningen LUF.

I paragrafen har genom *andra stycket* förtydligats att även reglerna för driften av kvalificeringssystemet ska anges. I artikel 77.2 andra stycket i direktivet exemplifieras vad regler om driften kan omfatta. Enligt artikeln kan sådana regler omfatta registrering i systemet, regelbunden uppdatering av kvalificeringar och systemets varaktighet. På *Lagrådets* inrådan har exemplen på vad som ska omfattas av reglerna tagits in i bestämmelsen.

Regleringen hindrar inte att en leverantör återoppar andra leverantörers kapacitet för att uppfylla tillämpliga krav för kvalificering som avser

ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet. Andra leverantörers kapacitet kan sålunda återöppnas för kvalificering till ett kvalificeringssystem vilket regleras i 11 § som gjorts tillämplig på kvalificeringssystem samt 14–16 §§.

Bestämmelsen i *tredje stycket första meningen* följer av artikel 77.3 andra stycket och motsvaras av 11 kap. 3 § första stycket andra meningen LUF. Direktivet har inte ändrats i den delen i jämförelse med det gamla direktivet. Lagrådet har invänt att bestämmelsen i nuvarande 11 kap. 3 § första stycket andra meningen LUF inte motsvarar direktivets innebörd och anser att bestämmelsen bör utformas i enlighet med direktivets innebörd.

Nuvarande bestämmelse tillkom på Lagrådets förslag. Det är troligt att bestämmelsens avsikt, som Lagrådet i det lagstiftningsärendet argumenterade, är att klargöra att en enhet kan använda sig av andra enheters kvalificeringssystem som ett alternativ till att upprätta ett eget system. Som det får förstås är intresserade leverantörer i sådana fall hänvisade till att söka kvalificera sig i den andra enhetens system för att kvalificera sig för den upphandlande enhetens upphandlingar. Regeringen delar Lagrådets uppfattning om att bestämmelsens utformning i nuvarande lagstiftning inte helt klart åskådliggör detta syfte. Det har emellertid inte vid remitteringen eller annars framkommit att den aktuella skrivningen vållar några svårigheter i tillämpningen eller framkommit någon som helst kritik mot den. Bestämmelsen utformas därför med nuvarande lagstiftning som förebild.

Tekniska specifikationer

6 § Om kraven för deltagande i kvalificeringssystemet omfattar tekniska specifikationer, ska bestämmelserna i 9 kap. 1–11 och 13–16 §§ tillämpas i fråga om specifikationerna.

Paragrafen genomför artikel 77.2 tredje stycket första meningen i LUF-direktivet och motsvaras av 11 kap. 4 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav för kvalificering i form av tekniska specifikationer.

Beslut om kvalificering av leverantör

7 § En upphandlande enhet som har ett kvalificeringssystem ska inom sex månader pröva en ansökan från en leverantör om att få delta i systemet och underrätta sökanden om beslutet. Om beslutet inte kommer att fattas inom fyra månader från det att ansökan gjordes, ska den upphandlande enheten inom två månader från denna tidpunkt underrätta sökanden om orsakerna till att handläggningen kommer att ta längre tid och ange när beslut kommer att fattas.

Ansökningar om att få delta i ett kvalificeringssystem får avslås endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 5 och 6 §§.

En sökande vars ansökan avslagits ska underrättas om beslutet och om skälen för detta så snart som möjligt och senast inom 15 dagar från det att beslutet fattats.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artiklarna 75.4 och 75.5 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 9 kap. 12 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.2.

I *första stycket* anges nu att ansökan ska prövas inom sex månader. Enligt 9 kap. 12 § LUF ska ansökan prövas ”inom skälig tid”. Det har förtydligats att underrättelsen om förseningen ska lämnas inom två månader från tidpunkten för ansökan.

Andra stycket avser beslut om avslag på en ansökan om att få delta i ett kvalificeringssystem. Det följer av likabehandlingsprincipen att en upphandlande enhet inte får godkänna en sökande som inte uppfyller kvalificeringskriterierna i 5 och 6 §§ (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 523). Ett beslut om att avslag kan bli föremål för överprövning enligt 20 kap.

Underrättelse om att uteslutning övervägs

8 § Om en leverantör har kvalificerat sig, får en upphandlande enhet som har ett kvalificeringssystem utesluta leverantören endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 5 och 6 §§.

En upphandlande enhet får inte utesluta en leverantör om inte leverantören dessförinnan underrättats skriftligen om att det finns risk för uteslutning och om skälen för det. Underrättelsen ska ha skickats minst 15 dagar före den dag då beslut ska fattas.

Paragrafen genomför artikel 75.6 i LUF-direktivet och motsvarar 9 kap. 13 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.2.

Ett beslut om uteslutning kan bli föremål för överprövning enligt 20 kap.

Förteckning över leverantörer

9 § De leverantörer som av den upphandlande enheten har antagits till kvalificeringssystemet ska föras upp i en förteckning. Av förteckningen ska det framgå om en leverantörs kvalificering är begränsad till deltagande i upphandlingar av en eller flera kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artikel 77.4 i LUF-direktivet och motsvaras av 11 kap. 6 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.2

Paragrafen innehåller bestämmelser om förteckningar av kvalificerade leverantörer. Till skillnad från den motsvarande bestämmelsen i 11 kap. 6 § LUF finns det i paragrafen inte någon uttrycklig hänvisning till att förteckningen ska bevaras enligt en viss bestämmelse. Att förteckningen ska bevaras följer dock av bestämmelserna om dokumentation av förfaranden och om individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (se avsnitt 20.3).

Kvalificerad leverantör ska väljas

10 § Om en anbudsinfordran görs genom en annons om kvalificeringssystem, får endast de leverantörer delta som redan är kvalificerade i systemet

Paragrafen genomför artikel 77.5 i LUF-direktivet och motsvaras av 11 kap. 7 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer som ska kunna tilldelas kontrakt ska väljas från den grupp av leverantörer som är kvalificerade i kvalificeringssystemet.

I förhållande till motsvarigheten i nuvarande 11 kap. 7 § LUF saknar paragrafen en uppräknig av tvåstegsförfarandena enligt den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorena. Att en upphandling som genomförs enligt något av tvåstegsförfarandena selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog eller förfarande för inrättande av innovationspartnerskap också kan ske med hjälp av ett kvalificeringssystem följer redan av 4 §. Nuvarande lag och den nya lagen skiljer sig därvidlag inte åt, då båda medger att en upphandling sker med hjälp av kvalificeringssystem om något av lagarnas tvåstegsförfarande används i upphandlingen.

Lagrådet har föreslagit en mer direktivnära lydelse av bestämmelsen. Regeringen delar Lagrådets uppfattning att bestämmelsen bör utformas i närmare anslutning till direktivet. Någon ändring i sak är inte avsedd med denna förändring.

Leverantörer och andra företags kapacitet

Leverantörers åberopande av andra företags kapacitet

11 § En leverantör får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.

När kapaciteten gäller relevant yrkeserfarenhet, eller en tjänsteleverantörs eller byggtreprenörs utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer hos företaget får leverantören åberopa andra företags kapacitet endast om samma företag ska utföra de tjänster eller byggtreprenader för vilka kapaciteten krävs.

Första och andra stycket gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen genomför tillsammans med 14 §, artikel 79.1 första stycket och artikel 79.2 första stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar direkt motsvarighet i LUF men motsvaras delvis av 11 kap. 8 § andra stycket LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.3.

Paragrafen innehåller i *första stycket* en grundläggande bestämmelse om leverantörers rätt att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla vissa krav. Andra enheters kapacitet kan endast utnyttjas för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet och som omfattas av 14 kap. 1 § första stycket 2 och 3 i den nya lagen om offentlig upphandling. Om frågan gäller uppfyllande av andra krav kan andra företags kapacitet inte åberopas (jfr författningss kommentaren till 11 kap. 8 § i prop. 2006/07:128 del 1 s. 536).

Rätten att åberopa andra företags kapacitet är enligt *andra stycket* begränsad när gäller yrkeserfarenhet, eller en tjänsteleverantörs eller

Prop. 2015/16:195 byggentreprenörs utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer hos företaget. I de fallen måste det företag som åberopas också utföra den tjänst eller byggentreprenad för vilken kapaciteten åberopas.

Det framgår vidare av *tredje stycket* att en leverantör kan åberopa andra företags kapacitet oavsett arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen samt att det är leverantören som ska visa att den kan förfoga över de nödvändiga resurserna vid fullgörandet av kontraktet. Som framgår av artikel 79.2 första stycket sista meningen i direktivet kan detta visas genom att leverantören lämnar in ett dokument av vilket det framgår att företagen åtar sig att tillhandahålla nödvändiga resurser. Något krav på att ett sådant dokument lämnas in som bevis ställs emellertid inte upp.

Paragrafen motsvarar 14 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

Åberopande av andra företags kapacitet vid en upphandling

12 § Om villkoren för att tilldelas ett kontrakt är sådana som avses i 2 § och 13 kap. 1–4 §§, ska en upphandlande enhet tillämpa 15 kap. 1–14 §§ lagen (2000:000) om offentlig upphandling när den kontrollerar om de andra företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller kvalificeringskraven för upphandlingen och om dessa företags förhållanden är skäl för uteslutning.

Om det vid kontrollen visar sig att det åberopade företaget inte uppfyller krav enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket som den upphandlande enheten har hänvisat till eller tillämpliga kvalificeringskrav, ska den upphandlande enheten begära att leverantören byter ut företaget mot ett annat företag.

Paragrafen genomför artikel 79.2 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.3.

Första stycket innehåller bestämmelser om kontroll av om de företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller tillämpliga krav. Kopplingen till den nya lagen om offentlig upphandling begränsar sig beträffande kvalificeringskraven, liksom vid kontroll av leverantören själv, till sådana krav som anges i den lagen. När det gäller uteslutningsgrunder ska de företag som åberopas av en leverantör kontrolleras enligt den nya lagen om offentlig upphandling i den utsträckning som grunder för uteslutning tillämpas som villkor. Även i det avseende gäller samma regler för åberopade enheter som för leverantören själv. För upphandlande enheter som är myndigheter är det obligatoriskt att tillämpa de obligatoriska uteslutningsgrunderna.

Andra stycket innehåller bestämmelser om byte av företag vars kapacitet åberopas. När kontrollen enligt första stycket visar att förhållandena hos ett företag vars kapacitet åberopas är sådana att det föreligger skäl för obligatorisk uteslutning enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket ska den upphandlande enheten begära att leverantören byter ut företaget. Leverantören ska således i sådana fall beredas tid att komma in med uppgifter om vilket annat företags kapacitet denne önskar åberopa. Detta gäller oavsett om den upphandlande enheten är en myndighet eller inte, däremot är det inte nödvändigt för enheter som inte är myndigheter

att tillämpa uteslutningsgrunderna. Om de tillämpar uteslutningsgrunderna måste de emellertid även tillämpa denna bestämmelse om det vid kontroll framkommer att någon uteslutningsgrund är tillämplig på företaget som åberopas. Det finns inte heller något hinder emot att tillämpa ordningen om det befins föreligga skäl för uteslutning enligt de fakultativa grunderna, 13 kap. 4 §.

När det gäller kvalificeringskraven anges i artikel 79.2 andra stycket att en upphandlande enhet ska begära att en leverantör byter ut ett åberopat företag även i det fall det inte uppfyller ett relevant urvalskriterium. Även i de fall då ett åberopat företag inte uppfyller det eller de krav som det åberopats för att uppfylla ska myndigheten således begära att leverantören byter ut företaget.

En liknande bestämmelse finns i 14 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se även kommentaren till den bestämmelsen.

13 § En upphandlande enhet får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

Paragrafen genomför artikel 79.2 tredje stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om solidariskt ansvar för fullgörandet av ett kontrakt. En motsvarande bestämmelse finns i 14 kap. 8 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling, se författningsskomentaren till den bestämmelsen.

Andra företags kapacitet vid kvalificering enligt ett kvalificeringssystem

14 § Om en leverantör åberopar andra företags kapacitet, ska leverantören visa att den förfogar över de nödvändiga resurserna under hela kvalificeringssystemets giltighetstid.

Paragrafen genomför, tillsammans med 11 §, artikel 79.1 första stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvaras delvis av 11 kap. 5 § LUF. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantören ska visa att den förfogar över åberopade företags kapacitet. Som framgår av artikel 79.1 första stycket sista meningen i direktivet kan detta visas genom att leverantören lämnar in ett dokument av vilket det framgår att företagen åtar sig att tillhandahålla resurserna under systemets giltighet. Något krav på att ett sådant dokument lämnas in som bevis ställs emellertid inte upp.

15 § Om villkoren för att tilldelas ett kontrakt är sådana som avses i 2 § och 13 kap. 1–4 §§, ska en upphandlande enhet tillämpa 15 kap. 1–14 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling när den kontrollerar om de andra företag vars kapacitet en leverantör åberopar uppfyller kraven för kvalificeringssystemet och om dessa företags förhållanden är skäl för uteslutning.

Om det vid kontrollen visar sig att det åberopade företaget inte uppfyller krav enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket som den upphandlande enheten har

Prop. 2015/16:195 hänvisat till, ska den upphandlande enheten begära att leverantören återoppar ett annat företags kapacitet.

Paragrafen genomför artikel 79.1 andra stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.3. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. En liknande bestämmelse finns i 14 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Bestämmelsen gäller vid kvalificering till ett kvalificeringssystem och motsvarar 12 § som gäller vid upphandlingar, se vidare kommentaren till den bestämmelsen. När det gäller kvalificeringskraven anges i artikel 79.2 andra stycket, som genomförs genom 12 §, att en upphandlande enhet ska begära att en leverantör byter ut ett återopparat företag även i det fall det inte uppfyller ett relevant urvalskriterium. Motsvarande skrivning saknas i artikel 79.1 beträffande urvalskriterier för kvalificering i ett kvalificeringssystem. Något krav på att den upphandlande enheten ska begära att leverantören ska byta ut ett företag som inte uppfyller ett relevant kvalificeringskrav i ett kvalificeringssystem ställs därför inte i denna bestämmelse. Det ställs endast krav på att enheten ska begära att de företag byts ut för vilka det finns grund för uteslutning enligt 13 kap. 1 § och 2 § första stycket som den upphandlande enheten har hänvisat till.

16 § En upphandlande enhet får kräva som villkor för deltagande i kvalificeringssystemet att det företag vars kapacitet leverantören återoppar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet om den kapacitet som återoppar avser ekonomisk och finansiell ställning.

Paragrafen genomför artikel 79.1 tredje stycket i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.3. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF.

Paragrafen innehåller bestämmelser om solidariskt ansvar för fullgörandet av ett kontrakt. En motsvarande bestämmelse finns i 14 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se författningskommentaren till den bestämmelsen.

Krav avseende vissa avgörande uppgifter

17 § Den upphandlande enheten får kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv om kontraktet avser en tjänst, en byggentreprenad eller ett monterings- eller installationsarbete inom ramen för en upphandling av en vara.

Paragrafen genomför artikel 79.3 i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 23.2.3. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF.

Paragrafen innehåller bestämmelser om krav på att andra företags kapacitet under vissa omständigheter inte kan utnyttjas för att fullgöra ett kontrakt. Bestämmelsen har inte gjorts tillämplig vid kvalificering till ett kvalificeringssystem. Ett sådant villkor som avses i bestämmelsen ställs rimligen först när det är aktuellt att tilldela ett specifikt kontrakt. I

14 kap. 8 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling finns en motsvarighet till bestämmelsen, se författningskommentaren till den bestämmelsen.

Kvalitetssäkrings- och miljöledningsstandarder

Kvalitetssäkringsstandarder

18 § Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, inklusive standarder för tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning, ska enheten precisera kraven genom att hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standardserier och är certifierade av organ som har ackrediterats för uppgiften.

Enheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När leverantören inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit åtgärder som leder till likvärdig kvalitetssäkring, om leverantören visar att åtgärderna stämmer överens med de kvalitetssäkringsstandarder som myndigheten har krävt.

Paragrafen genomför artikel 81.1 i LUF-direktivet och motsvaras av 11 kap. 11 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.5. Paragrafen motsvarar 15 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Miljöledningsstandarder

19 § Om den upphandlande enheten kräver att leverantörerna visar upp ett intyg, utfärdat av ett oberoende organ, om att leverantören följer vissa miljöledningssystem eller miljöledningsstandarder, ska enheten precisera kraven genom att hänvisa till

1. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1221/2009 av den 25 november 2009 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljöledning- och miljörevisionsordning (Emas), i lydelsen enligt rådets förordning (EU) nr 517/2013,

2. andra miljöledningssystem som erkänns i enlighet med artikel 45 i samma förordning, eller

3. andra miljöledningssystem som bygger på miljöledningsstandarder som grundas på berörda europeiska eller internationella standarder och är certifierade från organ som har ackrediterats för uppgiften.

Enheten ska godta ett likvärdigt intyg från något annat organ som är etablerat inom (Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

När en leverantör inte kan få tillgång till intyget inom den angivna tidsfristen och detta inte beror på leverantören eller något förhållande på leverantörens sida, ska enheten godta även andra bevis om att leverantören har vidtagit miljöledningsåtgärder, om leverantören kan visa att åtgärderna är likvärdiga med de som erfordras i det miljöledningssystem eller den miljöledningsstandard som myndigheten har krävt.

Paragrafen genomför artikel 81.2 i LUF-direktivet och motsvaras av 11 kap. 12 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 24.1.5. Paragrafen motsvarar

15 kap. Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Utvärdering och tilldelning

Tilldelning av kontrakt och grunder för utvärdering

1 § En upphandlande enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Paragrafen genomför artikel 82.1 och, tillsammans med 2 och 3 §§, artikel 82.2 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar delvis 12 kap. 1 § första stycket LUF. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tilldelningskriterier

2 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggentreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande enheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska enheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga.

3 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

Paragraferna genomför tillsammans med 1 § artikel 82.2, 82.4 och 83.3 i LUF-direktivet och motsvarar delvis 12 kap. 1 § andra stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragraferna motsvarar 16 kap. 2 och 3 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentarerna till dessa bestämmelser.

Livscykelkostnader

4 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud enligt 2 och 3 §§ får bedömningen utgå från en analys av kostnaderna under livscykeln för den vara eller tjänst eller det byggnadsverk som ska anskaffas.

Livscykelkostnader får omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras.

Om enheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod enheten kommer att använda för att fastställa livscykelkostnaderna.

Paragrafen genomför artikel 83.1, och tillsammans med 5 §, artikel 83.2 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.2.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

5 § Den upphandlande enhetens metod för att bedöma kostnader för externa miljöeffekter enligt 4 § andra stycket ska grundas på objektiva verifierbara och icke-diskriminerande kriterier. De får inte på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa av leverantörerna. Metoden ska vara tillgänglig för leverantörerna.

Metoden ska utformas så att de uppgifter som krävs med rimliga ansträngningar ska kunna tillhandahållas av en omdömesgill leverantör.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artikel 83.2 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.2.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Viktning av tilldelningskriterier

6 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska enheten beakta dem genom en prioritetsordning.

Enhetsen ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur kriterierna ska viktas eller vilken prioritetsordning som ska tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 82.5 i LUF-direktivet och motsvarar i huvudsak 12 kap. 2 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Onormalt låga anbud

7 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,

2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,

3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,

4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 16 kap. 6 eller 7 §§.

Enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande enhet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Paragrafen genomför artikel 84.1, 84.2 a–f och 84.3 första och andra styckena i LUF-direktivet och motsvarar delvis 12 kap. 3 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.3.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

8 § Om en upphandlande enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska enheten ge leverantören en möjlighet att inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte visat att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget, ska anbudet förkastas.

En upphandlande enhet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Paragrafen genomför artikel 84.4 i LUF-direktivet och motsvarar 12 kap. 4 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.3.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Beslut att inte tilldela kontrakt i vissa fall

9 § Om en leverantörs anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, får enheten besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 76.6 i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 25.4. Paragrafen motsvarar 16 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

16 kap. Fullgörande av kontrakt

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

1 § En upphandlande enhet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt ska ha anknytning till det som anskaffas i den mening som avses i 15 kap. 2 § andra stycket och anges i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 87 i LUF-direktivet. Bestämmelsen motsvaras delvis av 6 kap. 14 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.1.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

2 § En upphandlande enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras.

Enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande enheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

Paragrafen genomför artikel 36.2 och 88.1 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i 26.2.1, 26.2.2, 26.2.5 och 26.2.6.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande enhet ska ange nivån på villkoren, ska enheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövligt.

Om det saknas förutsättningar för enheten att ange nivån för ett villkor enligt 2 § är den inte skyldig att ställa villkoret.

Paragrafen genomför artikel 36.2 och 88.1 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i 26.2.3 och 26.2.5.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Villkoren får avse att de bestämmelser som gäller där arbetet utförs ska följas.

Paragrafen genomför artikel 36.2 och 88.1 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.2.4.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om denne är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar likvärdiga villkor för sina anställda.

Paragrafen genomför artikel 36.2 och 88.1 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.2.7.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande enhet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av kontraktet som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Paragrafen genomför artikel 88.2 i LUF-direktivet och motsvarar 6 kap. 12 § LUF. Den har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.3.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av ett kontrakt påbörjas

7 § En upphandlande enhet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Enheten ska också ställa krav på att leverantören ska underrätta enheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under kontraktets löptid. Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Paragrafen genomför artikel 88.5 första och fjärde styckena samt femte stycket b i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.3.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. Prop. 2015/16:195

Ändringar av kontrakt och ramavtal

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Paragrafen genomför artikel 89.5 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Regleringen i 9–14 §§ anger uttömmande i vilka situationer ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Ändringar av mindre värde

9 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggentreprenad.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Paragrafen genomför artikel 89.2 i LUF-direktivet (jfr skäl 113 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Att indexeringsklausuler ska beaktas vid beräkningen av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring framgår av 15 §.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,

2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och

3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 89.1 första stycket a i LUF-direktivet (jfr skäl 117 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggtreprenader får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.

Paragrafen genomför artikel 89.1 första stycket b i LUF-direktivet (jfr skäl 114 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Det finns ingen beloppsmässig begränsning för den kompletterande beställningen. Ändringen av kontraktet ska annonseras enligt 16 §.

Paragrafen motsvarar delvis 17 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Oförutsebara omständigheter

12 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet och ändringen inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.

Paragrafen genomför artikel 89.1 första stycket c i LUF-direktivet (jfr skäl 115 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Det finns ingen angiven beloppsmässig begränsning för ändringen. Däremot får ändringen inte vara så stor att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. En ändring till följd av oförutsebara omständigheter ska annonseras enligt 16 §.

Paragrafen motsvarar delvis 17 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Byte av leverantör

13 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Ett byte av leverantör enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de villkor för uteslutning och kvalificering som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 14 kap. 1 och 2 §§.

En underleverantör till leverantören får utan en ny upphandling också inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, enheten och underleverantören.

Paragrafen genomför artikel 89.1 första stycket d i LUF-direktivet (jfr skäl 116 i LUF-direktivet). Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Ändringar som inte är väsentliga

14 § Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,

2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,

3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller

4. innebär byte av leverantör.

Paragrafen genomför artikel 89.1 första stycket e och artikel 89.4 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Beräkning av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9 § ska kontraktets eller ramavtalets värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i kontraktet eller ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 89.3 i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats huvudsakligen i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Bestämmelsen klargör att indexeringsklausuler ska beaktas vid beräkningen av kontraktets eller ramavtalets värde före en ändring av mindre värde enligt 9 §. Om avtalet saknar en indexeringsklausul, ska avtalets värde före ändringen inte räknas upp med inflationen. En indexeringsklausul kan införas i avtalet under avtalstiden med de begränsningar som följer av 9 §.

Enligt standardformuläret för annonsering enligt 16 § ska den upphandlande enheten bl.a. ange uppdaterat totalt kontraktsvärde före

Prop. 2015/16:195 ändringarna med beaktande av eventuella tidigare kontraktsändringar och prisanpassningar.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Annonsering om ändring av kontrakt eller ramavtal

16 § En upphandlande enhet som har ändrat ett kontrakt eller ett ramavtal med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Paragrafen genomför artikel 89.1 andra stycket i LUF-direktivet och saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.1.

Bestämmelsen avser ändringar genom kompletterande beställningar och ändringar till följd av oförutsebara omständigheter. Artikel 89.1 andra stycket i LUF-direktivet hänvisar till artikel 71. Av denna artikel framgår att annonsen ska skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Av bilaga XVI till LUF-direktivet framgår vilka uppgifter annonsen ska innehålla. Se vidare avsnitt 18.1.1 i fråga om annonsering enligt artikel 71 i LUF-direktivet.

Kommissionen har beslutat om standardformulär som ska användas vid annonseringen, se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

Regeringen avser att meddela föreskrifter enligt *andra stycket* i den kommande upphandlingsförordningen (jfr 10 kap. 7 §).

Paragrafen motsvarar 17 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

17 § En upphandlande enhet ska se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i något av upphandlingsdokumenten.

Paragrafen är ny och genomför artikel 90 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.5.

Bestämmelsen i 13 kap. 1 § om obligatorisk uteslutning av leverantörer gäller endast för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter. *Andra punkten* i första stycket gäller alltså inte för övriga upphandlande enheter.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

17 kap. Projekttävlingar

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller projekttävlingar som

1. ingår i en upphandling av en tjänst, eller
2. innefattar ersättningar till deltagarna eller tävlingspriser.

Paragrafen genomför tillsammans med 5 kap. 15 § artikel 95.1 och 95.2 i LUF-direktivet och motsvarar 13 kap. 1 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 28. Paragrafen motsvarar 18 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Annonsering

2 § En upphandlande enhet som avser att anordna en projekttävling ska informera om tävlingen genom en annons. Om enheten har för avsikt att därefter tilldela ett kontrakt enligt bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering, ska det anges i annonsen om tävlingen. Enheten ska i annonsen ange de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som den avser att använda.

Enheten ska skicka en efterannons om resultatet av projekttävlingen senast 30 dagar efter det att tävlingen avslutats

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Paragrafen genomför artikel 96.1 i LUF-direktivet och motsvarar 13 kap. 5 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 28. Paragrafen motsvarar 18 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Urval av deltagare

3 § En projekttävling får begränsas till ett visst antal tävlingsdeltagare. Den upphandlande enheten ska i annonsen ange kriterierna för urvalet av deltagare. Antalet tävlingsdeltagare som bjuds in ska vara så stort att effektiv konkurrens uppnås.

Rätten att delta i en projekttävling får inte begränsas till enbart fysiska eller juridiska personer med hänvisning till att lagstiftningen i den medlemsstat där projekttävlingen anordnas skulle kräva det

Paragrafen genomför delvis artikel 97.2 och delvis artikel 97.3 i LUF-direktivet och motsvarar delvis 13 kap. 4 § LUF. Övervägandena finns i

Prop. 2015/16:195 avsnitt 28. Paragrafen motsvarar 18 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Jury och dess sammansättning

4 § En jury ska utse vinnande bidrag i en projekttävling. Jury ska bestå av fysiska personer som är opartiska och oberoende i förhållande till deltagarna i tävlingen. Om det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer för att få delta i en projekttävling, ska minst en tredjedel av ledamöterna i jury ha motsvarande kvalifikationer

Paragrafen genomför artikel 97.4 i LUF-direktivet och motsvarar 13 kap. 8 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 28. Paragrafen motsvarar 18 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Förfarandet i jury

5 § När ett tävlingsbidrag presenteras för jury får det inte framgå vem som har lämnat det. Anonymiteten ska gälla fram till dess att jury har lämnat sitt yttrande eller meddelat sitt beslut.

Vid granskningen får jury endast beakta de kriterier för bedömning av tävlingsbidragen som angetts i annonsen om projekttävlingen.

Tävlingsdeltagarna kan vid behov uppmanas av jury att besvara frågor i syfte att klargöra projektets alla aspekter. Fullständiga protokoll ska upprättas över dialogen mellan ledamöterna i jury och tävlingsdeltagarna.

Paragrafen genomför artiklarna 98.2 och 98.4–6 i LUF-direktivet och motsvarar tillsammans med 6 § 13 kap. 9 och 10 §§ LUF. Övervägandena finns i avsnitt 28. Paragrafen motsvarar 18 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Jurys beslut

6 § Jury ska vara självständig i sina beslut och yttranden. Den ska rangordna tävlingsbidragen i en rapport som undertecknas av samtliga jurymedlemmar. Rapporten ska innehålla en motivering till rangordningen samt de kommentarer och klargöranden som det kan finnas behov av att göra.

Paragrafen genomför artiklarna 98.1, och 98.3 i LUF-direktivet och motsvarar tillsammans med 5 § 13 kap. 9 och 10 §§ LUF. Övervägandena finns i avsnitt 28. Paragrafen motsvarar 18 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

18 kap. Anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland

Tillämpningsområdet

1 § För anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeland, med vilket Europeiska unionen inte har slutit avtal som tillförsäkrar företag från unionen jämförbart och faktiskt tillträde till marknaden i detta tredjeland, tillämpas 2 och

Paragrafen genomför artikel 85.1 i LUF-direktivet och motsvarar 14 kap. 1 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 547 f.). Övervägandena finns i avsnitt 29.

Förkastande av anbud

2 § En upphandlande enhet får vid tilldelning av varukontrakt förkasta ett anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeländ, om andelen sådana varor, bestämd enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 952/2013 av den 9 oktober 2013 om fastställande av en tullkodex för unionen, uppgår till mer än hälften av det totala värdet av de varor som anbudet omfattar.

Det som föreskrivs i första stycket gäller även programvara för användning i ett telekommunikationsnät.

Paragrafen genomför artikel 85.2 i LUF-direktivet och motsvarar 14 kap. 2 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 548 f.). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 29.

Hänvisningen i *första stycket* till EU:s tullkodexförordning avser den vid var tid gällande lydelsen av förordningen (jfr prop. 2006/07:128 del 2 s. 644). Hänvisningen är alltså dynamisk.

Företräde vid flera likvärdiga anbud

3 § Om prisskillnaden mellan två eller flera anbud inte är större än tre procent och anbudet i övrigt är likvärdigt vid en bedömning enligt 15 kap. 1 §, ska företräde ges anbudet som inte kan förkastas med stöd av 2 §.

Paragrafen genomför artikel 85.3 första stycket i LUF-direktivet och motsvarar 14 kap. 3 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 549 f.). Övervägandena finns i avsnitt 29.

19 kap. Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projektävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 1 § LUF. Övervägandena finns i avsnitten 6.6 (lagarnas tillämpningsområde), 31.1 (upphandling som inte omfattas av direktiven) och 32.2 (upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. Motsvarigheter till de bestämmelser som nämns i den kommentaren finns, såvitt avser *första punkten*, i 2 kap. 15 § 2 (tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som

Prop. 2015/16:195 ett enda kontrakt när det ingår koncessioner) och 5 kap. 7 § (upphandling av delkontrakt).

Vid upphandling av varor och tjänster samt vid projektävlingar är tröskelvärdet för närvarande 418 000 euro. Vid upphandling av byggentreprenader är tröskelvärdet för närvarande 5 225 000 euro. Av 5 kap. 1 § framgår att kommissionen kan besluta om ändring av tröskelvärdena. Se vidare avsnitt 11 om tröskelvärden.

Andra punkten avser upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Genom att 19 kap. görs tillämpligt på sådan upphandling genomförs artiklarna 91–93 i LUF-direktivet. Upphandling enligt andra punkten omfattas av 19 kap. oavsett upphandlingens värde. Om upphandlingen överstiger tillämpligt tröskelvärde gäller särskilda bestämmelser, se 3 § andra stycket.

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas

- 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner),
- 2 kap. (blandad upphandling),
- 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde),
- 4 kap. (allmänna bestämmelser), utom 6 § om begränsning av antalet anbudssökande, 9 och 10 §§ om val av anbud och 11–15 §§ om tilldelning av ett kontrakt i separata delar,
- 7 kap. (ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad upphandling), utom 9–18 §§ om gemensam upphandling med enhet från annan medlemsstat,
- 8 kap. 1–14 §§ (dynamiska inköpssystem), utom 6 § om ändringar i giltighetstiden, 8 och 11 §§ om tidsfrister samt 12 och 13 §§ om tilldelning av kontrakt och egen försäkran av leverantörer,
- 9 kap. 6 § (uppgifter och hänvisningar som inte får ingå i tekniska specifikationer),
- 9 kap. 13–16 §§ (märkning),
- 16 kap. 1–5 §§ (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 20 kap. (avtalspär, överprövning och skadestånd),
- 21 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 22 kap. (tillsyn).

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 2 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitten 6.6 (lagens tillämpningsområde), 7.3 (blandad upphandling), 8.9 (undantag från lagens tillämpningsområde), 9.4 och 10.11 (allmänna bestämmelser), 13.4 (ramavtal), 14.5 (inköpscentraler), 15.2.6 (gemensam upphandling med enhet från annan medlemsstat), 16.1.5 (dynamiska inköpssystem), 17.2 (tekniska krav), 26.6 (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt), 27.4 (tillsyn), 30.3 (rättsmedel) och 31.1 (upphandling som inte omfattas av direktiven). Se avsnitt 16.3.3 vad gäller användning av elektroniska kataloger vid upphandling enligt 19 kap.

Av paragrafen framgår vilka bestämmelser i lagens övriga kapitel som är tillämpliga vid en upphandling enligt 19 kap. Av hänvisningen till 4 kap. följer exempelvis att de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska tillämpas.

Att dynamiskt inköpssystem kan användas på det icke direktivstyrda området är en nyhet (se avsnitt 16.1.5). Hänvisningen till 8 kap. vad

gäller dynamiska inköpssystem har samma innebörd som motsvarande hänvisning i 19 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Paragrafen motsvarar delvis 19 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

3 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 6 §, 6 kap. 1 § 5 och 13–22 §§, 10 kap. 10 och 11 §§ och 11 kap. 3 §.

Vid upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, tillämpas även bestämmelserna om tekniska specifikationer i 9 kap. 1–5 och 7–12 §§, om annonsering i 10 kap. 1, 2, 4 och 5 §§ och om bevarande av information i 12 kap. 15 §.

Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 14 kap. 4–10 §§ får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt detta kapitel.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 2 § andra och tredje styckena LUF. Första stycket saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitten 12.2 (konkurrenspräglad dialog), 17.2 (tekniska krav), 18.1.4 (annonsering), 20.4.3 (dokumentation), 23.3 (särskilda kvalificeringssystem) och 32.2 (upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster).

Första stycket motsvarar 19 kap. 3 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. Av 7 § andra stycket framgår att konkurrenspräglad dialog endast får användas om förenklat förfarande och urvalsförfarande inte medger tilldelning av kontrakt.

Andra stycket motsvarar 19 kap. 3 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling. Bestämmelsen genomför artikel 92 i LUF-direktivet om annonsering. Andra stycket innebär att särskilda bestämmelser om tekniska specifikationer, annonsering och dokumentation gäller vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet. Detta värde uppgår till 1 000 000 euro enligt artikel 4 d i LUF-direktivet. Vid upphandling som avses i andra stycket ska annonsering ske med tillämpning av bestämmelser i 10 kap. Bestämmelserna om annonsering i 9–13 §§ är således inte tillämpliga vid sådan upphandling.

Tredje stycket motsvarar 15 kap. 2 § tredje stycket LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 303 och 385).

Definitioner som gäller för detta kapitel

4 § Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 26 § LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 287, 318 och 377). Övervägandena finns i avsnitten 6.7.1, 11.2.4 och 12.2.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Prop. 2015/16:195 5 § Med *förenklat förfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 27 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 478). Övervägandena finns i avsnitten 6.7.1 och 12.2.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

6 § Med *urvalsförfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 28 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 478). Övervägandena finns i avsnitten 6.7.1 och 12.2.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Upphandlingsförfaranden

7 § En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande, urvalsförfarande eller, vid ett dynamiskt inköpssystem, genom ett selektivt förfarande enligt 6 kap. 3 §. Vid ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande får en elektronisk auktion genomföras enligt 8 kap. 15–27 §§.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 3 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller vid upphandling av varor och tjänster. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5–12 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande enheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 3 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 428 f. och 552 f., prop. 2009/10:180 del 1 s. 385 f. och prop. 2013/14:133 s. 35). Övervägandena finns i avsnitten 11.2.4 (direktupphandling), 12.2 (upphandlingsförfaranden), 16.1.5 (dynamiska inköpssystem) och 16.2.3 (elektroniska auktioner).

I *första stycket* har tillägg gjorts avseende upphandling genom ett dynamiskt inköpssystem. För att genomföra en upphandling enligt ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande myndigheten följa reglerna för selektivt förfarande i 6 kap. 3 §.

Andra stycket är nytt och motsvarar 19 kap. 7 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 345).

Det tröskelvärde som avses i *tredje stycket* uppgår för närvarande till 418 000 euro. Beloppsgränsen för direktupphandling är därmed 108 680 euro (26 procent av 418 000 euro). Samma tröskelvärde och procenttal gäller i dag enligt LUF. Av regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling följer att beloppsgränsen för direktupphandling enligt LUF är 993 368 kronor.

Paragrafen motsvarar delvis 19 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Prop. 2015/16:195

Beräkning av värdet av en upphandling

8 § Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av enheten under räkenskapsåret.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 a § LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 345 och 387). Övervägandena finns i avsnitt 11.2.4.

I LUF-direktivet används uttrycket värdet av en upphandling medan motsvarande lokution i 2004 års LUF-direktiv är värdet av ett kontrakt. Ordbytet kan inte anses innebära någon skillnad i sak (se avsnitt 11.2).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Annonsering

9 § Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

En upphandlande enhet som inrättar ett dynamiskt inköpssystem ska publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Annonsen ska finnas tillgänglig i databasen under hela det dynamiska inköpssystemets giltighetstid.

Paragrafens två första stycken motsvarar 15 kap. 4 § LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 346 och 387). Tredje stycket är nytt. Övervägandena finns i avsnitten 16.1.5 (dynamiska inköpssystem) och 18.1.4 (annonsering).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

10 § En upphandlande enhet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 10 kap.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 2 § fjärde stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Innehåll i en annons

11 § En annons om upphandling enligt 9 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande enheten.

En enhet som avser att reservera deltagandet i en upphandling enligt 4 kap. 16 §, ska i annonsen enligt 9 § ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverad upphandling.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

12 § Vid förenklat förfarande ska annonsen om upphandling innehålla uppgift om

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Vid urvals förfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas,
2. den dag då ansökan senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbud ska vara bindande.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 § andra och tredje styckena LUF. Tredje punkten i andra stycket saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitten 18.1.4 (annonsering) och 18.4.3 (uppgift om anbudets giltighetstid).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Annonsering om tilldelning av kontrakt genom direktupphandling

13 § En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om innehållet i en annons enligt denna paragraf.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 a § LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 347 och 387). Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4.

Andra stycket upplyser om regeringens möjlighet att meddela kompletterande föreskrifter.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Elektronisk tillgång till upphandlingsdokumenten

14 § Den upphandlande enheten ska vid annonsering enligt 9 § med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Om enheten inte kan ge tillgång till något upphandlingsdokument enligt första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Första och andra styckena gäller även när den upphandlande enheten annonserar om upphandling enligt 10 kap.

Paragrafen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 18.1.4. Bestämmelsen motsvarar 10 kap. 8 § (se avsnitt 18.1.3). Prop. 2015/16:195

Paragrafen motsvarar 19 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

15 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än 10 dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 9 § andra eller tredje stycket.

Vid ett dynamiskt inköpssystem ska inte några tidsfrister gälla för anbudsansökningar efter det att inbjudan att lämna anbud för den första specifika upphandlingen skickats.

Paragrafens första stycke motsvarar 15 kap. 9 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 19.1.11. Andra stycket saknar motsvarighet i LUF. Dessa överväganden finns i avsnitt 16.1.5.

Andra stycket motsvarar 8 kap. 8 §, se kommentaren till den bestämmelsen. Paragrafen motsvarar 19 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Kommunikation

16 § Bestämmelserna i 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket gäller vid upphandling som avses i detta kapitel. Bestämmelserna i 12 kap. 1–5 §§ gäller dock inte vid direktupphandling.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 8 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.1.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Öppnande av anbud

17 § Anbud ska öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande enheten ska delta. Anbudena ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som är utsedd av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 11 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.1. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 10 § andra stycket (se avsnitt 20.1).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Kontroll och uteslutning av leverantörer

18 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 13 kap. 1 §.

En leverantör får uteslutas i enlighet med 13 kap. 2–4 §§.

En upphandlande enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i något av upphandlingsdokumenten eller begäran om upplysningar ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

19 § Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i Sverige enligt 13 kap. 2 § ska den upphandlande enheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Paragraferna motsvarar 15 kap. 13 och 13 a §§ LUF. Övervägandena finns i avsnitt 22.4.

Paragraferna motsvarar 19 kap. 18 och 19 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Begränsad kontroll

20 § En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet. Leverantören ska ges skäligen tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 29 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska handlingarna begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 b § LUF (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 347 f. och s. 388). Övervägandena finns i avsnitt 24.2.

I *tredje stycket* har en hänvisning till förfarandet konkurrenspräglad dialog lagts till.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Egen försäkran och kontroll av leverantörer vid dynamiska inköpssystem

21 § En leverantör som ansöker om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem får också lämna en egen försäkran om att det inte finns grund enligt 18 § för att utesluta leverantören och att leverantören uppfyller de krav som den upphandlande enheten har ställt.

Den upphandlande enheten får när som helst under det dynamiska inköpssystemets giltighetstid begära att leverantörer som godkänts som deltagare i systemet lämnar in en ny sådan egen försäkran som avses i första stycket.

Innan den upphandlande enheten tilldelar ett kontrakt enligt det dynamiska inköpssystemet ska enheten från den leverantör som den avser att tilldela kontraktet begära in och kontrollera de uppgifter som ligger till grund för en sådan egen försäkran som avses i första stycket. Leverantören ska ges skäligen tid att komma in med de begärda handlingarna.

Paragrafen har inte någon motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 16.1.5.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 21 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

22 § En upphandlande enhet ska pröva alla anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 18 §.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 § LUF och ger uttryck för likabehandlingsprincipen. Övervägandena finns i avsnitt 31.1.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tillgång till andra företags kapacitet

23 § En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 a § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 23.3.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tilldelning av kontrakt

24 § En upphandlande enhet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för enheten.

Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

25 § När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

När en upphandlande enhet utvärderar ett anbud på grunden kostnad, ska enheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.

26 § När grunden för utvärdering av anbud är bästa förhållandet mellan pris och kvalitet eller kostnad, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. De får viktas inom intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om kriterierna inte kan viktas, ska enheten i stället beakta dem genom en prioritetsordning.

Enheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange hur tilldelningskriterierna ska viktas inbördes.

Paragraferna motsvarar delvis 15 kap. 16 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.1.

Paragraferna motsvarar delvis 15 kap. 1, 2, 3 och 6 §§, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragraferna motsvarar 19 kap. 24–26 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling.

27 § Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande enheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden.

Enheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Enheten ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 17 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 25.3.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 7 §, se kommentarerna till den bestämmelsen. Paragrafen motsvarar 19 kap. 27 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Information till leverantörer

28 § En upphandlande enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 10 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.2. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 11 § på det direktivstyrda området (se avsnitt 20.2.1).

Skyldigheten att lämna kompletterande upplysningar gäller oavsett vilket förfarande som används. I bestämmelsen har därför hänvisningar till förenklat förfarande och urvalsförfarande utmönstrats.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 28 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

29 § Vid förenklat förfarande, urvalsförfarande, konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 12 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket innebär inte att ett anbud förfaller.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 19 § LUF. Övervägandena finns i avsnitten 18.4.3 och 20.4.2. I avsnitten 18.4.1, 20.2.2 och 20.2.3 behandlas motsvarande reglering på det direktivstyrda området.

Hänvisningarna till konkurrenspräglad dialog och dynamiskt inköpssystem i *första stycket* är nyheter i förhållande till dagens reglering.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Dokumentation

30 § En upphandlande enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Första stycket gäller inte om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 18 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.3. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 14 § (se avsnitt 20.3).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 30 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

31 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande enhet på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, information som bevaras enligt 12 kap. 15 §, sådana dokument som avses i 30 § och liknande handlingar. Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

En upphandlande enhet ska även bevara det kontrakt eller det ramavtal som har ingåtts efter upphandling enligt detta kapitel. Kontraktet eller ramavtalet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Paragrafen motsvarar delvis 15 kap. 20 § LUF. Tredje stycket är nytt och genomför tillsammans med 12 kap. 16 § tredje stycket artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.4.3. Bestämmelsen motsvarar 12 kap. 16 § (se avsnitt 20.3).

Hänvisningen i *andra stycket* till information enligt 12 kap. 15 § tar sikte på upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet, se 3 § andra stycket.

Bestämmelsen i *tredje stycket* begränsar inte den skyldighet att bevara kontraktet som kan gälla enligt andra bestämmelser, t.ex. bestämmelserna i bokföringslagen (1999:1078).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 31 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Tillgång till kontrakt

32 § I 2 kap. tryckfrihetsförordningen finns bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet. För en upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet och som inte ska tillämpa de bestämmelserna gäller 33 §.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUF-direktivet och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 32 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

33 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 19–23 §§.

Paragrafen är ny och genomför tillsammans med 12 kap. 18 § artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.6.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 33 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Projekttävlingar

34 § Bestämmelserna i 17 kap. 1 och 3–6 §§ gäller även för projekttävlingar vars värde understiger det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, om tävlingens värde överstiger det värde som anges i 7 § tredje stycket.

Vid anordnande av projekttävlingar ska 7 § tillämpas. En projekttävling ska annonseras enligt 9, 11 och 12 §§.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, ska vinnaren respektive vinnarna bjudas in att delta i förhandlingar.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 23 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 562 och prop. 2009/10:180 del 1 s. 389). Övervägandena finns i avsnitt 28.2.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 34 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

20 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Paragraferna i kapitlet överensstämmer i allt väsentligt med dem i 16 kap. LUF. I förhållande till regleringen i LUF har vissa av bestämmelserna om undantag från avtalsspärr och om överprövning kompletterats för att göra dem tillämpliga när ett kontrakt har tilldelats enligt ett dynamiskt inköpssystem. I förhållande till 16 kap. LUF har vidare hänvisningarna till andra lagrum i ändrats till att avse motsvarande lagrum i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

De huvudsakliga författningskommentarerna till bestämmelserna i 16 kap. finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 390–395. För att bestämmelserna skulle bli mer överskådliga och lättillgängliga omdisponerades kapitlet i ett senare lagstiftningsärende, se prop. 2010/11:150 del 1 s. 326 och s. 464–467.

Övervägandena till detta kapitel finns i avsnitt 30.1.

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 1 § LUF, tidigare 16 kap. 6 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Med tilldelningsbeslut avses även beslut om att teckna ramavtal. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 391.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 5–12 §§,
2. vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, eller
3. vid direktupphandling enligt 19 kap. 7 § tredje stycket.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 2 § LUF, tidigare 16 kap. 7 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 392 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 464 f.

I förhållande till 16 kap. 2 § har ett undantag från avtalsspärren vid tilldelning av kontrakt på grund av ett dynamiskt inköpssystem införts.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 10 kap. 6 § eller 19 kap. 13 § får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 3 § LUF, tidigare 16 kap. 8 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 392.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 4 § LUF, tidigare 16 kap. 1 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 390 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 465.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 5 § LUF, tidigare 16 kap. 2 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 390.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 6 § LUF, tidigare 16 kap. 5 och 13 §§ (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 391 och 393 samt i prop. 2010/11:150 del 1 s. 465.

7 § Om den upphandlande enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 7 § LUF, tidigare 16 kap. 14 § (se inledningen till detta kapitel). *Lagrådet* har framhållit att det inte kan råda något tvivel om att en domstol, som har fått kännedom om att ett avtal har slutits och därför överväger att avskrivna målet, måste bereda leverantören tillfälle att yttra sig i avskrivningsfrågan så att leverantören om denne önskar kan justera sitt yrkande. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 393 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 465.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 8 § LUF, tidigare 16 kap. 9 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 392 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 465.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen. Prop. 2015/16:195

Paragrafen motsvarar 16 kap. 9 § LUF, tidigare 16 kap. 4 § (se inledningen till detta kapitel). Den paragrafen har tillförts ett tredje stycke, se prop. 2015/16:129. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentarerna till denna paragraf finns prop. 2009/10:180 del 1 s. 391, prop. 2010/11:150 del 1 s. 465 f. och prop. 2015/16:129 s. 20.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 10 § LUF. För att det inte ska råda någon tvekan om utgångspunkten för tidsfristerna föreslår *Lagrådet* att den ska vara den dag då avgörandet meddelades. Några tillämpningsproblem med nuvarande lydelse borde dock inte uppstå eftersom tidpunkterna sammanfaller. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 392 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 466.

Andra stycket i förevarande paragraf är en sammanslagning av det nuvarande andra och tredje stycket i 16 kap. 10 § LUF.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 11 § LUF. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 393 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 466.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den upphandlande enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 12 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 393.

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap., eller

2. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 12 kap. 12 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 13 § LUF, tidigare 16 kap. 15 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 393 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 466.

I förhållande till 16 kap. 13 § LUF är *första stycket 2* nytt.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 14 § LUF, tidigare 16 kap. 16 § (se inledningen till detta kapitel). Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 394 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 466.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande enhet enligt ett dynamiskt inköpssystem, om den upphandlande enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 12 kap. 12 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande enhet genom annons enligt 10 kap. 6 § eller 19 kap. 13 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 15 § LUF, tidigare 16 kap. 17 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 394 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 466.

I förhållande till 16 kap. 15 § är *punkten 1* om dynamiska inköpssystem ny.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 16 § LUF, tidigare 16 kap. 4 § (se inledningen till detta kapitel). Den paragrafen har tillförts ett tredje stycke, se prop. 2015/16:129. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 391, prop. 2010/11:150 del 1 s. 467 och prop. 2015/16:129 s. 20.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 5 § eller
2. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 17 § LUF, tidigare 16 kap. 18 § (se inledningen till detta kapitel). *Lagrådet* har föreslagit att orden ”en sammanfattning av” stryks. Enligt *Lagrådet* fyller det inte något meningsfullt syfte att den upphandlande enheten, vid sidan av sin skyldighet att lämna upplysningar enligt 10 kap., dessutom ska lämna en sammanfattning av dessa upplysningar. Till skillnad från *Lagrådet* anser regeringen att den föreslagna ändringen skulle utgöra en materiell förändring som inte är avsikten med det aktuella lagstiftningsärendet. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 394 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 467.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 18 § LUF, tidigare 16 kap. 19 § (se inledningen till detta kapitel). Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 394.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Paragrafen motsvarar 16 kap. 19 § LUF, tidigare 16 kap. 3 § (se inledningen till detta kapitel). För att regeln ska vara tillämplig behöver ett beslut som gjorts med hänvisning till denna lag inte ha fattats. Det

Prop. 2015/16:195 räckes att lagen är tillämplig även om det inte fattats något beslut på det sätt som föreskrivs i lagen. En ändring av regelns ordalydelse på det sätt som *Lagrådet* föreslår kan tolkas inskränkande och bör inte göras. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 390.

Skadestånd

20 § En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 20 § LUF. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 394 f.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 21 § LUF. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 395 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 467.

21 kap. Upphandlingsskadeavgift

Paragraferna i kapitlet överensstämmer med dem i 17 kap. LUF. Hänvisningarna i 17 kap. till andra lagrum i LUF har dock ändrats till att avse motsvarande lagrum i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Se vidare prop. 2009/10:180 del 1 s. 395–397 och prop. 2010/11:150 del 1 s. 467 f.

Övervägandena till detta kapitel finns i avsnitt 30.1.

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspär i 20 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 20 kap. 14 §, eller

3. enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 §.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 1 § LUF. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 395 och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 467.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 2 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 395 f.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 3 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 396.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde enligt 5 kap. eller 19 kap. 8 §.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 4 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 396.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 5 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 396.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 6 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 396.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt

Prop. 2015/16:195 ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 20 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 7 § LUF. Författningskommentarerna till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 396 f. och i prop. 2010/11:150 del 1 s. 467 f.

Betalning av avgift

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 8 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 397.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 397.

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § LUF. Författningskommentaren till denna paragraf finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 397.

22 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2–5 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 99 i LUF-direktivet. Bestämmelserna i 1–5 §§ motsvarar 18 kap. 1–5 §§ i LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

Paragrafen motsvarar 22 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 och 3–5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 99 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 2 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

Paragrafen motsvarar 22 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

3 § En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–2 och 4–5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 99 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 3 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

Paragrafen motsvarar 22 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–3 och 5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 99 i direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 4 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

Paragrafen motsvarar 22 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–4 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 99 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 18 kap. 5 § LUF. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.1.

Paragrafen motsvarar 22 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
2. Bestämmelserna i 3 kap. 11–18 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
3. Genom lagen upphävs lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Prop. 2015/16:195 4. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av *första punkten* framgår när den föreslagna lagen ska träda i kraft.

Av *andra punkten* framgår att bestämmelserna om intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter ska tillämpas även på förhållanden, dvs. avtal, rättshandlingar eller andra relevanta omständigheter, som avser tiden före ikraftträdandet.

Enligt *tredje punkten* ersätter den föreslagna lagen den tidigare lagen om offentlig upphandling. Den tidigare lagen ska dock enligt *fjärde punkten* fortfarande tillämpas på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017.

Övervägandena finns i avsnitt 34.

36.3 Förslaget till lag om upphandling av koncessioner

1 kap. Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

Lagens innehåll

1 § Innehållet i denna lag är uppdelat enligt följande:

1 kap. – Lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner

2 kap. – Blandad upphandling

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärde

6 kap. – Förfarandet vid upphandling

7 kap. – Tekniska krav och funktionskrav

8 kap. – Annonsering av upphandling

9 kap. – Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

10 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

11 kap. – Uteslutning av leverantörer

12 kap. – Kvalificering

13 kap. – Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner

14 kap. – Fullgörande av koncessioner

15 kap. – Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3

16 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

17 kap. – Upphandlingsskadeavgift

18 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor:

Bilaga 1 – Förteckning över byggtreprenadkontrakt

Bilaga 2 – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter

Bilaga 3 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Paragrafen motsvarar 1 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Upphandling av koncessioner

2 § Denna lag gäller för upphandling av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet (upphandling av koncessioner). Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av en koncession.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artiklarna 1.1 och 1.2 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling respektive i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Andra lagar om upphandling

3 § Bestämmelser om upphandling finns även i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 3 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda lagens bestämmelse.

Tröskelvärdet

4 § Om det beräknade värdet av en upphandling uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § och den inte avser en tjänstekoncession av sådant slag som anges i bilaga 3, ska upphandlingen genomföras med tillämpning av denna lag utom 15 kap.

Om det beräknade värdet av en upphandling understiger tröskelvärdet eller om den avser en tjänstekoncession av sådant slag som anges i bilaga 3, ska den genomföras med tillämpning av 15 kap.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 § och bestämmelserna i 15 kap. artikel 1.1 och artikel 19 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 4 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda lagens bestämmelser.

Upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

5 § Denna lag gäller för upphandling av koncessioner som avser forsknings- och utvecklingstjänster och som omfattas av CPV-koderna 73000000-2 till 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 eller 73430000-5, om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och

2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 25 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 6.4.2 och 10.7.

Paragrafen innehåller bestämmelser om under vilka förutsättningar lagen är tillämplig vid upphandling av tjänstekoncessioner avseende forskning och utveckling.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 5 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den förstnämnda lagens bestämmelser.

Var finns definitioner och förklaringar?

6 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

- Anknutet företag i 3 kap. 21 §
- Blandade kontrakt i 2 kap. 1 §
- CPV-nomenklaturen i 4 kap. 9 §
- Direktupphandling i 15 kap. 6 §
- Intern upphandling i 3 kap. 13–18 §§
- Leverantör av medietjänster i 3 kap. 28 §.

Paragrafen har ingen motsvarighet i LUK-direktivet. Den motsvarar 1 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Definitioner

7 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i ett förfarande för upphandling av en koncession.

Paragrafen genomför artikel 5.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1.

I paragrafen anges vad som avses med begreppet anbudssökande. Paragrafen motsvarar delvis 1 kap. 8 § i de nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

8 § Med *byggkoncession* avses en koncession om byggtreprenad genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtrot till koncessionshavaren

1. utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1,
2. utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller
3. realiseringen av ett byggnadsverk, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen.

Paragrafen genomför artikel 5.7 och, tillsammans med 13 §, artikel 5.1 första stycket a i direktivet och motsvarar delvis 1 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 8 § i den nya lagen om

upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.2.

Paragrafen innehåller definitionen av byggkoncession. Av bestämmelsen framgår att med byggkoncession avses en koncession genom vilken en eller flera leverantörer anförtros att utföra en byggtreprenad. Av bestämmelsen framgår även i punkterna 1–3 de byggtreprenader som omfattas av bestämmelsen. Se även kommentaren till 1 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

9 § Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

Paragrafen genomför artikel 5.8 i direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1.

I paragrafen anges definitionen av byggnadsverk. Paragrafen motsvarar 1 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

10 § Med *direktiv 2014/23/EU* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen, som införs på *Lagrådets* inrådan, genomför inte någon artikel i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1. Paragrafen motsvarar 1 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 10 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Definitionen med en kortform för LUK-direktivets namn syftar till att underlätta läsningen av de paragrafer i lagen som innehåller en hänvisning till direktivet. Kortformen avser direktivet i dess ursprungliga lydelse.

11 § Med *elektroniska medel* avses elektronisk utrustning för behandling och lagring av data som sänds, överförs eller tas emot via kabel eller radiovågor eller på optisk eller annan elektromagnetisk väg.

Paragrafen genomför artikel 5.9 i direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1.

I paragrafen definieras elektroniska medel. Paragrafen motsvarar 1 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 11 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

12 § Med *ensamrätt* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,
2. begränsar rätten att utöva en verksamhet till ett enda företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 5.10 i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1.

Bestämmelsen motsvarar 1 kap. 12 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

För att en ensamrätt ska vara för handen ska rätten att utöva den verksamhet som rättigheten avser vara begränsad till ett enda företag. Om däremot flera företag har rätt att utöva verksamheten är det fråga om en särskild rättighet. Vad som avses med särskild rättighet definieras i 18 §. Gemensamt för båda rättigheterna är att de väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva sådan verksamhet som rättigheten avser.

13 § Med *koncession* avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där

1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,

2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och

3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren.

Paragrafen genomför tillsammans med 8, 19, 22 och 23 §§ artikel 5.1 i direktivet. Paragrafen saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.2.

I paragrafen anges definitionen av koncessioner i lagen. Med koncession avses enligt *punkten 1* en byggkoncession eller en tjänstekoncession. Av bestämmelsen med dess hänvisning till 8 och 19 §§ följer att det inte är fråga om sådana koncessioner som utgör en form av nödvändigt tillstånd att bedriva viss verksamhet, såsom nätkoncessioner för anslutning till elnät.

Av *punkten 2* framgår vidare att ersättningen inte består av betalning som vid ett kontrakt avseende byggtreprenader eller tjänster utan av en rätt att utnyttja föremålet för koncessionen eller av både en sådan rätt och betalning. Det första villkoret för att ett avtal om utförande av byggtreprenad ska anses utgöra en byggkoncession är alltså att ersättningen åtminstone delvis består av rätten att utnyttja byggnadsverket. Detsamma gäller när det är fråga om en tjänstekoncession.

Exempel på byggkoncessioner är byggandet av en väg eller bro där koncessionshavaren har rätt att ta ut avgifter från användarna. Bland hittillsvarande praxis på området kan nämnas EU-domstolens dom Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, där domstolen bl.a. tagit ställning till om det kan vara fråga om en byggkoncession när den enda aktör som kan tilldelas koncessionen redan är ägare till marken på vilken anläggningen ska uppföras. Domstolen slog fast att det, så länge som en aktör åtnjuter rätten att nyttja den mark som den äger, i princip är uteslutet för en upphandlande myndighet att tilldela en koncession med avseende på detta nyttjande.

En tjänstekoncession, dvs. en rätt för leverantören att utnyttja sina egna tjänster föreligger t.ex. om tjänsten kan säljas till andra än den upphandlande myndigheten eller enheten. Exempel på tjänstekoncessioner är drift av parkeringsplats där koncessionshavaren får ersättning från de som använder parkeringsplatsen (se t.ex. dom Parking Brixen, C-458/03, EU:C:2005:605) och bedrivande av restaurang- och caféverksamhet i lokaler som tillhandahålls av en myndighet (se t.ex. HFD 2012 ref. 29).

I *punkten 3* anges den andra delen i definitionen av koncession, nämligen att verksamhetsrisken vid nyttjandet ska överföras till leverantören. Övergången av verksamhetsrisken är det viktigaste kännetecknet för en koncession, se vidare 22 och 23 §§

14 § Med *koncessionsdokument* avses varje dokument som en upphandlande myndighet eller enhet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen.

Paragrafen genomför artikel 5.12 i direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.2.

Paragrafen anger vad som avses med koncessionsdokument. Paragrafen motsvarar delvis 1 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 24 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Definitionen utgör en samlande beteckning för de olika typer av dokument som en upphandlande myndighet eller enhet tar fram eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i koncessionen eller förfarandet. Begreppet omfattar enligt direktivet bl.a. koncessionsmeddelande, tekniska krav och funktionskrav, förslag till koncessionsvillkor och upplysningar om allmänt tillämpliga skyldigheter samt eventuella kompletterande dokument. Genom att ange att varje dokument som en upphandlande myndighet eller enhet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen innefattas dokument med angivna uppgifter och dokument som rör förfarandet.

15 § Med *koncessionshavare* avses en leverantör som har tilldelats en koncession.

Paragrafen genomför artikel 5.5 i direktivet och har ingen motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.2.

16 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 5.2. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1.

I paragrafen definieras begreppet leverantör. Begreppet ersätter, liksom i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, det i direktiven använda begreppet ”ekonomisk aktör”. Paragrafen motsvarar 1 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 15 § i den nya lagen om upphandling inom

Prop. 2015/16:195 försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Lagrådet har föreslagit att varor ska tas bort ur definitionen eftersom varor inte är aktuella i fråga om koncessioner enligt denna lag. Varor kan emellertid ingå i en koncession, bl.a. som en del av ett odelbart blandat kontrakt, se 2 kap. 12 § och 5 kap. 2 §. Definitionerna av leverantör i upphandlingslagarna föreslås vara likalydande.

17 § Med *offentligt styrt organ* avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierad av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,

2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller

3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Paragrafen genomför artikel 6.4 i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1.

Paragrafen motsvarar 1 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 17 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

18 § Med *särskild rättighet* avses en rättighet som

1. beviljats enligt lag eller annan författning,

2. begränsar rätten att utöva en verksamhet till två eller flera företag, och

3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

Paragrafen genomför artikel 5.11 i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.1.

I paragrafen anges definitionen av begreppet särskild rättighet. Paragrafen motsvarar 1 kap. 20 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Se vidare kommentaren till 12 §.

19 § Med *tjänstekoncession* avses en koncession genom vilken en upphandlande myndighet eller enhet anförtror till koncessionshavaren tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än de som avses i 8 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 13 §, artikel 5.1 första stycket b i direktivet och saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.2.

Paragrafen innehåller definitionen av tjänstekoncession. Av bestämmelsen framgår att en tjänstekoncession innebär att en eller flera

20 § Med *upphandlande enhet* avses i denna lag en enhet som bedriver någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet och som är

1. en statlig eller kommunal myndighet, beslutande församling i en kommun eller ett landsting, ett offentligt styrt organ som avses i 17 § eller en sammanslutning av en eller flera myndigheter eller församlingar eller en sammanslutning av ett eller flera offentligt styrda organ,

2. ett företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller

3. en annan enhet än de som anges i 1 och 2, om den bedriver sin verksamhet med stöd av en sådan ensamrätt enligt 12 § eller en särskild rättighet enligt 18 § som beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som anges i bilaga 2.

Ett bestämmande inflytande enligt första stycket 2 ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

En sådan enhet som anges i första stycket 3 utgör inte en upphandlande enhet om den har beviljats särskilda rättigheter eller ensamrätter genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet av dessa rättigheter har grundats på objektiva kriterier.

Paragrafen genomför artikel 7.1, 7.2 och 7.4 i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.3.

I paragrafen anges definitionen av upphandlande enheter. *Första och andra styckena* motsvarar delvis den definition av upphandlande enheter som finns i 1 kap. 22 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En myndighet som bedriver verksamhet som anges i bilaga 2 till lagen och som tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet utgör dock vid tillämpningen av denna lag inte en upphandlande myndighet utan endast en upphandlande enhet enligt denna bestämmelse, se vidare 21 §. Denna skillnad i hur myndigheter respektive enheter benämns motiveras av att direktivet och denna lag behandlar upphandlande myndigheters och upphandlande enheters upphandling av koncessioner inom såväl den klassiska sektorn som inom försörjningssektorerna. Eftersom en myndighet vid tillämpning av LUK kan uppträda som antingen en upphandlande enhet eller en upphandlande myndighet är det av vikt att fastställa en prioriteringsordning. Denna ordning, som framgår av 21 § andra stycket, anger att när en myndighet enligt definitionen i 20 § är en upphandlande enhet så är den inte en upphandlande myndighet. Den myndighet som tillämpar lagen om upphandling inom försörjningssektorerna däremot är alltid en upphandlande enhet och uppträder aldrig som en upphandlande myndighet vid tillämpningen av den lagen. Det som avgör om en myndighet ska uppträda som en upphandlande enhet eller en upphandlande myndighet vid tillämpningen av LUK är om den utövar sådan verksamhet som framgår av bilaga 2 och att koncessionen tilldelas för bedrivande av sådan verksamhet. Om koncessionen tilldelas för ett

Prop. 2015/16:195 annat ändamål ska alltså LUK fortfarande tillämpas av myndigheten men då i egenskap av upphandlande myndighet.

Definitionen skiljer sig vidare från definitionen i LUF-direktivet och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna på så sätt att enheter som bedriver verksamhet inom och upphandlar en koncession för bedrivande av verksamhet inom vattensektorn inte utgör upphandlande enheter. Detta eftersom verksamhet inom vattensektorn inte är en sådan verksamhet som omfattas av LUK-direktivets tillämpningsområde enligt bilaga II.

Av *tredje stycket* framgår att vissa enheter som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna på grundval av en ensamrätt eller särskild rättighet inte utgör upphandlande enheter i vissa fall. I artikel 7.2 i direktivet finns exempel på förfaranden för beviljande av särskilda rättigheter eller ensamrätter som föranleder att en enhet som har en sådan rättighet inte ska anses utgöra en upphandlande enhet. Förfarandena, som är desamma som i motsvarande bestämmelse i LUF-direktivet och som genomförs i andra styckena i 12 och 20 §§ i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, är dels upphandlingsförfaranden med föregående annonsering i enlighet med LOU-direktivet, LUF-direktivet, LUK-direktivet eller LUFSDirektivet, dels förfaranden i enlighet med vissa unionsrättsakter som förtecknas i bilaga III till direktivet. Förfarandena i bilaga III omfattar exempelvis konkurrensutsatt anbuds förfarande i enlighet med artikel 5.3 i kollektivtrafikförordningen. Förteckningen över förfarandena i bilaga III kan ändras av kommissionen. Eftersom uppräkningslistan är exemplifierande har den inte tagits in i lagtexten. Angående särskilda rättigheter och ensamrätter, se vidare kommentaren till 1 kap. 12 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

21 § Med *upphandlande myndighet* avses en statlig eller kommunal myndighet.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämställas

1. beslutande församling i en kommun eller ett landsting,
2. offentligt styrt organ som avses i 17 §, och
3. sammanslutning av

a) en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1, eller

b) ett eller flera organ enligt 2.

En myndighet som bedriver någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet utgör dock inte en upphandlande myndighet enligt denna lag.

Paragrafen genomför artikel 6.1 i direktivet och motsvarar delvis 1 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 23 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.3.

Paragrafen innehåller definitionen av upphandlande myndighet. *Första och andra styckena* motsvarar 1 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 1 kap. 23 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen. Av *tredje stycket* framgår att myndigheter eller därmed jämställda organ som bedriver verksamhet som anges i bilaga 2,

dvs. inom försörjningssektorerna, och tilldelar en koncession för sådan verksamhet inte utgör upphandlande myndigheter enligt denna lag. Sådana myndigheter utgör i stället upphandlande enheter enligt 20 §, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

22 § Med *verksamhetsrisk* avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.

Paragrafen genomför, tillsammans med 13 och 23 §§, artikel 5.1 andra stycket och saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.2.

Paragrafen definierar vad som avses med begreppet verksamhetsrisk. Av 13 § framgår att en förutsättning för att ett avtal ska utgöra en koncession är att verksamhetsrisk överförs till koncessionshavaren.

Av paragrafen framgår att med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda. Risk som är relaterad till efterfrågan tar sikte på den risk som faktiskt hör samman med själva efterfrågan av de byggtreprenader och tjänster som kontraktet omfattar. Med risk i fråga om utbud ska förstås risken vid tillhandahållandet av de byggtreprenader eller tjänster som är föremål för kontraktet. Det ska vara fråga om risker som ligger utanför parternas kontroll. Riskerna ska vara kopplade till koncessionsföremålet. Andra risker som alltid gör sig gällande i avtalsförhållanden såsom risker för avtalsbrott eller omständigheter som kan hänföras till force majeure är således inte avgörande för klassificeringen som en koncession (se skäl 20 i direktivet).

23 § Med *övertagande av verksamhetsrisk* avses att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och

2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.

Paragrafen genomför, tillsammans med 13 och 22 §§, artikel 5.1 andra stycket och saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 6.8.2.

Koncessionshavare ska anses överta verksamhetsrisken om denne inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Det får således inte stå klart att de investeringar som görs och de kostnader som uppstår under fullgörandet av kontraktet jämnar ut varandra.

För att det ska vara fråga om en övergång av verksamhetsrisk krävs även att risken ska omfatta verklig exponering för förändringar på marknaden (i direktivet används uttrycket ”marknadens nycker”) på så

Prop. 2015/16:195 sätt att eventuella förluster inte ska vara endast nominella eller försumbara. En risk att utsättas för förändringar på marknaden kan enligt EU-domstolens hittillsvarande praxis ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra leverantörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller en risk att stå ansvarigt för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten (se dom *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, EU:C:2011:130, p. 37 och där angiven praxis).

I EU-domstolens praxis har tidigare uppställts krav på att hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten övergår till leverantören för att det ska vara fråga om en koncession (se t.ex. ovan nämnda dom i mål C-274/09, p. 29 och där angiven praxis). Något sådant krav återfinns emellertid inte i definitionen i direktivet och har således inte heller införts i nu aktuell bestämmelse. I stället krävs att risken är verklig och att eventuella förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara. Att risken i sig redan från början är begränsad exempelvis på grund av att det finns reglerade tariffer i sektorn eller genom avtalsarrangemang som föreskriver partiell ersättning bör dock inte hindra att ett avtal utgör en koncession (skäl 19 i direktivet).

2 kap. Blandad upphandling

Blandade kontrakt

1 § Med ett blandat kontrakt avses

1. ett kontrakt som avser både byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, eller
2. ett kontrakt som avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels annan upphandling.

Kontrakt enligt första stycket 1 regleras i 2 §. Kontrakt enligt första stycket 2 regleras i 3–12 §§.

Paragrafen, som föreslås på *Lagrådets* inrådan, genomför inte någon artikel i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till de bestämmelserna.

Blandade kontrakt som avser flera typer av koncessioner enligt denna lag

2 § Om ett blandat kontrakt avser både byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för den koncession som är huvudföremålet för kontraktet.

För koncessioner som består av både sådana tjänster som anges i bilaga 3 och andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna.

Paragrafen genomför artikel 20.1 i LUK-direktivet och har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.1.

I *första stycket* i bestämmelsen redogörs för vilka regler som ska tillämpas i lagen när en koncession innefattar både byggentreprenader och tjänster. I dessa fall ska på samma sätt som i de andra två lagarna huvudsaksprincipen användas för att avgöra tillämpliga bestämmelser. Bestämmelsen grundas på EU-domstolens praxis (se t.ex. dom Acoset, C-196/08, EU:C:2009:628, p. 45).

Det nu sagda ska jämföras med den praxis om huvudsaksprincipen när det gäller blandade kontrakt utan inslag av koncessioner som utvecklats av EU-domstolen, se kommentaren till 2 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling och som ligger till grund för regleringen i de andra två lagarna. Vid denna bedömning saknar det betydelse om det är fråga om sådana tjänster som omfattas fullt ut av den direktivstyrd regleringen eller om det är fråga om sådana tjänster som omfattas av den enklare upphandlingsregleringen i 15 kap.

I *andra stycket* anges hur huvudföremålet för en koncession ska bestämmas när koncessionen är en tjänstekoncession och avser såväl sociala tjänster och andra särskilda tjänster som andra tjänster. I dessa fall ska den s.k. överviktsprincipen tillämpas. Vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av sådana blandade koncessioner beror alltså på vilken av tjänsterna som har det högsta värdet.

Paragrafen motsvarar delvis 2 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 10 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. I motsvarande bestämmelser i de andra två lagarna anges även att överviktsprincipen ska tillämpas för blandade kontrakt som består av varor och tjänster. En motsvarande bestämmelse finns i LUK-direktivet, se 2 kap. 12 § andra stycket i denna lag.

Blandade kontrakt, inom en och samma verksamhet, som regleras i såväl denna lag som av andra bestämmelser

Delbara och odelbara blandade kontrakt

3 § Ett delbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 4–11 §§.

Ett odelbart blandat kontrakt inom en och samma verksamhet är ett kontrakt där det ingår delar som inte kan särskiljas objektivt. Sådana kontrakt behandlas i 12 §.

Paragrafen genomför artikel 20.2 första stycket och artikel 21.2 första stycket i LUK-direktivet och har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.1.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 11 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda lagens bestämmelse.

Tilldelning av delbara blandade kontrakt

4 § Om ett delbart blandat kontrakt avser både upphandling som regleras i denna lag och upphandling som inte regleras i denna lag, får den upphandlande

Prop. 2015/16:195 myndigheten eller enheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten eller enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Paragrafen genomför artiklarna 20.3 första stycket första meningen och 21.2 första stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 12 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt

5 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som separata kontrakt, ska de bestämmelser som gäller för varje separat kontrakt tillämpas för det kontraktet.

Paragrafen genomför artiklarna 20.3 första stycket andra meningen och 21.2 andra stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 13 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Tilldelning av ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt, ska denna lag tillämpas på kontraktet, om inte något annat följer av 7–11 §§.

Paragrafen genomför artikel 20.3 andra stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 14 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

7 § Om den upphandlande myndigheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och kontraktet avser dels upphandling som regleras i denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen om offentlig upphandling, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. lagen om offentlig upphandling, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen och värdet av den upphandling som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

Första punkten genomför, tillsammans med 8 §, artikel 20.4 i LUK-direktivet och *andra punkten* saknar motsvarighet i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se även kommentaren till den bestämmelsen.

Paragrafen reglerar vilken lag som ska tillämpas när den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att tilldela ett enda kontrakt och kontraktet, utöver inslag av koncessioner, innehåller en eller flera delar som omfattas av lagen om offentlig upphandling.

Paragrafen utgör ett undantag från 6 § och är ett uttryck för principen att det striktaste regelverket ska tillämpas. Av *första punkten* framgår att om en del av kontraktet omfattas av lagen om offentlig upphandling och uppgår till minst tröskelvärdet enligt den lagen, så ska den lagen tillämpas på hela kontraktet.

Andra punkten reglerar det fallet att både den del som omfattas av lagen om offentlig upphandling och den del som omfattas av lagen om koncessioner understiger tröskelvärdet för respektive del. Bestämmelsen avser alltså förhållanden som inte regleras av direktivet. Samma rangordning avseende tillämpligt regelverk gäller även utanför det direktivstyrda området, i enlighet med principen om striktast möjliga regelverk. Av bestämmelsen framgår att 19 kap. lagen om offentlig upphandling ska tillämpas i sådana fall. Om den del som omfattas av lagen om offentlig upphandling understiger tröskelvärdet medan den del som omfattas av lagen om upphandling av koncessioner överstiger tröskelvärdet ska dock den sistnämnda lagen tillämpas. Detta följer av huvudregeln i 6 §.

8 § Om den upphandlande enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det avser dels upphandling enligt denna lag, dels upphandling som regleras i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska kontraktet tilldelas med tillämpning av

1. bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, om värdet av den del av kontraktet som regleras i den lagen beräknas uppgå till minst det tröskelvärde som ska tillämpas enligt den lagen, eller

2. bestämmelserna i 19 kap. lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, om värdet av den upphandling som regleras i den lagen beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt den lagen och värdet av den upphandling som regleras i denna lag beräknas understiga det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

Första punkten genomför, tillsammans med 7 §, artikel 20.4 i LUK-direktivet, medan *andra punkten* saknar motsvarighet i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och i tillämpliga delar 7.1.3. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Paragrafen motsvarar 2 kap. 15 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

Paragrafen motsvarar 7 § men avser sådana blandade kontrakt när någon av de ingående delarna omfattas av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelsen är uppbyggd på samma sätt som 7 §, se kommentaren till den paragrafen.

9 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt får kontraktet tilldelas utan tillämpning av denna lag om kontraktet till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Detta gäller även om kontraktet också avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artiklarna 20.2 andra stycket, 21.1 första stycket och 21.2 tredje stycket a i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. I förhållande till lagrådsremissens förslag har rubriken ändrats. Paragrafen motsvarar 2 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 16 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

10 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett delbart blandat kontrakt som ett enda kontrakt och det till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Paragrafen genomför artiklarna 20.2 andra stycket, 21.1 första stycket och 21.2 tredje stycket b i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag.

Paragrafen motsvarar delvis 2 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 17 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se även kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Av paragrafen framgår att myndigheten eller enheten får tilldela kontraktet i enlighet med bestämmelserna i LUFSS vid upphandling av hela kontraktet när en del av kontraktet avser sådan verksamhet som faller in under den lagen. Myndigheten eller enheten har också möjlighet att välja att tilldela kontraktet enligt lagen om upphandling av koncessioner. I motsvarande paragrafer i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna finns ett andra stycke där det föreskrivs att bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i LUFSS inte påverkas av första stycket, vilket följer LUK-direktivets utformning. Att någon sådan upplysning inte lämnas här, beror på bestämmelserna i 1 kap. 5 § LUFSS, som innebär att den lagen inte ska tillämpas om en upphandling delvis omfattas av LUFSS (såväl de direktivstyrda, som icke direktivstyrda bestämmelserna i den lagen) men i övrigt inte omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna – vilket ju är fallet i fråga om sådana koncessioner som regleras i denna lag. Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att tilldela kontraktet i enlighet med bestämmelserna i LUFSS, följer av nämnda bestämmelse i den lagen att det blandade kontraktet inte behöver upphandlas ens om

lagen i och för sig hade varit tillämplig på den del som avser upphandling som regleras i LUFSS. Någon prövning gentemot tröskelvärdesbestämmelserna blir alltså inte aktuell i dessa fall. EU-lagstiftaren kan ha ansett att det redan av detta följer att kontraktet också kan undantas, om den del som avser upphandling som regleras i LUFSS är undantagen från den lagen enligt en uttrycklig undantagsbestämmelse och alltså inte omfattas av LUFSS-direktivet. Under alla omständigheter är innebörden av förevarande bestämmelse att den upphandlande myndigheten eller enheten får välja mellan att underlåta upphandling med stöd av LUFSS eller upphandla kontraktet med tillämpning av denna lag. En förutsättning för att ett enda kontrakt ska få tilldelas är att valet att göra det är berättigat av objektiva skäl och inte görs i syfte att undvika de unionsrättsliga reglerna om upphandling, se 11 §. Kraven har givetvis störst betydelse i de fall den upphandlande myndigheten eller enheten vill låta den del som avser LUFSS vara styrande för vilka regler tillämpas vid upphandlingen.

11 § Bestämmelserna i 9 och 10 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder och inte i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet blir tillämpliga.

Paragrafen genomför artikel 21.2 fjärde stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 18 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Tilldelning av odelbara blandade kontrakt

12 § Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.

Om ett sådant kontrakt avser både tjänstekoncession enligt denna lag och varor, ska huvudföremålet bestämmas utifrån det högsta av de uppskattade värdena för tjänsterna respektive varorna.

Om ett sådant kontrakt till en del omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet i stället till en del avser upphandling som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, får myndigheten eller enheten tilldela det med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Paragrafen genomför artikel 20.5 och artikel 21.3 i LUK-direktivet. Paragrafen har delvis utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.3.

Paragrafens första och tredje stycke motsvarar 2 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 2 kap. 19 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Andra stycket motsvarar delvis 2 kap. 2 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling

Prop. 2015/16:195 och 2 kap. 10 § andra stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se även kommentaren till den förnämnda lagens bestämmelser.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka regler som ska tillämpas när ett kontrakt består av flera delar som på objektivet godtagbara skäl inte kan särskiljas. *Första* och *andra styckena* reglerar kontrakt med enbart civila inslag, dvs. som inte innehåller några försvars- eller säkerhetsaspekter. I dessa fall ska huvudsaksprincipen användas för att avgöra vilka bestämmelser som ska tillämpas. Om kontraktet innehåller inslag av en tjänstekoncession och varor bestäms det huvudsakliga föremålet utifrån överviktsprincipen. I övriga fall kan hänsyn tas till flera faktorer för att avgöra huvudföremålet.

I *tredje stycket* behandlas odelbara blandade kontrakt som utöver koncessioner innehåller delar som avser försvar eller säkerhet och som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFSS. För sådana kontrakt gäller inte huvudsaksprincipen. Om kontraktet innehåller delar som faller in under artikel 346 i EUF-fördraget får den upphandlande myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet utan föregående upphandling. Om kontraktet innehåller delar som faller in under LUFSS får den upphandlande myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet i enlighet med bestämmelserna i LUFSS. Bestämmelsen i 1 kap. 5 § LUFSS innebär då att kontraktet inte behöver upphandlas enligt något upphandlingsregelverk (se kommentaren till 10 §). Den upphandlande myndigheten eller enheten får givetvis välja att upphandla kontraktet enligt bestämmelserna i denna lag.

Upphandling som rör såväl verksamhet som anges i bilaga 2 som annan verksamhet

13 § Om ett kontrakt rör såväl verksamhet som anges i bilaga 2 som annan verksamhet, får den upphandlande enheten i enlighet med bestämmelserna i 14–20 §§ välja att tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.

Paragrafen genomför artikel 20.2 tredje stycket, 22.1 första stycket första meningen och artikel 23.1 första stycket första meningen i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. I förhållande till lagrådsremissens förslag har rubriken ändrats. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4. Paragrafen motsvarar 2 kap. 20 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

Enligt artikel 22.1 andra stycket första meningen i direktivet gäller det som sägs i artikel 22 trots vad som sägs i artikel 20. En upphandlande enhet ska alltså tillämpa bestämmelserna om upphandling som rör flera verksamheter, i stället för bestämmelserna i 3–12 §§, när ett kontrakt avser flera verksamheter.

14 § Den upphandlande enheten får inte tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt i syfte att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i antingen denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjnings-

Paragrafen genomför artikel 22.1 tredje stycket och artikel 23.1 tredje stycket samt artikel 23.2 tredje stycket andra ledet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4. Paragrafen motsvarar 2 kap. 21 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tilldelning av separata kontrakt för olika verksamheter

15 § Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt, ska för varje kontrakt tillämpas de bestämmelser som gäller för det kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 22.1 första stycket andra meningen och artikel 23.1 första stycket andra meningen i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Paragrafen motsvarar 2 kap. 22 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

Tilldelning av ett enda kontrakt som rör flera verksamheter

16 § Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet och den upphandlande enheten tilldelar kontraktet som ett enda, ska för kontraktet tillämpas de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör.

Om kontraktet till någon del rör verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller till någon del regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, ska dock 18–20 §§ tillämpas.

Första stycket genomför artikel 22.2 i LUK-direktivet. Andra stycket genomför artikel 22.1 andra stycket i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 23 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

17 § Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör ska följande gälla:

1. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras av de bestämmelser i denna lag som gäller för en upphandlande myndighet och övriga delar avser verksamhet som regleras av de bestämmelser i denna lag som gäller för en upphandlande enhet, ska kontraktet tilldelas i enlighet med de bestämmelser i lagen som gäller för upphandling av upphandlande myndigheter.

2. Om kontraktet till någon del rör avser verksamhet som regleras i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i den lagen.

3. Om kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i denna lag och den eller de andra verksamheterna inte regleras i denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i denna lag.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 22.3 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4.

Paragrafen reglerar vilka bestämmelser som ska tillämpas när ett kontrakt som rör flera verksamheter ska tilldelas och det inte är möjligt att objektivt avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för.

Första punkten genomför artikel 22.3 a. I den svenska språkversionen anges att tilldelning i den situation som avses i bestämmelsen ska göras i enlighet med de bestämmelser i LUK-direktivet som gäller koncessioner som tilldelas av ”upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter”. I de franska, engelska och danska språkversionerna har i stället angetts att sådan tilldelning ska ske enligt de bestämmelser i LUK-direktivet som gäller för koncessioner som tilldelas av ”upphandlande myndigheter”. För att direktivtext och lagtext ska få ett rationellt innehåll framstår de franska, engelska och danska språkversionerna som korrekta. Bestämmelsen har genomförts på ett sätt som motsvarar de språkversionerna.

Av *andra punkten* framgår att i de fall en av de verksamheter som kontraktet avser är föremål för den nya lagen om offentlig upphandling ska bestämmelserna i den lagen vara styrande för kontraktet. Bestämmelsen motsvarar 2 kap. 24 § 1 i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Av *tredje punkten* framgår att denna lag ska tillämpas om en av verksamheterna är föremål för lagen och de andra varken är föremål för den nya lagen om offentlig upphandling eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelsen motsvarar 2 kap. 24 § 3 i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Artikeln i LUK-direktivet innehåller inte, till skillnad från den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, någon bestämmelse som reglerar vilken lag som ska vara styrande när kontraktet avser dels verksamhet som är föremål för LUK-direktivet, dels verksamhet som är föremål för LUF-direktivet. I artikel 6.3 b LUF-direktivet, som genomförs genom 2 kap. 24 § 2 i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, anges att i sådana fall ska kontraktet tilldelas i enlighet med LUF-direktivet. När en upphandlande enhet ska avgöra vilket regelverk som är styrande i denna situation ska den utgå från bestämmelserna om upphandling som rör flera verksamheter i LUF-direktivet eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Eftersom det redan av dessa följer att LUF-direktivet eller den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna alltid är styrande i dessa fall har EU-lagstiftaren uppenbarligen bedömt det som obehövt med en bestämmelse i LUK-direktivet som reglerar samma sak.

Paragrafen motsvarar delvis 2 kap. 24 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

18 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten tilldela kontraktet utan tillämpning av denna lag om en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Detta gäller även om kontraktet också innehåller delar som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 19 §, artikel 23.2 första och andra styckena i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 25 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

19 § Om ett kontrakt rör flera verksamheter och tilldelas som ett enda kontrakt, får den upphandlande enheten, om kontraktet till en del avser verksamhet som regleras i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, välja att tilldela kontraktet med tillämpning av bestämmelserna i antingen lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller denna lag.

Första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 18 §, artikel 23.2 första stycket i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4.

Av *första stycket* i paragrafen framgår att en upphandlande enhet som tilldelar ett enda kontrakt för flera verksamheter varav en del är avsett för verksamhet som är föremål för LUFSS, kan välja att låta bestämmelserna i LUFSS vara styrande eller bestämmelserna i denna lag. Paragrafen skiljer sig från motsvarande bestämmelse i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna på så sätt att det i denna paragraf uttryckligen anger att enheten också har möjlighet att välja att tillämpa denna lag, vilket följer LUK-direktivets utformning.

Paragrafen motsvarar delvis 2 kap. 26 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

20 § Bestämmelserna i 18 och 19 §§ gäller endast om beslutet att tilldela ett enda kontrakt fattas på objektiva grunder.

Paragrafen genomför artikel 23.2 tredje stycket första ledet i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2 och, i tillämpliga delar, avsnitt 7.1.4. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 27 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling som rör försvar eller säkerhet

1 § Denna lag gäller inte för upphandling av sådana koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet

1. för vilka tillämpningen av denna lag skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande strider mot Sveriges väsentliga säkerhetsintressen,

2. som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram som avses i 1 kap. 10 § 3 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

3. som en regering tilldelas av en annan regering och som avser

a) tillhandahållande av militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär,

b) byggentreprenader och tjänster med direkt anknytning till sådan utrustning som avses i a,

c) byggentreprenader och tjänster särskilt avsedda för militära syften eller av känslig karaktär,

4. som, av operativa skäl, måste tilldelas och utföras av en leverantör i ett område utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) territorium där operationen genomförs, eller

5. som på annat sätt omfattas av ett undantag i denna lag.

Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet har samma betydelse som i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför tillsammans med 2 § artikel 10.6 i LUK-direktivet. Paragrafen har ingen motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, men motsvarar delvis 1 kap. 10 § första stycket LUF5. Övervägandena finns i avsnitt 8.10.

Av *första stycket* följer att lagen i och för sig är tillämplig vid upphandling av koncessioner inom försvars- och säkerhetsområdet, men att sådan upphandling är undantagen i vissa angivna fall. Lagen skiljer sig i detta avseende från de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. I de lagarna anges i stället att de lagarna inte gäller för upphandling och projektävlingar som omfattas av LUF5 eller är undantagen enligt vissa bestämmelser i den lagen (3 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 1 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Skillnaden beror på att LUF5 inte är tillämplig vid tilldelning av koncessioner. Vid upphandling av koncessioner inom försvars- och säkerhetsområdet ska i stället denna lag tillämpas. Särskilda regler gäller vid blandade kontrakt, se 2 kap. Att uppräkningsen inte är uttömmande framgår av första stycket 5.

Begreppet försvars- och säkerhetsområdet ska i LUK-direktivet förstås på samma sätt som detta begrepp förstås i LUF5-direktivet. Detta tydliggörs genom *andra stycket*.

2 § Denna lag gäller inte när upphandlingen och fullgörandet av koncessionen omfattas av sekretess eller rör Sveriges väsentliga intressen, om det skydd som behövs inte kan säkerställas vid en upphandling enligt denna lag.

Paragrafen genomför tillsammans med 1 § artikel 10.6 a i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets*

synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.2.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 5 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling respektive 3 kap. 3 § första stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

3 § Denna lag gäller inte för andra koncessioner än sådana som avses i 1 eller 2 §, om skyddet av Sveriges väsentliga säkerhetsintressen inte kan säkerställas om upphandlingen genomförs enligt denna lag.

Paragrafen genomför artikel 10.7 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.2.

Av paragrafen följer att även upphandling av andra koncessioner än de som omfattas av ett undantag från lagens tillämpningsområde enligt 1 och 2 §§ är undantagna om skyddet för väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder.

Paragrafen har utformats på samma sätt som bestämmelserna i 3 kap. 4 § 1 i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 2 § 1 i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Elektronisk kommunikationstjänst

4 § Denna lag gäller inte för koncessioner som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att

1. tillhandahålla eller driva ett allmänt kommunikationsnät, eller
2. för allmänheten tillhandahålla en elektronisk kommunikationstjänst.

Allmänt kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst har samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Paragrafen genomför artikel 11 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.4.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se vidare kommentarerna till den bestämmelsen. Det särskilda undantaget för anskaffning, utveckling och produktion m.m. av program och programmaterial som hänvisas till i kommentaren till den paragrafen i den nya lagen om offentlig upphandling finns på motsvarande sätt i 3 kap. 28 § denna lag.

Verksamhet i en stat utanför EES

5 § Denna lag gäller inte för koncessioner som avser utövande av verksamhet i en stat som inte ingår i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i en eller flera EES-stater.

Paragrafen genomför artikel 10.10 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.3.

Av paragrafen framgår att koncessioner som tilldelas av en upphandlande enhet och som avser verksamhet som ska utföras utanför EES-länderna och utan användning av nät inom EES-länderna är undantagna från lagens tillämpningsområde. Bestämmelsen motsvarar delvis 3 kap.

Prop. 2015/16:195 5 § första stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Till skillnad från bestämmelsen i den lagen finns här dock ingen skyldighet för den upphandlande enheten att anmäla de verksamheter som anses vara undantagna på grund av att verksamheten bedrivs i tredjeland till kommissionen eftersom någon sådan bestämmelse inte finns i LUK-direktivet. Paragrafen har i övrigt utformats som bestämmelsen i den nya lagen om försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

Upphandling enligt vissa internationella regler

6 § Denna lag gäller inte för koncessioner som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att genomföra enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, om bestämmelserna har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna, eller
2. av en internationell organisation.

Paragrafen genomför artikel 10.4 första stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.5. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag för vissa internationella koncessioner när dessa omfattas av andra bestämmelser och följer ett annat reglerat förfarande än denna lag och motsvarar 3 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

I tredje stycket i artikel 10.4 i direktivet anges att sådana rättsliga instrument som avses i punkt 1 ska lämnas till kommissionen som får rådfråga den rådgivande kommittén för offentlig upphandling. Motsvarande bestämmelser finns i LOU-direktivet och LUF-direktivet och dessa genomförs inte genom föreskrifter i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Någon anledning att avvika från den ordningen för upphandling av koncessioner finns inte.

Paragrafen har utformats på liknande sätt som 3 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

7 § Denna lag gäller inte koncessioner som berör försvars- och säkerhetsintressen och som regleras av särskilda förfaranderegler

1. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse mellan en eller flera av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon eller några andra stater,
2. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse om stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller
3. som tillämpas av en internationell organisation när den gör inköp för sitt eget bruk och inte heller koncessioner som ska tilldelas av en stat inom EES i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

Paragrafen genomför artikel 10.5 i LUK-direktivet och motsvarar 1 kap. 8 § LUFSS. En delvis liknande reglering finns i 3 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.5. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter.

Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande paragrafer i LUFSS och de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare prop. 2010/11:150 del 1 s. 340 och kommentaren till bestämmelsen i den nya lagen om offentlig upphandling.

Upphandling som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för en koncession som en upphandlande myndighet eller enhet genomför enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när koncessionen helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om koncessionen till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Denna bestämmelse ska inte tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 10.4 andra och fjärde stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.5. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter.

Paragrafen motsvarar delvis 3 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 8 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. *Första* och *andra stycket* motsvarar de angivna paragraferna i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

I *tredje stycket* anges att bestämmelsen inte ska gälla vid upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Med försvars- och säkerhetsområdet avses detsamma som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Tjänstekoncessioner som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte för en tjänstekoncession när en upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 tilldelar en annan upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning har ensamrätt att utföra tjänsten.

Denna lag gäller inte heller för en tjänstekoncession som tilldelas en leverantör på grund av att leverantören har ensamrätt att utföra tjänsten, om ensamrätten har beviljats i enlighet med unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som anges i bilaga 2. Bestämmelserna om efterannons om resultatet av en upphandling i 8 kap. 6 § ska dock tillämpas om det inte i berörd lagstiftning finns särskild reglering om öppenhet och insyn.

När en leverantör beviljas ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter som anges i bilaga 2 ska Europeiska kommissionen underrättas om detta inom en månad.

Bestämmelsen genomför artikel 10.1 och 10.2 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10. Första stycket i paragrafen motsvarar 3 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Andra och tredje stycket saknar motsvarighet i nämnda lagar. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter.

Paragrafen innehåller ett undantag för koncessioner som tilldelas en upphandlande myndighet eller vissa upphandlande enheter eller vissa leverantörer när tilldelningen beror på att myndigheten, enheten eller leverantören har en ensamrätt att utföra tjänsten.

Första stycket som rör tilldelning av en koncession till en annan upphandlande myndighet eller sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 motsvarar 3 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Enligt *andra stycket* ska inte heller tjänstekoncessioner som tilldelas leverantörer på grund av att denne har en ensamrätt att utföra tjänsten omfattas av lagens tillämpningsområde. En förutsättning för undantaget är enligt artikeln att ensamrätten har beviljats i enlighet med någon unionsrättsakt som innehåller gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämplig på verksamheter inom försörjningssektorerna. Något motsvarande undantag för tjänstekontrakt som tilldelas ekonomiska aktörer på grund av sådana ensamrätter finns inte i LUF-direktivet. Av skäl 33 i LUK-direktivet framgår att koncessionstilldelning som grundas på en ensamrätt av aktuellt slag undantas eftersom det ändå inte är möjligt att tillämpa ett konkurrensutsatt förfarande vid tilldelning av sådana koncessioner. De unionsrättsakter som åsyftas torde exempelvis avse reglering inom naturgas- och elmarknaden. Regler om marknadstillträde till verksamheter inom försörjningssektorerna finns i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG och i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG. Dessa direktiv innehåller också bestämmelser som gör att ensamrätt i vissa fall kan beviljas.

I den utsträckning det inte finns specifika regler om öppenhet och insyn i lagstiftningen om marknadstillträde för de sektorerna ska dock bestämmelserna om efterannonsering av koncessionstilldelning tillämpas även när en ekonomisk aktör tilldelas en tjänstekoncession på grund av en ensamrätt. För att bestämmelserna om annonsering om koncessionstilldelning i LUK-direktivet inte ska vara tillämpliga krävs att reglerna om öppenhet och insyn i den relevanta sektorslagstiftningen tar sikte på just tilldelningen av koncessionen och inte avseende ensamrätten eller den särskilda rättigheten som sådan. I de angivna direktiven om gemensamma regler på marknaden för naturgas respektive

på marknaden för el finns regler om öppenhet och insyn som gäller vid tilldelning av kontrakt inom de sektorerna (jfr bilaga III till LUK-direktivet).

I *tredje stycket* anges att Europeiska kommissionen ska underrättas i de fall en ensamrätt beviljas. Det bör åligga den som beviljar ensamrätten att underrätta kommissionen om att en ensamrätt har beviljats.

Lufttransport

10 § Denna lag gäller inte för en tjänstekoncession för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen genomför delvis artikel 10.3 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10.

Av paragrafen framgår att tjänstekoncessioner för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen är undantagna från lagens tillämpningsområde. Förordningen innehåller gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen. Den reglerar utfärdandet av tillstånd för EG-lufttrafikföretag, deras rätt att utöva lufttrafik inom gemenskapen och prissättningen av denna lufttrafik. Ett beslut att anta anbud om regelbunden lufttrafik på flyglinje efter ett offentligt anbudsförfarande enligt förordningen har av HFD ansetts överklagbart hos allmän förvaltningsdomstol (se HFD 2012 ref. 28).

Vattenområdet

11 § Denna lag gäller inte för koncessioner som avser

1. tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten, eller
2. leverans av dricksvatten till sådana nät.

Paragrafen genomför artikel 12.1 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10.

Paragrafen, som saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, innehåller bestämmelser om att koncessioner inom vattenområdet ska vara undantagna från tillämpningsområdet i vissa fall. Undantagen gäller vid tilldelning av koncessioner som hör ihop med tillhandahållandet eller drift av publikt nät för produktion, transport eller distribution av vatten. Vidare är koncessioner avseende leverans av dricksvatten till sådana nät undantagna från lagens tillämpningsområde.

För att en koncession ska vara undantagen krävs att denna avser tillhandahållande eller drift av nät för dricksvatten eller tillhandahållande av dricksvatten. Detta behöver dock inte vara det enda syftet med koncessionen.

12 § Denna lag gäller inte för koncessioner som har anknytning till sådan verksamhet som avses i 11 § och som avser

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering, förutsatt att den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Paragrafen genomför artikel 12.2 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10.

Paragrafen saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Av paragrafen framgår att lagen inte ska tillämpas vid tilldelning av koncessioner för bortskaffande eller rening av avloppsvatten när koncessionen har samband med sådan verksamhet som anges i 11 §, dvs. tillhandahållandet eller drift av publikt nät för produktion, transport eller distribution av vatten samt leverans av dricksvatten till sådana nät. Vidare framgår att lagen inte ska tillämpas vid tilldelning av koncessioner som avser vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering när koncessionen har samband med sådan verksamhet som avses i 11 § och den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom de projekten eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningarna. För att samband ska anses föreligga bör det finnas en funktionell anknytning med verksamheten som anges i 11 §.

Intern upphandling

13 § Denna lag gäller inte när den upphandlande myndighetens motpart eller motparten till en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om koncessionen är att anse som en intern upphandling enligt 14–18 §§.

Med upphandlande enhet avses i 14–18 §§ endast sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

Paragrafen genomför, tillsammans med 14–20 §§, artikel 17 i LUK-direktivet. Paragrafen har huvudsakligen utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Av *första stycket* framgår att undantagen från kravet på upphandling för koncessioner som genomförs internt enligt 14–18 §§ gäller endast upphandlande myndigheter och sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

I *andra stycket* klargörs att upphandlande enhet används i en inskränkt betydelse i 14–18 §§. Reglerna är endast tillämpliga på sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1, dvs. sådana som enligt lagen om offentlig upphandling inryms inom definitionen av upphandlande myndighet.

Paragrafen motsvarar i övrigt 3 kap. 11 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

14 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheten eller enheten utövar över sin egen förvaltning,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för myndighetens eller enhetens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som myndigheten eller enheten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En upphandlande myndighet eller enhet ska anses utöva sådan kontroll enligt första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten eller enheten.

Paragrafen genomför artikel 17.1 första och andra styckena i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 12 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

15 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter eller enheter utövar kontroll över motparten motsvarande den som myndigheterna eller enheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. motparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för myndigheternas eller enheternas räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som myndigheterna eller enheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Upphandlande myndigheter och enheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i första stycket 1, om

1. motpartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter eller enheter,

2. myndigheterna eller enheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över motpartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. motparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas eller enheternas intressen.

Paragrafen genomför artikel 17.3 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 13 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

16 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten står under en kontroll av motparten som motsvarar den som motparten utövar över sin egen förvaltning,

2. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för den kontrollerande motpartens räkning eller för andra

Prop. 2015/16:195 sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som den kontrollerande motparten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

En motpart ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av motparten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 §, artikel 17.2 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 14 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

17 § En koncession ska anses vara en intern upphandling, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten står under en kontroll som motsvarar den som den kontrollerande personen utövar över sin egen förvaltning och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll över motparten,

2. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet, bestämt enligt 18 §, för den kontrollerande personens räkning eller för andra sådana juridiska personer eller organ som avses i 13 § och som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

3. det inte finns något direkt privat ägarintresse i motparten.

Den kontrollerande personen ska anses utöva sådan kontroll som avses i första stycket 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens och motpartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan juridisk person eller gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900) som själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande personen.

Paragrafen genomför, tillsammans med 16 §, artikel 17.2 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 15 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

18 § Verksamhetsandelen enligt 14 § första stycket 2, 15 § första stycket 2, 16 § första stycket 2 och 17 § första stycket 2 ska bestämmas på grundval av den genomsnittliga totala omsättningen i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under de tre år som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför, tillsammans med 20 §, artikel 17.5 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 16 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Lagrådet har efterfrågat en förklaring till varför upphandling av varor ska inbegripas. Skälet till det är att varor kan ingå i en koncession, bl.a. som en del av ett odelbart blandat kontrakt, se 2 kap. 12 § och 5 kap. 2 §.

Upphandling mellan upphandlande myndigheter och enheter

19 § Denna lag gäller inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter, om

1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna eller enheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna eller enheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas eller enheternas gemensamma mål,

2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna eller enheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Med upphandlande enhet avses i denna paragraf och 20 § endast sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1.

Paragrafen genomför artikel 17.4 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

I *andra stycket* klargörs att upphandlande enhet används i en inskränkt betydelse i denna och i närmast efterföljande paragraf. Reglerna är endast tillämpliga på sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1, dvs. sådana som enligt lagen om offentlig upphandling inryms inom definitionen av upphandlande myndighet.

Paragrafen motsvarar i övrigt 3 kap. 17 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

20 § Verksamhetsandelen enligt 19 § första stycket 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens eller enhetens sammanlagda genomsnittliga omsättning i fråga om varor, tjänster och byggentreprenader avseende de verksamheter som har omfattats av samarbetet under de tre åren som föregår tilldelningen eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt kvantitativt eller kvalitativt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför, tillsammans med 18 §, artikel 17.5 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.7.

Paragrafen motsvarar 3 kap. 18 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Anknutna företag och samriskföretag

21 § Med *anknutet företag* avses

1. ett företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,

2. ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och

3. ett företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG, i lydelsen enligt rådets direktiv 2014/102/EU.

Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieägande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

Paragrafen genomför artikel 13.1 och 13.2 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.3.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 19 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

22 § Under de förutsättningar som anges i 23 § gäller inte denna lag för koncessioner som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller

2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som anges i bilaga 2, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dessa enheter.

Paragrafen genomför artikel 13.3 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.3. Paragrafen har utformats som 3 kap. 20 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

23 § Bestämmelserna i 22 § gäller under förutsättning att företagets tillhandahållande med anledning av tilldelningen av tjänste- eller byggkoncessioner motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av tjänster respektive byggtreprenader under de föregående tre åren.

Om ett anknutet företag inte kan visa sin omsättning för de föregående tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget genom prognoser för verksamheten eller på något annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som avses i första stycket kommer att uppnås.

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande tjänster eller byggtreprenader ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från tjänster respektive byggtreprenader från dessa anknutna företag.

Paragrafen genomför artikel 13.4–13.6 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.3. Paragrafen har utformats som 3 kap. 21 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

24 § Denna lag gäller inte för en koncession som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av bilaga 2, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller

2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

Paragrafen genomför artikel 14 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.3. Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 22 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

25 § På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat en koncession med tillämpning av något av undantagen i 22 eller 24 § lämna uppgifter till kommissionen om

1. namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen och
2. de berörda koncessionernas art och värde.

Den upphandlande enheten ska också tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 22–24 §§.

Paragrafen genomför artikel 15 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.3. Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 23 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

26 § Denna lag gäller inte om verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde och detta har fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Paragrafen genomför artikel 16 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.3.1.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om att lagen inte ska tillämpas vid tilldelning av koncessioner för en verksamhet som i och för sig omfattas av lagen men som av kommissionen har fastställts vara direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde i enlighet med vissa bestämmelser i LUF-direktivet. Det framgår av artikel 35 i LUF-direktivet att en medlemsstat eller en upphandlande enhet kan ansöka om att kommissionen ska fastställa att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på sätt som avses i artikel 34 i LUF-direktivet. Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 24 § första stycket i

Prop. 2015/16:195 den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

Särskilda undantag från tillämpningsområdet

Förvärv av fastighet m.m.

27 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet.

Med fastighet avses här det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Det som gäller för fastighet gäller också för befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden liksom sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Paragrafens första stycke genomför artikel 10.8 a i LUK-direktivet. Andra stycket har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.8.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att lagen inte är tillämplig för tjänstekoncessioner som avser förvärv av eller rättighet till fastighet samt förklarar vad som avses med fastighet i lagen. Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 25 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Radio- och tv-området

28 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner

1. som ska genomföras av en leverantör av medietjänster och som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster, eller

2. som avser sändningstid eller program inom radio- och tv-området som ska tillhandahållas av en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster har samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Paragrafen genomför artikel 10.8 b i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.8.2.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling, och, såvitt avser första stycket 2 och andra stycket, 3 kap. 26 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

29 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Paragrafen genomför artikel 10.8 c i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.8.3. Paragrafen motsvarar 3 kap. 21 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 27 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Vissa juridiska tjänster

30 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser biträde till en klient av en advokat

1. i ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande,
2. vid ett rättsligt förfarande inför en svensk domstol eller hos en svensk myndighet, eller
3. vid ett nationellt eller internationellt rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller vid myndighet eller institution.

Undantagen gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när det finns en påtaglig indikation för och är mycket sannolikt att den sak som rådgivningen gäller kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

Paragrafen genomför artikel 10.8 d i och ii i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.8.3.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 22 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 28 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

31 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,
2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,
3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har till uppgift att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Paragrafen genomför artikel 10.8 d iii–v i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.8.3.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 23 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 29 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Vissa finansiella tjänster

32 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
2. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster som utförs av en centralbank,
3. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller
4. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Paragrafen genomför artikel 10.8 e och f i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.8.4.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen motsvarar 3 kap. 24 § i den nya lagen om offentlig upphandling och delvis 3 kap. 30 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och har utformats på samma sätt, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Vissa tjänster inom områdena civilt försvar, räddningstjänst och förebyggande av fara

33 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser civilt försvar, räddningstjänst eller förebyggande av fara, om tjänsterna

1. tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar, och

2. omfattas av CPV-koderna 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 eller 85143000-3, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Paragrafen genomför artikel 10.8 g i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, avsnitt 8.8.6.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag för tjänstekoncessioner som avser civilförsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara i vissa fall. Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 26 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 3 kap. 32 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Politiska kampanjer

34 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser politiska kampanjer och som omfattas av CPV-koderna 79341400-0, 92111230-3 eller 92111240-6, om de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj.

Paragrafen genomför artikel 10.8 h i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 8.10 och, i tillämpliga delar, 8.8.7.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag för vissa tjänstekoncessioner som ingår i politiska kampanjer. Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 27 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se vidare kommentaren till den bestämmelsen.

Lotteritjänster

35 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster som omfattas av CPV-koden 92351100-7 och som staten tilldelar en leverantör på grund av en ensamrätt. En sådan ensamrätt ska offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning.

Med ensamrätt avses i denna paragraf inte sådana ensamrätter som anges i 1 kap. 20 § tredje stycket.

Paragrafen genomför artikel 10.9 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 8.10.

Paragrafen, som saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, innebär att tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster i vissa fall faller utanför

lagens tillämpningsområde. De lotteritjänster som avses är sådana som omfattas av CPV-kod 92351100-7 (lotteriverksamhet). Andra typer av speltjänster, såsom kasinoverksamhet och totoverksamhet, omfattas alltså inte av undantaget. För att verksamheten ska anses utgöra lotteriverksamhet bör det vara tillräckligt att det huvudsakliga syftet med koncessionen är driften av lotteriverksamhet.

För att en tjänstekoncession som rör lotteriverksamhet ska vara undantagen från lagens tillämpningsområde krävs vidare att koncessionen tilldelas av staten, t.ex. genom en central statlig myndighet, och att koncessionen tilldelas på grundval av en tidigare meddelad ensamrätt. Se vidare skäl 35 i direktivet.

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling av koncessioner

1 § Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Paragrafen genomför artikel 3.1 första stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.1.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Paragrafen genomför artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.1.

Bestämmelsen i artikel 3.1 andra stycket i LUK-direktivet motsvarar inte ordgrant bestämmelserna i artikel 18.1 andra stycket i LOU-direktivet och i artikel 36.1 andra stycket LUF-direktivet. Någon skillnad i sak mellan bestämmelserna kan dock knappast vara avsedd från EU-lagstiftarens sida. Artikelbestämmelserna kan därför genomföras med bestämmelser i de tre nya lagarna som är i princip likalydande. Paragrafen är därför utformad med bestämmelserna i 4 kap. 2 § i lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som förebilder.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 2 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

Paragrafen genomför delvis artikel 30.3 i LUK-direktivet och motsvarar 4 kap. 3 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om

Prop. 2015/16:195 upphandling inom försörjningssektorerna. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.

Rätten att få delta i en upphandling

4 § En leverantör, som enligt bestämmelser i den stat i vilken leverantörens verksamhet är etablerad har rätt att leverera den tjänst som upphandlingen avser, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

Juridiska personer får åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn på de personer som ska utföra tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

Paragrafen genomför artikel 26.1 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.2. Paragrafen motsvarar delvis 4 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 4 kap. 4 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

5 § En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet eller enhet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad koncessionen, om det krävs för att koncessionen ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange i något av koncessionsdokumenten hur en grupp av leverantörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap och yrkeskunskap enligt 12 kap. 2 § om det är berättigat av objektiva skäl.

Myndigheten eller enheten får ställa upp särskilda villkor om hur en grupp av leverantörer ska fullgöra koncessionen om det är berättigat av objektiva skäl.

Paragrafen genomför artikel 26.2 och 26.3 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.2. Paragrafen motsvarar 4 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 4 kap. 5 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Begränsning av antalet anbudssökande eller anbud

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får med användning av objektiva kriterier begränsa antalet anbudssökande som får lämna anbud eller antalet anbud. Antalet ska vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

Paragrafen genomför artikel 37.3 i direktivet. Paragrafen har, i jämförelse med lagrådsremissens och *Lagrådets* förslag placerats i ett annat kapitel. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.1.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande som får lämna anbud och antalet anbud. Antalet anbudssökande eller anbud får enligt paragrafen begränsas med användande av objektiva kriterier. I direktivet anges att begränsning får göras till en lämplig nivå. Vad som utgör en lämplig nivå framgår inte av

direktivet och någon bestämmelse härom har heller inte förts in i lagen. Av bestämmelsen följer dock att detta antal vid en enskild koncessionsupphandling måste kunna motiveras objektivt och bero på vad koncessionen avser och hur marknaden för denna ser ut.

I artikel 37.3 anges, utöver det som tagits in i paragrafen, att begränsningen av antalet anbudsgivare eller anbud ska ske på ett öppet sätt. Eftersom detta redan följer av principen om öppenhet behöver det inte anges särskilt i paragrafen. Paragrafen motsvarar till viss del i 4 kap. 6 och 7 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling samt 4 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Val av anbud

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska innan den tilldelar en koncession enligt 13 kap. kontrollera

1. att anbudet, i tillämpliga fall, uppfyller de minimikrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt,
2. att anbudet uppfyller de villkor för deltagande som myndigheten eller enheten har fastställt, och
3. om anbudsgivaren ska uteslutas med stöd av 11 kap.

Paragrafen genomför artikel 37.1 första stycket i direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att den upphandlande myndigheten eller enheten innan koncessionen tilldelas ska kontrollera att anbudet uppfyller minimikraven samt att leverantören uppfyller de villkor och krav som myndigheten eller enheten ställt upp och inte ska uteslutas. *Punkten 1* avser kontroll av anbudet medan *punkterna 2 och 3* avser en kontroll av att leverantören uppfyller de villkor som ställts för deltagande och inte ska uteslutas. Själva tilldelningen ska göras med tillämpning av bestämmelserna i 13 kap. Bestämmelsen liknar 4 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se vidare kommentarerna till den bestämmelsen.

Reserverad upphandling

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får för en upphandling

1. reservera deltagandet för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller
2. föreskriva att en koncession ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.

En förutsättning för att en leverantör ska få delta i en upphandling enligt första stycket är att minst 30 procent av dem som sysselsätts i den skyddade verkstaden, hos leverantören eller i programmet för skyddad anställning är personer med funktionsnedsättning eller personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden.

Paragrafen genomför artikel 24 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.6.2. En upphandlande enhet som har för avsikt att reservera

Prop. 2015/16:195 deltagandet i en upphandling ska upplysa om detta i annonsen vilket framgår av de standardformulär för annonsering som fastställts av Kommissionen. Paragrafen motsvarar 4 kap. 18 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 4 kap. 16 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

CPV-nomenklaturen

9 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling enligt denna lag ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana byggtreprenadkontrakt som anges i bilaga 1.

Paragrafens första stycke genomför artikel 27.1 i LUK-direktivet. Andra stycket genomför inte någon bestämmelse i direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 10.7. Paragrafen motsvarar 4 kap. 19 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 4 kap. 17 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Koncessioners löptid

10 § Koncessioner ska vara tidsbegränsade.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bestämma löptiden på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som efterfrågas.

Paragrafen genomför artikel 18.1 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.8. Paragrafen innehåller en bestämmelse om att koncessioner ska begränsas i tid. Paragrafen uttrycker därutöver huvudregeln att löptiden ska bestämmas på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som koncessionen avser. *Lagrådet* har invänt att det inte framgår av bestämmelsen vad bedömningen som ska göras enligt andra stycket syftar till eller innebär. Innebörden av bestämmelsen är att bedömningen av hur länge en koncession ska löpa som huvudregel beror på beskaffenheten av den tjänst eller byggtreprenad som koncessionen avser.

11 § Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.

Vid beräkningen ska hänsyn tas till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens löptid ska beaktas vid beräkningen.

Paragrafen genomför artikel 18.2 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10.8.

Paragrafen anger hur en koncessions löptid ska bestämmas när denna är längre än fem år. För koncessioner som beräknas pågå mer än fem år gäller, förutom att löptiden enligt huvudregeln i 10 § ska bestämmas med utgångspunkt i koncessionens beskaffenhet, att dessa inte får vara längre än vad som rimligen kan behövas för att koncessionshavaren ska kompenseras för gjorda investeringar. Denna begränsning finns inte avseende koncessioner med en löptid på upp till fem år. Därtill ska också läggas att koncessionshavarna ska ha rätt till avkastning på det investerade kapitalet. Det anges inte hur stor denna avkastning får vara. Det är alltså en fråga som får överlåtas till rättstillämpningen. En rimlig utgångspunkt torde vara att avkastningskravet i varje enskilt fall får avgöras t.ex. i förhållande till vad som kan utredas vara normal avkastning inom upphandlingsområdet i fråga. En koncession kan enligt skälen i direktivet alltid tilldelas för en kortare tid än den som behövs för att få tillbaka investeringarna så länge ersättningen inte bestäms på ett sådant sätt att verksamhetsrisken elimineras.

Ordet maximal, som finns i artikeltexten, får anses innebära att eventuella options- och förlängningsklausuler ska beaktas.

5 kap. Tröskelvärde

Tröskelvärdets storlek

1 § Det tröskelvärde som ska tillämpas enligt 1 kap. 4 § anges i artikel 8 i direktiv 2014/23/EU eller i beslut eller meddelanden av Europeiska kommissionen enligt artikel 9 i direktivet.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

Paragrafens första stycke genomför, tillsammans med 1 kap. 4 §, artikel 8.1 i LUK-direktivet. Andra stycket genomför inte någon bestämmelse i direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen har utformats på liknande sätt som 5 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Vid upphandling av koncessioner finns endast ett tröskelvärde som gäller för såväl byggkoncessioner som tjänstekoncessioner och oavsett om det är frågan om sociala och andra särskilda tjänster eller andra tjänster.

Det bör noteras att bestämmelserna i 15 kap. gäller för koncessioner vars värde inte uppgår till tröskelvärdet (se 1 kap. 4 § andra stycket).

Värdet av en koncession

2 § Värdet av en koncession ska uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inbegripet varor som följer med sådana byggtreprenader och tjänster.

Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

Paragrafen genomför artikel 8.2 första stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om hur värdet på en koncession ska uppskattas. Detta ska göras med utgångspunkt i koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid. Att det är den sammanlagda omsättningen som ska beaktas innebär att i de fall koncessionen innefattar både byggtreprenader och tjänster ska värdet bestämmas med hänsyn tagen till ersättningen för samtliga byggtreprenader och tjänster som koncessionen avser. I omsättningen ingår även eventuella ersättningar för byggtreprenaden eller tjänsten som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten. Även varor som följer med entreprenaden eller tjänsten ska räknas in i uppskattningen. *Lagrådet* har ansett att bestämmelsen är delvis omöjlig att förstå och har förespråkat att paragrafen utformas med ledning av bestämmelserna om uppskattning av värdet av en byggtreprenad i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. En bestämmelse med sådan innebörd finns emellertid redan i specialregleringen i 5 § 6 varför det saknas anledning att ge denna paragraf en sådan utformning. Som *Lagrådet* har påpekat kan emellertid vid tolkningen av förevarande paragraf ledning hämtas i definitionen av koncession som anger att ersättningen till koncessionshavaren utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja byggnadsverket respektive tjänsterna eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Den ersättning som koncessionshavaren får för koncessionen och som alltså utgör värdet av koncessionen utgörs således av den omsättning som genereras för koncessionshavaren, inklusive eventuell betalning utöver rätten att utnyttja byggnadsverket eller tjänsterna. Vad som innefattas i uttrycket att en vara följer med koncessionen är något som får utvecklas i rättstillämpningen men det kan noteras att det i 5 § finns mer detaljerade bestämmelser som anger hur värdet ska uppskattas.

När det i lagen talas om värdet på koncessionen avses alltså en uppskattning av värdet. Det faktiska värdet är i regel inte möjligt att fastställa förrän koncessionen är slutförd. Någon direkt motsvarande bestämmelse finns inte i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, men den kan jämföras med 5 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Värdetidpunkten

3 § Uppskattningen av en koncessions värde ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsfordran skickas ut eller, om en sådan inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten påbörjar upphandlingsförfarandet.

Paragrafen genomför artikel 8.2 andra stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 5 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 4 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se vidare kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

4 § Om värdet av koncessionen vid tidpunkten för tilldelningen är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet enligt 2 §, ska värdet vid tilldelningen användas.

Paragrafen genomför artikel 8.2 tredje stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att värdet vid tilldelningen av koncessionen ska vara avgörande för om de direktivstyrda reglerna i lagen ska tillämpas när koncessionens uppskattade värde vid tilldelningen ökat med mer än 20 procent av det uppskattade värdet enligt 2 §. Regleringen innebär att om det vid tilldelningen framkommer att värdet på koncessionen överstiger det tidigare uppskattade värdet med mer än 20 procent och värdet då överstiger tröskelvärdet måste förfarandet följa de regler i denna lag som gäller upphandling av koncessioner över tröskelvärdena. I de fall den upphandlande myndigheten eller enheten vid en sådan situation inte tillämpat reglerna om upphandling över tröskelvärdet vid förfarandet måste alltså förfarandet avslutas och upphandlingen göras om. Även i det här skedet är det frågan om en uppskattning av värdet, men vid den här tidpunkten har den upphandlande myndigheten eller enheten tagit del av anbudet. Om en koncession ursprungligen har uppskattats till ett värde som understiger tröskelvärdet enligt 1 § och det vid tilldelningen visar sig att värdet har ökat med mindre än 20 procent men ändå överstiger tröskelvärdet blir denna bestämmelse inte tillämplig och förfarandet måste inte följa de regler som gäller upphandling över tröskelvärdet. Myndighetens eller enhetens ursprungliga uppskattning måste dock ha gjorts på ett korrekt sätt och vara objektivt godtagbar.

Paragrafen har ingen motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Metod för uppskattning av värdet av en koncession

5 § Värdet av en koncession ska uppskattas med hjälp av en objektiv metod. Metoden ska anges i något av koncessionsdokumenten. Vid uppskattningen ska, i tillämpliga fall, hänsyn tas till

1. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul i fråga om koncessionens varaktighet,
2. intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter som tas ut från användarna av byggnadsverken eller tjänsterna, utom sådana som tagits ut på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar,
3. ersättningar eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får av den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet, inbegripet ersättning för fullgörandet av en skyldighet att tillhandahålla ett offentligt uppdrag och offentligt investeringsstöd,
4. värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får från tredje part för utförandet av koncessionen,
5. intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen,
6. värdet av alla varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av de upphandlande myndigheterna eller enheterna förutsatt att de är nödvändiga för att utföra byggtreprenaderna eller tjänsterna, och
7. premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 8.3 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vad som ska beaktas vid beräkningen av en koncessions värde enligt den uppskattning som den upphandlande myndigheten eller enhetens ska göra enligt 2 §. Som *Lagrådet* konstaterat i sitt yttrande utgör paragrafens bestämmelser en precisering av hur värdet enligt 5 kap. 2 § ska uppskattas i de uppräknade situationerna. Regleringen innebär att varje form av ersättning som koncessionshavaren får i anledning av koncessionen ska beaktas vid beräkningen av värdet. Av tredje punkten följer att även andra ersättningar, bidrag och fördelar som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet ska beaktas.

Lagrådet har anmärkt att flera av bestämmelserna i paragrafen är svåra att ge ett praktiskt innehåll och särskilt framhållit att det inte framgår av *punkten. 7* vilka premier och ersättningar som avses. Som *Lagrådet* konstaterat är bestämmelsen utformad i nära anslutning till direktivet och det får ankomma på rättstillämpningen att klargöra dess innehåll.

Paragrafen har ingen motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna.

Förbud mot kringgående

6 § Metoden för att uppskatta en koncessions värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet blir tillämpliga.

Paragrafen genomför, tillsammans med 7 §, artikel 8.4 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 5 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 5 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

7 § En upphandling av en koncession får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 §, artikel 8.4 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen har utformats på samma sätt som 5 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Upphandling av delkontrakt

8 § Om en planerad byggtreprenad eller ett planerat tillhandahållande av tjänster kan innebära att flera koncessioner upphandlas i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av koncessionerna beaktas vid tillämpningen av 1 §. Om

Paragrafen genomför artiklarna 8.5 och 8.6 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 11.3.

Paragrafen innehåller regler om att det sammanlagda värdet ska vara avgörande för om en koncessions värde överstiger tröskelvärdet när en byggtreprenad eller ett tillhandahållande av tjänster innebär delkontrakt som upphandlas samtidigt i form av flera olika koncessioner. Om det sammanlagda värdet av koncessionerna överstiger tröskelvärdet ska de regler i lagen som gäller för upphandling över tröskelvärdet tillämpas på samtliga koncessioner. Om tröskelvärdet inte överskrids, ska bestämmelserna i 15 kap. tillämpas för koncessionerna.

Lagrådet har efterfrågat ett klargörande av om förevarande paragraf ska tillämpas i situationer som omfattas av 7 §. Bestämmelsen handlar om att det uppskattade värdet av flera koncessioner som har samband genom att de genomför samma byggtreprenad eller tjänst ska läggas ihop. När en koncession delas upp av sådana objektiva skäl som avses i 7 § får emellertid värdet av delarna uppskattas separat.

Lagrådet har ifrågasatt användandet av ordet delkontrakt. Att som Lagrådet förespråkar endast uttrycka att en koncession delas upp kan emellertid leda tanken fel. Det behöver inte vara fråga om en uppdelning av en koncession utan om att en byggtreprenad eller tjänst upphandlas i delar som således har ett sådant samband med varandra att värdet av delarna ska läggas ihop när det avgörs om upphandlingen överstiger tröskelvärdet. Paragrafen har utformats på samma sätt som 5 kap. 8 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling och 5 kap. 7 § första stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. I påföljande stycken i nämnda paragrafer finns bestämmelser som föranleds av en reglering i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet om undantag i vissa fall från huvudregeln om sammanläggning. En sådan reglering finns inte i LUK-direktivet.

6 kap. Förfarandet vid upphandling

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna i 4 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs.

Paragrafen genomför artikel 30.1 och 30.2 första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.

Paragrafen innehåller en övergripande bestämmelse om att upphandlande myndigheter och enheter vid upphandling av koncessioner har stor frihet att själva organisera förfarandet. Detta har sin grund i att koncessioner oftast är långsiktiga och komplicerade arrangemang som kräver individuella lösningar. Principerna om öppenhet och insyn ska dock följas och det ska även finnas vissa garantier vid tilldelningsförfarandet. Garantierna avser bl.a. information om koncessionen och hur informationen ska göras tillgänglig samt regler om

Prop. 2015/16:195 att villkoren inte får frångås. Reglerna syftar till att förhindra orättvis behandling av potentiella anbudssökande.

Upphandlande myndigheter och enheter har alltså fått en betydande frihet att själva organisera sin upphandling av koncessioner så länge de håller sig till de allmänna principerna och iakttar den minsta grad av samordning som direktivet är uttryck för (se skäl 8 i LUK-direktivet).

Koncessionsdokumenten

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen enligt 8 kap. 1 § beskriva koncessionen och villkoren för deltagande. Tilldelningskriterierna enligt 13 kap. 1 § ska anges i något av koncessionsdokumenten. Detsamma gäller minimikrav i form av uppställda villkor eller krav på tekniska, fysiska, funktionella eller rättsliga egenskaper som alla anbud ska uppfylla.

Paragrafen genomför artikel 37.1 andra stycket och artikel 37.2 i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att viss information ska lämnas i koncessionsdokumenten.

Inledningsvis framgår att en beskrivning av koncessionen och villkoren för deltagande ska lämnas i annonsen om koncessionen. En hänvisning görs här till annonseringsreglerna i 8 kap. På samma sätt som enligt nu gällande upphandlingsregler bygger upphandling av koncession på att myndighetens eller enhetens upphandling blir känd. Det gemensamma sättet att informera på är via Europeiska Unionens officiella tidning (EUT). Därutöver får information spridas på det sätt som är lämpligt i det enskilda fallet. Till detta offentliggörande finns en hel del förfaranderegler. Vad som är utmärkande för koncessionsupphandling är dock att myndigheten eller enheten har stor frihet att själv organisera sitt förfarande (jfr 1 § och artikel 30.1) förutsatt att upphandlingen offentliggörande gjorts i EUT.

Vidare ska den upphandlande myndigheten eller enheten i något av koncessionsdokumenten tillhandahålla information om tilldelningskriterier och eventuella minimikrav. Minimikraven kan utgöras av villkor eller krav på tekniska, fysiska, funktionella eller rättsliga egenskaper som alla anbud ska uppfylla. Det kan noteras att uppräknningen av vilka typer av krav som kan ställas är exemplifierande i direktivet och ett minimikrav kan således ställas även om det inte skulle falla in under någon av de uppräknade kategorierna. Minimikraven ska gälla själva anbuden och är inte krav eller villkor som ställs på leverantören. Vad som avses med koncessionsdokument framgår av 1 kap. 14 §.

Någon direkt motsvarande paragraf finns inte i den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, men bestämmelserna liknar 6 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling som behandlar vilken information upphandlande myndigheter ska lämna i upphandlingsdokumenten vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en tidsplan för förfarandet med en preliminär tid för slutförandet. Samtliga deltagare ska få del av planen.

Om ändringar görs i planen, ska samtliga deltagare underrättas om ändringen. Om en ändring avser sådant som angetts i annonsen, ska detta offentliggöras.

Paragrafen genomför artikel 37.4 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.

Paragrafen anger att upphandlande myndigheter och enheter ska upprätta en tidsplan över upphandlingsförfarandet med en preliminär tid för slutförande och att samtliga deltagare ska få ta del av planen och ändringar i planeringen. Innebörden av sista ledet i direktivbestämmelsen, som kommit till uttryck i sista meningen i paragrafens *andra stycke*, är något oklar. Om direktivbestämmelsen ska uppfattas så att det är fråga om en ändring som påverkar det konkurrensuppsökande skedet borde den naturliga effekten av en sådan ändring vara att förfarandet avbryts och görs om, i vilket fall informationen om de nya förhållandena blir allmänt kända genom det nya förfarandet. I ett sådant fall blir bestämmelsen i sista meningen överflödig. Det förefaller därför som om den ändring som avses är av ett annat, mindre kvalificerat, slag trots att ändringen avser annonsen. En tolkning som förefaller rimlig är att ändringen visserligen avser något som angetts i annonsen och att den därför bör offentliggöras, men att ändringen likväl inte är av det slaget att förfarandet måste göras om.

Förhandlingar

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med anbudssökande och anbudsgivare.

Det som anskaffas genom koncessionen, tilldelningskriterierna och uppställda minimikrav får inte ändras under förhandlingarna.

Paragrafen genomför artikel 37.6 i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats enligt *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 12.3.

Andra stycket i bestämmelsen innehåller likheter med artikel 29.3 andra stycket LOU-direktivet som genomförs i 6 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling och som reglerar vad som inte får förhandlas om vid förhandlat förfarande under konkurrens. Liknande bestämmelse finns i LOU- respektive LUF-direktivet som reglerar vad som inte får förhandlas om vid förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. I LUK-direktivet anges i stället vad som inte får ändras under förhandlingarnas gång, nämligen det som ska anskaffas genom koncessionen, tilldelningskriterierna eller minimikraven.

7 kap. Tekniska krav och funktionskrav

1 § Tekniska krav och funktionskrav ska redovisas i något av koncessionsdokumenten. De ska ange de egenskaper som byggtreprenaden eller tjänsten ska ha. Egenskaperna får också avse processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla byggtreprenaden eller tjänsten under

Prop. 2015/16:195 förutsättning att de avser det som ska anskaffas och står i proportion till värdet av anskaffningen och syftet med den.

Paragrafen genomför artikel 36.1 i direktivet och liknar 9 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 17.3.

I paragrafen anges att tekniska krav och funktionskrav ska anges i något av koncessionsdokumenten.

Kraven kan enligt avse produktionsprocessen eller tillhandahållandet av de efterfrågade byggtreprenaderna eller tjänsterna under förutsättning att de avser det som ska anskaffas och står i proportion till dess värde och syfte. Det kan noteras att paragrafen innehåller en skillnad i förhållande till motsvarande bestämmelse i t.ex. 9 kap. 1 § LOU. I den bestämmelsen anges endast kraven ska ha anknytning till det som ska anskaffas. Att kraven ska stå i proportion till anskaffningens värde och syfte får anses framgå av de allmänna principerna för upphandling. Eftersom det särskilt anges i artikeln och reglerna för koncessionsupphandling innefattar ett betydande bedömningsutrymme finns det skäl att ändå uttryckligen ange detta i paragrafen.

I artikel 36.1 i direktivet tas några av de specifikationer som finns uppräknade i bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet upp som exempel på vilka typer av egenskaper som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa krav på. Egenskaperna kan t.ex. omfatta kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning), bedömning av överensstämmelse, bruks-egenskaper, säkerhet eller dimensioner, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, märkning och etikettering eller bruksanvisningar. Uppräknningen är exemplifierande.

2 § Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska kraven och funktionskraven inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,

2. varumärke, patent eller typ,

3. ursprung, eller

4. tillverkning,

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Paragrafen genomför artikel 36.2. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.3.

Paragrafen motsvarar delvis 9 kap. 6 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna och har utformats med utgångspunkt i dessa bestämmelser. Terminologin har ändrats i förhållande till direktivtexten för att stämma överens med de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Någon ändring i sak är inte avsedd. Se kommentaren till 9 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling.

3 § Om en upphandlande myndighet eller enhet ställer vissa tekniska krav eller funktionskrav, får den inte förkasta ett anbud endast på grund av att tjänsten eller byggtreprenaden inte stämmer överens med kraven, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt.

Paragrafen genomför artikel 36.3 och motsvarar delvis 9 kap. 7 och 8 §§ i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 17.3.

Sitt utredningen om en alternativ lösning ska lämnas av anbudsgivaren i sitt anbud markerar att det är leverantörens ansvar att presentera och beskriva varför den valda lösningen är likvärdig med den som myndigheten eller enheten efterfrågat. Till skillnad från motsvarande bestämmelser i LOU- och LUF-direktivet ges inga exempel i LUK-direktivet på hur en leverantör kan visa detta. Enligt direktivet kan det ske med lämpliga medel.

8 kap. Annonsering av upphandling

Annons om upphandling

1 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession ska informera om detta genom att annonsera upphandlingen.

I 3 och 4 §§ finns bestämmelser om undantag från denna skyldighet.

Paragrafen genomför artikel 31.1 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Paragrafen motsvarar 10 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till dessa bestämmelser.

Vad som ska ingå i annonsen framgår av bilaga V till direktivet. Upplysningarna ska anges i samma format som standardformulär, som fastställs av kommissionen, se artikel 33.1. Även format och förfaranden för överföring av annonser på elektronisk väg fastställs av kommissionen och är tillgängliga på kommissionens webbplats SIMAP med information om offentlig upphandling i Europa. Kommissionen har i genomförandeförordningen (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 fastställt standardformulär för de olika typerna av annonser som direktivet innehåller.

Regeringen avser med stöd av 8 § att meddela kompletterande föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser.

Förhandsannons om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

2 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession för sådana tjänster som anges i bilaga 3 ska informera om detta genom en förhandsannons.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 31.3 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Paragrafen motsvarar 10 kap. 2 § andra stycket i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till de bestämmelserna.

Vad som närmare ska framgå av en förhandsannons anges i bilaga VI till direktivet. Kommissionen har i en genomförandeförordning fastställt standardformulär för annonseringen, se kommentaren till 1 §.

Upphandling utan föregående annonsering

3 § En upphandlande myndighet eller enhet får tilldela en koncession utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör på grund av

1. att syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation,

2. att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller

3. skyddet av en ensamrätt, oavsett om den är sådan som anges i 1 kap. 12 §.

Ett sådant förfarande får, i de fall som regleras i första stycket 2 och 3, tillämpas endast om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 31.4 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Paragrafen motsvarar närmast bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 6 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap.7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Av paragrafen framgår under vilka omständigheter den upphandlande myndigheten eller enheten kan avstå från att annonsera. Bestämmelserna avser situationer då det redan från början står klart att ett offentliggörande inte kommer att leda till ökad konkurrens, på grund av att det objektivt sett endast finns en leverantör som kan utföra koncessionen. I skäl 51 till LUK-direktivet anges att tilldelning av koncessioner utan föregående offentliggörande endast bör ske under mycket exceptionella omständigheter med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen. Paragrafen bör alltså tolkas restriktivt.

Första stycket 3 motsvaras i LUK-direktivet av två punkter (se artikel 31.4 c och d), nämligen dels att det finns en ensamrätt, dels att orsaken är skydd av immateriella rättigheter eller andra ensamrätter än de som definieras i artikel 5.10 i direktivet (se 1 kap. 12 §). Direktivens två punkter har i författningstexten ersatts med en punkt, som täcker in alla tre situationer som direktivet anger, dvs. både ensamrätter enligt definitionen i direktivet, andra ensamrätter och immateriella rättigheter. Någon skillnad i sak är inte avsedd utan det rör sig endast om en förenkling av utformningen. Skydd av ensamrätt innefattar alltså även skydd av immateriella rättigheter.

4 § Förutsatt att villkoren i upphandlingsdokumenten inte ändrats väsentligt får en upphandlande myndighet eller enhet tilldela en koncession utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med annonsering inte har lämnats några

Paragrafen genomför artikel 31.5 första stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Paragrafen motsvarar 6 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling och delvis 6 kap. 5 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

5 § En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 11 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten fastställt. En anbudsansökan ska också anses olämplig om den innefattar ett olämpligt anbud.

Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för koncessionen och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens krav enligt koncessionsdokumenten.

Paragrafen genomför artikel 31.5 andra och tredje styckena i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Paragrafen motsvarar i huvudsak 6 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 6 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Efterannons om resultatet av en upphandling

6 § En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att koncessionen tilldelats.

Trots första stycket får myndigheten eller enheten vid tilldelning av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal.

Paragrafen genomför artikel 32.1 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Bestämmelsen motsvarar i huvudsak 10 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 10 kap. 5 § LUF i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

I *första stycket* anges att myndigheten eller enheten ska skicka en annons om upphandlingsresultatet inom 48 dagar från det att en koncession har tilldelats. Med efterannons avses alltså en annons om genomförd upphandling av en koncession. Till skillnad från lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna räknas fristen för efterannonsering från tidpunkten för tilldelningen av koncessionen, dvs. när myndigheten eller enheten fattat beslut om vilken leverantörs anbud den avsåg att anta och inte tidpunkten för när koncessionsavtalet ingicks mellan myndigheten eller enheten och den berörda leverantören. Annonseringsskyldigheten gäller vid all upphandling som omfattas av direktivet. Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten vid efterannonsering av

Prop. 2015/16:195 upphandling som avser sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 3 till lagen får samla ihop annonserna och skicka dem kvartalsvis.

Vilka uppgifter som ska ingå i en efterannons framgår av bilaga VII och – när det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster – bilaga VIII till direktivet. Annonserna ska utformas i enlighet med standardformulär som antas av kommissionen, se kommentaren till 1 §.

Annons om tilldelning av en koncession utan föregående annonsering

7 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession utan föregående annonsering enligt 3 och 4 §§ får informera om sin avsikt genom en annons.

Paragrafen genomför artikel 46.5 b och 47.5 b i LUK-direktivet samt 2d.4 i rättsmedelsdirektiven i lydelsen enligt ändringsdirektivet. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Paragrafen motsvarar 10 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 10 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till dessa bestämmelser.

Bemyndigande

8 § Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonser enligt detta kapitel.

Paragrafen genomför inte någon artikel i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.1. Paragrafen motsvarar 10 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 10 kap. 7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till dessa bestämmelser.

Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten

9 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag då annonsen om upphandling publiceras. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i annonsen.

Detta gäller dock inte om annonsen om upphandling inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud. I sådana fall ska fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten i stället ges med elektroniska medel från och med den dag då inbjudan att lämna anbud skickas till utvalda anbudssökande. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i inbjudan.

Paragrafen genomför artikel 34.1 i LUK-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 10 kap. 7 § första stycket och 9 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling samt 10 kap. 8 § första och tredje styckena och 10 § andra stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.2.

Första stycket avser skyldigheten att göra koncessionsdokumenten elektroniskt tillgängliga vid annonsering av upphandlingen. *Andra stycket* avser samma skyldighet vid inbjudan att lämna anbud. Av stycket framgår att elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten inte behöver ges vid annonsering av upphandlingen, om annonsen inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud. Detta är en skillnad jämfört med de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorena.

I 10 § regleras vad som gäller om något koncessionsdokument inte kan göras tillgängligt med elektroniska medel på det sätt som föreskrivs i 9 §.

10 § Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges enligt 9 § första stycket, ska annonsen upplysa om hur leverantörerna kan få tillgång till dokumentet på något annat sätt.

Om elektronisk tillgång till något koncessionsdokument inte kan ges enligt 9 § andra stycket, ska inbjudan att lämna anbud upplysa om att dokumentet kommer att skickas på annat sätt än med elektroniska medel. En sådan upplysning behöver dock inte lämnas om dokumentet i stället bifogas inbjudan.

Paragrafen genomför tillsammans med 9 kap. 4 § artikel 34.2 i LUK-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 10 kap. 7 § andra stycket och 9 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling samt 10 kap. 8 § tredje stycket och 10 § andra stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorena. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.3.2.

Anbudets giltighetstid

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i en annons om upphandling eller i en inbjudan att lämna anbud ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En underrättelse enligt 10 kap. 12 § första stycket eller upplysningar enligt 10 kap. 13 § innebär inte att ett anbud förfaller.

Paragrafen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 18.4.2.

Paragrafen motsvarar 10 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 10 kap. 11 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorena, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

9 kap. Tidsfrister för anbudsansökningar och anbud

Bestämmande av tidsfrister

1 § När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten eller enheten, ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad koncessionen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbudet. Om anbudsansökningar eller anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats, ska tiden vara så lång att alla leverantörer kan få kännedom om all information som behövs för att utarbeta en anbudsansökan eller ett anbud.

Prop. 2015/16:195 Vid bestämning av tidsfrister enligt första stycket ska dock bestämmelserna i detta kapitel iakttas.

Paragrafen genomför artiklarna 39.1 och 39.2 i LUK-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 11 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 19.2.1.

2 § Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Om förfarandet genomförs stegvis, ska dock tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 22 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades till utvalda anbudssökande.

Första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 3 eller 4 §.

Paragrafen genomför artiklarna 39.3 och 39.4 i LUK-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 11 kap. 2 och 3 §§ i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.2.1.

Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

3 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbud skickas in elektroniskt, får tidsfristen för att komma in med anbud bestämmas till

1. minst 25 dagar i fall som avses i 2 § första stycket, och
2. minst 17 dagar i fall som avses i 2 § andra stycket.

Paragrafen genomför artikel 39.5 i LUK-direktivet. Bestämmelsen motsvarar 11 kap. 6 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.2.1.

Av bestämmelserna i 10 kap. följer att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att tillåta elektroniska anbud, om inte vissa undantagssituationer är för handen.

Förlängning av tidsfristen för anbud

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten med elektroniska medel enligt 8 kap. 9 §, ska tidsfristen för att komma in med anbud förlängas med fem dagar.

Paragrafen genomför tillsammans med 8 kap. 10 § artikel 34.2 i LUK-direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 11 kap. 9 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 19.2.1.

Av 8 kap. 9 § framgår att koncessionsdokumenten ska göras tillgängliga med elektroniska medel vid annonsering om upphandling

eller vid inbjudan att lämna anbud. I 8 kap. 10 § regleras hur leverantörerna ska få tillgång till koncessionsdokument som inte kan göras tillgängliga med elektroniska medel. Prop. 2015/16:195

10 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Kommunikation

Kommunikation med allmänt tillgängliga elektroniska medel

1 § En upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska använda elektroniska medel när de kommunicerar med varandra under en upphandling. Myndigheten eller enheten ska anvisa de elektroniska medel som ska användas.

Elektroniska medel som avses i första stycket ska vara icke-diskriminerande och allmänt tillgängliga. Medlen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara samt sådan annan utrustning som används i allmänhet.

I 2–5 §§ finns bestämmelser om undantag från skyldigheten att kommunicera med allmänt tillgängliga elektroniska medel.

Kommunikation med andra medel

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får vid behov anvisa leverantörerna ett lämpligt elektroniskt medel för kommunikation trots att medlet inte uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket. Myndigheten eller enheten ska i sådana fall erbjuda kostnadsfri tillgång till det elektroniska medlet.

3 § Om det på grund av upphandlingens beskaffenhet inte är möjligt att använda något elektroniskt medel som uppfyller kraven enligt 1 § andra stycket, får en upphandlande myndighet eller enhet använda eller anvisa andra medel för kommunikation.

Om förutsättningen enligt första stycket gäller en del av upphandlingen, får myndigheten eller enheten använda eller anvisa andra medel för kommunikation endast i den delen.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får använda eller anvisa andra medel för kommunikation än sådana elektroniska medel som avses i 1 § i den utsträckning det är nödvändigt på grund av

1. säkerhetsbrister i allmänt tillgängliga tjänster för elektronisk kommunikation,

2. brister i informationssäkerheten hos myndigheten eller enheten, eller

3. den särskilt känsliga karaktären hos de uppgifter som ska lämnas.

Möjligheten att använda eller anvisa andra medel för kommunikation än elektroniska gäller endast om ett tillräckligt skydd för uppgifterna inte kan ges genom användning av elektroniska medel som avses i 2 §.

5 § Muntlig kommunikation får användas under en upphandling, om kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen och den upphandlande myndigheten eller enheten dokumenterar sådana uppgifter från kommunikationen som är av betydelse för upphandlingen.

Information om användning av elektroniska medel

6 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling lämna information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk

Avancerad elektronisk underskrift

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att elektroniska anbudsansökningar och anbud ska vara försedda med en sådan avancerad elektronisk underskrift som avses i artikel 3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 910/2014 av den 23 juli 2014 om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden och om upphävande av direktiv 1999/93/EG, i den ursprungliga lydelsen.

Säkerhet vid elektronisk kommunikation

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kommunikation med elektroniska medel under en upphandling sker på ett säkert sätt med hänsyn till de risker som är förknippade med olika skeden av upphandlingen.

Myndigheten eller enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa exakt tidpunkt för mottagande av anbudsansökningar och anbud. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att det inom rimliga gränser kan säkerställas att

1. ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,

2. bara behöriga personer därefter kan få tillgång till uppgifterna, och

3. det går att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Hantering av uppgifter i ett upphandlingsärende

9 § Kommunikation och lagring av uppgifter i ett upphandlingsärende ska ske på ett sådant sätt att uppgifterna inte förvanskas.

Öppnande av anbudsansökningar och anbud

10 § En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för anbudsansökningar respektive anbud har gått ut.

Paragraferna 1–10 genomför artikel 29 i LUK-direktivet. Paragraferna har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 20.5.1.

Paragraferna motsvarar 12 kap. 1–9 §§ och 10 § första stycket i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till bestämmelserna i den förstnämnda lagen.

Bestämmelsen i 6 § har en något annorlunda utformning än motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Till skillnad från dessa bestämmelser gäller enligt 6 § ett krav på att uppgifterna om specifikationer ska lämnas i en annons. Att krav och villkor för användning av elektroniska medel för kommunikation ska anges i annonsen om upphandling framgår av bilaga V till LUK-direktivet (punkten 14).

Information till leverantörer

Kompletterande upplysningar

11 § En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en leverantör lämna kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för anbud, förutsatt att upplysningarna har begärts i god tid. Upplysningarna ska lämnas skriftligen till alla leverantörer som deltar i upphandlingsförfarandet.

Paragrafen genomför artikel 34.3 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.5.2.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 11 § första stycket i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela en koncession. Underrättelsen ska innehålla namnet på den utvalda anbudsgivaren, skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr). En anbudssökande eller anbudsgivare vars ansökan respektive anbud har förkastats ska underrättas om skälen för detta beslut.

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter det att annonsen om upphandling publicerats samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Paragrafen genomför artikel 40.1 första stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.5.2.

Paragrafen motsvarar delvis 12 kap. 12 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Till skillnad från dessa bestämmelser gäller dels att namnet på den utvalda leverantören ska anges redan i beslutsunderrättelsen, dels att skälen för förkastande av anbudsansökningar och anbud ska lämnas till de berörda leverantörerna utan att dessa behöver begära det.

Beslut om uteslutning av leverantör regleras i 11 kap. 8 §.

Upplysningar på begäran av en leverantör

13 § En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Paragrafen genomför artikel 40.1 andra stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.5.2.

Paragrafen motsvarar delvis 12 kap. 13 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

14 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Paragrafen genomför artikel 37.5 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.5.3.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 14 § första stycket i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

15 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 14 § och liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

Paragrafen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 20.5.3.

Paragrafen motsvarar delvis 12 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 12 kap. 16 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

11 kap. Uteslutning av leverantörer

När en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som är en myndighet ska utesluta en leverantör

1 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten genom kontroll eller på annat sätt får kännedom om att leverantören enligt en dom som fått laga kraft är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i, korruption enligt artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn, eller korruption enligt nationella bestämmelser,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4. penningtvätt eller finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism, i lydelsen enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2010/78/EU,

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i det rambeslutet, eller

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF, i den ursprungliga lydelsen.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om den som har dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Paragrafen genomför artikel 38.4 första och andra styckena i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till dessa bestämmelser.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten genom kontroll eller på annat sätt får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Paragrafen genomför artikel 38.5 första och andra styckena i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 2 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

När en upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör

3 § En upphandlande enhet som inte är en sådan enhet som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 får på de grunder som anges i 1 och 2 §§ utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 38.4 tredje stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Av paragrafen framgår att de uteslutningsgrunder som anges i 1 och 2 §§ och som är i vissa fall obligatoriska för upphandlande myndigheter och sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 20 § första stycket 1 också är tillämpliga vid andra upphandlande enheters upphandling av

Prop. 2015/16:195 koncessioner. Som framgår av paragrafen rör det sig om grunder som får leda till uteslutning.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 3 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den bestämmelsen.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om

1. myndigheten eller enheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,

2. leverantören

a) är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden,

b) är föremål för tvångsförvaltning,

c) har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, eller

d) har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett förfarande enligt nationella lagar och andra författningar som liknar dem som avses i a–c,

3. myndigheten eller enheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten eller enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten eller enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. leverantören i allvarlig omfattning

a) har lämnat oriktiga uppgifter om den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt detta kapitel eller av att leverantören uppfyller uppställda villkor för kvalificering,

b) har undanhållit sådan information, eller

c) inte har lämnat de kompletterande dokument som krävs, eller

8. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, urval av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Första stycket gäller även för uteslutning av en leverantör vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet, om leverantören på grundval av någon form av bevis, inbegripet skyddade datakällor, har befunnits sakna den tillförlitlighet som krävs för att utesluta risker för rikets säkerhet. Myndigheten eller enheten får grunda sitt beslut på någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor. Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet har samma betydelse som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 38.7 a–i i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om uteslutning av leverantörer på grund av andra allvarliga brister i hur leverantörernas verksamhet bedrivs än brister på grund av brott och obetalda skatter och avgifter. Paragrafen är tillämplig för såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter och anger fakultativa uteslutningsgrunder.

Angående *första stycket punkt 1* kan noteras att det i artikel 38.7 b i LUK-direktivet också finns en möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att inte utesluta en leverantör som är i någon av de situationer som avses där om myndigheten eller enheten fastställt att leverantören likväl skulle kunna fullgöra koncessionen. Eftersom artikeln i sin helhet avser fakultativa möjligheter bör den nu nämnda möjligheten att underlåta uteslutning inte särskilt anges.

Paragrafen skiljer sig från motsvarande paragrafer i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna på så sätt att paragraferna i de båda senare lagarna innehåller en bestämmelse om att uteslutning får ske om det inte på annat sätt går att undvika en snedvridning av konkurrensen på grund av leverantörens deltagande i förberedelserna av upphandlingen i enlighet med 4 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling eller 4 kap. 7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Någon sådan motsvarande bestämmelse finns inte i LUK-direktivet och återfinns därför inte heller i detta lagförslag. Det finns därmed inte heller någon uteslutningsgrund i denna paragraf som korresponderar med 13 kap. 3 § 7 i den nya lagen om offentlig upphandling och 13 kap. 4 § 7 i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Andra stycket genomför artikel 38.7 i LUK-direktivet och avser sådan koncessionsupphandling som ska göras enligt LUK trots att den är en upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet (se 3 kap. 1 §).

Paragrafen motsvarar i övrigt 13 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 13 kap. 4 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till dessa bestämmelsen. Regleringen i paragrafens andra stycke, som gäller vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet, motsvarar delvis 11 kap. 2 § första stycket 5 LUF5.

Utredning

5 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten eller enheten utgör skäl för uteslutning.

Paragrafen genomför artikel 38.9 första stycket och 38.10 första meningen i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Paragrafen motsvarar i huvudsak 13 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 13 kap. 5 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen. Lagen saknar till skillnad mot de nya lagarna om offentlig

Prop. 2015/16:195 upphandling (15 kap. 7–9 §§) och om upphandling inom försörjningssektorerna (14 kap. 3 §) uttryckliga bestämmelser om utredning som får begäras in från leverantörer. I paragrafen finns därför inte någon hänvisning till sådana bestämmelser.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § En leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 4 § ska inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller misskötsamheten,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna eller enheterna, och

3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller misskötsamhet.

De åtgärder som leverantören har vidtagit, ska bedömas med beaktande av brottets eller misskötsamhetens allvar och de särskilda omständigheterna kring brottet misskötsamheten.

En leverantör som har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande ska inte uteslutas på de grunder som anges i 2 §.

Paragrafen genomför artikel 38.5 tredje stycket och, tillsammans med 8 §, 38.9 andra stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 13 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får låta bli att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Paragrafen genomför artikel 38.6 första stycket i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 13 kap. 7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande myndighet eller enhet kan när som helst under ett upphandlingsförfarande utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig finnas grund för uteslutning.

En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och skälen för det.

Paragrafen genomför artikel 38.8 och, tillsammans med 6 §, 38.9 andra stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 22.3.

Paragrafen motsvarar 13 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 13 kap. 8 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

12 kap. Kvalificering

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska kontrollera att villkoren för deltagande är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna om att villkoren är uppfyllda eller med utgångspunkt i referenser som lämnats som bevis enligt krav i annonsen.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 §, artikel 38.1 i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.4.

I artikel 38.1 används begreppet egen försäkran. Detta begrepp används också i de övriga upphandlingsdirektiven, men har då en anknytning till det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet. I LUK-direktivet saknas emellertid sådana regler. Det får då enligt regeringens mening anses klart att det inte kan vara fråga om en sådan egen försäkran som avses i den nya lagen om offentlig upphandling. I avsaknad av särskilda regler får begreppet därför tolkas med utgångspunkt i det allmänna språkbruket och får då ges innebörden att därmed avses inget annat eller mera än att leverantören lämnat egna uppgifter om hur det förhåller sig med de omständigheter som efterfrågats i upphandlingen. Detta har i bestämmelsen, på *Lagrådets* inrådan, uttryckts som att kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna. Givetvis ankommer det på upphandlande myndighet och enhet att kontrollera dessa uppgifter på vanligt sätt.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får, för kvalificering av leverantörer, endast tillämpa villkor som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning. Villkoren ska vara proportionerliga med hänsyn till syftet att säkerställa verklig konkurrens och ska grunda sig på ett behov att se till att leverantören har förmåga att utföra koncessionen med hänsyn till föremålet för denna.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 §, artikel 38.1 i direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.4.

Bestämmelsen anger vilken typ av krav en upphandlande myndighet eller enhet kan ställa upp som villkor för att leverantören ska få delta i upphandlingen av en koncession. De krav som får ställas ska röra yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning. Bestämmelsen anger vidare att de villkor som ställs för deltagande ska vara proportionerliga. Vid proportionalitetsbedömningen ska behovet av att säkerställa leverantörens förmåga viktas mot syftet att säkerställa verklig konkurrens.

Bestämmelsen i 2 § ska läsas i ljuset av skäl 63 i direktivet. Den avser en upphandlande myndighets eller enhets möjlighet att ställa krav på en

Prop. 2015/16:195 leverantörs yrkesmässighet och tekniska kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning. Paragraferna är utformade med utgångspunkt i ordalydelsen av artikel 38.1. Artikeltexten synes dock endast avse kontroller av de krav som ställts, medan skäl 63 tydligt avser vilka krav som får ställas. Regeringen anser att förevarande direktivtext och paragraf ska tolkas så att det av dem följer att myndigheten eller enheten får ställa krav på yrkesmässig och tekniska kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning men att dessa får utformas efter myndighetens eget skön så länge de är relevanta och proportionerliga i förhållande till koncessionsföremålet.

Bestämmelsen uppvisar vissa likheter med 14 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

Leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet

3 § En leverantör får för en koncession åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla något villkor för kvalificering.

Ett annat företags kapacitet får åberopas enligt första stycket oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företaget. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs under varje del av koncessionstiden.

Paragrafen genomför artikel 38.2 första och andra meningen i direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.4.

I skäl 63 i LUK-direktivet betonas särskilt vikten av att leverantörer ska kunna visa att de uppfyller kraven genom hänvisningar till andra företags kapacitet.

Bestämmelsen liknar 14 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling. Se även författningskommentaren till den bestämmelsen.

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av koncessionen om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning.

Paragrafen genomför artikel 38.2 tredje meningen i direktivet. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 23.4.

Bestämmelsen motsvarar 14 kap. 8 § första stycket i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

13 kap. Utvärdering av anbud och tilldelning av koncessioner

Utvärdering och tilldelning

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som

1. är förenliga med de principer som anges i 4 kap. 1 §,

2. har anknytning till det som ska anskaffas,

3. säkerställer att anbudna bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten, och

4. inte ger myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet.

Tilldelningskriterierna ska göra det möjligt för myndigheten eller enheten att effektivt kontrollera de uppgifter som leverantörerna lämnar.

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska kontrollera att anbudet uppfyller tilldelningskriterierna.

Paragraferna genomför artikel 41.1 och 41.2 i direktivet. De motsvarar delvis 16 kap. 1 och 2 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling och 15 kap. 1 och 2 §§ i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Första paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.5.

Paragraferna innehåller bestämmelser om tilldelningskriterier och om kontroll av anbud. I LUK-direktivet finns till skillnad från bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet inget angivet krav på att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån någon viss grund för utvärdering ska väljas. Däremot anges att det ska fastställas allmänna ekonomiska fördelar för den upphandlande myndigheten eller enheten. Inget hindrar dock att den upphandlande myndigheten eller enheten anger att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Tilldelningskriterierna ska anges i annonsen om upphandling eller något annat koncessionsdokument, vilket framgår av bilaga V till direktivet. Detta framgår även av förfarandebestämmelserna i 6 kap. 2 §.

Av *1 § första stycket* framgår att en koncession ska tilldelas med användning av tilldelningskriterier som ska uppfylla vissa uppräknade krav. Det framgår av punkterna 1–4 att syftet med bestämmelserna är att tilldelningskriterierna ska ge myndigheten eller enheten möjlighet att uppnå en effektiv upphandling inom upphandlingsrättens ram. I *punkt 1* hänvisas till de allmänna principerna för upphandling. I *punkt 2* anges att kriterierna ska ha anknytning till det som ska anskaffas. I *punkt 3* betonas vikten av att konkurrens verkligen uppnås i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för den upphandlande myndigheten eller enheten. Av *punkt 4* framgår slutligen att kriterierna inte får ge utrymme för godtycke.

Av *1 § andra stycket* framgår att kriterierna ska utformas så att de kan kontrolleras. I artikel 41.2 anges att tilldelningskriterierna får innefatta bland annat miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation.

Av *2 §* framgår att myndigheter och enheter ska kontrollera att anbudet uppfyller tilldelningskriterierna.

Prioritetsordning för tilldelningskriterier

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange tilldelningskriterierna i prioritetsordning.

Om det i ett anbud föreslås en innovativ lösning med funktionella prestanda på en synnerligen hög nivå som den upphandlande myndigheten eller enheten inte hade kunnat förutse, får myndigheten eller enheten ändra prioritetsordningen om det finns särskilda skäl för det. En sådan ändring ska medföra att de nya möjligheter som den innovativa lösningen innebär kan beaktas.

Prioritetsordningen får inte ändras så att det leder till diskriminering.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför, tillsammans med 4 §, artikel 41.3 i direktivet. Första stycket motsvarar delvis 16 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 15 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.5.

Paragrafen innehåller bestämmelser om prioritetsordning för tilldelningskriterier. Av *första stycket* framgår att tilldelningskriterierna ska anges i prioritetsordning. Bestämmelsen motsvarar vad som i undantagsfall kan tillämpas vid upphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, när det inte är möjligt att ange kriteriernas inbördes vikt. I LUK-direktivet finns dock inga bestämmelser om viktning av tilldelningskriterier.

I *andra stycket* lämnas en möjlighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att ändra prioritetsordningen. Det står klart att en sådan ändring får göras endast efter en restriktiv prövning eftersom den berör ett av de grundläggande momenten i en upphandling. Det anges därför flera förutsättningar för en sådan ändring. Inledningsvis krävs att anbudet ska innefatta en lösning med funktionella prestanda på en synnerligen hög nivå. Termen synnerligen hög nivå ersätter här direktivets exceptionell nivå. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vidare inte ha kunnat förutse ett förslag med en sådan lösning. I direktivet anges härutöver att prioritetsordningen endast får ändras i undantagsfall. Den avsedda restriktiviteten kommer till uttryck i lagtexten genom att det krävs särskilda skäl för en ändring. Vilka sådana skäl kan vara får rättstillämpningen avgöra. Ändringen ska även medföra att de nya möjligheter som den innovativa lösningen innebär kan beaktas.

I *tredje stycket* erinras om att ändringen, i enlighet med de allmänna principerna för upphandling, inte får leda till diskriminering.

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten ändrar prioritetsordningen enligt 3 § andra stycket, ska myndigheten eller enheten informera samtliga anbudsgivare om ändringen och inbjuda dem att lämna nytt anbud. Vid bestämning av tidsfristen för att lämna anbud ska 9 kap. 2 § andra stycket tillämpas.

Om tilldelningskriterierna angetts i annonsen om upphandling, ska myndigheten eller enheten publicera en ny annons med den ändrade prioritetsordningen. Tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska bestämmas enligt 9 kap. 2 § första stycket.

Paragrafen genomför, tillsammans med 3 §, artikel 41.3 i direktivet och saknar motsvarighet i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 25.5.

Av paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten efter en ändring av prioritetsordningen enligt 3 § måste informera anbudsgivarna om den nya prioritetsordningen och bjuda in dem lämna nya anbud. Vid denna inbjudan att lämna anbud gäller samma minimitidsfrist som för att komma in med anbud när förfarandet sker i successiva steg, dvs. 22 dagar från den dag då inbjudan att komma in

med anbud skickades (9 kap. 2 § andra stycket). Om tilldelningskriterierna angetts i annonsen om upphandling måste en ny annonsering med den nya prioriteringsordningen göras efter en ändring av aktuellt slag. Tidsfristen för mottagande av anbud ska då vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering (9 kap. 2 § första stycket).

14 kap. Fullgörande av koncessioner

Särskilda villkor för fullgörande av koncessioner

1 § En upphandlande myndighet eller enhet får ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur en koncession ska fullgöras.

Särskilda villkor för fullgörande av koncession ska ha anknytning till det som anskaffas och anges i upphandlingsdokumenten.

Paragrafen genomför inte någon artikel i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.1.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 1 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

2 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra koncessionen enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt koncessionen minst ska tillförsäkras.

Myndigheten eller enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra koncessionen uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

De särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa kan avse försäkringar, tjänstepension, annan ledighet än semester eller annat.

Paragrafens första stycke genomför artikel 30.3 och andra stycket genomför artikel 42.1 i LUK-direktivet. Tredje stycket genomför inte någon artikel i direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.2.1, 26.2.2, 26.2.5 och 26.2.6.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 2 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 2 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

3 § Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När en upphandlande myndighet eller enhet ska ange nivån på villkoren, ska myndigheten eller enheten ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivar-

Prop. 2015/16:195 organisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara enligt 2 § tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövligt.

Om det saknas förutsättningar för myndigheten eller enheten att ange nivån för ett villkor är den inte skyldig att ställa villkoret.

Paragrafen genomför artikel 30.3 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitten 26.2.3 och 26.2.5.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 3 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 3 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

4 § En upphandlande myndighet eller enhet ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra koncessionen enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

Myndigheten eller enheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra koncessionen uppfyller de villkor som har ställts enligt första stycket.

Myndigheten eller enheten får även kräva att arbetet ska utföras enligt de arbetsrättsliga bestämmelser som gäller där arbetet utförs.

Paragrafens första och tredje stycke genomför artikel 30.3 i LUK-direktivet och andra stycket artikel 42.1. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitten 26.2.4 och 26.2.6.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 4 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 4 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

5 § Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om denne är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 2 § tredje stycket, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar motsvarande villkor för sina anställda.

Paragrafen genomför artikel 30.3 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitten 26.2.7.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 5 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 5 § i den nya lagen om upphandling inom

försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den Prop. 2015/16:195 förstnämnda lagen.

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra en koncession

Uppgifter om planerade underleverantörer

6 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om

1. huruvida och i så fall hur stor del av koncessionen som leverantören kan komma att fullgöra genom att lägga ut på någon annan än leverantören, och

2. vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra koncessionen i den delen.

Myndigheten eller enheten ska i något av koncessionsdokumenten ange de uppgifter leverantören ska lämna in.

Paragrafen genomför artikel 42.2 i LUK-direktivet. Den har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.3.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 6 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 6 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till bestämmelsen i den förstnämnda lagen.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av en koncession påbörjas

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska ställa krav på att den leverantör som har tilldelats ett kontrakt som avser en byggtreprenad eller som avser en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten eller enheten, ska ange namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare. Uppgifterna ska lämnas innan leverantören påbörjar fullgörandet av kontraktet.

Myndigheten eller enheten ska också ställa krav på att koncessionshavaren ska underrätta myndigheten eller enheten om varje ändring av namn och kontaktuppgifter som görs under koncessionens löptid.

Första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Paragrafen genomför artikel 42.3 första och tredje styckena samt fjärde stycket b i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 26.3.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 7 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 7 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Ändringar av en koncession

Ändringar utan krav på en ny upphandling

8 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen genomför artikel 43.5 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 8 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Ändringar av mindre värde

9 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av koncessionens värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. 10 procent av koncessionens värde.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en koncession enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Paragrafen genomför artikel 43.2 i LUK-direktivet (jfr skäl 75 i LUK-direktivet). Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

I 15 § regleras hur koncessionens värde före en ändring ska beräknas.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Ändrings- eller optionsklausuler

10 § En koncession får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av koncessionsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Paragrafen genomför artikel 43.1 första stycket a i LUK-direktivet (se skäl 78 i LUK-direktivet). Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 10 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Kompletterande beställningar

11 § En kompletterande beställning av tjänster eller byggtreprenader får göras från koncessionshavaren utan att en ny upphandling måste genomföras, om

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. koncessionshavaren av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av koncessionshavare skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om upphandlingen har genomförts av en upphandlande myndighet, och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som anges i bilaga 2, är en beställning enligt första stycket dock endast tillåten om den inte innebär att värdet av koncessionen ökar med mer än 50 procent. Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild beställning.

Paragrafen genomför artikel 43.1 första stycket b i LUK-direktivet (jfr skäl 79 i LUK-direktivet). Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

Det finns ingen beloppsmässig begränsning för en kompletterande beställning enligt *första stycket*. Enligt *andra stycket* finns dock en sådan begränsning när en upphandlande myndighet har tilldelat en koncession som avser annan verksamhet än vad som anges i bilaga 2. Nämda bilaga innehåller en uppräknning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter enligt artikel 7 i LUK-direktivet. Det rör sig bl.a. om gas, värme, el och posttjänster. I 15 § regleras hur koncessionens värde före en ändring ska beräknas. En kompletterande beställning ska annonseras enligt 16 §.

Paragrafen motsvarar delvis 17 kap. 11 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 11 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Oförutsebara omständigheter

12 § En koncession får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela koncessionen och ändringen inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.

Om upphandlingen har genomförts av en upphandlande myndighet, och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som anges i bilaga 2, är en ändring enligt första stycket dock endast tillåten om den inte innebär att värdet av koncessionen ökar med mer än 50 procent. Om flera på varandra följande ändringar genomförs, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Paragrafen genomför artikel 43.1 första stycket c i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

En ändring på grund av oförutsebara omständigheter enligt *första stycket* är tillåten oavsett ändringens värde så länge koncessionens övergripande karaktär inte ändras. Enligt *andra stycket* finns dock en värdemässig begränsning i vissa fall (jfr kommentaren till 8 §). I skäl 76 i LUK-direktivet utvecklas vad som avses med oförutsebara omständigheter. I 15 § regleras hur koncessionens värde före en ändring ska beräknas. En ändring till följd av oförutsebara omständigheter ska annonseras enligt 16 §.

Paragrafen motsvarar delvis 17 kap. 12 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 12 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

13 § En koncession får ändras genom att en koncessionshavare byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och

2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av koncessionen.

Ett byte av koncessionshavare enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 11 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 12 kap. 2 §.

En underleverantör till koncessionshavaren får utan en ny upphandling också inträda i koncessionshavarens ställe till följd av en överenskommelse mellan koncessionshavaren, myndigheten eller enheten och underleverantören.

Paragrafen genomför artikel 43.1 första stycket d i LUK-direktivet (jfr skäl 77 i LUK-direktivet). Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

Byte av koncessionshavare kan även göras med stöd av en ändringsklausul enligt 10 §.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 13 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 13 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Ändringar som inte är väsentliga

14 § En koncession får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, hade medfört att andra anbudssökande bjudits in att delta, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,

2. innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren,

3. medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt, eller

4. innebär byte av koncessionshavare.

Paragrafen genomför artikel 43.1 första stycket e och artikel 43.4 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 14 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 14 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

Beräkning av koncessionens värde före en ändring

15 § Vid tillämpning av 9 § första stycket, 11 § andra stycket och 12 § andra stycket ska koncessionens värde före ändringen beräknas i enlighet med en indexeringsklausul, om en sådan ingår i koncessionen.

Om koncessionen inte innehåller någon indexeringsklausul, ska koncessionens värde före ändringen i stället beräknas med hänsyn till den genomsnittliga inflationen i Sverige.

Paragrafen genomför artikel 43.3 i LUK-direktivet. Paragrafen har i huvud utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

Bestämmelsen klargör att en indexeringsklausul ska beaktas vid beräkningen av koncessionens värde före ändringar av mindre värde, kompletterande beställningar och ändringar till följd av oförutsebara omständigheter. Om en indexeringsklausul saknas ska koncessionens värde före ändringen i stället beräknas med hänsyn till den genomsnittliga inflationen.

Paragrafen motsvarar delvis 17 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 15 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Annonsering om ändring av en koncession

16 § En upphandlande myndighet eller enhet som har ändrat en koncession med stöd av 11 eller 12 § ska upplysa om detta i en annons.

Regeringen får meddela föreskrifter om innehållet i och offentliggörandet av annonsen.

Paragrafen genomför artikel 43.1 andra stycket i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 26.4.2.

Bestämmelsen avser ändringar genom kompletterande beställningar och ändringar till följd av oförutsebara omständigheter. Artikel 43.1 andra stycket i LUK-direktivet hänvisar till artikel 33. Av denna artikel framgår att annonsen ska skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå. Av bilaga XI till LUK-direktivet framgår vilka uppgifter annonsen ska innehålla. Se vidare avsnitt 18.3.1 i fråga om annonsering enligt artikel 33 i LUK-direktivet.

Kommissionen har beslutat om standardformulär som ska användas vid annonseringen, se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

Regeringen avser att meddela föreskrifter enligt *andra stycket* i den kommande upphandlingsförordningen (jfr 8 kap. 8 §).

Paragrafen motsvarar 17 kap. 16 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 16 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Avslutande av koncessioner

17 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kontrakt som avser koncessioner enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördragets avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Villkoren för att avsluta koncessionen ska anges i något av koncessionsdokumentet.

Paragrafen är ny och genomför artikel 44 i LUK-direktivet. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Övervägandena finns i avsnitt 26.5.

Bestämmelsen i 11 kap. 1 § om obligatorisk uteslutning av leverantörer gäller endast för upphandlande myndigheter och vissa upphandlande enheter. *Andra punkten* i första stycket gäller alltså inte för övriga upphandlande enheter.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 17 § i den nya lagen om offentlig upphandling och 16 kap. 17 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentaren till den förstnämnda bestämmelsen.

15 kap. Upphandling av koncessioner under tröskelvärdet och upphandling av koncessioner som avser tjänster enligt bilaga 3

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och

2. upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3.

När ett kontrakt utgör ett blandat kontrakt eller en upphandling avser flera verksamheter i den mening som avses i 2 kap. tillämpas det kapitlet.

Paragrafen anger kapitlets tillämpningsområde och motsvarar 19 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Övervägandena finns i avsnitten 7.3 (blandad upphandling), 31.1 (upphandling som inte omfattas av direktiven) och 32.2 (upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster).

Första punkten i första stycket avser upphandling av koncessioner under det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. 1 § (se avsnitt 11.3). Tröskelvärdet uppgår för närvarande till 5 225 000 euro, se 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. *Andra punkten* gäller upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster (jfr

artikel 19 i LUK-direktivet). Upphandling enligt andra punkten omfattas av 15 kap. oavsett upphandlingens värde.

I *andra stycket* klargörs att bestämmelserna om blandade kontrakt i 2 kap. ska tillämpas på motsvarande sätt som vid direktivstyrd upphandling, om någon del av en blandad upphandling faller in under eller är föremål för denna lag och värdet av denna del understiger tröskelvärdet.

Det ligger i sakens natur att vissa övriga bestämmelser i lagen är tillämpliga vid sådan upphandling som avses i första stycket utan att det anges särskilt. Det rör sig om 1 kap. (lagens innehåll, tillämpningsområde och definitioner) och 3 kap. (undantag från lagens tillämpningsområde). Bestämmelserna i 5 kap. måste vidare användas för att avgöra om en upphandlings värde beräknas understiga tröskelvärdet. *Lagrådet* har i sitt yttrande tagit upp frågan om bestämmelserna om reserverad upphandling ska vara tillämplig på upphandling under tröskelvärdena och ansett att detta bör utvecklas. Det är inte avsikten att regleringen för upphandlingar under tröskelvärdena ska vara striktare än den som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena. Det finns därför inte något som hindrar att även andra bestämmelser på det direktivstyrda området, som t.ex. bestämmelsen om reserverad upphandling, tillämpas vid upphandling under tröskelvärdena så länge som de allmänna principerna iakttas. Som *Lagrådet* påpekat kräver principen om öppenhet vid en tillämpning av bestämmelserna om reserverad upphandling att detta anges i annonsen.

Av 11 § följer att bestämmelserna i 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd), 17 kap. (upphandlingsskadeavgift) och 18 kap. (tillsyn) gäller vid upphandling enligt 15 kap.

Principer för upphandling av koncessioner

2 § Vid upphandlingar enligt detta kapitel ska upphandlande myndigheter och enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Upphandlingarna ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 1 §. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.

3 § En upphandling enligt detta kapitel får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 2 §. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

Paragrafen motsvarar 4 kap. 3 §. Övervägandena finns i avsnitt 9.4.

5 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 6 §.

Vid upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.

Paragrafens första stycke saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Andra stycket genomför artikel 19 i LUK-direktivet i de delar artikeln hänvisar till artiklarna 31.3 och 32. Paragrafens första stycke motsvarar delvis 19 kap. 9 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafens andra stycke motsvarar 19 kap. 3 § andra stycket i dessa lagar. Övervägandena finns i avsnitten 18.3.3 och 31.2.

Paragrafen anger att en upphandlande myndighet ska annonsera upphandlingen av en koncession genom att publicera en förhandsannons. Paragrafen eller kapitlet i övrigt reglerar inte vilka uppgifter en sådan annons ska innehålla, utan det får vara den upphandlande myndighetens eller enhetens sak att avgöra detta med beaktande av de allmänna principer som gäller för förfarandet, särskilt om öppenhet. Vägledning för vad annonsen kan innehålla kan dock hämtas från kommissionens standardformulär för sådana annonser som avser upphandlingar vars värden överstiger tröskelvärdet. Direktupphandling enligt 6 § är undantagen från kravet på förhandsannonsering

Till skillnad från de direktivstyrda bestämmelserna om annonsering i 8 kap. finns det inte någon skyldighet att efterannonsera resultatet av en upphandling vid upphandling av koncessioner under tröskelvärdet.

Av artikel 19 i LUK-direktivet framgår att artikel 31.3 om förhandsannonsering och artikel 32 om efterannonsering ska tillämpas vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet.

Direktupphandling

6 § En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen understiger fem procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §,
2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller
3. det finns synnerliga skäl.

En upphandlande myndighet eller enhet som upphandlar koncessioner ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 31.2.

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 7 § finns bestämmelser om uppskattningen 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 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).

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. 8 § 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 gränsöverskridande 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.

7 § Vid uppskattningen av värdet av en koncession ska bestämmelserna i 5 kap. 2–5 §§ tillämpas. Metoden för att uppskatta en koncessions värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En upphandling av en koncession får delas upp så att den bestämmelsen inte blir tillämplig endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.

Vid uppskattningen av en koncessions värde ska den upphandlande myndigheten eller enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten eller enheten under räkenskapsåret.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 31.2.

Bestämmelsen innehåller regler om uppskattningen 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 uppskattningen av en koncessions värde i relation till direktupphandlingsgränsen ska göras på samma sätt som uppskattningen av en koncessions värde i relation till tröskelvärdet. Värdet ska bl.a. beräknas exklusive mervärdesskatt. Av *första stycket* framgår vidare att metoden för att uppskatta en koncessions värde inte får väljas i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering blir tillämplig (jfr 5 kap. 6 § på det direktivstyrda området). En upphandling av en koncession får delas upp så att bestämmelsen om förhandsannonsering inte blir tillämplig endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl (jfr 5 kap. 7 § på det direktivstyrda området).

Andra stycket motsvarar vad som gäller vid direktupphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (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.

Information till leverantörer

8 § Vid upphandling enligt detta kapitel som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

Paragrafens första stycke genomför tillsammans med 9–11 §§ artikel 19 i LUK-direktivet i de delar artikeln hänvisar till artiklarna 46 och 47. *Andra stycket* saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitten 20.5.4 och 31.2. Bestämmelserna om information till leverantörer i 10 kap. 12 och 13 §§ behandlas i avsnitt 20.5.2.

Bestämmelsen avser information till leverantörer i samband med tilldelningen av ett kontrakt. *Första stycket* reglerar upphandling som annonserats enligt bestämmelser i lagen. I *andra stycket* regleras information till leverantörer vid direktupphandling.

Av artikel 19 i LUK-direktivet framgår att artiklarna 46 och 47 ska tillämpas vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet. Artiklarna 46 och 47 i LUK-direktivet innebär att rättsmedelsdirektivets bestämmelser gäller vid upphandling enligt LUK-direktivet. En effektiv tillgång till rättsmedel förutsätter att leverantörerna informeras om beslut under upphandlingen samt att besluten dokumenteras och bevaras (se 9 och 10 §§).

Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § första och andra styckena i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Dokumentation

9 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt detta kapitel. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

10 § I arkivlagen (1990:782) finns bestämmelser om myndigheters och vissa andra organs arkiv. För en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen gäller andra och tredje styckena.

När en upphandling enligt detta kapitel har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, sådana dokument som avses i 9 § och liknande handlingar.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.

Paragraferna genomför tillsammans med 8 och 11 §§ artikel 19 i LUK-direktivet i de delar artikeln hänvisar till artiklarna 46 och 47 (se kommentaren till 8 § ovan). Övervägandena finns i avsnitt 20.5.4.

Paragraferna motsvarar 10 kap. 14 och 15 §§, se kommentarerna till dessa bestämmelser. Paragraferna motsvarar i huvudsak 19 kap. 30 och 31 §§ i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Till skillnad från dessa båda lagar finns det ingen beloppsgräns för dokumentationsplikten enligt 9 § (jfr avsnitt 31.2).

Rättsmedel och tillsyn

11 § Vid upphandling enligt detta kapitel gäller

- 16 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd,
- 17 kap. om upphandlingsskadeavgift, och
- 18 kap. om tillsyn.

Paragrafen genomför tillsammans med 8–10 §§ artikel 19 i LUK-direktivet i de delar artikeln hänvisar till artiklarna 46 och 47. Övervägandena finns i avsnitten 27.7 och 30.3.

Av paragrafen följer att bestämmelserna i 16–18 kap. är tillämpliga vid upphandlingar enligt detta kapitel. Genom att 16 och 17 kap. görs tillämpliga genomförs de krav på effektiva rättsmedel som följer av artiklarna 46 och 47 i LUK-direktivet vad gäller upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet.

16 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Genom bestämmelserna i 16 kap. genomförs, tillsammans med 17 kap., rättsmedelsdirektiven i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Paragraferna i kapitlet överensstämmer i allt väsentligt med 20 kap. i den nya lagen (0000:000) om offentlig upphandling och

Prop. 2015/16:195 20 kap. i den nya lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna. De kapitlen motsvarar i sin tur 16 kap. LOU och 16 kap. LUF. Författningskommentarerna till bestämmelserna i 16 kap. LOU finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 350–366 och till 16 kap. LUF finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 390–395. För att bestämmelserna skulle bli mer överskådliga och lättillgängliga omdisponerades kapitlen i ett senare lagstiftningsärende, se prop. 2010/11:150 del 1 s. 326 och 454–458 (LOU) och s. 326 och s. 464–467 (LUF). Det är den disponeringen som följs i de kommentarerna till de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna som hänvisas till nedan.

Övervägandena till kapitlet finns i avsnitt 30.2.

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 8 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till någon anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet eller enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 1 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Med tilldelningsbeslut avses även beslut om att teckna ramavtal.

Undantag från avtalsspärr

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, eller

2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 6 §.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 2 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Paragrafen har anpassats till bestämmelserna om upphandling av koncessioner.

Avtalsspärr vid annons om avsikt att tilldela kontrakt utan föregående annonsering

3 § Vid annonsering enligt 8 kap. 7 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att annonsen publicerats.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 3 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 4 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 6 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter.

7 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 7 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. *Lagrådet* har framhållit att det inte kan råda något tvivel om att en domstol, som har fått kännedom om att ett avtal har slutits och därför överväger att avskrika målet, måste bereda leverantören tillfälle att yttra

Prop. 2015/16:195 sig i avskrivningsfrågan så att leverantören om denne önskar kan justera sitt yrkande.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 8 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § När avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller, får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 9 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 10 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. För att det inte ska råda någon tvekan om utgångspunkten för tidsfristerna föreslår *Lagrådet* att den ska vara den dag då avgörandet meddelades. Några tillämpningsproblem med nuvarande lydelse har dock inte framkommit.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 11 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 10 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för beslutet.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att underrättelsen skickades ut.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 12 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 8 § första stycket. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 13 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har anpassats till bestämmelserna om upphandling av koncessioner. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter.

14 § Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 14 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande myndighet eller enhet genom annonsering enligt 8 kap. 7 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren enligt 3 §.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 15 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Prop. 2015/16:195 Paragrafen har anpassats till bestämmelserna om upphandling av koncessioner.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

Rätten ska avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören.

Rätten ska vid bedömningen ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 16 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har i huvudsak utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 6 §, eller
2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 17 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. *Lagrådet* har föreslagit att orden ”en sammanfattning av” stryks. Enligt *Lagrådet* fyller det inte något meningsfullt syfte att den upphandlande myndigheten eller enheten, vid sidan av sin skyldighet att lämna upplysningar enligt 10 kap., dessutom ska lämna en sammanfattning av dessa upplysningar. Till skillnad från *Lagrådet* anser regeringen att den föreslagna ändringen utgör en materiell förändring som inte är avsikten med det aktuella lagstiftningsärendet.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 18 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Förbud mot överklagande

19 § Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Paragrafen motsvarar 20 kap. 19 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. För att regeln ska vara tillämplig behöver ett beslut som gjorts med hänvisning till denna lag inte ha fattats. Det räcker att lagen är tillämplig även om det inte fattats något beslut på det sätt som föreskrivs i lagen. En ändring av regelns ordalydelse på det sätt som *Lagrådet* föreslår kan tolkas inskränkande och bör inte göras.

Skadestånd

20 § En upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en leverantör som har deltagit i en upphandling för kostnader den har haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 20 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 21 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

17 kap. Upphandlingsskadeavgift

Genom bestämmelserna i 17 kap. genomförs, tillsammans med 16 kap., rättsmedelsdirektiven i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Paragraferna i kapitlet överensstämmer med 21 kap. i den nya lagen (0000:000) om offentlig upphandling och 21 kap. i den nya lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna. De kapitlen motsvarar i sin tur 17 kap. LOU och 17 kap. LUF. Författningskommentarer till de bestämmelserna finns i prop. 2009/10:180 del 1 s. 366–372 och 395–397 samt prop. 2010/11:150 del 1 s. 458 f. och 467 f.

Övervägandena till kapitlet finns i avsnitt 30.2.

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift), om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som fått laga kraft har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 2 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 3 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde enligt 5 kap.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 4 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 5 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Tidsfrister för ansökan om avgift

6 § En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har fått laga kraft.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 6 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

Om ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 7 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

Betalning av avgift.

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 8 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet om avgiften har fått laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften till indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 9 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har fått laga kraft.

Paragrafen motsvarar 21 kap. 10 § den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till de bestämmelserna.

18 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § En myndighet ska utöva tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2–5 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 45 i LUK-direktivet.

Bestämmelserna i 1–5 §§ motsvarar 22 kap. 1–5 §§ i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.6.

2 § Tillsynsmyndigheten får från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet inhämta upplysningar som är nödvändiga för tillsynsverksamheten. Om det behövs på grund av brådska, materialets omfång eller något annat förhållande, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 och 3–5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 45 i LUK-direktivet. Paragrafen motsvarar 22 kap. 2 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.6.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Detsamma gäller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–2 och 4–5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 45 i LUK-direktivet. Paragrafen motsvarar 22 kap. 3 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.6.

Föreläggande

4 § Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som tillsynsmyndigheten bedömer vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter, visa upp en handling eller lämna över en kopia av handlingen.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–3 och 5 §§ samt bestämmelser i förordning, artikel 45 i LUK-direktivet. Paragrafen motsvarar 22 kap. 4 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.6.

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart i domstolen.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–4 §§ och bestämmelser i förordning, artikel 45 i LUK-direktivet. Paragrafen motsvarar 22 kap. 5 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektor. Paragrafen har utformats i enlighet med *Lagrådets* förslag. Övervägandena finns i avsnitt 27.6.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
2. Bestämmelserna i 3 kap. 13–20 §§ tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet.
3. Lagen gäller inte för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av *första punkten* framgår när den föreslagna lagen ska träda i kraft.

Av *andra punkten* framgår att bestämmelserna om intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter ska tillämpas även på förhållanden, dvs. avtal, rättshandlingar eller andra relevanta omständigheter, som avser tiden före ikraftträdandet.

Enligt *tredje punkten* gäller inte lagen retroaktivt för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Övervägandena finns i avsnitt 34.

36.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

18 § En förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare ensam

1. vid åtgärd som avser endast måls beredande,
2. vid förhör med vittne eller sakkunnig som begärts av en annan förvaltningsrätt,
3. vid beslut som avser endast rättelse av felräkning, felskrivning eller annat uppenbart förbiseende och
4. vid annat beslut som inte innefattar slutligt avgörande av mål.

Om det inte är påkallat av särskild anledning att målet prövas av fullsuttet rätt, är en förvaltningsrätt domför med en lagfaren domare ensam vid beslut som inte innefattar prövning av målet i sak.

Åtgärder som avser endast beredandet av ett mål och som inte är av sådant slag att de bör förbehållas lagfarna domare får utföras av en annan tjänsteman som har tillräcklig kunskap och erfarenhet och som är anställd vid förvaltningsrätten eller vid en tingsrätt på samma ort som förvaltningsrätten. Regeringen meddelar närmare föreskrifter om detta.

Vad som sägs i andra stycket gäller även vid avgörande i sak av

1. mål av enkel beskaffenhet,
2. mål om bevissäkring och betalningssäkring enligt skatteförfarandelagen (2011:1244), om besiktning enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152), om uppgifts eller handlings undantagande från kontroll enligt skatteförfarandelagen eller annan skatteförfattning,
3. mål om omedelbart omhändertagande enligt 6 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, mål om vård i enskildhet enligt 15 b § samma lag, mål om avskildhet enligt 15 c § samma lag, mål om tillfälligt flyttningsförbud enligt 27 § samma lag, mål om omedelbart omhändertagande enligt 13 § lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, mål om vård i enskildhet eller avskildhet enligt 34 § samma lag, mål om vård i enskildhet enligt 14 § lagen (1998:603) om verkställighet av slutna ungdomsvård, mål om

Prop. 2015/16:195 avskildhet enligt 17 § samma lag, mål om tillfällig isolering enligt 5 kap. 3 § smittskyddslagen (2004:168), mål enligt 12 § första stycket och 33 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, mål enligt 18 § första stycket 3–5 och 9 när det gäller de fall då vården inte har förenats med särskild utskrivningsprövning eller 6 lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård, mål om förvar och uppsikt enligt utlänningslagen (2005:716), mål enligt lagen (1974:202) om beräkning av strafftid m.m., mål enligt fängelselagen (2010:610) samt mål enligt lagen (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.,

4. mål enligt folkbokföringsförfattningarna, mål rörande preliminär skatt eller om anstånd med att betala skatt eller avgifter enligt skatteförfattningarna,

5. mål enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

6. mål som avser en fråga av betydelse för inkomstbeskattningen, dock endast om värdet av vad som yrkas i målet uppenbart inte överstiger hälften av prisbasbeloppet enligt 2 kap. 6 och 7 §§ socialförsäkringsbalken,

7. mål enligt lagen (2004:629) om trängselskatt och

8. mål enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem och lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering.

Hänvisningarna till mål enligt LOU respektive LUF har i *fjärde stycket 5* ersatts av hänvisningar till mål enligt den nya lagen om offentlig upphandling, den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.5 Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

39 § Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtagat inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.

Vid upphandling enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på *omständigheter* som anges i

– 13 kap. 2 § *andra stycket* och 3 § samt 19 kap. 18 § lagen om offentlig upphandling,

– 13 kap. 2 § *andra stycket* samt 3 och 4 §§ och 19 kap. 18 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna,

– 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller

– 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.

Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Hänvisningarna till LOU och LUF och bestämmelser i dessa lagar i paragrafens *andra stycke* har ersatts med hänvisningarna till den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna samt till motsvarande bestämmelser i de lagarna. En hänvisning till motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling av koncessioner har också lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

40 § Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid sådan upphandling som avses i 39 § andra stycket har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som anges i *de bestämmelser som räknas upp där*.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, ska 39 § inte tillämpas.

Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkt. Eftersom de paragrafer som räknas upp i *första stycket* motsvarar de som räknas upp i 39 § har uppräknningen ersatts med en hänvisning till den paragrafen.

36.6 Förslaget till lag om ändring i kulturmiljölagen (1988:950)

2 kap.

11 § Om det behövs en arkeologisk utredning för att ta reda på om en fornlämning berörs av ett planerat arbetsföretag som innebär att ett större markområde tas i anspråk, ska kostnaden för utredningen betalas av företagaren. Som sådan exploatering räknas t.ex. anläggande av allmän väg, större enskild väg, järnväg, flygfält, anläggning för energiförsörjning, större vattenverksamhet och mer omfattande byggande för bostads-, industri- eller handelsändamål.

Ett beslut om arkeologisk utredning fattas av länsstyrelsen. Länsstyrelsen ska i beslutet ange vem som ska utföra utredningen. Då gäller inte lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Länsstyrelsen ska beakta att utredningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Hänvisningarna till LOU respektive LUF i *andra stycket* har ersatts med hänvisningar till den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

13 § Som villkor för tillstånd enligt 12 § får länsstyrelsen ställa skäligen krav på

1. arkeologisk undersökning för att dokumentera fornlämningen, ta till vara fornyfynd och förmedla resultaten, eller
2. särskilda åtgärder för att bevara fornlämningen.

I beslutet om tillstånd ska om möjligt den kostnad anges som åtgärderna beräknas medföra.

Innan länsstyrelsen prövar en ansökan enligt 12 §, får den besluta om en arkeologisk förundersökning av fornlämningen, om det behövs för att få ett tillfredsställande underlag för prövningen eller för att bedöma behovet av att ställa krav på arkeologisk undersökning.

Länsstyrelsen ska i beslutet om arkeologisk förundersökning eller arkeologisk undersökning ange vem som ska utföra undersökningen. Då gäller inte lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner. Länsstyrelsen ska beakta att undersökningen ska vara av vetenskapligt god kvalitet och genomföras till en kostnad som inte är högre än vad som är motiverat med hänsyn till omständigheterna.

Ändringen i *tredje stycket* är av motsvarande slag som i 11 §.

36.7 Förslaget till lag om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

5 § Läkarvårdsersättning enligt denna lag lämnas endast till läkare som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En läkare i privat verksamhet som ger vård enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och läkaren kommit överens om. Vårdavtalet gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 h §§. Vid *en sådan tillämpning* av lagen om offentlig upphandling ska *de bestämmelser tillämpas som gäller* tjänster *av sådant slag som anges* i bilaga 2 till den lagen.

Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. Hänvisningarna till LOU i *fjärde stycket* ersätts med hänvisningar till den nya lagen om offentlig upphandling. I fjärde stycket görs även en hänvisning till den nya 5 h §. Med anledning av att den nya lagen inte innehåller någon uppdelning i A- och B-tjänster har hänvisningen till tjänster enligt bilaga 3 till LOU (B-tjänster) ersatts med en hänvisning till tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 till lagen om offentlig upphandling. Innebörden är i båda fallen att vid ingående av samverkansavtal ska bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena tillämpas.

Övervägandena finns i avsnitt 33.2.

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. 12 § *första stycket* eller 19 kap. 29 § ska vid *tillämpningen av denna lag* i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

Genom ändringarna har hänvisningarna i *första stycket* till bestämmelser i 16 kap. LOU om överprövning och skadestånd i LOU i dess lydelse enligt SFS 2007:1091 och i ett fall till lydelse enligt SFS 2009:853 tagits bort och ersatts med hänvisningar till de bestämmelser om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. i den nya lagen om offentlig upphandling som får anses motsvara nuvarande reglering, och därmed sammanhängande bestämmelser.

I *andra stycket* och *tredje stycket* har hänvisningarna till bestämmelser i LOU ersatts med hänvisningar till motsvarande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling.

I *fjärde stycket*, som är nytt, anges att vissa hänvisningar som förekommer i de uppräknade bestämmelserna i den nya lagen om offentlig upphandling som gjorts tillämpliga vid ersättningsetablering istället vid tillämpningen av denna lag ska avse 5 h § i den här lagen.

Övervägandena finns i avsnitt 33.2.

5 h § Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som har ingåtts i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det haringåtts utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet ingicks. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har ingåtts, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen.

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om överprövning av giltigheten av ett samverkansavtal som kompletterar de bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling 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 vid en ansökan 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 33.2.

36.8 Förslaget till lag om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

5 § Fysioterapiersättning enligt denna lag lämnas endast till fysioterapeut som har samverkansavtal med landstinget rörande sin verksamhet.

Bestämmelsen om samverkansavtal gäller inte för en vikarie som avses i 10 §.

En fysioterapeut i privat verksamhet som ger fysioterapi enligt avtal med landstinget, får ta emot ersättning från landstinget på de villkor och enligt de grunder som landstinget och fysioterapeuten kommit överens om. Vårdavtalet gäller i stället för bestämmelserna i denna lag.

Vid ingående av samverkansavtal och vårdavtal ska landstinget tillämpa lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem, om inte annat följer av 5 a–5 h §§. Vid *en sådan tillämpning* av lagen om offentlig upphandling ska *de bestämmelser tillämpas som gäller* tjänster *av sådant slag som anges i bilaga 2 till den lagen.*

Se kommentaren till 5 § 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. 12 § *första stycket* eller 19 kap. 29 § ska *vid tillämpningen av denna lag* i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska *vid tillämpningen av denna lag* i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

Se kommentaren till 5 g § lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning.

5 h § *Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som har ingåtts i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det har ingåtts utan föregående annonsering enligt 5 b §.*

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt

5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att någon av de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet ingicks. Om landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har ingåtts, ska ansökan ha kommit in innan 30 dagar har gått från underrättelsen.

Se kommentaren till 5 h § i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning.

36.9 Förslaget till lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem

1 kap.

1 § Denna lag gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem vad gäller tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som omfattas av CPV-kod 79611000-0 eller 85000000-9 till 85323000-9 enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EEG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling, i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008. Lagen gäller dock inte tjänster som omfattas av CPV-kod 85311300-5, 85321000-5 eller 85322000-2.

Med valfrihetssystem enligt denna lag avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Den upphandlande myndigheten behöver inte tillämpa samma valfrihetssystem inom alla berörda områden.

Den nuvarande hänvisningen i första stycket till tjänster inom hälsovård och socialtjänster, som är upptagna som B-tjänster i kategori 25 i bilaga 3 till LOU, utgår. Den nya lagen om offentlig upphandling gör inte någon uppdelning i A- och B-tjänster. Hänvisningen ersätts därför med direkta hänvisningar till de enskilda tjänster inom hälsovård och socialtjänster som i dag är upptagna som B-tjänster i kategori 25 genom angivande av dessa tjänsters CPV-koder.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.10 Förslaget till lag om ändring i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter

6 kap.

4 § En nämnd i en kommun, i ett landsting eller i ett kommunalförbund får efter överenskommelse med en inköpscentral uppdra åt anställda i inköpscentralen att i en upphandling besluta på nämndens vägnar. Detta gäller när nämnden anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader genom en inköpscentral enligt 7 kap. 12 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller 7 kap. 7 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Uppdrag enligt första stycket får inte lämnas i de fall som avses i 6 kap. 34 § kommunallagen (1991:900).

Prop. 2015/16:195 Av bestämmelsen framgår att nämnder i kommuner, landsting och kommunalförbund har möjlighet att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till personer i en inköpscentral.

Genom ändringen ersätts hänvisningarna till bestämmelser i LOU och LUF med hänvisningar till motsvarande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. För att anpassa bestämmelsen till utformningen av bestämmelserna om inköpscentraler i de nya upphandlingslagarna tas samtidigt kravet bort att en nämnd ska ha anlitat inköpscentralen som ombud för att beslutanderätten ska kunna delegeras.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.11 Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

19 kap.

3 § Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttinghet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 8 kap. 25 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling, 8 kap. 25 § lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller 6 kap. 11 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande en handling som anger villkoren i ett slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess att två år, eller hos statliga affärsverk, Försvarets materielverk och i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det att avtalet slöts.

I *andra stycket* har hänvisningarna till bestämmelser enligt LOU respektive LUF ersatts av hänvisningar till motsvarande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

31 kap.

3 § Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

I första stycket har hänvisningarna till ärenden enligt LOU och LUF ersatts med hänvisningar till ärenden enligt den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.12 Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik

1 kap.

3 § I lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner finns bestämmelser som är tillämpliga på upphandling av kollektivtrafiktjänster i vissa fall.

I paragrafen har hänvisningarna till LOU och LUF ersatts med hänvisningar till den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till den nya lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.13 Förslaget till lag om ändring i lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden

2 § Uppgiftsskyldigheten enligt denna lag omfattar inte

1. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av konkurrenslagen (2008:579),

2. utredning i enskilda ärenden som rör tillämpning av lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, , lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem,

3. överenskommelser mellan arbetsgivare och arbetstagare om lön eller andra anställningsvillkor,

4. företagshemligheter av teknisk natur, eller

5. skriftlig handling vars innehåll kan antas vara sådant att en advokat eller en advokats biträde inte får höras som vittne om innehållet, och som innehas av advokaten eller biträdet eller den till förmån för vilken tystnadsplikten gäller.

I *andra punkten* har hänvisningarna till LOU respektive LUF ersatts med hänvisningar till den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

4 § Ett åläggande enligt 1 § får förenas med vite. Detta gäller dock inte om åläggandet riktar sig mot någon i dennes egenskap av upphandlande myndighet enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, upphandlande enhet enligt lagen (0000:000) om upphandling inom *försörjningssektorerna*, eller upphandlande myndighet eller enhet enligt *lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner* eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

En talan om utdömande av vite som förelagts med stöd av denna lag förs av Konkurrensverket vid Patent- och marknadsdomstolen.

I *första stycket* har hänvisningarna till LOU respektive LUF ersatts med hänvisningar till den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.14 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter

12 § Upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 22 § lagen (0000:000) om offentlig upphandling, bör vid offentlig upphandling av energirelaterade produkter sträva efter att enbart upphandla produkter som uppfyller kriterierna för de högsta prestandanivåerna och som tillhör den högsta energieffektivitets-klassen.

Första stycket gäller dock bara vid *sådan* upphandling som avses i lagen om offentlig upphandling och vars värde uppgår till eller överstiger de tröskelvärden som avses i 5 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling.

Paragrafen har utformats med beaktande av *Lagrådets* synpunkter. I paragrafen har hänvisningarna till bestämmelser i LOU ersatts med hänvisningar till motsvarande bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling. I andra stycket har en ändring gjorts med innebörden att det är upphandlingens värde som ska uppgå till eller överstiga de tröskelvärden som avses i 5 kap. 1 § i den nya lagen om offentlig upphandling i enlighet med det uttryckssätt som används i den lagen.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.15 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster

Prop. 2015/16:195

2 § Denna lag gäller vid upphandling enligt lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner, om upphandlingen avser

1. köp eller leasing av bilar, eller
 2. köp av persontransporttjänster som tillhandahålls av ett kollektivtrafikföretag inom ramen för ett avtal om allmän trafik.
- Lagen gäller inte köp eller leasing av bilar som
1. är konstruerade och tillverkade för användning av Försvarsmakten, det civila försvaret, räddningstjänsten eller ordningsmakten, eller
 2. används uteslutande inom inhägnade järnvägs-, industri- eller tävlingsområden eller andra liknande inhägnade områden.

I paragrafen har hänvisningarna till LOU respektive LUF ersatts med hänvisningar till den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

4 § I denna lag betyder

bil: ett fordon som i 2 § lagen (2001:559) om vägtrafikdefinitioner betecknas som personbil, buss eller lastbil,

leasing: hyra med en bestämd hyrestid på minst ett år, och

livslängd: den tidsperiod som normalt kan beräknas förflyta från det att en bil köps in till dess att den tas ur drift.

Andra termer och uttryck som används i denna lag har samma betydelse som i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Ändringarna i *andra stycket* är av motsvarande slag som i 2 §.

7 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att beakta energi- och miljöpåverkan som avses i 6 § som ett tilldelningskriterium, ska driftskostnaderna under bilens hela livslängd för energianvändning och utsläpp av koldioxid, kväveoxider (NOX), icke-metankolväten (NMHC) och partiklar omvandlas till ett belopp i pengar.

Bestämmelser om tekniska specifikationer finns i 9 kap. lagen (0000:000) om offentlig upphandling och i 9 kap. lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Bestämmelser om tekniska krav och funktionskrav finns i 7 kap. lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Bestämmelser om tilldelningskriterier finns i 16 kap. 1–6 §§ samt 19 kap. 24–26 §§ lagen om offentlig upphandling, i 15 kap. 1–6 §§ samt 19 kap. 24–§§ lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och i 13 kap. 1–4 §§ lagen om upphandling av koncessioner

I *andra och tredje styckena* har hänvisningarna till bestämmelser i LOU respektive LUF ersatts med hänvisningar till motsvarande bestämmelser i

Prop. 2015/16:195 den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Hänvisningar till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

36.16 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

1 kap.

3 § Det finns bestämmelser om offentlig upphandling i lagen (0000:000) om offentlig upphandling, om upphandling i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Hänvisningarna till LOU respektive LUF har ersatts med hänvisningar till den nya lagen om offentlig upphandling och den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har lagts till.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

4 § Om en upphandling omfattas av såväl denna lag som lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska denna lag tillämpas.

Ändringen är av samma slag som i 3 §. Någon hänvisning till lagen om upphandling av koncessioner har inte lagts till här. *Lagrådets* ifrågasättande av detta behandlas i avsnitt 7.7 Blandad upphandling i lagen om upphandling av koncessioner. Förhållandet till lagen om upphandling av koncessioner regleras av 5 §.

5 § Om en upphandling delvis omfattas av denna lag men i övrigt inte omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska denna lag inte tillämpas.

Ändringen är av samma slag som i 3 §. Se kommentar till 4 §.

6 § Bestämmelserna i 4 och 5 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Ändringen är av samma slag som i 3 §. Se kommentar till 4 §.

36.17 Förslaget till lag om ändring i lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering Prop. 2015/16:195

2 § Med *valfrihetssystem* avses i denna lag ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som en upphandlande myndighet har godkänt och tecknat kontrakt med.

Termerna *upphandlingsdokument*, *kontrakt* och *upphandlande myndighet* har i denna lag samma betydelse som i lagen (0000:000) om offentlig upphandling.

Hänvisningen till LOU i andra stycket har slopats och ersatts med en hänvisning till den nya lagen om offentlig upphandling. I den lagen förekommer inte termen ”förfrågningsunderlag”, varför den termen har utmönstrats och ersatts av motsvarande term i den lagen dvs. ”upphandlingsdokument”. Det begreppet täcker in vad som omfattas av ett förfrågningsunderlag men omfattar i motsats till det senare även annonser om upphandling och förhandsannonser. Sådana annonser förekommer dock inte inom ramen för ett valfrihetssystem enligt förevarande lag.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

Annonsering och upphandlingsdokument

4 § En upphandlande myndighet som har beslutat att inrätta eller förändra ett valfrihetssystem ska annonsera på en nationell webbplats som har upprättats för ändamålet. Ansökningar ska löpande begäras in genom sådan annonsering.

Upphandlingsdokumenten ska finnas tillgängliga på webbplatsen tillsammans med annonsen.

Genom ändringen i *andra stycket* har termen förfrågningsunderlag ersatts av termen upphandlingsdokument.

Övervägandena finns i avsnitt 33.

5 § Grunderna för den ekonomiska ersättningen till en leverantör ska framgå av *upphandlingsdokumenten*.

Ändringen är av motsvarande slag som i 4 §.

6 § Den upphandlande myndigheten får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Samtliga villkor ska anges i annonsen om valfrihetssystemet eller i *upphandlingsdokumenten*.

Ändringen är av motsvarande slag som i 4 §.

7 § I annonsen eller *upphandlingsdokumenten* ska det anges på vilket sätt ansökan ska lämnas in.

I *upphandlingsdokumenten* ska det anges inom vilken tid den upphandlande myndigheten kommer att besluta om godkännande.

Ändringen är av motsvarande slag som i 4 §.

Prop. 2015/16:195 12 § Den upphandlande myndigheten ska godkänna samtliga sökande som uppfyller kraven i annonsen och *upphandlingsdokumenten* och som inte har uteslutits med stöd av 10 §.

Ändringen är av motsvarande slag som i 4 §.

Finansdepartementet

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 22 juni 2016

Närvarande: statsminister Löfven, ordförande, och statsråden Lövin, Wallström, Y Johansson, Baylan, Bucht, Hultqvist, Regnér, Andersson, Ygeman, A Johansson, Bolund, Bah Kuhnke, Strandhäll, Shekarabi, Fridolin, Wikström, Hadzialic, Linde, Skog

Föredragande: statsrådet Shekarabi

Regeringen beslutar proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling