

Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet



Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet



SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst. För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Beställningsadress:
Fritzes kundtjänst
106 47 Stockholm
Orderfax: 08-598 191 91
Ordertel: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Internet: www.fritzes.se

*Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen,
(SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)*

– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/remiss>

Tryckt av Edita Sverige AB
Stockholm 2009

ISBN 978-91-38-23246-0
ISSN 0284-6012

Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet

Sammanfattning

Promemorian innehåller förslag till ändringar i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Förslagen rör huvudsakligen tre frågor. För det första syftar förslagen till att genomföra 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. För det andra lämnas förslag om att införa en sanktionsavgift (marknadsskadeavgift) och för det tredje föreslås ändringar som syftar till att förenkla upphandlingsförfarandet.

Bestämmelser om avtalsspärr införs, dvs. en period under vilken avtal inte får ingås. Avtalsspärren gäller i tio eller 15 dagar, beroende på kommunikationssätt, från det att den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet till anbudssökandena och anbudsgivarna. Bestämda tidsfrister för att komma in med en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling införs. Tidsfristen sammanfaller med avtalsspärren. När en ansökan om överprövning kommit in till länsrätten förlängs avtalsspärren och gäller, som huvudregel, till dess att länsrätten prövat upphandlingen, s.k. förlängd avtalsspärr. För att säkerställa möjligheten till överklagande får avtal inte heller ingås förrän tio dagar gått från det att länsrätten avgjort målet.

Leverantörer ges möjlighet att föra talan om ogiltighet av ett avtal som har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet

och annan leverantör. Ogiltigförklaring av ett avtal ska kunna ske bl.a. vid s.k. otillåten direktupphandling och vid överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr i kombination med överträdelse av någon annan bestämmelse i LOU eller LUF. Rättsverkningarna av att ett avtal förklaras ogiltigt ska avgöras med stöd av allmänna avtals- och skadeståndsrättsliga principer. Ett avtal, som är drabbat av en ogiltighetsgrund, ska få bestå om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I överensstämmelse med vad som i dag gäller för att ansöka om överprövning av upphandlingar föreslås att mål om överprövning av avtal ska prövas av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Bestämda tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtal införs. För att undgå att ett avtal i vissa fall kan komma att förklaras ogiltigt föreslås att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna offentliggöra sin avsikt att upphandla enligt vissa förfaranden och iaktta en särskild avtalsspärr om tio dagar innan avtal ingås, s.k. förhandsinsyn.

Bestämmelser om avtalsspärr och om ogiltighet av avtal föreslås även gälla vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF.

Vid överprövning av ett beslut om upphandling föreslås att rätten, vid bifall till leverantörens talan, ska upphäva det överprövade beslutet. Enligt nu gällande bestämmelser har rätten, vid bifall till en leverantörs talan, att ta ställning till om upphandlingen ska rättas eller göras om.

En tidsfrist införs för att komma in med en ansökan om överprövning av beslut att avbryta en upphandling.

I enlighet med ändringsdirektivet införs en alternativ sanktion till att ogiltigförklara avtal för vissa situationer. Dessa situationer är när ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse och när ett avtal består trots bristande iakttagelse av en avtalsspärr. I promemorian föreslås att en särskild avgift (marknadsskadeavgift) ska påföras upphandlande myndigheter och enheter i dessa fall. Därutöver lämnas förslag om att en marknadsskadeavgift ska kunna påföras upphandlande myndigheter och enheter även i ett annat fall, nämligen vid

otillåten direktupphandling. Det föreslås att tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket, ska ansöka om påförande av marknadsskadeavgift hos allmän förvaltningsdomstol. Marknadsskadeavgiften föreslås uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 5 000 000 kr. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Avgiften föreslås tillfalla staten.

Tillsynsmyndigheten föreslås få befogenhet att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter och handlingar.

Slutligen föreslås exempelvis förenklande åtgärder när det gäller att hämta in uppgifter om leverantörers kapacitet och redlighet. Bl.a. ska den upphandlande myndigheten eller enheten ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter.

Fasta beloppsgränser för direktupphandling föreslås motsvarande 15 procent av tröskelvärdet (ca 286 000 kr i LOU och ca 573 000 kr i LUF). Förslaget kompletteras med bestämmelser för beräkning av värdet av ett avtal som man avser att direktupphandla. Värdet ska enligt förslaget uppskattas till det totala beloppet som kan komma att betalas enligt avtalet, exempelvis ska options- och förlängningsklausuler betraktas som om de utnyttjas.

En form av direktupphandling över EU:s tröskelvärden är förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Möjligheten att direktupphandla enligt någon av dessa grunder föreslås införas för upphandlingar även under tröskelvärdena.

Vid upphandling under tröskelvärdena föreslås även att en leverantör får återopa andra företags kapacitet.

För att underlätta bruket av elektronisk kommunikation vid upphandling förtydligas att begreppet skriftlig ska innefatta även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

I promemorian föreslås att det införs en möjlighet att inrätta och nyttja inköpscentraler för upphandling.

Lagändringarna är avsedda att träda i kraft den 1 juni 2010.

Innehållsförteckning

Sammanfattning	3
Innehållsförteckning	7
1 Lagtext	13
1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	13
1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster	47
2 Ärendet	79
3 Gällande rätt	81
3.1 Allmänt om upphandlingslagarna	81
3.2 De grundläggande principerna	82
3.3 Direktivstyrd upphandling	88
3.4 Upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster	97
3.5 Rättsmedel.....	103

4	Ändringsdirektivet	107
4.1	Inledning.....	107
4.2	Ändringsdirektivets huvudsakliga innehåll.....	109
5	Nuvarande rättsmedel i andra medlemsstater	117
6	Överväganden och förslag.....	125
6.1	Avtalsspärr m.m.	125
6.1.1	Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut	125
6.1.2	Underrättelse om tilldelningsbeslut	129
6.1.3	Undantag från avtalsspärr	133
6.1.4	Förlängd avtalsspärr.....	138
6.1.5	Tiodagarsfrist	141
6.2	Överprövning av avtal.....	143
6.2.1	Avtal som kan förklaras ogiltiga	143
6.2.2	Undantag från ogiltighet	154
6.3	Domstolsavgörandet i mål om överprövning.....	164
6.3.1	Ingripande före och efter ingående av avtal	164
6.3.2	Interimistiska beslut	169
6.3.3	Vitesbestämmelsen i 16 kap. 2 § LUF	171
6.4	Preklusionsfrist	174
6.5	Underrättelse om ansökan om överprövning.....	184
6.6	Ansökan om överprövning till upphandlande myndighet eller enhet	185
6.7	Tidsfrister för ansökan om överprövning.....	186
6.7.1	Tidsfrist för ansökan om överprövning av beslut om upphandling	186
6.7.2	Tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling.....	189

6.7.3	Tidsfrist för ansökan om överprövning av avtal	191
6.8	Beräkning av avtalsspärren och tidsfrister för ansökan om överprövning.....	193
6.9	Prövning av en ansökan om överprövning av beslut om upphandling	195
6.10	Talerätt i mål om överprövning.....	197
6.10.1	Inledning	197
6.10.2	Talerätt för Konkurrensverket.....	199
6.10.3	Talerätt för branschorganisationer	202
6.11	Särskild avgift	203
6.11.1	En särskild avgift (marknadsskadeavgift) införs på upphandlingsområdet	203
6.11.2	Överträdelse som ska kunna leda till marknadsskadeavgift	208
6.11.3	Upphandlande myndigheter respektive enheter som kan påföras marknadsskadeavgift	214
6.11.4	Strikt ansvar kontra uppsåt eller oaktsamhet.....	216
6.11.5	Beräkning av marknadsskadeavgiftens storlek.....	219
6.11.6	Överträdelsens sanktionsvärde	220
6.11.7	Marknadsskadeavgift tillfaller staten	222
6.11.8	Handläggande myndighet	224
6.11.9	En ansökan om marknadsskadeavgift prövas av allmän förvaltningsdomstol	225
6.11.10	Tidsfrister för talan om marknadsskadeavgift m.m.....	228
6.11.11	Vissa övriga frågor om förfarandet hos tillsynsmyndigheten och domstolarna	232
6.11.12	Betalning av marknadsskadeavgift.....	234
6.11.13	Verkställighet.....	235
6.11.14	Kvarstad.....	235
6.11.15	Skatterättsliga konsekvenser.....	236
6.12	Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m.	237

6.13	Ytterligare möjligheter att ingripa vid upphandlingar	240
6.14	Åtgärder mot domstolstrots.....	241
6.15	Regelförenklingar i LOU och LUF	244
6.15.1	Inledning	244
6.15.2	Bakgrund	244
6.15.3	Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter.....	247
6.15.4	Bevis på leverantörens lämplighet.....	249
6.16	Upphandling som inte omfattas av direktiven	255
6.16.1	Inledning	255
6.16.2	Beloppsgränser för direktupphandling.....	258
6.16.3	Principer för beräkning av kontraktets värde	264
6.16.4	Direktupphandling när förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt.....	265
6.16.5	Rätt att återropa andra företags kapacitet.....	267
6.16.6	Ansvar för att hämta in uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter.....	270
6.16.7	Bevis på leverantörens lämplighet.....	271
6.16.8	Ramavtal	272
6.16.9	Upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling	274
6.16.10	Några mindre regelförenklingåtgärder och lagtekniska ändringar.....	275
6.17	Begreppet skriftlig.....	277
6.17.1	Förtydligande av begreppet skriftlig.....	277
6.17.2	Formen för att lämna anbudsansökningar och anbud	284
6.18	Inköpscentraler	287
6.19	Skadestånd	294

6.20	Granskning och medling	298
6.21	Ikraftträdande och övergångsbestämmelser.....	299
7	Konsekvenser	301
8	Författningskommentar	307
8.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	307
8.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.....	347
Bilaga 1 – Direktiv 2007/66/EG		365

1 Lagtext

1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs¹ i fråga om lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

dels att 15 kap. 6, 10 och 14 §§ samt 16 kap. ska upphöra att gälla,

dels att rubrikerna närmast före 15 kap. 6, 10 och 14 §§ ska utgå

dels att 2 kap. 23 §, 9 kap. 1 och 9 §§, 10 kap. 2 §, 15 kap. 2–5, 7, 9, 15, 17–19 och 21–23 §§ samt rubrikerna närmast före 15 kap. 4, 5, 7, 18 och 22 §§ ska ha följande lydelse

dels att det i lagen ska införas nya bestämmelser, 2 kap. 9 a och 16 a §§, 4 kap. 10 §, 7 kap. 4 §, 10 kap. 4 §, 11 kap. 17 §, 15 kap. 3 a, 5 a, 13 a, 13 b och 15 a §§, nya kapitel, 16 och 17 kap. samt närmast före 10 kap. 4 §, 11 kap. 17 §, 15 kap. 3 a, 5 a och 15 a §§ nya rubriker av följande lydelse

2 kap.

9 a §

Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som

¹ Jfr 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 (EUT L 335, 20/12/2007, s. 31–46, Celex 32007L0066).

1. ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller

2. medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter.

16 a §

Med skriftlig avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

23 §

Med *direktupphandling* avses ett förfarande utan krav på *anbud*.

Med *direktupphandling* avses en upphandling utan krav på att *anbud* lämnas i viss form.

4 kap.

Inköpscentraler

10 §

En upphandlande myndighet får anskaffa byggentreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral.

7 kap.

Annonsering vid förhandsinsyn

4 §

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska gemenskapernas kommission (förhandsinsyn).

9 kap.

1 §

Anbudsansökningar och anbud *skall* lämnas skriftligen om inte något annat följer av *andra eller tredje stycket*.

En upphandlande myndighet får bestämma att anbudsansökningar och anbud *skall* lämnas *med något elektroniskt medel*.

Myndigheten får tillåta att telefon.

Myndigheten *skall* i en annons ange hur anbudsansökningar får lämnas och i en annons eller ett förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

Anbudsansökningar och anbud *ska* lämnas skriftligen om inte något annat följer av *tredje stycket*.

En upphandlande myndighet får bestämma att anbudsansökningar och anbud *ska* lämnas *med ett elektroniskt medel eller på annat sätt*.

en anbudsansökan görs per

Myndigheten *ska* i en annons ange hur anbudsansökningar får lämnas och i en annons eller ett förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

9 §

En upphandlande myndighet *skall* snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

En sådan underrättelse skall lämnas även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen.

En upphandlande myndighet *ska* snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som *har* fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. *I underrättelsen ska anges den period före vars utgång avtal enligt 16 kap. 6 § inte får ingås (avtalsspärr).*

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

10 kap.

2 §

En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,

2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,

3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,

5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller

6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av *denna bestämmelse*.

6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av *bestämmelserna i 10 eller 11 kap.*

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Myndigheten får, *utom i de fall som avses i 4 §*, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Kontroll av uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter

4 §

Vid kontroll om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 2 § 5 ska den upphandlande myndigheten

hämta in uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.

I ett öppet förfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och kontrolleras såvitt gäller den anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna underlättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket.

I ett selektivt eller förhandlat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och kontrolleras såvitt gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

11 kap.

Begränsad kontroll

17 §

En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 10 kap. och 11 kap. 1, 2 samt 6–15 §§ som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett öppet förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras såvitt gäller den anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket.

I ett selektivt eller förhandlat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras såvitt gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

15 kap.

2 §

Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap., 2 kap., 5 kap., 11 kap. 6 §, 13 kap. och 16 kap.

Vid offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–8 §§, om värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

En upphandlande myndighet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap.

Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap. om lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser, 2 kap. om definitioner, 5 kap. om ramavtal utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §, 6 kap. 13 § om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt, 11 kap. 6 § om krav på registrering, 13 kap. om byggkoncessioner, 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m.

och 17 kap. om
marknadsskadeavgift.

Vid offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–8 §§ om tekniska specifikationer m.m., när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

3 §

En offentlig upphandling enligt detta kapitel *skall* göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten skall vid behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

En offentlig upphandling enligt detta kapitel *ska* göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Direktupphandling får vidare användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det annars finns synnerliga skäl.

Beräkning av värdet av ett kontrakt

3 a §

Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Annonsering vid förenklat förfarande **Annonsering**

Vid förenklat förfarande skall den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

4 §

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Vid urvals förfarande 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.

***Begäran om anbud utan Innehåll i annons m.m.
föregående annonsering***

En upphandlande myndighet får utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om

1. det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och under förutsättning att kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget inte ändras väsentligt,

2. det gäller varor som framställs enbart för forsknings-, utvecklings-, experiment- eller studieändamål och under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

3. det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller

4. det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen

5 §

En annons om upphandling enligt 4 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten.

Vid förenklat förfarande ska utöver vad som anges i första stycket framgå

1. hur anbud får lämnas,

2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och

3. den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas, och

2. den dag ansökan senast ska ha kommit in.

som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäligen tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Annonsering vid förhandsinsyn

5 a §

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera sin avsikt i en nationell databas.

Förfrågningsunderlag

Bestämmelserna i 6 kap. 4 och 7 §§ om uppgifter i de tekniska specifikationerna respektive miljömärken gäller vid offentlig upphandling som avses i detta kapitel.

Av förfrågningsunderlaget skall det framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

En leverantör som inte särskilt tillfrågats har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.

Tekniska specifikationer

7 §

Bestämmelserna i 6 kap. 4 och 7 §§ om uppgifter i de tekniska specifikationerna respektive miljömärken gäller vid offentlig upphandling som avses i detta kapitel.

Anbudssökande och anbudsgivare *skall* 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 publicerad enligt 6 §.

9 §
Anbudssökande och anbudsgivare *ska* ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 4 § *andra stycket*.

13 a §
Vid kontroll om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 10 kap. 2 § 5 ska den upphandlande myndigheten hämta in uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och kontrolleras avseende den anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 19 §.

I ett urvalsförfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och kontrolleras

avseende de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud.

Begränsad kontroll

13 b §

En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 13 § och 11 kap. 6 § eller andra handlingar som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras såvitt gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, den anbudsgivare myndigheten avser tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 19 §.

I ett urvalsförfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras såvitt gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in

att lämna anbud respektive att förhandla.

15 §

En upphandlande myndighet *skall* pröva alla de anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av *andra stycket* eller 13 §.

En upphandlande myndighet *ska* pröva alla de anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 13 §.

En upphandlande myndighet får förkasta en ansökan eller ett anbud av samma skäl som en myndighet får utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare enligt 13 § första och andra styckena.

Tillgång till andra företags kapacitet

15 a §

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.

17 §

Den upphandlande

En upphandlande myndighet

myndigheten får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

**Dokumentation,
underrättelse och förvaring
av handlingar**

En upphandlande myndighet *skall* anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt *som avser lågt värde*.

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande *skall* den upphandlande myndigheten *till anbudssökande och anbudsgivare lämna underrättelse om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.*

Vid direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket

får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

**Dokumentation,
underrättelse och förvaring
av handlingar *m.m.***

18 §

En upphandlande myndighet *ska* anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt *vilkas värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet*.

19 §

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande *ska* den upphandlande myndigheten *snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.*

Vid direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket

3 och 4 *skall* den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

3 och 4 *ska* den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

21 §

Om ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap., *skall* den upphandlande myndigheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela Europeiska gemenskapernas kommission om det. *I meddelandet skall den upphandlande myndigheten ange om den godkänner att meddelandet publiceras.*

Om ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap., *ska* den upphandlande myndigheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela Europeiska gemenskapernas kommission om det.

Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

Undantag vid upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

22 §

I fråga om upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4 får regeringen i enskilda fall besluta om

1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel, och

2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

Härutöver får regeringen

överlåta till en upphandlande myndighet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket.

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

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

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

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

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

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

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

23 §

Bestämmelserna i 14 kap. 1 § första stycket, 4 och 6–9 §§ gäller även för projekttävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om inte *tävlingen avser lågt värde*.

Vid anordnande av projekttävlingar *skall* 3 § tillämpas. En projekttävling *skall* annonseras enligt 4 eller

Bestämmelserna i 14 kap. 1 § första stycket, 4 och 6–9 §§ gäller även för projekttävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om inte *tävlingens värde understiger värdet i 3 § andra stycket*.

Vid anordnande av projekttävlingar *ska* 3 § tillämpas. En projekttävling *ska*

6 §.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna *skall* tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, *skall* vinnaren respektive vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.

annonseras enligt 4 eller 6 §.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna *ska* tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, *ska* vinnaren respektive vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.

16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.

Ansökan om överprövning

1 §

En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 14 §.

Behörig domstol

2 §

En ansökan om överprövning enligt 5 eller 14 § ska göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Förbud mot överklagande

3 §

Ett beslut som denna lag är

tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Interimistiskt beslut

4 §

Rätten får

1. besluta att avtal inte får ingås innan något annat har beslutats, eller

2. besluta att avtal inte får fullgöras innan något annat har beslutats.

Rätten får låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten får även besluta interimistiskt enligt 9 §.

Överprövning av beslut om upphandling

5 §

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten upphäva den upphandlande

myndighetens beslut.

Avtalsspärr

6 §

Om den upphandlande myndigheten är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § får avtal inte ingås (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten skickat en sådan underrättelse med ett elektroniskt medel.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått.

Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den i första eller andra stycket stadgade minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den i underrättelsen angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

7 §

Avtalsspärr enligt 6 § gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4 om undantag beslutats med stöd av 15 kap. 22 §,

2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5–9 §§,

3. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller

4. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Avtalsspärr vid förhandsinsyn

8 §

Vid förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

Förlängd avtalsspärr

9 §

Vid en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling enligt 5 § fortsätter,

om inte rätten beslutar annat, avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i länsrätten (förlängd avtalsspärr).

Tiodagarsfrist

10 §

När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 § får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätten har avgjort målet.

När rätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § 1 får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätt eller kammarrätt har avgjort målet eller har upphävt det interimistiska beslutet.

När Regeringsrätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § 1 och beslutar att visa målet åter till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av beslut om upphandling

11 §

En ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska ha kommit in till länsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som följer av 6 eller 8 §.

12 §

En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till länsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten har skickat en underrättelse om beslutet enligt 9 kap. 9 § andra stycket eller 15 kap. 19 § med ett elektroniskt medel.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt ska en ansökan om överprövning ha kommit in till länsrätten innan 15 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten har skickat underrättelsen.

När prövning av ett beslut om upphandling inte längre får ske

13 §

En ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska inte prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande

myndighet och leverantör.

Om ett avtal ingås i strid mot 4 § 1, 6 §, 8 §, 9 § eller 10 §, ska rätten i stället, på yrkande av leverantör, överpröva avtalet.

Överprövning av avtal

14 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2 eller 4 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 §, eller 15 kap. 4, 5 a eller 6 §,

2. när avtal inte får ingås enligt 4, 6 eller 8–10 § och de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts samt detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att iaktta de villkor som framgår av nämnda bestämmelse eller det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Undantag från ogiltighet

15 §

Är förutsättningarna för ogiltighet uppfyllda enligt 14 § får rätten ändå besluta att avtalet ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

16 §

Bestämmelsen om ogiltighet i 14 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 7 §, eller

2. om en upphandlande myndighet genom en förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla, samt har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 8 §.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtal

17 §

En ansökan som avser överprövning av ett avtal som har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör enligt 14 § ska ha kommit in till länsrätten

1. innan 30 dagar har gått från publiceringen av en efterannons enligt 7 kap. 3 § eller 15 kap. 21 § som innehåller en motivering till att upphandlingen inte har annonserats,

2. innan 30 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat sådana upplysningar om tilldelningsbeslutet som avses i 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §, eller

3. om 1 eller 2 inte är tillämpliga, inom sex månader från det att avtalet slöts.

*Beräkning av avtalsspärrens
längd och tidsfrister för
ansökan om överprövning*

18 §

Vid beräkningen av avtalsspärrens längd och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Skadestånd

19 §

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

20 §

Anbudsgivare eller anbudssökande som har deltagit i en offentlig upphandling är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 §

Talan om skadestånd enligt 19 eller 20 §§ ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

*17 kap. Marknadsskadeavgift och tillsyn**Marknadsskadeavgift*

1 §

Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet påförs en särskild avgift (marknadsskadeavgift) i de fall som anges i 2 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet påförs marknadsskadeavgift i de fall som avses i 2 § 3.

2 §

Allmän förvaltningsdomstol ska påföra en upphandlande myndighet marknadsskadeavgift om

1. allmän förvaltningsdomstol i beslut som har vunnit

laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 15 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i beslut som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtals-spärr inte iakttagits, eller

3. myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2 eller 4 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4, 5a eller 6 §.

Marknadsskadeavgiftens storlek

3 §

Marknadsskadeavgiften ska uppgå till lägst tio tusen kronor och högst fem miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktetsvärde.

4 §

Vid fastställande av marknadsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte påföras. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift

5 §

*När ansökan om att påföra
marknadsskadeavgift grundas på
2 § 1 eller 2 ska ansökan ha
kommit in till länsrätten inom
sex månader från den tidpunkt
då det beslut vilken ansökan
grundas på har vunnit laga
kraft.*

*När ansökan om att påföra
marknadsskadeavgift grundas på
2 § 3 och*

*1. en eller flera leverantörer
har ansökt om överprövning av
avtal inom i 16 kap. 17 §
föreskrivna tidsfrister ska
ansökan ha kommit in till
länsrätten tidigast då fristen har
löpt ut och samtliga beslut i
anledning av överprövningen
vunnit laga kraft, dock senast
sex månader från den tidpunkt
då samtliga beslut vunnit laga
kraft, eller*

*2. ingen leverantör har
ansökt om överprövning av
avtal inom i 16 kap. 17 §
föreskrivna tidsfrister, ska
ansökan ha kommit in till
länsrätten inom två år från den
tidpunkt då avtalet slöts.*

*Betalning av marknads-
skadeavgift m.m.*

6 §

*Marknadsskadeavgiften
tillfaller staten.*

7 §

*Marknadsskadeavgift ska
betalas till tillsynsmyndigheten
inom trettio dagar från det att
domen har vunnit laga kraft
eller inom den längre tid som
anges i domen.*

*Om marknadsskadeavgiften
inte betalas i tid, ska
tillsynsmyndigheten lämna den
obetalda avgiften för indrivning.
Bestämmelser om indrivning
finns i lagen (1993:891) om
indrivning av statliga fordringar
m.m. Verkställighet får ske
enligt utsökningsbalkens be-
stämmelser.*

8 §

*En påförd marknads-
skadeavgift bortfaller om domen
inte har kunnat verkställas inom
fem år från det att domen har
vunnit laga kraft.*

Tillsyn

9 §

Regeringen meddelar föreskrifter om vilken myndighet som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt denna lag.

Vid sin tillsyn får myndigheten hämta in alla nödvändiga upplysningar från upphandlande myndigheter eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet. Upplysningarna ska i första hand hämtas in genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande myndigheten.

10 §

En upphandlande myndighet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

11 §

Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

*Behörig domstol**12 §*

En ansökan om påförande av marknadsskadeavgift ska göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sitt hemvist.

Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 11 § ska överklagas till den länsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2010 och ska inte tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Härigenom föreskrivs² i fråga om lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

dels att 15 kap. 6, 10 och 14 § § samt 16 kap. ska upphöra att gälla,

dels att rubrikerna närmast före 15 kap. 6, 10 och 14 § § ska utgå,

dels att 2 kap. 26 §, 9 kap. 1 och 9 §§, 10 kap. 3 §, 15 kap. 2–5, 7, 9, 15, 17–19, 21–23 § § samt rubrikerna närmast före 15 kap. 4, 5, 7, 18 och 22 § § ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas nya bestämmelser, 2 kap. 9 a och 17 a §§, 4 kap. 4 §, 7 kap. 7 §, 10 kap. 5 §, 11 kap. 13 §, 15 kap. 3 a, 5 a, 13 a, 13 b och 15 a §§, nya kapitler, 16 och 17 kap. samt närmast före 10 kap. 5 §, 11 kap. 13 §, 15 kap. 3 a, 5 a och 15 a § § nya rubriker av följande lydelse

2 kap.

9 a §

Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som

1. ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande enheter, eller

2. medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av

² Jfr 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 (EUT L 335, 20/12/2007, s. 31–46, Celex 32007L0066).

ombud åt flera upphandlande enheter.

17 a §

Med skriftlig avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagras med elektroniska medel.

26 §

Med *direktupphandling* avses ett förfarande utan krav på *anbud*.

Med *direktupphandling* avses ett upphandling utan krav på att *anbud* lämnas i viss form.

4 kap.

Inköpscentraler

4 §

En upphandlande enhet får anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral.

7 kap.

Annonsering vid förhandsinsyn

7 §

En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 eller 3 § får skicka en annons om sin avsikt

till Europeiska gemenskapernas kommission (förhandsinsyn).

9 kap.

1 §

Anbudsansökningar och anbud *skall* lämnas skriftligen om inte något annat följer av *andra eller tredje stycket*.

En upphandlande enhet får bestämma att anbudsansökningar och anbud *skall* lämnas *med något elektroniskt medel*.

Enheten får tillåta att en anbudsansökan görs per telefon.

Enheten *skall* i en annons ange hur anbudsansökningar får lämnas och i en annons eller ett förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

Anbudsansökningar och anbud *ska* lämnas skriftligen om inte något annat följer av *tredje stycket*.

En upphandlande enhet får bestämma att anbudsansökningar och anbud *ska* lämnas *med ett elektroniskt medel eller på annat sätt*.

Enheten *ska* i en annons ange hur anbudsansökningar får lämnas och i en annons eller ett förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

9 §

En upphandlande enhet *skall* snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

En sådan underrättelse skall lämnas även när en upphandlande enhet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid

En upphandlande enhet *ska* snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som *har* fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. *I underrättelsen ska anges den period före vars utgång avtal enligt 16 kap. 6 § inte får ingås (avtalsspärr).*

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till

beslut att göra om upphandlingen. *om anbudssökandena och anbuds-givarna även när en upphandlande enhet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I under-rättelsen ska skälen för beslutet anges.*

10 kap.

3 §

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 leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,

2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,

3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta,

5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller

6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse.

6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap.

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Enheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Enheten får, *utom i de fall som avses i 5 §*, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Kontroll av uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter

5 §

Vid kontroll om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 3 § 5 ska den upphandlande enheten hämta in uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.

I ett öppet förfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och kontrolleras såvitt gäller den anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna under rättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket.

I ett selektivt eller förhandlat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och

kontrolleras såvitt gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive till förhandling.

11 kap.

Begränsad kontroll

13 §

En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 10 kap. och 11 kap. 11 och 12 §§ eller i övrigt som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett öppet förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras avseende den anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket.

I ett selektivt eller förhandlat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras avseende de

anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla

15 kap.

2 §

Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap., 2 kap., 5 kap. och 16 kap. 1–10 §§.

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–8 §§, om värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

En upphandlande enhet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap.

Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap. om lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser, 2 kap. om definitioner, 5 kap. om ramavtal, 6 kap. 14 § om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt, 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m. och 17 kap. om marknadsskadeavgift.

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–8 §§ om tekniska specifikationer m.m., när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

3 §

En upphandling enligt detta kapitel skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande enheten skall vid

En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 1.

behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

Direktupphandling får vidare användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 2 och 3 §§ är uppfyllda eller om det annars finns synnerliga skäl.

Beräkning av värdet av ett kontrakt

3 a §

Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Annonsering vid förenklat förfarande

Vid förenklat förfarande skall den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Annonsering

4 §

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Vid urvals förfarande 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.

Begäran om anbud utan Innehåll i annons m.m. föregående annonsering

En upphandlande enhet får utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om

1. det vid annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och under förutsättning att kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget inte ändras väsentligt,

2. det gäller varor som framställs enbart för forsknings-, utvecklings-, experiment- eller studieändamål och under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

3. det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt

5 §

En annons om upphandling enligt 4 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande enheten.

Vid förenklat förfarande ska utöver vad som anges i första stycket framgå

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

Vid urvals förfarande annonser med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

- 1. hur en anbudsansökan får lämnas, och*
- 2. den dag ansökan senast ska ha kommit in.*

kan levereras av endast en viss leverantör, eller

4. det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Annonsering vid förhandssyn

5 a §

En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera sin avsikt i en nationell databas.

Förfrågningsunderlag

Bestämmelserna i 6 kap. 4 och 7 §§ om uppgifter i de tekniska specifikationerna respektive miljömärken gäller vid upphandling som avses i detta kapitel.

Av förfrågningsunderlaget skall det framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

En leverantör som inte särskilt tillfrågats har rätt att på begäran

Tekniska specifikationer

7 §

Bestämmelserna i 6 kap. 4 och 7 §§ om uppgifter i de tekniska specifikationerna respektive miljömärken gäller vid upphandling som avses i detta kapitel.

förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer.

9 §

Anbudssökande och anbudsgivare *skall* ges skälig tid att komma in med ansökningar *eller* anbud. Tiden för att få komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan publicerad enligt 6 §.

Anbudssökande och anbudsgivare *ska* ges skälig tid att komma in med ansökningar *respektive* anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 4 § *andra stycket*.

13 a §

Vid kontroll om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 10 kap. 3 § 5 ska den upphandlande enheten hämta in uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och kontrolleras såvitt gäller den anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 19 §.

I ett urvalsförfarande ska uppgifterna enligt första stycket hämtas in och kontrolleras avseende de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud.

Begränsad kontroll

13 b §

En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 13 § och övriga handlingar som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras såvitt gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att bjuda in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, den anbudsgivare enheten avser tilldela kontraktet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 19 §.

I ett urvalsförfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras såvitt

gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

15 §

En upphandlande enhet *skall* pröva alla de anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av *andra stycket* eller 13 §.

En upphandlande enhet får förkasta en ansökan eller ett anbud av samma skäl som en enhet får utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare enligt 13 § första och andra styckena.

En upphandlande enhet *ska* pröva alla de anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 13 §.

Tillgång till andra företags kapacitet

15 a §

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.

17 §

Den upphandlande enheten får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan enheten skriftligen begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

**Dokumentation,
underrättelse och förvaring
av handlingar**

En upphandlande enhet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan enheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

**Dokumentation,
underrättelse och förvaring
av handlingar *m.m.***

18 §

En upphandlande enhet *skall* anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt *som avser lågt värde*.

En upphandlande enhet *ska* anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt *vilkas värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet*.

19 §

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande *skall* den upphandlande enheten *till anbudssökande och anbudsgivare lämna underrättelse* om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Vid direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt som

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande *ska* den upphandlande enheten *snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna* om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och *lämna* sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Vid direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt som

avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 *skall* den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 *ska* den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

21 §

Om ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap., *skall* den upphandlande enheten senast inom 60 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela Europeiska gemenskapernas kommission om det. *I meddelandet skall den upphandlande enheten ange om den godkänner att meddelandet publiceras.*

Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

Om ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap., *ska* den upphandlande enheten senast inom 60 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela Europeiska gemenskapernas kommission om det.

Undantag vid upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

22 §

I fråga om *kontrakt* som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 får regeringen i enskilda fall meddela beslut om

1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel, och

I fråga om *upphandling* som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 får regeringen i enskilda fall besluta om

2. de undantag i övrigt från bestämmelserna i detta kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

Härutöver får regeringen i enskilda fall överlåta till en upphandlande enhet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket.

23 §

Bestämmelserna i 13 kap. 1 § första stycket, 4, 6 och 8–10 §§ gäller även för projekt-tävlingar som understiger tröskelvärdet i 13 kap. 2 §, om inte *tävlingen avser lågt värde.*

Vid anordnande av projekt-tävlingar *skall* 3 § tillämpas. En projekt-tävling *skall* annonseras enligt 4 eller 6 §.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna *skall* tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, *skall* vinnaren respektive vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.

Bestämmelserna i 13 kap. 1 § första stycket, 4, 6 och 8–10 §§ gäller även för projekt-tävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om inte *tävlingens värde understiger värdet i 3 § andra stycket.*

Vid anordnande av projekt-tävlingar *ska* 3 § tillämpas. En projekt-tävling *ska* annonseras enligt 4 eller 6 §.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna *ska* tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, *ska* vinnaren respektive vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.

16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.

Ansökan om överprövning

1 §

En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 14 §.

Behörig domstol

2 §

En ansökan om överprövning enligt 5 eller 14 § ska göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Förbud mot överklagande

3 §

Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunalagen (1991:900).

Interimistiskt beslut

4 §

Rätten får

1. besluta att avtal inte får ingås innan något annat har beslutats, eller

2. besluta att avtal inte får fullgöras innan något annat har beslutats.

Rätten får låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rätten får även besluta interimistiskt enligt 9 §.

Överprövning av beslut om upphandling

5 §

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten upphäva den upphandlande enhetens beslut.

Avtalsspärr

6 §

Om den upphandlande enheten är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § får avtal inte ingås (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att den upphandlande enheten har skickat en sådan underrättelse med ett elektroniskt medel.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått.

Om en upphandlande enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den i första eller andra stycket stadgade minimifristen, får avtal om upphandling inte ingås förrän efter utgången av den i underrättelsen angivna perioden.

Undantag från avtalsspärr

7 §

Avtalsspärr enligt 6 § gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 om undantag beslutats

med stöd av 15 kap. 22 §

2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 eller 3 §, eller

3. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.,

Avtalsspärr vid förhandsinsyn

8 §

Vid förhandsinsyn enligt 7 kap. 7 § eller 15 kap. 5 a § får avtal om upphandling inte ingås förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

Förlängd avtalsspärr

9 §

Vid en ansökan om överprövning av beslut om upphandling enligt 5 § fortsätter, om inte rätten beslutar annat, avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i länsrätten (förlängd avtalsspärr).

Tiodagarsfrist

10 §

När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 § får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått

från det att länsrätten har avgjort målet.

När rätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § 1 får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätt eller kammarrätt har avgjort målet eller har upphävt det interimistiska beslutet.

När Regeringsrätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § 1 och beslutar att visa målet åter till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av beslut om upphandling

11 §

En ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska ha kommit in till länsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som följer av 6 eller 8 §.

12 §

En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till länsrätten innan tio dagar har gått från det att

den upphandlande enheten har skickat en underrättelse om beslutet enligt 9 kap. 9 § andra stycket eller 15 kap. 19 § med ett elektroniskt medel.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till länsrätten innan 15 dagar har gått från det att den upphandlande enheten har skickat underrättelsen.

När prövning av ett beslut om upphandling inte längre får ske

13 §

En ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska inte prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande enhet och leverantör.

Om ett avtal ingås i strid mot 4 § 1, 6 §, 8 §, 9 § eller 10 §, ska rätten i stället, på yrkande av leverantör, överpröva avtalet.

Överprövning av avtal

14 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan upphandlande enhet och leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4, 5 eller 7 §, 13 kap. 5 §, eller 15 kap. 4, 5 a eller 6 §, eller

2. när avtal inte får ingås enligt 4, 6 eller 8–10 § och de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts samt detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Undantag från ogiltighet

15 §

Är förutsättningarna för ogiltighet uppfyllda enligt 14 § får rätten ändå besluta att avtalet ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

16 §

Bestämmelsen om ogiltighet i 14 § ska inte tillämpas om en upphandlande enhet genom en förhandsinsyn enligt 7 kap. 7 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla, samt har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 8 §.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtal

17 §

En ansökan som avser överprövning av ett avtal som har slutits mellan upphandlande enhet och leverantör enligt 14 § ska ha kommit in till länsrätten

1. innan 30 dagar har gått från publiceringen av en efterannons enligt 7 kap. 6 § eller 15 kap. 21 § som innehåller en motivering till att upphandlingen inte har annonserats,

2. innan 30 dagar har gått från det att den upphandlande enheten skriftligen har underrettat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat sådana upplysningar om tilldelningsbeslutet som avses i 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §, eller

3. om 1 eller 2 inte är tillämpliga, inom sex månader från det att avtalet om upphandling slöts.

*Beräkning av avtalsspärrens
längd och tidsfrister för
ansökan om överprövning*

18 §

Vid beräkningen av avtalsspärrens längd och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Skadestånd

19 §

En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

20 §

Anbudsgivare eller anbudssökande som har deltagit i en upphandling är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 §

Talan om skadestånd enligt 19 eller 20 § ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande enhet och leverantör. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

17 kap. Marknadsskadeavgift och tillsyn

Marknadsskadeavgift

1 §

Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet påförs en särskild avgift (marknadsskadeavgift) i de fall som anges i 2 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande enhet påförs marknadsskadeavgift i de fall som avses i 2 § 3.

2 §

Allmän förvaltningsdomstol ska påföra en upphandlande enhet marknadsskadeavgift om

1. allmän förvaltningsdomstol i beslut som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till

ett allmänintresse enligt 16 kap. 15 §, trots att det föreligger grund för ogiltighet,

2. allmän förvaltningsdomstol i beslut som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte iakttagits, eller

3. enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4, 5 eller 7 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4, 5 a eller 6 §.

Marknadsskadeavgiftens storlek

3 §

Marknadsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst fem miljoner kronor.

Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

4 §

Vid fastställande av marknadsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte påföras. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift

5 §

När ansökan om att påföra marknadsskadeavgift grundas på 2 § 1 eller 2 ska ansökan ha kommit in till länsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det beslut vilken ansökan grundas på har vunnit laga kraft.

När ansökan om att påföra marknadsskadeavgift grundas på 2 § 3 och

1. en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtal inom i 16 kap. 17 § föreskrivna tidsfrister ska ansökan ha kommit in till länsrätten tidigast då fristen har löpt ut och samtliga beslut i anledning av överprövningen vunnit laga kraft, dock senast sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut vunnit laga kraft, eller

2. ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtal inom i 16 kap. 17 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till länsrätten inom två år från den tidpunkt då avtalet slöts.

*Betalning av marknads-
skadeavgift m.m.*

6 §

Marknadsskadeavgiften tillfaller staten.

7 §

Marknadsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom trettio dagar från det att domen har vunnit laga kraft eller inom den längre tid som anges i domen.

Om marknadsskadeavgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften för indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m. Verkställighet får ske enligt utsökningsbalkens bestämmelser.

8 §

*En påförd marknads-
skadeavgift bortfaller om domen inte har kunnat verkställas inom fem år från det att domen har vunnit laga kraft.*

Tillsyn

9 §

Regeringen meddelar föreskrifter om vilken myndighet som utövar tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Vid sin tillsyn får myndigheten hämta in alla nödvändiga upplysningar från upphandlande enheter eller den som kan antas vara en upphandlande enhet. Upplysningarna ska i första hand hämtas in genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande enheten.

10 §

En upphandlande enhet och den som kan antas vara en upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

11 §

Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna

lag, får myndigheten förelägga en upphandlande enhet eller den som kan antas vara en upphandlande enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Behörig domstol

12 §

En ansökan om påförande av marknadsskadeavgift ska göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist.

Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 11 § ska överklagas till den länsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Denna lag träder i kraft den 1 juni 2010 och ska inte tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

2 Ärendet

Europaparlamentet och rådet antog den 11 december 2007 ett direktiv (2007/66/EG) om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet). Medlemsstaterna ska ha genomfört direktivet den 20 december 2009.

Ändringsdirektivet finns som *bilaga 1*.

I denna promemoria lämnas även förslag om dels införande av en särskild avgift marknadsskadeavgift, dels förslag som syftar till att förenkla upphandlingsförfarandet i vissa delar. Slutligen lämnas ett förslag om inköpscentraler, som Upphandlingsutredningen 2004 lämnat i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28).

Frågan om hur ändringsdirektivet, marknadsskadeavgiften samt förslaget om förenklingar av upphandlingsförfarandet i huvudsak ska genomföras i svensk rätt har beretts inom Finansdepartementet. Departementet har haft fem referensgruppsmöten där synpunkter på delar av förslaget hämtats in från företrädare för kommuner, landsting, myndigheter och näringsliv. De har även bjudits in för att diskutera och komma in med förslag på förenklingar av regelverket.

Upphandlingsutredningens förslag har remissbehandlats (Fi2006/1649). Regeringen avser att återkomma till Upphandlingsutredningens övriga förslag.

3 Gällande rätt

3.1 Allmänt om upphandlingslagarna

Den 1 januari 2008 ersattes lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Genom LOU genomfördes Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet). Genom LUF genomfördes Europaparlamentets 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).

LOU reglerar förfarandena m.m. för offentlig upphandling som görs av myndigheter, kommuner, landsting samt bolag, föreningar, delägarförvaltningar, samfälligheter och stiftelser som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av kommersiell eller industriell karaktär (offentligt styrda organ).

LUF reglerar förfarandena m.m. för upphandling som görs av myndigheter och offentligt styrda organ men därutöver av dels företag vilka en myndighet har ett bestämmande inflytande över (offentliga företag), dels privata företag som bedriver

verksamheter inom försörjningssektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.

3.2 De grundläggande principerna

Principernas tillämpning

Upphandlingsdirektivens bestämmelser är inte tillämpliga på alla offentliga upphandlingskontrakt. Vissa kontrakt omfattas inte alls eller endast delvis av bestämmelserna. Det gäller exempelvis kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som anges i direktiven, kontrakt som avser B-tjänster (vissa slag av tjänster som räknas upp i bilaga 3 till LOU och LUF, t.ex. juridiska tjänster och utbildning), oavsett värde eller tjänstekoncessioner. Byggkoncessioner omfattas däremot av det klassiska direktivet men inte av försörjningsdirektivet.

Enbart den omständigheten att gemenskapslagstiftaren har ansett att de speciella och noggrant reglerade förfaranden som föreskrivs i upphandlingsdirektiven inte är lämpade för offentliga upphandlingar av lägre värde innebär enligt EG-domstolen inte att dessa upphandlingar faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. Det gäller i synnerhet principen i EG-fördraget om icke-diskriminering.

Kontrakt som avser B-tjänster omfattas också av EG-fördragets grundläggande friheter och allmänna rättsprinciper om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse (mål nr C-507/03 Kommissionen mot Irland, REG 2007 s. I-09777, p. 29). I ett gemenskapsrättsligt perspektiv är således de grundläggande friheterna och rättsprinciperna endast tillämpliga på kontrakt som i tillräcklig utsträckning sammanhänger med den inre marknadens funktion.

Enligt den Europeiska kommissionen är det de enskilda upphandlande myndigheternas och enheternas ansvar att avgöra

om en planerad upphandling kan vara av intresse för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater. Kommissionen har uttalat att ett sådant beslut grundas på en bedömning av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. föremålet för kontraktet, kontraktets uppskattade värde, de särskilda förhållandena inom den berörda sektorn (marknadens storlek och struktur, handelspraxis osv.) och den geografiska lokaliseringen för utförandet. Om den upphandlande myndighetens eller enhetens slutsats är att kontraktet i fråga är av betydelse för den inre marknaden ska det tilldelas i enlighet med de grundläggande principerna.³

Vissa av de grundläggande friheterna och principerna framgår av direktiven om upphandling, övriga framgår av fördraget eller EG-domstolens praxis. I artikel 2 i det klassiska direktivet anges att upphandlande myndigheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet sätt. Artikel 10 i försörjningsdirektivet innehåller en motsvarande bestämmelse. Artiklarna är genomförda genom 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF.

Till ledning för tillämpningen av 1 kap. 9 § LOU finns beaktandesats 2 i det klassiska direktivet. I beaktandesatsen anförs följande.

Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt godkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att

³ Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02), s. 2.

de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.

Till ledning för tillämpningen av 1 kap. 24 § LUF har beaktandesats 9 i försörjningsdirektivet motsvarande innehåll.

Utfärdas nationella bestämmelser om upphandling under i direktiven angivna tröskelvärden eller som annars inte direkt omfattas av de bestämmelser som genomför direktiven om offentlig upphandling, ska de således vara förenliga dessa friheter och principer (mål nr C-27/86 SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) m.fl., REG 1987 s. 03347, p. 15).

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare från andra orter behandlas på samma sätt som t.ex. företag med verksamhet på en viss ort eller i den egna kommunen (mål nr C-31/87, Gebroeders Beentjes, REG 1988 s. 04635 och mål nr C-243/89, Kommissionen mot Danmark, ”Storabältdomen”, REG 1993 s. I-03353).

Kommissionen nämner i sitt tolkningsmeddelande om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster⁴ att principen om icke-diskriminering exempelvis medför att kravspecifikationerna på en vara eller tjänst inte får innehålla uppgifter om tillverkare, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, och inte heller någon hänvisning till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, såvida detta inte motiveras av föremålet för upphandlingen och åtföljs av orden ”eller likvärdig” (mål nr C-59/00 Bent Moustens Veestergard, REG 2001 s. I-09505, p. 21–24). Enligt kommissionen är det under alla omständigheter lämpligt att

⁴ Kommissionens tolkningsmeddelande, 2006/C-179/02.

använda mer allmänna beskrivningar av utförande och funktioner.

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering innebär således att ett förfrågningsunderlag vid upphandling under tröskelvärdena inte får utarbetas så att, när föremålet för upphandlingen fastställs, det försätter anbudsgivarna i en ojämlig ställning. Vid bedömningen av anbudsgivarna och anbudena förutsätter kravet på likabehandling att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt.

Öppenhetsprincipen

Enligt EG-domstolen medför principerna om likabehandling och icke-diskriminering att det finns en skyldighet att lämna insyn i upphandlingsförfarandet. Detta krav på öppenhet syftar till att garantera varje tänkbar anbudsgivare att förfarandet är öppet för konkurrens och att det går att kontrollera om det är opartiskt (mål nr C-458/03 Parking Brixen, REG 2005 s. I-08585, p. 49, se även mål nr C-324/98, Telaustria, REG 2000 s. I-10745, p. 61–62). Kravet på öppenhet innebär att ett företag som är beläget i en annan medlemsstat ska ha tillgång till relevanta uppgifter om upphandlingen innan kontraktet har tilldelats, så att detta företag, om det så önskar, har möjlighet att uttrycka sitt intresse för att få kontraktet (mål nr C-231/03 Coname, REG 2005 s. I-07287, p. 20). Anbudsförfrågan ska öppet tillställas alla, som anmält intresse eller dem som vid t.ex. selektiv upphandling har valts ut för anbudsförfarandet.

I fråga om kravet på öppenhet uttalar kommissionen i sitt tolkningsmeddelande om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster, att det inte är tillräckligt att kontakta ett antal tänkbara anbudsgivare, även om den upphandlande myndigheten eller enheten skulle inbegripa företag från andra medlemsstater eller försöka nå alla tänkbara tjänsteleverantörer. Med ett sådant selektivt tillvägagångssätt kan man, enligt kommissionen, inte utesluta att tänkbara anbudsgivare från andra medlemsstater

diskrimineras, särskilt sådana som är nya på marknaden. Detsamma gäller alla former av passiva offentliggöranden. Med detta avses situationen när en upphandlande myndighet eller enhet avstår från ett aktivt offentliggörande och bara svarar på begäran om information från sökande som på egen hand fått kännedom om den planerade upphandlingen. Enligt kommissionen kan de krav som EG-domstolen fastställt därför bara uppfyllas genom publicerandet av ett tillräckligt lättillgängligt offentliggörande före tilldelningen av kontraktet. Offentliggörandet ska publiceras av den upphandlande myndigheten eller enheten i syfte att öppna upphandlingsförfarandet för konkurrens.

Enligt kommissionens tolkningsmeddelande räcker det att annonseringen begränsas till en kort beskrivning av de viktigaste uppgifterna i det kontrakt som ska tilldelas och den metod som ska användas vid tilldelningen tillsammans med en inbjudan att kontakta den upphandlande myndigheten eller enheten. Offentliggörandet och eventuell ytterligare dokumentation ska innehålla all den information som ett företag från en annan medlemsstat rimligtvis kan behöva för att kunna besluta om det ska anmäla sitt intresse för att tilldelas upphandlingen.

De förutsättningar i upphandlingsdirektiven som tillåter upphandling utan offentliggörande kan enligt kommissionen även gälla vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster (se artikel 31 i det klassiska direktivet och artikel 40.3 i försörjningsdirektivet).

Enligt kommissionen kräver insyns- och öppenhetsprincipen ett öppet och objektiva tillvägagångssätt vid tilldelning av kontrakt. Alla deltagare måste i förväg kunna få kännedom om de regler som gäller för förfarandet och kunna vara säkra på att dessa tillämpas på samma sätt på alla deltagare.

De upphandlande myndigheterna och enheterna får vidta åtgärder för att begränsa antalet sökande som inbjuds att lämna anbud till en lämplig nivå, förutsatt att det görs på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. Kommissionen anger att de upphandlande myndigheterna eller enheterna kan använda sig av

objektiva faktorer som sökandens erfarenhet i den sektor som gäller, företagets storlek och infrastruktur, deras tekniska och yrkesmässiga kompetens eller andra faktorer. De kan till och med välja lottdragning, antingen som enda urvalssätt eller i kombination med andra urvalskriterier. Antalet utvalda sökande måste under alla omständigheter vara tillräckligt med hänsyn till behovet av tillfredsställande konkurrens.

Principen om ömsesidigt erkännande

Om anbudssökanden eller anbudsgivaren ombeds lämna in certifikat, examensbevis eller andra slag av dokument för att styrka behörighet gäller principen om ömsesidigt erkännande. Principen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten ska godta utländsk dokumentation för att styrka kvalifikationskrav m.m. om de utfärdats av andra medlemsstaters behöriga organ.

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga (se t.ex. mål nr C-234/03, Contse, REG 2005 s. I-09315, p. 43 och 55).

Vidare ska tidsfristerna för en intresseanmälan och för att lämna anbud vara tillräckligt långa för att företag från andra medlemsstater ska kunna göra en tillfredsställande bedömning och kunna utarbeta ett anbud.

3.3 Direktivstyrd upphandling

Tillämpningsområde, undantag och definitioner

LOU gäller vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Även LUF reglerar förfarandena m.m. för upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Avgörande för om en upphandling ska göras enligt LUF är, som tidigare berörts, vilken typ av verksamhet som en upphandlande enhet bedriver. Båda lagarna innehåller dels bestämmelser som omfattas av direktiven, dels bestämmelser som inte omfattas av direktiven.

I respektive lag anges ett antal olika undantag från lagens tillämpningsområde. Exempelvis gäller lagarna inte sådana kontrakt som avser förvärv, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet. LOU och LUF är inte heller tillämpliga på t.ex. tjänstekontrakt som tilldelas en upphandlande myndighet som har en särskild ensamrätt att utföra tjänsten. Några bestämmelser om tjänstekoncessioner finns inte heller i LOU och LUF. I 13 kap. LOU men inte LUF finns bestämmelser om byggkoncessioner. De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling är dock tillämpliga vid upphandling av tjänstekoncessioner (mål nr C-458-03, Parking Brixen, REG 2005 s. I-08585 och prop. 2006/07:128 s. 183). Lagarnas tillämpningsområden och tillämpliga undantag regleras i 1 kap. LOU respektive LUF.

I 2 kap. LOU och LUF återfinns definitioner på de begrepp som används i lagarna. Av särskilt intresse för när LOU och LUF blir tillämpliga är definitionerna av begreppen kontrakt, upphandlande myndighet och enhet, offentligt styrda organ och leverantör. När det föreligger ett kontrakt enligt definitionen är lagarna tillämpliga, förutsatt att det inte föreligger ett uttryckligt

undantag. Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som

1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer,
2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och
3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Vidare återfinns i 2 kap. 23–25 §§ LOU och 2 kap. 26–28 §§ LUF sådana definitioner som gäller endast 15 kap. i respektive lag, dvs. bestämmelser om upphandling som inte omfattas av direktiven.

Tröskelvärden

De bestämmelser i respektive lag som genomför direktiven är tillämpliga när värdet av upphandlingen uppgår till vissa närmare angivna värden (tröskelvärden). Bestämmelser om tröskelvärden och hur värdet av ett upphandlingskontrakt ska beräknas återfinns i 3 kap. LOU respektive LUF. Det finns olika tröskelvärden beroende på vad som ska upphandlas och om upphandlingen företas av en myndighet i den klassiska sektorn eller av en enhet inom någon av försörjningssektorerna. Vilka tröskelvärden som ska gälla fastställs på gemenskapsnivå med beaktande av det gränsöverskridande intresset. Publiceringen av tröskelvärdena sker i den Europeiska unionens tidning (EUT). Aktuella tröskelvärden i svensk valuta framgår av tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. I nämnda författning anges följande belopp.

Upphandlingens föremål	Statliga myndigheter	Övriga
Varor och tjänster	1 233 901 kr	1 911 155 kr
Byggtreprenader	47 778 869 kr	47 778 869 kr

Följande tröskelvärden gäller i försörjningssektorerna.

Upphandlingens föremål	Alla upphandlande enheter
Varor och tjänster	3 822 309 kr
Byggtreprenader	47 778 869 kr

A- och B-tjänster

Vid upphandling är tjänster kategoriserade som s.k. A- eller B-tjänster. Till A-tjänster räknas sådana tjänster som traditionellt sett ansetts lämpa sig väl för gränsöverskridande handel, exempelvis landtransporter, datatjänster, revision och fastighetsförvaltning. B-tjänster är sådana tjänster som gemenskapslagstiftaren a priori betraktat som mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel. Vilka tjänster som är B-tjänster framgår av bilaga 3 till LOU och LUF. Uppräkningen i bilagan innehåller exempelvis hotell och restaurangtjänster, järnvägstransport, sjötransport, hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter samt juridiska tjänster.

Europeiska kommissionen har tagit fram en s.k. CPV-nomenklatur för varor, tjänster och byggtreprenader.⁵ CPV-nomenklaturen ska användas vid annonsering i EUT – Tenders Electronic Daily (TED). I nomenklaturen har varje vara, tjänst, etc. en sifferkod. Om en tjänst inte återfinns bland CPV-numren är den en B-tjänst av typen ”övriga tjänster”.

Om upphandlingen avser en kombination av varor och tjänster, ska myndigheten tillämpa överviktsprincipen och följa de regler som gäller för den produkt som dominerar värdemässigt. Detsamma gäller om upphandlingen avser en blandning av A- och B-tjänster.

⁵ Kommissionens förordning 213/2008/EG av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning 2195/2002/EG om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV. Förordningen är publicerad på webbplatsen www.simap.eu.

Vid upphandling som är av gränsöverskridande intresse ska de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna tillämpas. Offentlig upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena måste också hänvisa till europeiska specifikationer och standarder i de fall förfrågningsunderlaget innehåller en teknisk beskrivning. När upphandlingen är avslutad ska myndigheten inom 48 dagar annonsera resultatet av sådana upphandlingar i EUT. Upphandling av B-tjänster, oavsett värde ska ske enligt 15 kap. LOU och LUF.

Upphandlingsförfaranden

Vid offentlig upphandling enligt LOU ska ett öppet eller ett selektivt förfarande tillämpas. Det förhandlade förfarandet med eller utan föregående annonsering får dock enligt LOU användas vid upphandling under vissa särskilt angivna omständigheter. Vid upphandling enligt LUF får emellertid förhandlat förfarande med föregående annonsering användas som ett huvudförfarande jämte öppet eller selektivt förfarande. Upphandlingsförfarandena regleras i 4 kap. i respektive lag.

Med öppet förfarande avses ett annonserat förfarande där alla leverantörer som vill får lämna anbud. Ett selektivt förfarande ska annonseras och alla intresserade leverantörer får ansöka om att få lämna anbud men endast de som bjudits in av den upphandlande myndigheten eller enheten får göra det. I ett förhandlat förfarande får den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in utvalda leverantörer och förhandla om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. Enligt 4 kap. 2 § LOU får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas om

1. de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som särskilt föreskrivits i vissa angivna lagrum,

2. det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg,

3. för finansiella eller intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag i ett öppet eller selektivt förfarande, eller

4. för byggtreprenad, som endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och som inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.

Det slutliga antalet anbudsgivare som den upphandlande myndigheten förhandlar med ska, om möjligt, vara så stort att effektiv konkurrens uppnås.

Till skillnad mot förhandlat förfarande med föregående annonsering får, enligt båda upphandlingslagarna, motsvarande förfarande utan föregående annonsering endast ske under vissa omständigheter. Det innebär att en direktupphandling kan göras på så sätt att den upphandlande myndigheten eller enheten kan vända sig direkt till en leverantör. Sådant förfarande får användas vid upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster om det

1. vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

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

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

En upphandlande enhet får enligt LUF även använda det aktuella förfarandet i vissa andra i lagen angivna fall.

Ramavtal

I 5 kap. LOU och LUF regleras att upphandlande myndigheter respektive enheter får ingå ramavtal om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. En eller flera upphandlande myndigheter eller enheter får ingå ramavtal med en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en angiven tidsperiod. Olika regler gäller sedan enligt LOU och LUF för tilldelning av kontrakt (avrop) inom ett ramavtal.

Tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får enligt LOU inte väsentligen avvika från villkoren i avtalet. Ramavtalet får inte löpa under längre tid än fyra år (inklusive options- och förlängningsklausuler) om det inte finns särskilda skäl.

Enligt LOU ska kontrakt, som grundar sig på ett ramavtal som slutits med en enda leverantör, tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Viss möjlighet till skriftligt samråd med leverantör finns. Vid behov får leverantören också uppmanas att komplettera sitt anbud.

Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer ska dessa vara minst tre, under förutsättning att det finns minst tre leverantörer som uppfyller kraven. Kontrakt som grundar sig på ramavtalet tilldelas antingen

- genom tillämpning av villkoren i ramavtalet, eller
- om alla villkoren inte är fastställda i ramavtalet, efter en förnyad konkurrensutsättning.

Tilldelning av ett kontrakt på grundval av ett ramavtal med flera leverantörer där alla villkor är fastställda, ska om inte särskilda skäl föranleder annat, ske i enlighet med en i ramavtalet fastställd rangordning eller annan anvisning. Om inte alla villkor fastställts ska leverantören på nytt bjudas in att lämna anbud i enlighet med de villkor som fastställts i ramavtalet, s.k. förnyad konkurrensutsättning. Villkoren får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Tilldelning av kontrakt inom ett ramavtal har inte närmare reglerats i LUF. Det anges att upphandlande enheter får tilldela kontrakt utan föregående annonsering om kontraktet bygger på ett ramavtal som upphandlats i enlighet med lagens bestämmelser.

Bestämmelserna om ramavtal i LOU och LUF gäller även vid upphandling enligt 15 kap., dvs. under tröskelvärdena och av B-tjänster, oavsett värde.

Upphandlingsprocessen

I 6–12 kap. LOU och LUF regleras hur själva upphandlingen ska gå till. Där anges bl.a. hur tekniska specifikationer får utformas, under vilka omständigheter som de upphandlande myndigheterna och enheterna ska respektive får utesluta en leverantör från att delta, vilka krav som får ställas på leverantörerna samt hur kontrakten ska tilldelas. De obligatoriska uteslutningsgrunderna anges i 10 kap. 1 § LOU och LUF, med hänvisning till gemenskapsrättsliga rättsakter, sammanfattningsvis enligt följande, deltagande i en kriminell organisation, bestickning, bedrägeri och penningtvätt.

De omständigheter som, enligt 10 kap. 2 § i respektive lag, får medföra uteslutning av leverantörer är om leverantören är

1. i konkurs eller likvidation, under tvångsförvaltning eller föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller underkastad näringsförbud,
2. föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom dömd för brott i yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller

6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar angående förhållandena i punkterna 1, 2, 3 och 5.

Myndigheten eller enheten får begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning med stöd av punkterna 1, 2, 3 eller 5 i de fakultativa uteslutningsgrunderna.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta

- utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller de förhållanden som avses i de obligatoriska uteslutningsgrunderna och i punkterna 1–3 i de fakultativa uteslutningsgrunderna, samt
- intyg från behörig myndighet när det gäller punkten 5 i de fakultativa uteslutningsgrunderna.

Om sådana handlingar eller intyg inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga fall som avses kan handlingarna och intygen ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran. Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett EES-land, får det antas att leverantören inte kan bli föremål för uteslutning enligt såväl de obligatoriska som de fakultativa uteslutningsgrunderna (punkterna 1– 5).

Leverantörens kapacitet och lämplighet

Innan den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett kontrakt ska den kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte uteslutits enligt ovan angivna uteslutningsgrunder. Myndigheten eller enheten får också med beaktande av vissa omständigheter begränsa antalet anbudssökande i selektiva och förhandlande förfaranden. Vidare finns i LUF särskilda bestämmelser om att en upphandlande enhet får ha ett särskilt kvalificeringssystem för att på förhand välja ut leverantörer som

får delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande, s.k. prekvalificering.

I 11 kap. 6 § LOU anges att en upphandlande myndighet får begära att en anbudssökande och anbudsgivare visar att han eller hon är registrerad i ett aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande, som förs i det land där leverantörens verksamhet är etablerad. Anbudssökanden eller anbudsgivaren kan också avge en utsaga på heder och samvete etc. eller visa upp ett intyg. Den upphandlande myndigheten får också kräva ett särskilt tillstånd om det krävs för att utföra den aktuella tjänsten. Bestämmelsen gäller även vid upphandling enligt 15 kap. LOU.

En upphandlande myndighet får vidare ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Omfattningen av den information som ska lämnas och de lägsta kapacitetskravnivåerna för ett visst kontrakt ska vara relevant och stå i proportion till kontraktsföremålet. Kapacitetskraven ska framgå av annonsen.

Listan över bevis på den ekonomiska ställningen omfattar exempelvis uppgifter om företagets omsättning, balansräkning samt bankintyg (se 11 kap. 11 § LOU). Listan är således inte uttömmande. Det är däremot listan över vilka bevis som den upphandlande myndigheten får ställa på leverantörens tekniska kapacitet (mål nr C-27/86 SA Constructions et enterprises industrielles (CEI) m.fl., REG 1987 s. 03347). Motsvarande bestämmelser saknas i LUF och gäller inte heller vid upphandling enligt 15 kap. LOU.

Vidare finns i 11 kap. LOU och LUF bestämmelser om kvalitetssäkringsstandarder och standarder för miljöledning. De anger när och hur krav på sådana standarder får ställas samt vilka bevis som de upphandlande myndigheterna och enheterna får kräva.

Tillgång till andra företags kapacitet

Vid upphandling över tröskelvärdena i LOU och LUF finns möjlighet för en leverantör att när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Motsvarande bestämmelse saknas i 15 kap. LOU och LUF.

3.4 Upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster

Inledning

Bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF reglerar upphandling som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområden. Kapitlen i respektive lag innehåller inte några väsentliga förändringar jämfört med 6 kap. i ÄLOU. En anpassning till bestämmelserna som reglerar upphandling över tröskelvärdena har dock skett. Hänvisningen till 5 kap. om ramavtal medför att dessa regler blir tillämpliga också vid upphandling enligt 15 kap.

Bestämmelserna anvisar vilka alternativa upphandlingsförfaranden – ramavtal, förenklat förfarande eller urvalsförfarande – som kan användas vid upphandling som inte behöver följa de direktivstyrda bestämmelserna.

Av 15 kap. 3 § LOU respektive LUF framgår också att direktupphandling får ske om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

Enligt EG-domstolens praxis ska de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i

fördraget tillämpas vid upphandling som har ett samband med den gemensamma inre marknaden. EG-domstolens praxis är lagfäst i direktiven om upphandling, vilka i sin tur är genomförda genom hänvisningen till 1 kap. (1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF) i 15 kap. 2 § respektive lag.

Enligt 1 kap. 2 § andra stycket LOU får bestämmelserna i 15 kap. samma lag tillämpas vid offentlig upphandling av

- B-tjänster,
- andra kontrakt vars värde inte överstiger gällande tröskelvärden,
- viss upphandling på försvarsområdet, och
- upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

Kontrakt vars värde inte uppgår till gällande tröskelvärden

Som ovan anges får förfarandena i 15 kap. LOU och LUF användas vid upphandling av andra kontrakt vars värde inte uppgår till gällande tröskelvärden.

Av uttrycket ”andra kontrakt” i 1 kap. 2 § andra stycket LOU följer att 15 kap. får tillämpas på kontrakt avseende varor, tjänster och byggentreprenader samt byggkoncessioner och projekttävlingar. Härigenom framgår att även byggkoncessioner och projekttävlingar omfattas av 15 kap. under förutsättning att värdet av koncessionen eller projekttävlingen inte överstiger tillämpligt tröskelvärde (prop. 2006/07:128 s. 425).

Upphandling inom denna kategori avser även A-tjänster. Vad som ska anses utgöra byggentreprenad eller A-tjänst framgår av bilagorna 1 och 2 till LOU respektive LUF och den ovan nämnda CPV-nomenklaturen för varor, tjänster och byggentreprenader.

Viss försvarsupphandling och upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet

Upphandlingar av försvarsprodukter och sådana upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet är undantagna från de förfaranden som gäller över tröskelvärdena. Undantaget för försvarsupphandlingar avser varor och tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget. Vad som avses är offentlig upphandling av försvarsprodukter utan civil användning. Sådana upphandlingar omfattas endast av 15 och 16 kap. LOU.

Inom EU pågår ett arbete med att ta fram ett direktiv som särskilt ska reglera upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet, se t.ex. KOM (2007[766] slutlig). Europaparlamentet antog den 14 januari 2009 rådets kompromissförslag.

Direktupphandling vid "lågt värde"

Enligt 2 kap. 23 § LOU och 2 kap. 26 § LUF avses med direktupphandling ett förfarande utan krav på anbud. Enligt 15 kap. 3 § LOU respektive LUF får direktupphandling användas, om kontraktets värde är lågt eller om det föreligger synnerliga skäl.

Varje upphandlande myndighet eller enhet fattar själv beslut om riktlinjer för vad som är lågt värde, dvs. var gränsen för direktupphandling ska ligga. Vad som ska anses utgöra lågt värde kan dock bli föremål för domstolsprövning och bestäms således ytterst genom rättspraxis.

Direktupphandling vid synnerliga skäl

Synnerliga skäl är den andra grunden som motiverar att direktupphandling får ske. Uttrycket synnerliga skäl innebär att direktupphandling endast får utnyttjas i undantagsfall.

I propositionen 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling (s. 99) har uttrycket synnerliga skäl kommenterats på följande sätt.

Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendialternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling grunda rätt till direktupphandling.

Annonseringsskyldighet vid förenklad upphandling och urvalsupphandling

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Vid tillämpning av urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten publicera en ansökningsinbjudan

genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Av inbjudan ska det framgå hur en anbudsansökan får lämnas och den dag ansökan senast ska ha kommit in. Myndigheten får 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 (se 15 kap. 6 § LOU respektive LUF). I paragrafen finns således, utöver kravet på annonsering, även bestämmelser om hur en upphandlande myndighet eller enhet ska gå till väga när den bestämmer hur många leverantörer som ska få lämna anbud. Om fler leverantörer kvalificerar sig än vad som angivits i ansökningsinbjudan, ska myndigheten eller enheten genom ett objektiva förfarande välja ut vilka leverantörer som får lämna anbud.

Oavsett valet av upphandlingsförfarande ska annonseringssättet och databasen vara så kända att effektiv konkurrens uppnås. Att en myndighet eller enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla (prop. 1999/2000:128 s. 26).

Databaser för annonsering av upphandling enligt 15 kap. LOU respektive LUF ombesörjs inte av staten.

Undantag från annonseringskyldigheten vid förenklad upphandling

En upphandlande myndighet eller enhet får enligt 15 kap. 4 och 5 §§ LOU och LUF utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om

1. det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och under förutsättning att kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget inte ändras väsentligt,

2. det gäller varor som framställs enbart för forsknings-, utvecklings-, experiment- eller studieändamål och under

förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör, eller

4. det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäligen tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Bestämmelserna trädde i kraft den 1 januari 2001. Det ansågs motiverat att införa bestämmelserna mot bakgrund av att snarlika bestämmelser fanns för upphandlingar över tröskelvärdena, dvs. bestämmelserna om förhandlad upphandling utan annonsering. Det förenklade förfarandet valdes av det skälet att det möjliggjorde också för andra leverantörer, som inte särskilt tillfrågats, att lämna anbud (prop. 1999/2000:128 s. 28).

Dokumentation och förvaring av handlingar

En upphandlande myndighet eller enhet ska anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse för upphandlingen. Det gäller dock inte tilldelning av kontrakt som avser lågt värde.

När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar m.m. samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande i minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

3.5 Rättsmedel

Överprövning – under pågående upphandling

Överprövning enligt LOU och LUF kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU och LUF får leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Ansökan görs enligt 16 kap. 3 § LOU respektive 16 kap. 4 § LUF, hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sitt hemvist. Av 16 kap. 1 § andra och tredje styckena LOU och LUF framgår att domstolen inte får pröva en ansökan om överprövning efter en viss tidpunkt. Vid direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. Vid tillämpning av ett annat upphandlingsförfarande får en ansökan som huvudregel inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Att bestämmelserna skiljer sig åt i detta hänseende beror på att det vid direktupphandlingar inte finns något krav på upphandlingskontrakt och ett avtal kan därför vara slutet även om det inte finns något skriftligt undertecknat avtal (prop. 2001/02:142 s. 100). En ansökan som gäller annan upphandling än direktupphandling får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat underrättelse om tilldelningsbeslut eller beslut om att sluta ramavtal eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. Från denna s.k. tiodagarsregel görs i 16 kap. 1 § fjärde stycket LOU och LUF vissa undantag.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten brutit mot någon bestämmelse och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU och LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av RÅ 2005 ref. 47 framgår att domstolen ska välja vilken av dessa åtgärder som ska vidtas oavsett hur yrkandet utformats. I det refererade målet yrkade en leverantör att upphandlingen skulle göras om men Regeringsrätten beslutade om rättelse. Domstolen är således inte bunden av vilken åtgärd som yrkas.

Även om en rättelse kan avse olika delar av förfarandet innebär ett avgörande om rättelse normalt att den upphandlande myndigheten eller enheten måste fatta ett nytt tilldelningsbeslut.

Inom försörjningssektorerna får rätten enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF, förbjuda den upphandlande enheten vid vite att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Enligt 16 kap. 4 § LOU och 16 kap. 5 § LUF får ett beslut som denna lag är tillämplig på inte överklagas med stöd av kommunallagen (1991:900).

Skadestånd – efter avslutad upphandling

En upphandlande myndighet eller enhet som inte följt bestämmelserna i LOU eller LUF ska, enligt 16 kap. 5 § LOU och 16 kap. 6 § LUF, ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

Anbudssökande eller anbudsgivare som deltagit i en upphandling är, enligt 16 kap. 7 § LUF, berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i LUF menligt har påverkat möjligheterna att tilldelas kontraktet. Högsta domstolen (HD) har i dom den 31 maj 2007 (mål nr T 2883-04) bedömt storleken av skadestånd vid brott mot ÄLOU och uttalat sig om vad som bör gälla vid skadestånd dels på grund av fel vid en genomförd upphandling, dels när beställaren inte infordrat något anbud. Av 16 kap. 6 § LOU och 16 kap. 8 § LUF framgår att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år.

Tillsyn

Konkurrensverket utövar, sedan den 1 september 2007, tillsyn över den offentliga upphandlingen. Konkurrensverket får hämta in alla nödvändiga upplysningar från upphandlande myndigheter eller enheter och dessa är skyldiga att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn (16 kap. 7 och 8 §§ LOU respektive 16 kap. 9 och 10 §§ LUF).

Granskning och medling enligt LUF

I 16 kap. 11 § LUF finns bestämmelser om oberoende granskning av upphandlingsrutiner på begäran av en upphandlande enhet. Bestämmelser om ett särskilt medlingsförfarande för försörjningssektorerna finns i 16 kap. 12–14 §§ LUF.

4 Ändringsdirektivet

4.1 Inledning

Det finns två rättsmedelsdirektiv som syftar till att säkerställa efterlevanden 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).⁶ 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).⁷

Rättsmedelsdirektiven har genomförts i svensk rätt genom bestämmelserna om överprövning m.m. som finns i 16 kap. LOU och 16 kap. LUF. Sedan genomförandet av direktiven har bestämmelserna i svensk rätt ändrats vid ett flertal tillfällen, bl.a. på grund av utvecklingen av EG-domstolens praxis. Ett direktiv om ändring av de båda rättsmedelsdirektiven har beslutats.⁸ Detta direktiv, Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets

⁶ EGT L 395, 30.12.1989, s. 33–35, Svensk specialutgåva område 6 Volym 3 s. 0048.

⁷ EGT L 76, 23.3.1992, s. 14–20, Svensk specialutgåva område 6 Volym 3 s. 0127.

⁸ KOM(2006) 195 slutlig.

direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet)⁹, ska genomföras i svensk rätt senast den 20 december 2009.

Det övergripande syftet med ändringsdirektivet är att komma till rätta med två väsentliga problem. Det första problemet är att en upphandlande myndighet eller enhet skyndar sig att teckna ett upphandlingskontrakt, dvs. ingår avtal för att på så sätt stänga möjligheten till överprövning ("race to signature"). Genom ändringsdirektivet införs bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter förbjuds att ingå avtal inom en viss tid efter det att underrättelse om tilldelningsbeslutet har skickats till berörda anbudssökande och anbudsgivare (avtalsspärr). Det andra problemet är att det saknas effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar av kontrakt, dvs. upphandlingar som sker utan vederbörlig annonsering. För att komma till rätta med detta införs bestämmelser om ogiltighet av avtal som påföljd vid otillåten direktupphandling.

Ändringsdirektivet är uppbyggt på så sätt att det har ett antal gemensamma beaktandesatser som följs av ändringar i respektive rättsmedelsdirektiv. Ändringarna är sakligt sett i allt väsentligt desamma i båda rättsmedelsdirektiven. Vissa ändringar görs i befintliga artiklar, men de viktigaste förändringarna görs genom att sex nya artiklar, artikel 2a–2f införs i båda rättsmedelsdirektiven. För det fall inget annat anges avser ändringarna i det följande – även när endast en artikel anges – båda rättsmedelsdirektiven. I de fall inget annat anges avser artiklar i texten vidare endast de artiklar som ändras eller införs genom ändringsdirektivet.

Ändringsdirektivet återfinns i *bilaga 1*.

⁹ EUT L 335, 20.12.2007, s. 31.

4.2 Ändringsdirektivets huvudsakliga innehåll

Tillämpningsområde (artikel 1)

Enligt ändringsdirektivets artikel 1.1 är rättsmedelsdirektiven tillämpliga på sådana upphandlingar som täcks av förfarandedirektiven (jfr även artikel 81 i det klassiska direktivet och artikel 72 i försörjningsdirektivet). Om en upphandling är av sådant slag att den uttryckligen undantas från förfarandedirektivets tillämpningsområden, är rättsmedelsdirektiven inte tillämpliga. I ändringsdirektivets beaktandesats 2 hänvisas till EG-domstolens praxis angående tolkningen av vad som utgör ett avtal som omfattas av tillämpningsområdet för förfarandedirektiven.

Förfarandedirektiven omfattar sådana upphandlingar, vars värde uppgår till minst vissa angivna tröskelvärden. Enligt förfarandedirektiven är dock viss upphandling över tröskelvärdena undantagen från direktivets tillämpningsområde.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att ett upphandlingsbeslut gällande avtal kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i ändringsdirektivet.

Period under vilken avtal inte får ingås (artikel 2a)

Medlemsstaterna ska införa bestämmelser som förbjuder att avtal om upphandling ingås under en viss tid efter underrättelse om tilldelningsbeslutet (avtalsspärr). Denna avtalsspärr ska göra det praktiskt möjligt för berörda anbudssökande eller anbudsgivare att begära överprövning av tilldelningsbeslutet. Avtalsspärrens längd beror bl.a. på den upphandlande myndighetens eller enhetens val av kommunikationsmedel.

Tidsfristen för en avtalsspärr ska enligt artikel 2a.2 vara minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att underrättelse om tilldelningsbeslutet skickats till berörda anbudssökande eller anbudsgivare med telefax eller elektroniska medel.

Om andra kommunikationsmedel används ska tidsfristen vara minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att underrättelse om tilldelningsbeslutet översändes till berörda anbudssökande eller anbudsgivare. Alternativt ska tidsfristen vara tio kalenderdagar från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning har erhållits.

I artikel 2a.2 preciseras när anbudssökande och anbudsgivare ska anses vara berörda av ett tilldelningsbeslut.

Artikeln föreskriver också att underrättelsen om tilldelningsbeslutet, utöver en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet såsom föreskrivs i förfarandedirektiven, ska innehålla information om den exakta tiden för avtalsspärrens längd.

Undantag från avtalsspärr (artikel 2b)

Enligt artikel 2b får medlemsstaterna införa undantag från kravet på avtalsspärr i vissa fall. Detta gäller om

- a) förfarandedirektiven inte kräver att upphandlingen föregås av annonsering i EUT,
- b) den enda berörda anbudsgivaren är den som har tilldelats kontraktet och inga anbudssökande berörs,
- c) kontraktet tilldelas på grundval av ett ramavtal enligt artikel 32 i det klassiska direktivet, eller inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem enligt artikel 33 i det klassiska direktivet eller artikel 15 i försörjningsdirektivet.¹⁰

¹⁰ Gemenskapens bestämmelser om dynamiska inköpssystem är inte genomförda i Sverige. Förslag om bestämmelser om dynamiska inköpssystem har lämnats av 2004 års Upphandlingsutredning i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2, s. 129 ff. (SOU 2006:28) och bereds för närvarande av Regeringskansliet.

För det fall undantagen enligt c) införts ska medlemsstaterna säkerställa att avtalet kan ogiltigförklaras i enlighet med artikel 2d och 2e om den upphandlande myndigheten eller enheten överträtt bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning¹¹ och om det enskilda kontraktsvärdet beräknas uppgå till eller överstiga tillämpliga tröskelvärden.

I sammanhanget bör noteras att LUF inte innehåller några bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal (se prop. 2006/07:128 s. 176 ff.).

Förlängd avtalsspärr (artikel 1.5 och artikel 2.3)

Medlemsstaterna får enligt artikel 1.5 kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten (omprövning). I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tills vidare inte får ingås under vissa i artikeln närmare angivna tidsfrister (förlängd avtalsspärr).

Medlemsstaterna ska, enligt artikel 2.3, införa bestämmelser som innebär att en ansökan, till ett organ som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten, om prövning eller om interimistiska åtgärder ska utlösa ett förbud att ingå avtal om upphandlingen tills dess att första instans fattat ett interimistiskt beslut eller prövat målet i sak. Sådan förlängd avtalsspärr vid överprövning är obligatorisk endast i första instans och är avsedd att, i förekommande fall, förlänga avtalsspärren i artikel 2a.2 respektive den särskilda avtalsspärr som enligt artikel 2d.4 och 2d.5 ska gälla vid frivillig förhandsinsyn.

¹¹ Se artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen och artikel 33.5 eller 33.6 i det klassiska direktivet, samt artikel 15.5 eller 15.6 försörjningsdirektivet.

Ogiltighet (artikel 2d.1 och 2d.2)

Medlemsstaterna ska införa bestämmelser som innebär att avtal ska kunna ogiltigförklaras av ett oberoende prövningsorgan. Ogiltighet ska enligt artikel 2d.1 föreskrivas i följande tre fall.

a) Om den upphandlande myndigheten eller enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående annonsering i EUT utan att detta är tillåtet i enlighet med förfarandedirektiven.

b) Vid överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr (artikel 1.5, 2.3 eller 2a.2) om överträdelsen har berövat den anbudsgivare som ansökt om överprövning möjligheten att rikta anspråk före ingåendet av avtalet, i kombination med en överträdelse av förfarandebestämmelserna, om den överträdelsen har påverkat möjligheterna för anbudsgivaren att erhålla kontraktet.

c) Vid överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning i fråga om kontrakt som bygger på ramavtal eller dynamiska inköpssystem och medlemsstaten infört undantag från avtalsspärr (se artikel 2b. c andra stycket).

Enligt artikel 2d.2 ska följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt bestämmas i nationell lagstiftning. Det får därför i nationell lagstiftning föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaten föreskriva att det finns möjlighet att påföra alternativa sanktioner enligt artikel 2e.2.

Undantag från ogiltighet (artikel 2d.3)

Artikel 2d.3 medger att medlemsstaterna gör undantag från kravet på ogiltighet om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I detta fall ska medlemsstaten föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2, som ska tillämpas i stället.

Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får endast beaktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder.

Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska emellertid inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Som exempel på sådana hänsyn anges kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med att ett nytt upphandlingsförfarande inleds, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.

Förhandsinsyn (artikel 2d.4 och 2d.5)

Medlemsstaterna är skyldiga att införa bestämmelser som gör det möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att undvika ogiltighet av ett ingånget avtal enligt artikel 2d.1a, dvs. om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande om offentlig upphandling i EUT utan att detta är tillåtet enligt förfarandedirektiven. Detta ska göras genom ett förfarande med förhandsinsyn. Enligt artikel 2d.4 ska den upphandlande myndigheten eller enheten, om den anser att tilldelning av ett kontrakt utan föregående annonsering är tillåtet enligt förfarandedirektiven, kunna annonsera sin avsikt att direkttilldela ett kontrakt i EUT med angivande av bl.a. motiveringen för beslutet (se artikel 3a). Avtal får därefter inte ingås förrän efter en viss tid, minst tio dagar räknat från dagen efter annonseringen. Om annonsering på detta sätt skett innan avtal har slutits och avtalsspärren har respekterats, kan avtalet inte förklaras ogiltigt.

Underrättelse om tilldelningsbeslut (artikel 2d.5)

Om en medlemsstat med stöd av artikel 2b.c i ändringsdirektivet föreskriver undantag från avtalsspärren vid tilldelning av

kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal eller vid tilldelning av ett kontrakt som grundar sig på ett dynamiskt inköpssystem ska avtalet enligt artikel 2d.1c i ändringsdirektivet kunna ogiltigförklaras.

Enligt artikel 2d.5 i ändringsdirektivet ska den upphandlande myndigheten eller enheten för att undvika att ett sådant avtal kan komma att förklaras ogiltigt kunna sända en underrättelse om tilldelningsbeslutet, med en kort redogörelse för skälen till beslutet, till berörda anbudssökande och anbudsgivare samt därefter iakttä en avtalsspärr om tio eller 15 dagar, beroende på kommunikationsmedel, innan avtal sluts.

Detta förutsätter att den upphandlande myndigheten eller enheten anser att kontraktstilldelningen är i enlighet med artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen eller artikel 33.5 och 33.6 i det klassiska direktivet, respektive artikel 15.5 och 15.6 i försörjningsdirektivet.

Alternativa sanktioner (artikel 2e)

Medlemsstaterna är skyldiga att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall.

Vid överträdelser av bestämmelserna om avtalsspärr (artikel 1.5, 2.3 och 2a.2) som inte omfattas av artikel 2d.1b, ska medlemsstaterna föreskriva ogiltighet av avtal enligt artikel 2d.1–2e.3 eller alternativa sanktioner. Medlemsstaterna får föreskriva att prövningsorganet får besluta om en överträdelse ska medföra ogiltighet eller en alternativ sanktion.

De alternativa sanktionerna ska utgöras av att den upphandlande myndigheten eller enheten åläggs avgifter eller att avtalstidens längd förkortas. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

I artikeln klargörs att skadestånd inte är någon lämplig sanktion.

Tidsfrister (artikel 2c och artikel 2f)

Artikel 2c anger minimitider när en medlemsstat föreskriver om tidsfrister för att ge in en ansökan om prövning av ett beslut av en upphandlande myndighet. Fristens längd beror bl.a. på den upphandlande myndighetens val av kommunikationsmedel.

Tidsfristen ska vara minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens beslut översändes till anbudssökanden eller anbudsgivaren, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, antingen minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens beslut översändes till anbudssökanden eller anbudsgivaren eller minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens beslut erhöles.

När det gäller en ansökan om prövning av beslut som avses i artikel 2.1b, som inte är föremål för ett särskilt meddelande, ska tidsfristen vara minst tio kalenderdagar räknat från och med den dag det berörda beslutet offentliggörs.

Enligt artikel 2f.1a får medlemsstaterna förskriva att en ansökan om prövning avseende ogiltighet av ett avtal enligt artikel 2d.1 ska göras före utgången av minst 30 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att

- den upphandlande myndigheten eller enheten har annonserat kontraktstilldelningen i enlighet med bestämmelserna om efterannonsering i förfarandedirektiven (artiklarna 35.4, 36 och 37 i det klassiska direktivet respektive artiklarna 43 och 44 i försörjningsdirektivet), under förutsättning att meddelandet innehåller en motivering av den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående annonsering i EUT, eller

- den upphandlande myndigheten eller enheten har underrättat berörda anbudssökande och anbudsgivare om avtalets ingående under förutsättning att denna information innehåller en sammanfattning av skälen enligt artikel 41.2 och

41.3 i det klassiska direktivet respektive artikel 49.2 i försörjningsdirektivet. Detta alternativ gäller också för tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtal när undantag gjorts från kravet på avtalsspärr enligt artikel 2b.c.

Medlemsstaterna får enligt artikel 2f.1b föreskriva att en ansökan om prövning i enlighet med artikel 2d.1 under alla omständigheter ska göras före utgången av minst sex månader räknat från och med dagen efter det att avtalet slöts.

Enligt artikel 2f.2 ska i alla övriga fall tidsfristerna för att ansöka om prövning fastställas i nationell lagstiftning om inte annat förskrivs i artikel 2c.

Korrigeringsmekanism (artikel 3 respektive artikel 8)

Bestämmelser i första och andra rättsmedelsdirektivet om kommissionens möjlighet att ingripa mot överträdelse av gemenskapsrätten i samband med upphandling kvarstår enligt ändringsdirektivet. Möjligheten för kommissionen att inleda detta förfarande begränsas dock till allvarliga överträdelse (jfr beaktandesats 28).

Granskning och medling (beaktandesatserna 29 och 30)

Inom försörjningssektorerna finns, enligt nu gällande bestämmelser, en möjlighet för en upphandlande enhet att få sina rutiner granskade av en oberoende granskare i syfte att bedöma om rutinerna stämmer överens med upphandlingsreglerna (artiklarna 3–7 i första rättsmedelsdirektivet och 16 kap. 11 § LUF). Vidare finns inom försörjningssektorerna en möjlighet att få till stånd ett särskilt medlingsförfarande (artiklarna 9–11 i första rättsmedelsdirektivet och 16 kap. 12–14 §§ LUF). Enligt beaktandesatserna 29 och 30 i ändringsdirektivet har dessa båda möjligheter utnyttjats i mycket begränsad omfattning och bestämmelserna om dessa förfaranden har därför upphävts.

5 Nuvarande rättsmedel i andra medlemsstater

Inledning

Vid en genomgång av nedanstående summariska beskrivningar¹² av olika länders rättsmedelssystem ska beaktas att medlemsstaterna genomfört första och andra rättsmedelsdirektiven.

Gemenskapsrättslig reglering och praxis är således grundläggande gemensamma nämnare för alla EU/EES-stater. Det föreligger dock väsentliga skillnader i rättssystematiken mellan länderna beroende bl.a. på rättstradition, myndighetsstrukturer och hur rättsmedlen är konstruerade inom andra rättsområden.

Danmark

Den danska konkurrensmyndigheten, Konkurrencestyrelsen (KS), agerar som ett informellt forum för tvist- och problemlösning. Kompetens att utfärda rättsligt bindande beslut finns dock inte. Denna informella tvistlösningsmekanism anses utgöra en snabb och mindre byråkratisk väg att lösa tvister. Ungefär 30 procent av samtliga upphandlingsärenden hanteras

¹² Källa: Public Procurement review and remedies systems in the European Union, SIGMA Paper No 41, GOV/SIGMA(2997)5, 6 april 2007.

inom ramen för detta system. Om rekommendationen från KS inte följs av den upphandlande myndigheten har KS behörighet att hänvisa ärendet till en särskild nämnd för upphandlingsärenden (Klagenævnet for Udbud).

Vid ett överklagande ska den klagande samtidigt underrätta motparten om att ett förfarande inleds. Ett överklagande medför ingen automatisk avtalsspärr, utöver den lagstadgade. Nämnden kan dock besluta interimistiskt om att avtal inte får ingås under den pågående processen.

Innan ett upphandlingskontrakt har slutits får nämnden avbryta eller rätta upphandlingsproceduren. Nämnden är inte behörig att ogiltigförklara ett ingånget avtal. Sedan 2000 får nämnden tillerkänna skadestånd. Detta anses vara en viktig nyhet i rättssystemet. Tidigare fick en anbudsgivare vända sig särskilt till allmän domstol med ett sådant anspråk.

En sällan använd möjlighet är att begära överprövning i allmän domstol. Istället hanteras de flesta överprövningar i nämnden för upphandlingsärenden (vissa ärenden om upphandling av prospektering prövas dock av Sjörätts- och marknadsdomstolen).

Finland

Sedan 2002 behandlar Marknadsdomstolen i Finland överprövningar av upphandlingsärenden. En klagande ska underrätta den upphandlande myndigheten om avsikten att lämna in en begäran om överprövning. Ett överklagande ska ha kommit in senast 14 dagar efter underrättelse om beslutet. Det är aktuellt att flytta mål om upphandling under det nationella tröskelvärdet från Marknadsdomstolen. Överklagande från första instans sker till den finska motsvarigheten till den svenska Regeringsrätten.

Marknadsdomstolen är behörig att helt eller delvis upphäva ett tilldelningsbeslut, förbjuda en upphandlande myndighet att använda felaktigt underlag eller felaktig procedur, kräva att en

felaktig procedur korrigeras samt bestämma att kompensation ska utgå för en förlorande anbudsgivare som faktiskt skulle haft rätt till tilldelning av kontraktet om upphandlingsförfarandet varit korrekt. Beslut kan kombineras med vite. Förutom möjligheten till kostnadskompensation, kan talan om skadestånd väckas vid allmän domstol.

Frankrike

Överprövningar av upphandlingsbeslut hanteras normalt av de administrativa domstolarna. Innan en upphandling är avslutad kan en anbudsgivare begära överprövning av samtliga beslut i upphandlingsprocessen.

Om den upphandlande myndigheten avbrutit upphandlingen kan skadestånd utgå. Efter det att ett kontrakt har slutits är talan begränsad till att avse vissa särskilda beslut som gällt anbudsgivaren under upphandlingsprocessen, exempelvis utslutning och formkrav beträffande bemyndigande att ingå avtal.

Antalet överprövningar har ökat i antal. Från 2001 till 2004 har överklagandena till första instans ökat med drygt 15 procent (totalt 5 048 mål under 2004). För motsvarigheten till de svenska kammarrätterna uppgår ökningen till drygt 50 procent under samma period (totalt 755 mål under 2004). I högsta instans har antalet mål varit i stort sett konstant under 2001–2004 (ca 130–180 mål/år).

Vissa former av otillåten favorisering är straffbart i Frankrike. Vissa tilldelningsbeslut kan prövas straffrättsligt och hanteras av allmän domstol. En särskild domstol för skatter och andra finansiella disciplinärenden kan också utdöma sanktioner för de tjänstemän som bär ansvar för felaktigheter i upphandlingsförfaranden.

Möjlighet finns också att ansöka om en prekontraktuell prövning av upphandlingsförfaranden i förvaltningsdomstol. Om ett avtal ingås innan domstolen beslutat i ärendet, ska det

avskrivnas. Denna modell anses utgöra en svaghet i det franska systemet med prekontraktuell prövning. En bestämmelse som ofta nyttjas för att domstolen ska hinna avgöra frågan i sak är att den fattar ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås under en period om 20 dagar. Efter den tidsutdräkten återfår myndigheten kapacitet att ingå avtal. Domstolens behörighet omfattar inte en bedömning av anbudsgivarnas meriter eller om de uppfyller kraven för att bjuda på ett kontrakt. Vid beslut om att rätta brister i ett förfarande inom försörjningssektorerna har domstolen behörighet att förelägga vite. Ett överklagande av en prekontraktuell prövning sker till högsta instans (Conseil d'Etat för publika kontrakt och Cour de cassation för privaträttsliga kontrakt under vissa givna förutsättningar).

Antalet prekontrakтуella prövningar har ökat med cirka 175 procent mellan 2001 och 2004 (totalt 474 mål under 2004). Det bedöms att systemet tillgodoser möjligheten att snabbt och lätt rätta till felaktiga tilldelningsbeslut. Det framhålls också att möjligheten till överprövning närmast synes användas för att hindra eller fördröja en tilldelning.

Mål om skadestånd hanteras som självständiga ärenden och regleras antingen civil- eller förvaltningsrättsligt beroende på den upphandlande myndighetens rättsliga status eller kontraktets art.

Irland

Den irländska upphandlingsmyndigheten bistår upphandlande myndigheter med råd och stöd i syfte att minimera antalet felaktiga upphandlingar och rättsprocesser. Överprövning sker i motsvarande allmän domstol, High Court, som har särskilt inrättade avdelningar för kommersiella mål. Mål om upphandling tillhör denna kategori. Domstolen får ändra eller justera ett kontrakt. Sedan mitten av 1990-talet har det varit möjligt att ogiltigförklara ett ingånget avtal. Domstolen kan också besluta om kostnadskompensation och annat skadestånd. En förfördelad part har normalt tre månader på sig att överklaga sedan denne

fått kännedom om felaktigheten i upphandlingen. Upphandlingsförfarandet stoppas inte per automatik under pågående rättsprocess. Överklagande sker till Supreme Court, vilken motsvaras av den svenska Högsta domstolen.

Nederländerna

Överprövning av upphandling och utdömmande av sanktioner hanteras uteslutande av allmän domstol. Ärendena hanteras inom ramen för en civilrättslig process och beslut om åtgärder eller skadestånd kan utgå i förhållande till hur klaganden framställer sin talan. Straffavgift kan åläggas för att säkerställa att domstolens beslut fullgörs av en upphandlande enhet. Domstolen har ett stort utrymme för att vidta adekvata åtgärder i det enskilda fallet och det framhålls som en viktig och positiv faktor för upphandlingsrättens systematik.

Möjlighet finns också att använda sig av skiljeförfarande. Under 2007 mottog parlamentet ett förslag om att möjligheten till skiljeförfarande ska utmönstras och att alla tvister löses i allmän domstol i syfte att säkerställa eller stärka anbudsgivares ställning i upphandlingsförfaranden.

Norge

Anbudsgivare kan begära överprövning av ett upphandlingsförfarande i allmän domstol. För att effektivisera denna process inrättades 2003 ett sekretariat för upphandlingsärenden (Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA). Administrativt lyder sekretariatet under den norska konkurrensmyndigheten.

Ett nämndavgörande är en rekommendation som inte är rättsligt bindande. Erfarenheterna visar att rekommendationerna följs i nästan samtliga fall. Om en begäran om prövning kommer in under tiden för avtalsspärr, ber nämnden den upphandlande

myndigheten att avvakta med att ingå avtal. Någon skyldighet för myndigheten att avbryta upphandlingen föreligger inte.

Bland kretsen som arbetar aktivt med upphandling anses möjligheten att vända sig till nämnden utgöra ett bra alternativ till förfarandet i allmän domstol.¹³

Under 2006 inrättades möjligheten för nämnden att utfärda en sanktionsavgift på upp till 15 procent av kontraktsvärdet i de fall en upphandlande myndighet åsidosätter reglerna om upphandling (otillåten direktupphandling). För att avgiften ska dömas ut fordras uppsåt eller grov oaktsamhet. Möjligheten att väcka talan om sanktion upphör två år efter det att ett otillåtet avtal har slutits (preskription). Till skillnad från övriga avgöranden har nämndens beslut om sanktionsavgift rättskraft. I fråga om otillåten direktupphandling krävs inte att den som anmäler berörs av saken. En anmälan kan dessutom prövas utan att klaganden är delaktig i processen. Syftet med detta är att öka möjligheterna att avslöja otillåten direktupphandling.

I upphandlingsärenden i övrigt har endast berörda anbudsgivare talerätt. Även organisationer med sakligt intresse i en upphandling har en självständig talerätt.

Portugal

Anbudsgivare kan klaga direkt hos den upphandlande myndigheten eller hos myndighetens huvudman om sådan finns. I praktiken utgör denna form av omprövningsförfarande den huvudsakliga tvistlösningsmekanismen. Möjlighet till skiljeförfarande finns också om detta anges som en förutsättning i upphandlingen. Utöver nämnda forum, finns dock alltid möjlighet att begära överprövning i förvaltningsdomstol.

Förvaltningsdomstolarna är behöriga att upphäva enskilda moment eller hela upphandlingsförfarandet. Beslut kan också tas om att upphandlingen ska göras om. Det är möjligt att

¹³ Resource Partner, Evaluering av Klagenemnda for offentlige anskaffelser – KOFA for Fornyings- og administrationsdepartementet, 2006, s. 4 ff.

ogiltigförklara ingångna avtal. Begäran om överprövning av enskilda moment i en upphandling ska ske inom fem dagar. Ett tilldelningsbeslut ska överklagas inom tio dagar. En process i förvaltningsdomstol hindrar att avtal ingås. Skadestånd kan utgå till anbudsgivaren.

Storbritannien

Ett överklagande ska lämnas in till allmän domstol omgående och i vissa fall i vart fall senast inom tre månader. En leverantör som avser att klaga ska underrätta den upphandlande myndigheten. Om myndigheten har kännedom om att en överprövning kommer att initieras får ett avtal inte ingås förrän överprövningen är avslutad. Domstolen kan ålägga myndigheten att rätta ett underlag för förfarandet eller ett anbud. En avtalsspärr om tio dagar har inrättats. Praxis är för närvarande oklar i fråga om domstolen kan upphäva ett kontrakt som slutits utan att avtalsspärren iakttagits. En sanktion kan utgå i form av skadestånd till förfördelad anbudsgivare.

Det är inte särskilt vanligt förekommande att upphandlingar överklagas. En uppfattning hos näringslivet som framhålls är att en process kan få negativa konsekvenser för framtida affärsrelationer och att det är svårt att bevisa förekomsten av begånga fel.

Tyskland

Tyskland har tre olika former av rättsmedel. Regleringen är hämtad från EU-direktiven och är endast tillämplig på upphandling över de gemenskapsrättsliga tröskelvärdena. Därutöver återfinns regleringen i federala och kommunala budgetlagar och i särskilda lagar om tilldelning av kontrakt för arbete, varor och tjänster eller för professionella tjänster. Anbudsgivare tillerkänns inte några särskilda rättigheter vad

gäller rättsmedel under tröskelvärdena. Möjlighet finns dock att vända sig till allmän domstol. Praxis är oklar i vilken omfattning förvaltningsdomstolarna har kompetens att pröva upphandlingsförfaranden. I vissa regioner har domstolarna ansett att man har kompetens att avgöra frågor om upphandling. Dessa avgöranden är dock omstridda.

I mål över tröskelvärdena kan samtliga beslut överprövas med förbehåll att ett redan ingånget avtal inte kan förklaras ogiltigt. Ett avgörande ska fattas av en särskild prövningsinstans (Vergabekammern, VK) inom fem veckor från det att ärendet kom in. Möjlighet finns att förlänga tiden för prövning. Om ärendet inte avgörs inom angiven tid ska emellertid avsaknad av beslut anses utgöra ett avslag på ansökan. Vid ansökan till VK tas en avgift ut om minst 2 500 euro. Ett beslut kan överklagas till domstol (Oberlandesgerichte, OLG). En domstolsavgift tas ut som motsvarar fem procent av kontraktsvärdet. Det finns inte någon möjlighet att överklaga till en högre instans.

En VK får vidta lämpliga åtgärder för att rätta till en bristfällig upphandling. När en upphandlande myndighet fått kännedom om att en överprövning inletts får den inte ingå avtal innan VK meddelat beslut. En myndighet får dock ansöka om att ingå avtal under den tid som prövningen pågår.

Skadestånd kan tilldelas en förfördelad part. För detta krävs att talan väcks i allmän domstol.

6 Överväganden och förslag

6.1 Avtalsspärr m.m.

6.1.1 Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut ska avtal om upphandling inte få ingås (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslut med ett elektroniskt medel. Om underrättelsen skickats på annat sätt ska avtal om upphandling inte få ingås förrän 15 dagar har gått.

Om en längre avtalsspärr än den lagstadgade minimifristen angetts i underrättelsen om tilldelningsbeslut ska avtal om upphandling inte få ingås förrän den i underrättelsen angivna perioden har gått.

Avtalsspärr ska gälla såväl för upphandlingar inom det direktivstyrda området som för upphandlingar som inte omfattas av direktivet.

Skälen för förslaget: Artikel 2a.2 i ändringsdirektivet föreskriver att ett avtal inte får ingås förrän en viss tid efter det

att en underrättelse om tilldelningsbeslut skickats till berörda anbudssökande och anbudsgivare. Syftet med denna bestämmelse om avtalsspärr är att garantera att anbudssökande och anbudsgivare har möjlighet att få ett beslut om tilldelning av ett kontrakt överprövat innan avtal ingås (se artikel 2a.1 och beaktandesats 4 i ändringsdirektivet).

Avtalsspärren ska vara minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att underrättelse om tilldelningsbeslut skickats till berörda anbudssökande och anbudsgivare om telefax eller elektroniska medel används. Om andra kommunikationsmedel används får avtal inte ingås före utgången av en period om minst 15 kalenderdagar från och med dagen efter det att underrättelsen skickats. Direktivet ger i sistnämnda hänseende även en alternativ möjlighet genom att avtalsspärren får begränsas till tio kalenderdagar från och med dagen efter att underrättelsen om tilldelningsbeslutet har mottagits.

Vid en jämförelse mellan ändringsdirektivets bestämmelse om avtalsspärr och den nu gällande tiodagarsregeln i 16 kap. 1 § tredje stycket LOU och LUF kan konstateras att den senare i sig inte innebär något förbud att ingå avtal om upphandling utan endast reglerar när en domstol senast får pröva en ansökan om överprövning.

För direktivstyrda upphandlingar reglerar 9 kap. 9 § första stycket LOU och LUF upphandlande myndighets respektive enhets skyldighet att skicka underrättelse om tilldelningsbeslut. För upphandlingar som inte omfattas av direktivet regleras underrättelseskyldigheten i 15 kap. 19 § LOU och LUF.

Ändringsdirektivet kräver att avtalsspärr införs inom det direktivstyrda området. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser gäller i princip inte för upphandlingar under tröskelvärdena, men ett visst rättsligt skydd måste garanteras.¹⁴ Det bedöms att nu gällande bestämmelser om överprövning uppfyller EG-rättens krav i detta avseende. Det är således inte nödvändigt att för

¹⁴ Se kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02)

upphandlingar under tröskelvärdena införa bestämmelser om bl.a. avtalsspärr på grund av ändringarna i rättsmedelsdirektiven.

Med hänsyn till att upphandlingar utanför det direktivstyrda området utgör den större delen av alla upphandlingar i Sverige finns det dock anledning att säkerställa att det finns goda förutsättningar för överprövning innan avtal om upphandling sluts. Bestämmelsen om avtalsspärr bör därför införas även i fråga om upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF.

Avtalsspärren i LOU och LUF ska beräknas med utgångspunkt i den underrättelse om tilldelningsbeslut som den upphandlande myndigheten eller enheten enligt 9 kap. 9 § första stycket LOU och LUF eller 15 kap. 19 § LOU och LUF ska skicka. Det finns alltså en koppling mellan underrättelsen om tilldelningsbeslut och avtalsspärren på så sätt att skyldigheten att skicka en sådan underrättelse utlöser avtalsspärren. När det inte föreligger någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut kommer följaktligen inte heller någon avtalsspärr att gälla. Exempelvis kommer avtalsspärr inte att gälla i de fall det endast finns en anbudsgivare (jfr prop. 2001/02:142 s. 81).

Det är angeläget att avtalsspärren inte är längre än nödvändigt. Den i direktivet angivna minimifristen har fastslagits efter en avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet samt motsvarar tidsmässigt den i dag gällande tiodagarsfristen i LOU och LUF. En längre period än den i ändringsdirektivet angivna minimifristen bör inte föreskrivas i LOU och LUF. Om en upphandlande myndighet eller enhet skickat underrättelsen om tilldelningsbeslutet med ett elektroniskt medel ska därmed avtal inte få ingås förrän tio dagar har gått. Eftersom en underrättelse om tilldelningsbeslut också kan skickas på annat sätt ska även den i direktivet föreskrivna längre fristen införas i LOU och LUF. Om den upphandlande myndigheten eller enheten skickar underrättelsen om tilldelningsbeslutet på annat sätt ska således avtal inte få ingås förrän 15 dagar har gått.

Den kortare tidsfrist om tio kalenderdagar efter mottagande av en underrättelse som skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel som ändringsdirektivet medger kan förkorta avtalsspärrperioden något. Emellertid innebär en sådan möjlighet att det blir nödvändigt för den upphandlande myndigheten eller enheten att säkra bevisning om att underrättelsen har mottagits. Eftersom tidsfristen i detta fall är avhängig mottagandet är det inte heller möjligt att på förhand veta och i underrättelsen exakt ange när tidsfristen löper ut. Tidsfristen torde i dessa fall få utgå från när den siste av anbudssökandena eller anbudsgivarna mottar underrättelsen. Om detta kan emellertid övriga anbudssökande och anbudsgivare inte ha någon kännedom. Mot bakgrund av det anförda görs bedömningen att en alternativ tidsfrist med utgångspunkt från mottagandet av underrättelsen inte bör införas i LOU och LUF.

Något hinder för en upphandlande myndighet eller enhet att på frivillig väg iaktta en längre avtalsspärr än de angivna minimitiderna finns inte. Om en upphandlande myndighet eller enhet i underrättelsen om tilldelningsbeslut anger en längre avtalsspärr ska avtal inte få ingås förrän den i underrättelsen angivna perioden har gått.

Avtalsspärren har betydelse för möjligheterna till överprövning och bör därför tas in i 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m. i LOU och LUF.

6.1.2 Underrättelse om tilldelningsbeslut

Berörda anbudssökande och anbudsgivare

Bedömning: Berörda anbudssökande och anbudsgivare i ändringsdirektivets mening omfattas av nuvarande reglering av underrättelseskyldigheten avseende tilldelningsbeslut. Någon lagändring behöver därför inte göras i detta avseende.

Skälen för bedömningen: I artikel 2a i ändringsdirektivet förtydligas att anbudsgivare ska anses berörda om de ännu inte definitivt har uteslutits från upphandlingsförfarandet. Anbudssökande ska enligt artikeln anses berörda om den upphandlande myndigheten eller enheten inte har lämnat information om varför ansökan om att få lämna anbud har avslagits före underrättelsen om tilldelningsbeslutet.

Underrättelseskyldigheten avseende tilldelningsbeslut inom det direktivstyrda området regleras i 9 kap. 9 § första stycket LOU respektive LUF. En upphandlande myndighet eller enhet ska enligt dessa bestämmelser snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats om att tilldela ett kontrakt eller att sluta ett ramavtal och om skälen för besluten. I de fall en leverantör uteslutits från upphandlingsförfarandet och detta har bekräftats genom lagakraftvunnen dom finns inget krav på underrättelse. Leverantören är i det fallet inte att betrakta som berörd i ändringsdirektivets mening.

Sammanfattningsvis följer att berörda anbudssökande och anbudsgivare i ändringsdirektivets mening får anses omfattas av nu gällande underrättelseskyldighet i LOU och LUF. Någon ändring av LOU och LUF på grund av direktivet är därför inte

nödvändig i fråga om vilka leverantörer som ska underrättas om tilldelningsbeslutet.

Information om avtalsspärr och skäl för beslutet

Förslag: En underrättelse om tilldelningsbeslut enligt LOU och LUF ska inkludera information om avtalsspärrns längd.

Bedömning: Bestämmelserna i LOU och LUF om underrättelse om tilldelningsbeslut behöver inte kompletteras med anledning av ändringsdirektivets krav på att skäl för beslutet ska anges.

Skälen för förslaget och bedömningen: I artikel 2a.2 fjärde stycket i ändringsdirektivet föreskrivs att underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska åtföljas av viss information utöver de uppgifter underrättelsen ska innehålla enligt förfarandedirektiven. Skälen för bestämmelsen utvecklas i direktivets beaktandesatser 6 och 7.

Enligt artikel 2a.2 fjärde stycket första strecksatsen i ändringsdirektivet ska underrättelsen om tilldelningsbeslutet åtföljas av ”den kortfattade redogörelse för skälen till beslutet som föreskrivs i artikel 41.2” i det klassiska direktivet, om inget annat föreskrivs i artikel 41.3 i det direktivet, respektive artikel 49.2 i försörjningsdirektivet.

Artikel 41.2 och 49.2 i förfarandedirektiven har genomförts i svensk rätt genom 9 kap. 10 § LOU respektive LUF. Paragraferna reglerar upplysningar som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att lämna på begäran av en leverantör som inte tilldelats ett kontrakt.

Ordalydelsen av artikel 2a.2 fjärde stycket första strecksatsen i ändringsdirektivet kan uppfattas så att artikel 41.2 i det klassiska direktivet och 49.2 i försörjningsdirektivet skulle föreskriva en kortfattad redogörelse för vissa i dessa bestämmelser angivna uppgifter samt att underrättelsen om

tilldelningsbeslutet ska innehålla samtliga dessa uppgifter. Motsvarande kan utläsas av ändringsdirektivets beaktandesats 7. Här tycks det emellertid vara fråga om en missvisande översättning.

Varken i artikel 41.2 i det klassiska direktivet eller i artikel 49.2 i försörjningsdirektivet anges något om att skälen för ett beslut ska vara ”kortfattade”, utgöra en sammanfattning eller liknande. Den engelska versionen av artikel 2a.2 fjärde stycket andra strecksatsen lyder ” – a summary of the relevant reasons, as set out in Article...”. I den tyska versionen sägs ”...eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäss Artikel...”.

Av det anförda får anses följa att bestämmelsen i artikel 2a.2 fjärde stycket första strecksatsen i ändringsdirektivet ska förstås så att underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska åtföljas av en sammanfattning av de skäl som ska anges enligt artikel 41.2 i det klassiska direktivet respektive artikel 49.2 i försörjningsdirektivet.

Detta innebär alltså att ändringsdirektivet föreskriver att underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska åtföljas av en sammanfattning av de skäl som enligt 9 kap. 10 § LOU och LUF ska lämnas på begäran av en leverantör.

I beaktandesatserna 6 och 7 i ändringsdirektivet anges följande.

(6) Perioden under vilken avtal inte får ingås bör ge de berörda anbudsgivarna tillräckligt lång tid för att granska tilldelningsbeslutet och bedöma om ett prövningsförfarande bör inledas. När de berörda anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet bör de få den relevanta information som är nödvändig för att de ska kunna ansöka om effektiv prövning. Detsamma gäller på motsvarande sätt för anbudssökandena om den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte i rätt tid tillhandahållit information om avslaget på deras ansökan.

(7) Denna relevanta information omfattar särskilt den kortfattade redogörelsen för skälen till beslutet som föreskrivs i artikel 41 i direktiv 2004/18/EG och artikel 49 i direktiv 2004/17/EG. Eftersom längden på den period under vilken avtal inte får ingås

varierar mellan medlemsstaterna, är det också viktigt att berörda anbudsgivare och anbudssökande underrättas om den period de faktiskt har till förfogande för att ansöka om prövning.

Av beaktandesatserna framgår således att syftet med skyldigheten enligt artikel 2a fjärde stycket första strecksatsen i ändringsdirektivet är att ge den relevanta information som är nödvändig för att leverantörer ska kunna ansöka om effektiv prövning.

I 9 kap. 9 § LOU och LUF föreskrivs att en underrättelse enligt paragrafen ska innehålla skälen för besluten. Genom bestämmelsen har artikel 41.1 i det klassiska direktivet genomförts i svensk rätt. Såsom anges i förarbetena till bestämmelsen (prop. 2006/07:128 s. 378) synes av artikel 41.1 följa att skälen för ett beslut ska anges endast om beslutet innebär att ett ramavtal inte sluts, att kontrakt inte tilldelas efter det att en inbjudan att lämna anbud utgått eller att förfarandet ska börja om. Enligt 9 kap. 9 § LOU ska emellertid skälen för besluten alltid anges. Den i LOU föreskrivna skyldigheten för en upphandlande myndighet att lämna skäl för beslut som fattats sträcker sig således längre än vad som gäller enligt det klassiska direktivet.

Motsvarande gäller för 9 kap. 9 § LUF, som genomför artikel 49.1 i försörjningsdirektivet i svensk rätt. I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2006/07:128 s. 522) ansåg regeringen att det inte finns någon anledning att begränsa skyldigheten att lämna skäl för upphandlingsbeslut till de fall enheten beslutat att inte fullfölja ett påbörjat upphandlingsförfarande.

Den skyldighet som nu aktualiseras genom artikel 2a fjärde stycket första strecksatsen i ändringsdirektivet att lämna en kortfattad redogörelse för de skäl som på begäran av anbudssökande eller anbudsgivare ska lämnas enligt 9 kap. 10 § LOU respektive LUF syftar, som nämnts ovan, till att ge anbudssökande och anbudsgivare tillräcklig information för att kunna bedöma om ett prövningsförfarande bör inledas. Genom skyldigheten i 9 kap. 9 § LOU och LUF att ange skälen för

beslut torde den information som åsyftas redan lämnas enligt gällande rätt och syftet med den kompletterande uppgiftsskyldigheten är därmed redan uppnått. Någon ändring av 9 kap. 9 § LOU och LUF med anledning av vad som föreskrivs i artikel 2a fjärde stycket första strecksatsen i ändringsdirektivet bedöms därför inte vara nödvändig.

Av artikel 2a.2 fjärde stycket andra strecksatsen i ändringsdirektivet framgår att underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska innehålla en exakt uppgift om avtalsspärrens längd. Regleringarna i 9 kap. 9 § första stycket LOU och LUF bör därför kompletteras i detta avseende.

6.1.3 Undantag från avtalsspärr

Förslag: Avtalsspärr ska inte gälla

1. vid tilldelning av kontrakt avseende väsentliga säkerhetsintressen enligt artikel 296 i EG-fördraget när undantag har beslutats med stöd av 15 kap. 22 § LOU eller LUF,
2. vid tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU eller 4 kap. 2 och 3 § LUF,
3. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU, eller
4. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU eller LUF.

Skälen för förslaget

Undantag enligt ändringsdirektivet

Ändringsdirektivet medger vissa undantag från bestämmelsen om avtalsspärr. Ett sådant undantag innebär att den

upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart kan ingå avtal, vilket medför att förutsättningarna för en leverantör att få till stånd en överprövning av ett beslut om upphandling minskar.

Enligt artikel 2b i ändringsdirektivet får medlemsstaterna göra undantag från avtalsspärren i några särskilt angivna fall. Skälen till undantagen utvecklas i direktivets beaktandesatser 8–10. Undantag från bestämmelsen om avtalsspärr får göras bl.a. om

a) förfarandedirektiven inte kräver att upphandlingen föregås av annonsering i EUT,

b) den enda berörda anbudsgivaren är den som har tilldelats kontraktet och det saknas berörda anbudssökande, eller

c) kontraktet tilldelas efter förnyad konkurrensutsättning på grund av ett ramavtal enligt artikel 32 i det klassiska direktivet (5 kap. 7 § LOU).

Undantag när det inte krävs annonsering i EUT (a)

Förfarandedirektiven medger undantag från annonseringskravet i ett flertal fall. Dessa har genomförts i svensk rätt genom 4 kap. 5–9 §§ LOU respektive 4 kap. 2 och 3 §§ LUF. I de fall som anges i dessa bestämmelser är det tillåtet för upphandlande myndigheter och enheter att tilldela kontrakt utan föregående annonsering. Undantagen i lagarna omfattar i allt väsentligt samma situationer.

Gemensamt för de situationer som undantas från annonseringskravet är att antalet potentiella leverantörer är begränsat. Ofta är det bara en eller ett fåtal leverantör som, av olika anledningar, kan komma i fråga för kontraktstilldelning. I vissa fall medger inte omständigheterna att annonsering görs, exempelvis om det på grund av synnerlig brådska inte är möjligt att hålla de tidsfrister som annars gäller. Undantag får också, under vissa förutsättningar, göras i fråga om kompletteringar från en redan upphandlad leverantör. Vidare får undantag göras i vissa andra situationer där annonsering normalt inte är möjlig, exempelvis vid upphandling av varor på en råvarumarknad eller i

samband med exekutiva förfaranden. Under vissa förutsättningar får ett tjänstekontrakt som följer på en projekttävling tilldelas efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

I de fall en upphandlande myndighet eller enhet i strid med förfarandebestämmelserna underlåter att annonsera en upphandling är det fråga om en otillåten direktupphandling.

Som beskrivits i det föregående innebär ett undantag från avtalsspärren att förutsättningarna för en överprövning av ett beslut om upphandling minskar. Med hänsyn till de situationer som här kan komma i fråga är emellertid behovet av en sådan möjlighet mycket begränsat. Det anförda leder till slutsatsen att undantag från avtalsspärr bör göras i samtliga nu aktuella fall där annonsering inte krävs. För ett sådant generellt undantag talar också det förhållandet att regleringen därmed blir enhetlig och för tillämparna mer överskådlig.

Förfarandedirektiven kräver inte heller föregående annonsering i EUT i fråga om upphandling av B-tjänster som uppgår till eller överstiger tröskelvärdena. Upphandling av B-tjänster regleras i 15 kap. LOU respektive LUF. De föreslagna bestämmelserna om underrättelse om tilldelningsbeslut i 15 kap. 19 § LOU respektive LUF gäller även för B-tjänster. Efter tilldelning av kontrakt ska vidare efterannonsering ske enligt 15 kap. 21 § LOU och LUF. Med hänsyn till vikten av att det finns en reglering som även i dessa fall garanterar möjligheten till överprövning av tilldelningsbeslutet vid upphandlingar bör dessa omfattas av bestämmelsen om avtalsspärr och därför inte undantas.

Beträffande frågan om avtalsspärr för upphandlingar som inte regleras i förfarandedirektiven och för vilka bestämmelser tagits in i 15 kap LOU och LUF, se nedan.

Undantag när det endast finns en anbudsgivare och inga berörda anbudssökande (b)

I de fall när det endast finns en anbudsgivare och inga berörda anbudssökande är det naturligtvis rimligt att inte ställa krav på en avtalsspärr. Denna situation innebär att det inte föreligger någon skyldighet enligt LOU eller LUF att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet (jfr prop. 2000/01:142 s. 81) och därmed gäller inte heller någon avtalsspärr. Det finns därför inget behov av att i LOU och LUF särskilt reglera detta genom att göra undantag från avtalsspärren.

Undantag vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning (c)

Om ett ramavtal har slutits med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska leverantörerna bjudas in för att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Bestämmelser om en sådan förnyad konkurrensutsättning finns endast för den klassiska sektorn och regleras i 5 kap. 7 § LOU. Underrättelseskyldighet om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket LOU gäller även vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal. Med hänsyn till vikten av ett effektivt förfarande vid denna typ av upphandlingar, bör emellertid avtalsspärr inte gälla här.

Om undantaget från avtalsspärr genomförs föreskriver ändringsdirektivets artikel 2d.1c att överträdelser av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning ska kunna medföra ogiltighet av ett ingånget avtal eller alternativa sanktioner. I dessa fall kan dock upphandlande myndigheter enligt artikel 2d.5 i direktivet utnyttja möjligheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet i kombination med att iaktta en särskild avtalsspärr för att undvika att avtalet ogiltigförklaras.

Undantag utanför det direktivstyrda området

Vissa upphandlingar på försvarsområdet och sådana upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet omfattas inte av förfarandedirektivens tillämpningsområde (1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4 LOU och 1 kap. 2 § andra stycket 3 LUF). Med stöd av 15 kap. 22 § LOU och LUF får undantag beslutas från annonseringskravet och andra bestämmelser i 15 kap. för sådana upphandlingar. Upphandlingar avseende sådana väsentliga säkerhetsintressen bör inte, när ett undantag har beslutats, omfattas av avtalsspärr. I dag gäller inte heller tiodagarsregeln för dessa upphandlingar (se 16 kap. 2 § fjärde stycket 1 LOU och LUF).

I denna promemoria föreslås att direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU och LUF ska vara tillåtet upp till vissa belopp (se avsnitt 6.16.2). Enligt nu gällande reglering gäller inte någon tiodagarsregel vid direktupphandling. Någon avtalsspärr bör inte heller gälla för sådana upphandlingar. Även de grunder för upphandling utan föregående annonsering motsvarande 4 kap. 5–9 §§ LOU respektive 4 kap. 2 och 3 §§ LUF som införs i 15 kap. LOU och LUF föreslås omfattas av begreppet direktupphandling (se avsnitt 6.16.4). Av samma skäl som angetts ovan avseende undantaget från avtalsspärr för sådana upphandlingar inom det direktivstyrda området bör direktupphandling på dessa grunder också undantas från avtalsspärren.

6.1.4 Förlängd avtalsspärr

Förslag: Vid en ansökan om överprövning ska, om rätten inte beslutar annat, avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut eller avtalsspärr vid förhandsinsyn fortsätta att gälla under handläggningen i länsrätt (förlängd avtalsspärr).

Skälen för förslaget

Enligt artikel 2.3 i ändringsdirektivet ska medlemsstaterna, när ett organ i första instans som är oberoende av den upphandlande myndigheten ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, se till att den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av avtalsspärren efter underrättelse om tilldelningsbeslut, inklusive sådan underrättelse som får skickas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal, eller avtalsspärren vid förhandsinsyn.

Förhandsinsyn är ett särskilt förfarande där en upphandlande myndighet eller enhet som inte är skyldig att iaktta en avtalsspärr frivilligt kan annonsera sin avsikt att tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering och iaktta en avtalsspärr. Förfarandet med förhandsinsyn behandlas i avsnitt 6.2.2.

Skälen för artikel 2.3 i ändringsdirektivet utvecklas i beaktandesats 12.

(12) Om en ansökan om prövning lämnas in strax innan den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås löper ut, bör detta inte få till följd att det behöriga prövningsorganet berövas den tid som är nödvändig för att agera, särskilt för att förlänga den period under vilken avtal inte får ingås. Därför är det nödvändigt att det fastställs en oberoende minimiperiod som inte bör löpa ut förrän

prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen. Detta bör inte hindra prövningsorganet från att göra en förhandsbedömning av om prövningen som sådan kan tas upp. Medlemsstaterna får föreskriva att denna period ska löpa ut antingen när prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen om provisoriska åtgärder, inbegripet ytterligare förlängning av perioden under vilken avtal inte får ingås, eller när prövningsorganet har fattat ett beslut i sak, särskilt avseende en ansökan om åsidosättande av ett olagligt beslut.

Av direktivtexten och beaktandesatsen framgår att det endast är obligatoriskt att införa en förlängd avtalsspärr i de fall en avtalsspärr gäller. Upphandlingar som inte omfattas av eller som uttryckligen undantagits från avtalsspärren bör inte heller omfattas av en bestämmelse om förlängd avtalsspärr vid en eventuell ansökan om överprövning. Om en leverantör ansöker om överprövning i ett sådant fall får leverantören framställa ett yrkande om interimistiskt beslut för att förhindra att avtal får ingås. Det motsvarar dagens ordning där en leverantör är hänvisad till att yrka att domstolen interimistiskt ska förordna att upphandlingen inte får avslutas.

Det är obligatoriskt för medlemsstaterna att införa en bestämmelse om förlängd avtalsspärr endast i första instans, dvs. i länsrätt. En förlängd avtalsspärr även i överinstanserna skulle i och för sig vara systematisk genom att förfarandet på så sätt inte skulle skilja sig åt mellan instanserna.

I de flesta typer av domstolsförfaranden gäller som regel att den som vänder sig till domstol för att få till stånd ett visst avgörande också själv måste framställa ett eventuellt yrkande om interimistiska åtgärder. Den som har ett intresse av en interimistisk åtgärd för att säkra det slutliga avgörandet får således också framställa ett yrkande om detta och lägga fram utredning som visar att det finns förutsättningar för åtgärden. I förvaltningsprocessen kan inhibition beslutas ex officio, dvs. på domstolens eget initiativ utan yrkande av part. Normalt fattas dock ett sådant beslut först efter yrkande av part.

Ändringsdirektivets bestämmelse om en förlängd avtalsspärr vid ansökan om överprövning innebär att den förlängda avtalsspärren kommer till stånd automatiskt utan krav på yrkande eller utredning. Den leverantör som begär överprövning behöver alltså inte agera på annat sätt än att ansöka om överprövning för att få till stånd den förlängda avtalsspärren.

En förlängd avtalsspärr som gäller även i överinstans kan uppmuntra till överklaganden även i sådana fall där utsikterna till framgång är begränsad. Det skulle därmed riskera att bidra till att upphandlingsprocessen fördröjs i onödan.

Vid en samlad bedömning får övervägande skäl anses tala för att den lämpligaste lösningen är att en förlängd avtalsspärr införs endast i första instans. I överinstanserna bör leverantören vara hänvisad till att yrka att rätten interimistiskt ska förordna att avtal om upphandling inte får ingås. Detta motsvarar vad som gäller i dag.

Av artikel 2.3 i ändringsdirektivet framgår att den förlängda avtalsspärren ska gälla tills dess domstolen förordnat interimistiskt eller tills dess rätten har skiljt målet ifrån sig.

Eftersom en förlängd avtalsspärr i princip har samma syfte som ett interimistiskt beslut, dvs. att hindra att avtal om upphandling ingås för att möjliggöra överprövning av tilldelningsbeslutet, finns det egentligen inga processuella skäl till att den bör upphöra och ersättas av ett interimistiskt beslut. En leverantör har inget intresse av detta och för domstolens del innebär det merarbete. För en upphandlande myndighet eller enhet kan det förstås finnas ett intresse av att den förlängda avtalsspärren omedelbart ska upphävas, dock utan att ersättas av ett interimistiskt beslut.

Utgångspunkten vad gäller upphandlingar där en förlängd avtalsspärr gäller bör vara att ett avtal inte ska få ingås under den tid tilldelningsbeslutet är föremål för handläggning i länsrätten. Sammanfattningsvis görs bedömningen att den förlängda avtalsspärren bör gälla tills dess länsrätten har avgjort målet och således inte endast tills dess rätten fattat ett interimistiskt beslut.

Behovet av att fatta interimistiska beslut vid handläggning av mål i länsrätt kommer därmed sannolikt att minska.

För att undvika orimliga konsekvenser bör det finnas möjlighet för rätten att i ett mål om överprövning av beslut om upphandling omedelbart upphäva en förlängd avtalsspärr. Effekten av att den förlängda avtalsspärren upphävs blir att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal om upphandling. Situationen blir densamma som när rätten, enligt gällande rätt, avslår ett yrkande om interimistiskt beslut att upphandlingen inte får avslutas. Om avtal ingås ska målet inte prövas (se avsnitt 6.9). Därmed minskar leverantörens möjlighet till överprövning av ett beslut om upphandling. Möjligheten att upphäva en förlängd avtalsspärr bör därför användas endast i undantagsfall och med försiktighet.

6.1.5 Tiodagarsfrist

Förslag: När en förlängd avtalsspärr gäller ska avtal inte få ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätten har avgjort målet.

När rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, ska avtal inte få ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätt eller kammarrätt har avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.

När Regeringsrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås och beslutar att visa målet åter till lägre instans, ska avtal inte få ingås förrän tio dagar har gått.

Rätten ska kunna förordna att tiodagarsfristen inte ska gälla.

Skälen för förslaget: I dag gäller att rätten kan interimistiskt förordna att en upphandling inte får avslutas (16 kap. 2 § andra stycket LOU och LUF). Enligt gällande rätt får en upphandling prövas tills dess att tio dagar har gått från det att rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet (16 kap.

1 § tredje stycket 2 LOU och LUF). Syftet med denna s.k. tiodagarsregel är att möjliggöra ett överklagande (jfr prop. 2001/02:142 s. 77).

I denna promemoria föreslås att rätten, i stället för nuvarande förbud mot att avsluta upphandlingen, ska kunna interimistiskt förordna att avtal om upphandling inte får ingås (se avsnitt 6.3.2). För att möjliggöra överklagande efter upphävande av ett sådant interimistiskt beslut av länsrätt eller kammarrätt bör en period under vilken avtal inte får ingås tas in i LOU och LUF. Ett interimistiskt beslut kan upphävas genom ett särskilt beslut under handläggningen eller upphör annars att gälla när domstolen avgör målet.

Vidare föreslås i promemorian att det i LOU och LUF ska införas en förlängd avtalsspärr med innebörd att avtal om upphandling inte får ingås under handläggningen i länsrätten (se föregående avsnitt). Den förlängda avtalsspärren fyller till viss del samma funktion som den i dag gällande möjligheten för rätten att fatta interimistiska beslut. Vid bifall till en leverantörs talan torde det slutliga avgörandet ersätta den förlängda avtalsspärren och innebära att avtal om upphandling inte får ingås, jfr RÅ 2005 ref. 17. För att effektivt möjliggöra ett överklagande av en länsrätts avslag på en leverantörs ansökan om överprövning bör en upphandlande myndighet eller enhet vara förhindrad att ingå avtal under en viss period efter länsrättens avgörande.

Om Regeringsrätten i ett mål fattar ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås och sedan beslutar att visa målet åter till lägre instans bör den upphandlande myndigheten eller enheten också vara förhindrad att ingå avtal under en viss period efter Regeringsrättens dom. Detta krävs för att säkerställa att underinstansen ska kunna pröva målet.

En tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås skulle motsvara dagens tiodagarsregel efter upphävande av ett interimistiskt beslut. Vidare skulle denna period motsvara den i ändringsdirektivet föreskrivna minimitiden för avtalsspärren

efter underrättelse om tilldelningsbeslut. En tiodagarsperiod under vilken avtal inte får ingås bedöms sammanfattningsvis som väl avvägd. För att undvika att tiodagarsfristen leder till orimliga konsekvenser bör införas en möjlighet för rätten att förordna att tiodagarsfristen inte ska gälla. Ett sådant förordnande innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal. Om avtal ingås ska rätten inte pröva ett överklagande (se avsnitt 6.9). Möjligheten att förordna att tiodagarsfristen inte ska gälla är därför avsedd att användas i undantagsfall och med stor försiktighet.

6.2 Överprövning av avtal

6.2.1 Avtal som kan förklaras ogiltiga

Förslag: Ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör ska kunna förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol

1. om avtalet har slutits utan att upphandlingen annonserats enligt bestämmelserna i LOU respektive LUF,

2. vid överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr i kombination med viss annan överträdelse och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, eller

3. vid överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Bestämmelserna om ogiltighet av avtal ska gälla såväl upphandlingar inom det direktivstyrda området som upphandlingar som inte omfattas av direktivet.

Bedömning: Rättsverkningarna av att ett avtal förklarats ogiltigt bör inte regleras särskilt.

Skälen för förslaget och bedömningen

Inledning

Artikel 2d i ändringsdirektivet föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna att införa bestämmelser som innebär att avtal om upphandling under vissa förutsättningar ska kunna förklaras ogiltiga. I artikel 2d.1a–c anges de överträdelser som ska kunna medföra ogiltighet. Ogiltighet ska kunna följa om den upphandlande myndigheten eller enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande i EUT utan att detta är tillåtet enligt förfarandedirektiven (otillåten direktupphandling) och vid vissa andra allvarigare överträdelser av direktivens bestämmelser.

Tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering i strid med förfarandebestämmelserna

Artikel 2d.1a i ändringsdirektivet föreskriver ogiltighet av avtal i de fall en upphandlande myndighet eller enhet har tilldelat ett kontrakt utan föregående annonsering i EUT utan att det är tillåtet enligt det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet.

I beaktandesatserna 13 och 14 i ändringsdirektivet redogörs närmare för syftet med och innehållet i bestämmelserna om ogiltighet vid otillåten direkttilldelning. Av dessa framgår följande.

- (13) För att bekämpa otillåten direkttilldelning, som av EG-domstolen har betecknats som den allvarligaste överträdelserna av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå, bör effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner föreskrivas. Ett avtal som har ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning bör därför i princip anses vara ogiltigt. Ogiltigheten bör inte vara

automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som fattats av ett oberoende prövningsorgan.

(14) Ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Direkttilldelning i den mening som avses i detta direktiv bör omfatta all upphandling där inget föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling har gjorts i Europeiska unionens officiella tidning enligt direktiv 2004/18/EG. Detta motsvarar ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt direktiv 2004/17/EG.

Det finns fall där direkttilldelning är tillåten. Av beaktandesats 15 i ändringsdirektivet framgår att direkttilldelning i direktivets mening kan vara motiverad när det gäller undantagen i artikel 10–18 i det klassiska direktivet samt vid tillämpning av artikel 21, 31, 61, eller 68 i det klassiska direktivet eller ett internt kontrakt som tilldelats i enlighet med upphandlingslagstiftningen enligt EG-domstolens tolkning.¹⁵ Vidare framgår av beaktandesats 16 i ändringsdirektivet att direkttilldelning i direktivets mening kan vara motiverad för de avtal som uppfyller villkoren för undantag eller särskilda överenskommelser enligt artikel 5.2, 18–26, 29–30, eller artikel 62 i försörjningsdirektivet i de fall artikel 40.3 tillämpas eller för tilldelning av ett tjänstekontrakt enligt artikel 32 i försörjningsdirektivet.¹⁶

I 7 kap. 1 § LOU föreskrivs att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§. I 13 kap. 2 § LOU föreskrivs att en upphandlande myndighet ska annonsera en upphandling av byggkoncessioner. I 14 kap. 5 § LOU föreskrivs att projektävlingar på tjänsteområdet ska annonseras. I 14 kap. 10 § hänvisas till 4 kap.

¹⁵ Hur de angivna artiklarna är genomförda i LOU framgår av sammanställning i prop. 2006/07:128, del 2, s. 474 ff.

¹⁶ Hur de angivna artiklarna är genomförda i LUF framgår av sammanställning i prop. 2006/07:128, del 2, s. 479 ff.

9 § LOU, enligt vilken undantag från annonseringskravet vid projektävlingar på tjänsteområdet får göras i vissa fall.

För försörjningssektorerna föreskrivs på motsvarande sätt i 7 kap. 1 § LUF att en upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 2 § LUF. Byggkoncessioner omfattas inte av försörjningslagens tillämpningsområde. För projektävlingar på tjänsteområdet föreskrivs i 13 kap. 5 § LUF att dessa ska annonseras. Enligt 4 kap. 3 § LUF får undantag från annonseringskravet göras i vissa fall.

I denna promemoria föreslås även att det i LOU och LUF införs en möjlighet till förhandsinsyn, vilket innebär publicering av en annons om att upphandling ska ske utan föregående annonsering, se avsnitt 6.2.2.

Ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltighet av avtal bör i denna del genomföras på så sätt att ogiltighet föreskrivs i de fall en upphandlande myndighet eller enhet i strid med de angivna bestämmelserna i LOU respektive LUF har slutit avtal om upphandling utan att annonsering har ägt rum.

Ändringsdirektivet kräver endast att medlemsstaterna inför möjligheten att ogiltigförklara avtal för upphandlingar som omfattas av förfarandedirektivets tillämpningsområde. I 15 kap. LOU och LUF regleras icke direktivstyrda upphandlingar. Även vid sådana upphandlingar finns regler om annonsering. En stor del av de upphandlingar som genomförs ligger under EU:s tröskelvärden. Effektiva sanktioner mot otillåten direktupphandling bedöms behövas även för upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU och LUF. Möjligheten att ogiltigförklara ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör bör därför införas även vid underlåtenhet att följa bestämmelserna om föregående annonsering i 15 kap. LOU och LUF.

Överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr

Artikel 2d.1b i ändringsdirektivet föreskriver ogiltighet av avtal vid överträdelser av direktivets bestämmelser om avtalsspärr under vissa närmare angivna förutsättningar. Genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr behandlas i avsnitt 6.1 i denna promemoria. Av beaktandesats 18 i ändringsdirektivet framgår att syftet med bestämmelsen om ogiltighet av avtal är att förebygga allvarliga överträdelser av bestämmelserna om avtalsspärr.

Ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr föreslås i denna promemoria genomföras såväl för direktivstyrda upphandlingar som för upphandlingar som inte omfattas av direktivet. Mot denna bakgrund, och mot bakgrund av behovet av effektiva sanktioner även för upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF, bör möjligheten att ogiltigförklara avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör vid överträdelser av bestämmelserna om avtalsspärr inte bara gälla inom det direktivstyrda området, utan även för icke direktivstyrda upphandlingar.

Det är obligatoriskt för medlemsstaterna att införa bestämmelser som medför ogiltighet av avtal om en överträdelse av avtalsspärren har berövat sökanden möjligheten att rikta anspråk innan avtalet slöts, om den upphandlande myndigheten dessutom gjort sig skyldig till en överträdelse av förfarandebestämmelserna som har påverkat möjligheterna för anbudsgivaren att erhålla kontraktet.

Enligt artikel 2d.1b ska en överträdelse av avtalsspärren medföra ogiltighet under vissa angivna förutsättningar. Överträdelsen ska ha berövat klaganden möjligheten att rikta anspråk innan avtalet slöts. Detta rekvisit bör förstås så att klaganden genom överträdelsen förhindrats att få upphandlingen rättsligt prövad innan avtalet slöts.

En överträdelse av bestämmelsen om förlängd avtalsspärr i länsrätt får anses i sig innebära att klaganden berövats möjligheten att få upphandlingen rättsligt prövad innan avtal har

slutits, eftersom överträdelsen i dessa fall sker under pågående process.

I vilka avseenden en överträdelse av bestämmelsen om avtalsspärr efter tilldelningsbeslut enligt artikel 2a.2 kan anses ha berövat leverantören möjligheten att få upphandlingen prövad innan avtal slöts kan tänkas skifta beroende på vilket synsätt man anlägger vid tolkningen av bestämmelsen. Med ett synsätt kan hävdas att det kan skifta från fall till fall, beroende på när avtalet sluts. Det kunde då hävdas att om avtal sluts i mycket nära anslutning till tilldelningsbeslutet, får en leverantör som huvudregel anses ha berövats möjligheten till överprövning innan avtal har slutits. I de fall överträdelsen däremot endast avser en kortare tid i slutet av spärrperioden, kan avvägningen om leverantören berövats möjligheten till överprövning få anses bero på omständigheterna i det enskilda fallet. Är det fråga om en mer komplicerad upphandling är det tänkbart att även en överträdelse genom att avtal har slutits i nära anslutning till avtalsspärrs utgång får anses ha berövat klaganden möjligheten att rikta anspråk innan avtal har slutits i artikelns mening. Även leverantörens förutsättningar att bedöma eventuella felaktigheter och föra talan i domstol bör kunna ha betydelse.

Ett annat och mer rimligt synsätt är att hävda att rekvisitet är uppfyllt så snart ett avtal har slutits före avtalsspärrs utgång och detta förhindrar en leverantör, som så önskar, att få upphandlingen överprövad innan avtal slutits.

Ett genomförande av artikel 2d.1b i denna del, i nära anslutning till direktivtexten, medför tillämpningsproblem, eftersom det helt enkelt kan anses vara svårt att bedöma om rekvisitet är uppfyllt när det gäller avtal som ingås i strid med den avtalsspärr som ska gälla efter underrättelse om tilldelningsbeslut. Det kan inte heller anses vara en lämplig lösning att ange att överträdelser inom en viss angiven tid ska kunna medföra ogiltighet. Genomförandet av bestämmelsen ska därför inte begränsas på det sättet. En överträdelse av en

bestämmelse om avtalsspärr får anses ha berövat leverantören möjligheten att rikta anspråk innan avtal slöts.

För att ogiltighet ska följa krävs vidare att överträdelsen av avtalsspärren kombineras med en sådan överträdelse av förfarandebestämmelserna som har inverkat på leverantörens möjlighet att erhålla kontraktet. Detta rekvisit bör i LOU och LUF lämpligen uttryckas så att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Detta överensstämmer med gällande regleringen i LOU och LUF av vilka leverantörer som får ansöka om överprövning och förutsättningarna för rätten att ingripa mot en upphandling. Vidare bör, såsom anges när det gäller förutsättningarna för överprövning av en upphandling, för ogiltighet krävas att de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagarna har överträtts.

Med en sådan tolkning ställs inte ett högre krav för ett ingripande i form av ogiltighet än som gäller för överprövning av en upphandling i övrigt (jfr nuvarande 16 kap. 2 § LOU och LUF och 16 kap. 6 § LOU och LUF i författningsförslaget i denna promemoria). En upphandlande myndighet eller enhet bör inte komma i en bättre position genom att ingå avtal och bryta mot avtalsspärren. Det finns således ett värde i att de skaderekvisit som gäller vid överprövning av tilldelningsbeslut och vid överprövning av avtal överensstämmer. Sammanfattningsvis bör således artikel 2d.1b i ändringsdirektivet genomföras på så sätt att en överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr, i kombination med en överträdelse av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagarna som medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, utgör grund för ogiltighet av ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör.

Överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal

I avsnitt 6.1.3 föreslås ett undantag från bestämmelsen om avtalsspärr såvitt gäller tilldelning av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning vid kontrakt som tilldelas på grund av ramavtal återfinns i 5 kap. 7 § LOU.

Av artikel 2.1c jämförd med artikel 2b.c andra stycket i ändringsdirektivet följer att om detta undantag görs, ska medlemsstaterna säkerställa att avtalet kan förklaras ogiltigt, om det föreligger en överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning i artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen i det klassiska direktivet, och kontraktsvärdet uppskattas motsvara eller överstiga tröskelvärdena i artikel 7 i det klassiska direktivet.

Skälen för bestämmelsen i artikel 2b.c andra stycket framgår av beaktandesats 9 enligt vilken en obligatorisk avtalsspärr kan inverka på de effektivitetsvinster som är syftet med de här aktuella förfarandena och att medlemsstaterna därför, i stället för en avtalsspärr, ska kunna föreskriva ogiltighet vid överträdelser av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning.

Bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal finns inte för försörjningssektorerna.

Ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltighet av avtal innefattar inte några särskilda föreskrifter om vilka överträdelser som ska medföra ogiltighet. Som i övrigt bör de överträdelser som avses här leda till ogiltigförklaring av avtalet i fråga, om överträdelsen inverkat på anbudsgivarens möjligheter att erhålla kontraktet. Eventuella brister i förfarandet som inte påverkar utgången av en förnyad konkurrensutsättning ska således inte föranleda någon ogiltighet.

Domstolsprövning

I artikel 2d.1 i ändringsdirektivet föreskrivs att medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan. Vidare anges i beaktandesats 13 i ändringsdirektivet, vad gäller otillåten direkttilldelning, att ogiltigheten inte bör vara automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som fattats av ett oberoende prövningsorgan.

Att domstol ska förklara ett avtal ogiltigt bedöms leda till en större förutsebarhet om giltigheten av upphandlingsavtal och därmed till större rättssäkerhet än om avtalet skulle vara ogiltigt redan från tillkomsten. Ogiltighet av ett avtal som har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör bör därför bero av att en domstol förklarar avtalet ogiltigt. Om talan om ogiltighet inte väcks alls, eller inte väcks inom i denna promemoria föreslagna tidsfrister (se avsnitt 6.7.3), ska avtalet alltså gälla.

Överprövning av upphandlingar sker i dag i allmän förvaltningsdomstol på talan av leverantör. Detsamma bedöms lämpligt vid prövning av ett avtals giltighet.

Följden av att ett avtal förklaras ogiltigt

I artikel 2d.2 i ändringsdirektivet anges att följden av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning. Enligt artikeln får det i nationell lagstiftning föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. Såvitt gäller alternativet att ogiltighet endast omfattar ännu inte fullgjorda förpliktelser ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av sådana alternativa sanktioner som anges i artikel 2e.2. En alternativ sanktion ska utgöras av att den upphandlande

myndigheten eller enheten åläggs avgifter eller att avtalstidens längd förkortas. Beviljande av skadestånd är inte någon lämplig alternativ sanktion.

Huvudregeln enligt allmänna avtalsrättsliga principer i svensk rätt är att ogiltighet medför att prestationer som redan har utförts ska gå åter. Om redan utförda prestationer inte kan återgå ska förmögenhetsläget som det var innan det ogiltiga avtalet slöts återställas.

Det saknas skäl för att inom upphandlingslagstiftningen avvika från den enligt allmänna avtalsrättsliga principer gällande huvudregeln. Vidare torde leverantörer allmänt sett ha ett större intresse av att föra talan om ogiltighet av avtal om bifall till talan skulle innebära en chans för leverantören att vid en förnyad upphandling tilldelas hela kontraktet och inte enbart det som eventuellt inte redan fullgjorts. Den enligt allmänna avtalsrättsliga principer gällande huvudregeln bedöms därför lämplig vid genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltighet av avtal. Det är därmed inte nödvändigt att i LOU och LUF reglera följderna av en domstols ogiltigförklaring av ett avtal.

Med ändringsdirektivets terminologi innebär ogiltigheten ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter och direktivet kräver därmed inte att någon alternativ sanktion – utöver ogiltigförklaringen – ska påföras den upphandlande myndigheten eller enheten.

Skadestånd vid ogiltighet av avtal

I LOU och LUF finns bestämmelser om skadestånd. Enligt 16 kap. 5 § LOU och 16 kap. 6 § LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte följt bestämmelserna i respektive lag ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Vidare är, enligt 16 kap. 7 § LUF, anbudssökande eller anbudsgivare som deltagit i en upphandling berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i

upphandlingen om åsidosättandet av bestämmelserna i LUF menligt har påverkat möjligheterna att tilldelas kontraktet. I 16 kap. 6 § LOU och 16 kap. 8 § LUF förskrivs att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom viss tid. Den praxis som utvecklats rör skadestånd i utomkontraktuella förhållanden, dvs. i vad mån en leverantör som inte tilldelats ett kontrakt lidit skada till följd av överträdelse av bestämmelserna om upphandling.

Med hänsyn till förslaget om att avtal ska kunna ogiltigförklaras uppkommer fråga om skadestånd ska kunna utgå även i andra fall. Det som närmast avses är om en leverantör som har slutit ett avtal som ogiltigförklaras bör ha rätt till skadestånd. Om det inte införs några särskilda regler om skadestånd i LOU och LUF torde frågan få bedömas enligt allmänna regler om rätt till skadestånd vid avtals ogiltighet. Det framstår som naturligt att vid en bedömning i ett enskilt fall även beakta att det huvudsakliga ansvaret för att upphandlingsreglerna följs vilar på den upphandlande myndigheten eller enheten. Om den upphandlande myndigheten eller enheten förfarit försumligt och leverantören varit i god tro avseende avtalets förenlighet med upphandlingslagstiftningen, torde det innebära att leverantören har rätt till ersättning för sina kostnader och för utebliven vinst. Om leverantören varit i ond tro framstår det som mer tveksamt om leverantören har rätt till skadestånd. Detta får anses innebära en rimlig avvägning mellan olika intressen. Något behov av särskild lagstiftning bedöms därmed inte föreligga.

6.2.2 Undantag från ogiltighet

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Förslag: Om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse, får domstolen besluta att avtalet ska bestå.

Skälen för förslaget: Enligt artikel 2d.3 i ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva att ett avtal som är behäftat med en ogiltighetsgrund inte behöver ogiltigförklaras om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I ett sådant fall ska medlemsstaterna föreskriva alternativa sanktioner.

Av nämnda artikel framgår att hänsyn till ekonomiska intressen endast kan tas i begränsad omfattning vid bedömningen av vad som utgör tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I andra stycket föreskrivs att ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls endast får betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder. I artikelns tredje stycke klargörs att ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga inte ska utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet omfattar bland annat kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.

Motiven för artikeln utvecklas i beaktandesatserna 22–24. I beaktandesats 22 anges bl.a. att medlemsstaterna, för att säkerställa att de sanktioner som tillämpas är proportionerliga, får ge det behöriga prövningsorganet möjlighet att inte ifrågasätta avtalet eller att erkänna alla eller vissa tidsmässiga

verkningar av det, om exceptionella omständigheter i det aktuella fallet gör det nödvändigt att respektera vissa tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I dessa fall bör i stället alternativa sanktioner tillämpas.

Av beaktandesats 23 framgår att förhandlat förfarande utan annonsering – enligt artikel 31 i det klassiska direktivet och artikel 40.3 i försörjningsdirektivet – i undantagsfall bör tillåtas omedelbart efter ett avtals upphörande. Om de återstående avtalsskyldigheterna av tekniska eller andra tvingande skäl i det skedet endast kan fullgöras av den leverantör som har tilldelats kontraktet, kan det vara berättigat att anse att tvingande hänsyn föreligger. Bestämmelserna i artikel 31 i det klassiska direktivet har genomförts i 4 kap. 5 och 7–9 §§ LOU. Bestämmelserna i artikel 40.3 i försörjningsdirektivet har genomförts i 4 kap. 2 och 3 §§ LUF.

I artikel 4.8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet)¹⁷ finns följande definition av tvingande hänsyn till allmänintresset.

tvingande hänsyn till allmänintresset: hänsyn som domstolen i sin rättspraxis bedömt som tvingande på grund av allmänintresset, t.ex. följande: allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål.

Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer även inom andra områden i EG-rätten och har utvecklats i EG-domstolens praxis. Eftersom det utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten, tolkar EG-domstolen begreppet restriktivt.

¹⁷ EUT L 376, 27.12.2006, s. 36

Bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal utan möjlighet till undantag beroende på omständigheterna i ett enskilt fall bedöms kunna få oproportionerliga följder. Ändringsdirektivets möjlighet till undantag från kravet på att ett avtal ska förklaras ogiltigt om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse bör därför införas i LOU och LUF. Bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal får bestå.

När det gäller frågan om avtal ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset kan man tänka sig situationer där endast en del av avtalet måste bestå av denna hänsyn. Om motivet att upprätthålla avtalet av hänsyn till allmänintresset endast är hänförligt till den inledande delen av ett långvarigt avtal skulle man också kunna väga in tidsaspekten. En prövning av om så är fallet skulle medföra ytterligare komplexitet, både i befintligt regelverk och vid prövningen av ett enskilt fall. Undantaget som ger möjlighet att låta ett avtal bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset föreslås därför genomföras på samma enhetliga sätt som andra frågor rörande ogiltighet. Domstolen ska således kunna välja att ogiltigförklara avtalet eller låta hela avtalet bestå för det fall tvingande hänsyn kan anses föreligga.

För det fall en domstol beslutar att ett avtal ska bestå av hänsyn till allmänintresset, kräver ändringsdirektivet att en alternativ sanktion ska påföras, se avsnitt 6.11.2.

Möjligheten för domstol att förklara ett avtal ogiltigt föreslås införas även för upphandlingar under EU:s tröskelvärden. För sådana upphandlingar bedöms också finnas behov av en ventil i form av möjlighet att avstå från ogiltigförklaring om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Överträdelse av avtalsspärr

Förslag: En överträdelse av enbart en bestämmelse om avtalsspärr eller en överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr i kombination med överträdelse av någon annan bestämmelse i LOU eller LUF som inte inneburit att leverantören lidit eller kan komma att lida skada ska inte medföra att ett avtal som har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör kan förklaras ogiltigt.

Bedömning: Det bedöms inte nödvändigt att särskilt reglera att ogiltigförklaring av avtal inte ska ske i ovan angivna situationer.

Skälen för förslaget och bedömningen: Enligt artikel 2e.1 i ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva att ett avtal som har slutits i strid mot en bestämmelse om avtalsspärr i andra fall än som ska sanktioneras genom ogiltighet av avtalet enligt artikel 2d.1b antingen ska ogiltigförklaras eller att en alternativ sanktion ska påföras. Medlemsstaterna får föreskriva att prövningsorganet, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, får besluta om avtalet bör anses vara ogiltigt eller om alternativa sanktioner bör åläggas.

I avsnitt 6.2.1 föreslås i vilka situationer ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör ska kunna ogiltigförklaras vid överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr. Enligt förslaget krävs, förutom överträdelsen av avtalsspärren, att någon annan bestämmelse i LOU eller LUF överträtts och att detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Av beaktandesats 18 i ändringsdirektivet framgår att möjligheten att ogiltigförklara avtal syftar till att förebygga allvarliga överträdelser av bestämmelser om avtalsspärr som har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om

prövning att erhålla kontraktet. I beaktandesats 19 i ändringsdirektivet anges att när det gäller andra överträdelse av formella krav kan medlemsstaterna anse att principen om ogiltighet är olämplig och att i dessa fall bör medlemsstaterna ha rätt att föreskriva andra alternativa sanktioner.

Ogiltigförklaring av ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör är en mycket ingripande sanktion. När enbart en bestämmelse om avtalsspärr överträtts eller när en avtalsspärr och någon annan bestämmelse i LOU eller LUF överträtts utan att det medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada har rätt leverantör tilldelats kontraktet. Bedömningen görs att det, varken ur leverantörsperspektiv eller effektivitetssynpunkt, är rimligt att en överträdelse som inte påverkat leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet ska kunna leda till ogiltigförklaring av det avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör. Sådana överträdelse bör därför inte kunna leda till att ett avtal kan ogiltigförklaras enligt LOU eller LUF.

Av samma skäl som angetts ovan bör även icke direktivstyrda upphandlingar omfattas av undantaget från ogiltighet.

Undantaget från möjligheten att förklara ett avtal ogiltigt behöver inte särskilt regleras i LOU och LUF utan följer av utformningen av bestämmelsen om i vilka fall avtal kan förklaras ogiltiga.

När detta undantag från möjligheten att ogiltigförklara avtal införs i svensk rätt kräver ändringsdirektivet att sådana överträdelse i stället ska leda till att en alternativ sanktion påförs den upphandlande myndigheten eller enheten (se avsnitt 6.11.2).

Underrättelse vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal

Förslag: Vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal ska en upphandlande myndighet i samband med underrättelsen om tilldelningsbeslutet kunna iaktta en avtalsspärr om tio eller 15 dagar, beroende på vilket kommunikationsmedel som används för att skicka underrättelsen. Om en sådan avtalsspärr iakttagits ska ett ingånget avtal inte kunna ogiltigförklaras.

Skälen för förslaget: I avsnitt 6.1.3 har föreslagits undantag från avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Vidare har i avsnitt 6.2.1 föreslagits att ett avtal som slutits i strid med bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning ska kunna förklaras ogiltigt.

Av artikel 2d.5 i ändringsdirektivet framgår att medlemsstaterna ska föreskriva att ett avtal inte ska kunna förklaras ogiltigt om den upphandlande myndigheten anser att tilldelning av kontraktet är förenligt med bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning och skickar en underrättelse om tilldelningsbeslutet till anbudsgivarna samt iakttar en avtalsspärr innan avtalet ingås. Avtalsspärren ska vara minst tio eller 15 kalenderdagar, beroende på om elektroniska medel eller postgång använts, räknat från och med dagen efter det att beslutet översändes eller minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

En upphandlande myndighet som vill försäkra sig om att ett avtal som ingås efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal kan alltså frivilligt iaktta en avtalsspärr efter att ha skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet.

Avtalsspärren efter underrättelse om tilldelningsbeslut vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal i LOU bör vara

densamma som i övrigt gäller efter underrättelse om tilldelningsbeslut, dvs. tio eller 15 dagar beroende på om underrättelsen skickats med ett elektroniskt medel eller på annat sätt (jfr avsnitt 6.1.1). Vidare bör det även i detta fall stå en upphandlande myndighet fritt att iaktta en längre avtalsspärr.

Förhandsinsyn inom det direktivstyrda området

Förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska till Europeiska gemenskapernas kommission få skicka en annons om sin avsikt att upphandla ett kontrakt utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU eller 4 kap. 2 och 3 §§ LUF samt iaktta en särskild avtalsspärr genom att inte ingå avtal förrän tio dagar gått från det att annonsen publicerats (förhandsinsyn).

När förfarandet med förhandsinsyn iakttagits ska ett avtal som slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör inte kunna förklaras ogiltigt.

Skälen för förslaget: Medlemsstaterna är enligt artikel 2d.4 i ändringsdirektivet skyldiga att införa bestämmelser om förhandsinsyn. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som bedömer att det är tillåtet att genomföra en upphandling utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU eller 4 kap. 2 och 3 §§ LUF ska ha möjlighet att genom ett särskilt meddelande i EUT annonsera sin avsikt att tilldela kontraktet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten iakttar en avtalsspärr om minst tio dagar från dagen efter publiceringen kan avtalet inte ogiltigförklaras även om annonsering skulle ha skett enligt förfarandebestämmelserna.

Förhandsinsyn är avsedd att tillämpas när upphandlande myndigheter eller enheter känner sig osäkra på om rätt bedömning gjorts av omständigheterna i den enskilda upphandlingen. Förhandsinsynen innebär en möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning av den upphandlande

myndighetens eller enhetens beslut och upphandlingen kan därigenom sanktioneras effektivt. När förfarandet iakttagits kan upphandlande myndigheter och enheter vara säkra på att ett ingånget avtal inte kan komma att ogiltigförklaras. Det ankommer således på berörda intressenter att bevaka publiceringar av upphandlingar och att ansöka om överprövning i händelse av att myndigheten eller enheten inte kan anses uppfylla kriterierna för att upphandla utan föregående annonsering.

Innehållet i det meddelande som ska publiceras i EUT beskrivs i artikel 3a i ändringsdirektivet. Meddelandet ska innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och kontaktuppgifter, en beskrivning av avtalets ändamål, en motivering till varför myndigheten eller enheten beslutat att tilldela kontraktet utan föregående annonsering om upphandlingen, namn och kontaktuppgifter på den aktör som tilldelats kontraktet, samt, i förekommande fall, andra uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten anser vara användbara. Annonsens format kommer att regleras i en av kommissionen utfärdad förordning.

Den i ändringsdirektivet angivna kortaste avtalsspärren om tio dagar vid förhandsinsyn motsvarar avtalsspärren efter det att en underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats till anbudssökandena och anbudsgivarna med ett elektroniskt medel (se avsnitt 6.1.1). Eftersom meddelandet om avsikten att upphandla utan föregående annonsering görs offentligt tillgängligt genom annonsen i EUT, föreslås att den minsta tidsfrist om tio dagar som anges i ändringsdirektivet ska gälla för förhandsinsyn enligt LOU och LUF.

Förhandsinsyn enligt 15 kap. LOU och LUF

Förslag: Upphandlande myndigheter och enheter ska få publicera ett särskilt meddelande om sin avsikt att genomföra en direktupphandling samt iaktta en särskild period med avtalsspärr genom att inte ingå avtal förrän tio dagar gått från det att annonsen publicerats. Publicering ska ske i en nationell databas som inrättas för ändamålet.

När förfarandet med förhandsinsyn iakttagits ska ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör inte kunna förklaras ogiltigt.

Regeringen får meddela närmare föreskrifter om förhandsinsyn.

Bedömning: En myndighet bör få i uppgift att ansvara för den nationella databasen.

Skälen för förslaget och bedömningen: Som behandlats ovan kräver ändringsdirektivet att bestämmelser om förhandsinsyn införs för upphandlingar över tröskelvärdena i vissa situationer. I promemorian föreslås att det i 15 kap. LOU och LUF införs ett antal nya grunder för direktupphandling (se avsnitt 6.16.4). Dessa grunder motsvarar de situationer där upphandling får ske utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU och 4 kap. 2 och 3 §§ LUF. Det finns därför skäl att överväga att även i 15 kap. LOU och LUF införa bestämmelser om förhandsinsyn vid direktupphandling.

Det som talar för en förhandsinsyn är att upphandlande myndigheter och enheter som känner sig osäkra på om de har gjort rätt bedömning av omständigheterna i den enskilda upphandlingen, har möjlighet att genom förhandsinsynen försäkra sig om att inte drabbas av att ett avtal förklaras ogiltigt. Samtidigt ges tänkbara leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut. Om leverantörens talan vinner bifall har han eller hon

normalt möjlighet att konkurrera om kontraktet i en kommande upphandling, förutsatt att den upphandlande myndighetens eller enhetens behov kvarstår. Därför antas det föreliggande incitament för leverantörerna att bevaka de upphandlingar som offentliggörs i enlighet med förslaget.

Mot bakgrund av det anförda görs bedömningen att det finns skäl för att införa bestämmelser om en frivillig förhandsinsyn vid direktupphandling enligt 15 kap. LOU och LUF.

Förutom de grunder för direktupphandling som motsvarar upphandling utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU eller 4 kap. 2 och 3 §§ LUF föreslås i promemorian att det ska fastställas en direktupphandlingsgräns (se avsnitt 6.16.2). Det bör vara möjligt att tillämpa förfarandet med förhandsinsyn även vid sådan direktupphandling.

Avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 15 kap. LOU och LUF bör vara lika lång som vid förhandsinsyn över tröskelvärdena dvs. minst tio dagar från publiceringen.

Innehållet i ett offentliggörande får uppfattas som formkrav för den frivilliga förhandsinsynen och för att rättsverkan om utebliven ogiltighet ska inträffa. Dessa krav har karaktären av myndighetsföreskrifter och kan, i likhet med vad som föreslås gälla vid förhandsinsyn över tröskelvärdena, regleras genom förordning.

Det är mindre lämpligt att överlåta till marknadens aktörer att ansvara för denna publicering. Det är inte rimligt för leverantörerna att behöva bevaka flera databaser och hinna med att utforma en ansökan om överprövning under avtalsspärrens tio dagar. En myndighet bör därför få ansvar för den databas i vilken offentliggörandet ska ske.

6.3 Domstolsavgörandet i mål om överprövning

6.3.1 Ingripande före och efter ingående av avtal

Förslag: Innan avtal har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör ska rätten, vid bifall till en leverantörs talan – i stället för att som enligt gällande rätt besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts – besluta om upphävande av det beslut om upphandling som överprövningen avser. Efter det att avtal har slutits ska rätten i ett mål om överprövning enbart kunna besluta om ogiltigförklaring av ett avtal.

Skälen för förslaget

Upphävande av beslut om upphandling innan avtal har slutits

En domstols överprövning av en upphandling resulterar, enligt nu gällande bestämmelser i 16 kap. 2 § första stycket LOU och LUF, vid bifall till en leverantörs talan, i ett förordnande om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Bestämmelserna om vad domstols överprövning ska utmynna i har haft denna utformning sedan införandet av ÄLOU. I förarbetena till ÄLOU angavs inte de närmare skälen för utformningen av bestämmelserna.

Bestämmelserna i 16 kap. 2 § första stycket LOU och LUF motsvarar artiklarna 2.1b i första och andra rättsmedelsdirektiven.

Enligt artikel 2.1b i första rättsmedelsdirektivet ska medlemsstaterna se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller

finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen. Någon ändring i sak av bestämmelsen har inte skett genom ändringsdirektivet. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 2.1 b i andra rättsmedelsdirektivet, vilken inte har ändrats genom ändringsdirektivet.

Enligt artikel 1.1 i första respektive andra rättsmedelsdirektivet i lydelsen enligt ändringsdirektivet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets eller enhets beslut gällande avtal som omfattas av det klassiska direktivet respektive försörjningsdirektivet kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i respektive rättsmedelsdirektiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling respektive upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

Upphandlingsutredningen uttalade i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28 s. 312) att det kan övervägas om inte domstolens prövning borde begränsas till ett konstaterande av om det överprövade beslutet strider mot upphandlingslagstiftningen eller inte. Utredningen tog upp denna principiella fråga om vad en överprövning ska utmynna i under avsnittet Avslutande synpunkter och endast ett fåtal remissinstanser, bl.a. *SKL* och *Länsrätten i Stockholms län*, behandlade frågan. De remissinstanser som uttalade sig var positiva till det utredningen anförde.

Som utredningen konstaterade i slutbetänkandet (s. 312) förefaller dagens regler om överprövning gå längre än vad rättsmedelsdirektiven kräver genom att domstolen ska ange hur den upphandlande myndigheten eller enheten ska agera. Genom att begränsa domstolens prövning till ett konstaterande av om det överprövade beslutet strider mot upphandlingslagstiftningen eller inte skulle det, enligt utredningen, tydligt framgå att det endast är den upphandlande myndigheten eller enheten som,

precis som vilken annan köpare som helst, bestämmer om en upphandling ska ske. Samtidigt kan överprövningen, anförde utredningen, bli något enklare att genomföra för domstolen som inte behöver ta ställning till hur den upphandlande enheten ska förfara. Utredningen ansåg vidare att det för leverantören inte skulle innebära någon rättsförlust, eftersom det inte heller med dagens regler går att tvinga fram en ny upphandling.

Det torde emellertid inte vara tillräckligt för att uppfylla rättsmedelsdirektivens krav att domstolen enbart konstaterar att en överträdelse föreligger. Enligt rättsmedelsdirektiven ska den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut kunna åsidosättas. Bestämmelserna i LOU och LUF skulle därför utformas så att domstolens överprövning, vid bifall till en leverantörs talan, ska utmyнна i ett upphävande av ett olagligt upphandlingsbeslut, i stället för ett förordnande om att en upphandling ska göras om eller inte får avslutas förrän rättelse gjorts.

Som utredningen konstaterade finns det inte någon möjlighet att tvinga en upphandlande myndighet eller enhet att genomföra en upphandling, även om det i och för sig är möjligt att överpröva ett beslut att avbryta en upphandling. Till detta kommer att det kan vara svårt för en domstol att ta ställning till vilken åtgärd som är lämpligast i det enskilda fallet, rättelse eller att upphandlingen görs om. Dessutom kan förhållandena när domen meddelas ha ändrats, vilket kan påverka möjligheterna för den upphandlande myndigheten eller enheten att verkställa domen. Om domstolen föreskriver att en upphandling ska rättas kan exempelvis förhållandena vara sådana när domen meddelas att det är lämpligare att den upphandlande myndigheten eller enheten gör om upphandlingen. Det ter sig därför mer ändamålsenligt att överlåta till den upphandlande myndigheten eller enheten att närmare besluta hur den ska agera om domstolen har funnit att en ansökan om överprövning ska bifallas.

För domstolarnas del torde en sådan förändring inte vara till nackdel samtidigt som den lämnar utrymme för de upphandlande myndigheterna och enheterna att, med hänsyn till den situation som råder när domen meddelas, avgöra hur man bör agera. Härtill kommer att det för närvarande anses märkligt och oförenligt att det närmast anses gälla en åberopsbörd i överprövningsmål enligt LOU och LUF, dvs. rätten bör inte beakta omständigheter som inte har åberopats av parterna, samtidigt som rätten oavsett utformningen av parts yrkande kan välja vilken rättsföljd – rättelse eller göra om upphandlingen – som ett bifall till ansökan ska resultera i (jfr RÅ 2005 ref. 47). Denna något motstridiga ordning upphör om rättens beslut vid bifall inte kan leda till en annan utgång i målet än att beslutet om upphandling upphävs.

En domstols upphävande av ett beslut om upphandling innebär att en upphandlande myndighet eller enhet kan besluta om rättelse eller att göra om upphandlingen. Det är emellertid viktigt att beakta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte efter fritt skön kan bestämma sig för att rätta eller göra om upphandlingen. En överträdelse av upphandlingsbestämmelserna genom att ett rättsstridigt upphandlingskriterium har tillämpats och undanröjts av domstol, innebär inte att upphandlingen kan slutföras med bortseende från kriteriet (jfr EG-domstolens dom i mål nr C-448/01 Wienstrom, REG 2003, s. I-14527).

Sammantaget talar detta för att bestämmelserna om överprövning bör ändras på så sätt att domstolen, när överprövning sker innan avtal har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör, i stället för att besluta om rättelse eller att upphandlingen ska göras om, endast ska besluta om upphävande av det upphandlingsbeslut som överprövats.

Av EG-domstolens praxis följer att begreppet beslut i rättsmedelsdirektivens mening ska tolkas extensivt (mål nr C-92/00 HI, REG 2002 s. I-05553, p. 50). Ett beslut behöver inte på något sätt vara kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll

för att kunna bli föremål för prövning (mål nr C-81/98 Alcatel Austria, REG 1999 s. I-07671, p. 35). I det s.k. Stadt Halle-målet (mål nr C-26/03, REG 2005 s. I-00001, p. 34 ff.) uttalade EG-domstolen bl.a. följande. Varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med offentlig upphandling av tjänster som faller inom tillämpningsområdet för direktiv 92/50/EEG (det äldre tjänstedirektivet) och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning, oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte. Rätten till överprövning får inte göras beroende av att ett upphandlingsförfarande formellt har nått ett bestämt stadium. Även beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran ska kunna överprövas. Det gäller särskilt beslut som syftar till att göra klart bl.a. om ett visst kontrakt hör till det materiella tillämpningsområdet för aktuellt upphandlingsdirektiv eller till den personkrets som direktivet är tillämplig på. (Jfr även prop. 2006/07:128 s. 163 och 240 f.)

I förhållande till dagens ordning innebär förslaget en skillnad endast avseende rättsföljden vid bifall till en ansökan om överprövning innan avtal har slutits. Förslaget är således inte avsett att innebära någon förändring avseende vilka beslut under upphandlingsförfarandet som kan bli föremål för överprövning.

Enbart ogiltigförklaring av avtal efter att avtal har slutits

I enlighet med vad som anförts i det föregående kan en överprövning av en upphandling, enligt gällande rätt, vid bifall till en leverantörs talan, utmyнна i ett förordnande om att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Det föreslagna genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr och de till avtalsspärren kopplade tidsfristerna för ansökan om överprövning syftar till att

upphandlingar inom viss tid ska kunna överprövas innan avtal har slutits. Domstolen föreslås i dessa fall kunna upphäva det överprövade upphandlingsbeslutet. Vidare föreslås att ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör ska kunna ogiltigförklaras, se avsnitt 6.2.1. Därmed kan ingripande ske i behövlig omfattning även efter att avtal har slutits. Av ogiltigförklaring av ett avtal får anses följa att exempelvis ett tilldelningsbeslut inte längre gäller. Något behov av att vid en överprövningsprocess efter det att ett avtal slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör, vid sidan om möjligheten att ogiltigförklara avtalet, ge domstolarna möjlighet att förordna om att en upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas finns därför inte.

6.3.2 Interimistiska beslut

Förslag: Rätten ska kunna fatta interimistiskt beslut med innebörd att avtal inte får ingås eller inte får fullgöras innan något annat har beslutats.

I likhet med vad som i dag gäller bör det anges särskilt att rätten får låta bli att fatta ett interimistiskt beslut när den skada eller olägenhet som det interimistiska beslutet skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Skälen för förslaget: Enligt 16 kap. 2 § andra stycket LOU och LUF får rätten omedelbart besluta att en upphandling inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Bestämmelser om interimistiskt beslut finns i artikel 2.1 a i första och andra rättsmedelsdirektiven. Någon förändring i sak av bestämmelserna har inte skett genom ändringsdirektivet.

Vad gäller överprövning av beslut om upphandling kommer införandet av en förlängd avtalsspärr i länsrätt sannolikt att minska behovet av interimistiska beslut i upphandlingsprocessen. För processen i överrätt kommer emellertid behovet av interimistiska beslut sannolikt att kvarstå. Vidare gäller inte avtalsspärr för alla upphandlingar. Det innebär att bestämmelsen om förlängd avtalsspärr inte heller blir tillämplig. I dessa fall kommer det att finnas ett behov av en möjlighet för leverantörer som ansöker om överprövning att få till stånd ett interimistiskt beslut som förhindrar den upphandlande myndigheten eller enheten att ingå avtal om upphandling.

Bestämmelser som innebär en möjlighet för rätten att fatta interimistiska beslut bör därför finnas kvar i LOU och LUF.

För att knyta an till avtalsspärren bör ett interimistiskt förordnande, till skillnad från nuvarande förbud mot att avsluta upphandlingen, i stället ha innebörden att avtal om upphandling inte får ingås innan något annat har beslutats.

Vidare föreslås i promemorian en möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning av avtal som slutits mellan upphandlande myndighet respektive enhet och leverantör (se avsnitt 6.2). Vid bifall till en sådan talan ska rätten ogiltigförklara det överprövade avtalet. För att hindra avtalet från att fullgöras under tiden det är föremål för rättens prövning, och därigenom säkerställa att en eventuell ogiltigförklaring får verkan, bör rätten ha möjlighet att interimistiskt förordna att avtalet om upphandling inte får fullgöras.

Av rättsmedelsdirektiven följer att medlemsstaterna får föreskriva att en skadeavvägning får göras vid bedömningen av om ett interimistiskt beslut ska fattas (artikel 2.5 i första och artikel 2.4 i andra rättsmedelsdirektivet i lydelsen enligt ändringsdirektivet). När ÄLOU infördes fick skadebedömningen avse inte bara interimistiska åtgärder utan även avgöranden i sak (prop. 1992/93:88 s. 102). I samband med vissa andra ändringar av ÄLOU som trädde i kraft den 1 juli

1996 ändrades även bestämmelserna om överprövning bl.a. på så sätt att skadeavvägningen kom att avse endast interimistiska beslut (prop. 1995/96:165 s. 15 och 18), vilket är i överensstämmelse med rättsmedelsdirektiven. Den nu gällande möjligheten för rätten att låta bli att fatta ett interimistiskt beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören föreslås kvarstå.

Förutom ovanstående möjligheter för rätten att fatta interimistiska beslut föreslås i avsnitt 6.1.4 att rätten interimistiskt ska kunna upphäva en förlängd avtalsspärr.

6.3.3 Vitesbestämmelsen i 16 kap. 2 § LUF

Förslag: Bestämmelsen i LUF om möjlighet för rätten att vid vite förbjuda en upphandlande enhet att fortsätta en upphandling utan att avhjälpa bristerna ska upphävas.

Skälen för förslaget: I 16 kap. 2 § första stycket sista meningen LUF finns en möjlighet för rätten att vid vite förbjuda en upphandlande enhet att fortsätta en upphandling utan att avhjälpa bristerna. Det krävs ett särskilt förordnande av domstolen i det enskilda målet och möjligheten har sällan använts.

Vitesbestämmelsen har sitt ursprung i andra rättsmedelsdirektivet och hade en motsvarighet i ÅLOU.

Enligt artikel 2.1c i andra rättsmedelsdirektivet, vilken inte ändrats i och med ändringsdirektivet, ska medlemsstaterna se till att prövningsorganet ges behörighet att så tidigt som möjligt och, om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som anges [i 2.1 a och b] för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till

berörda intressen. Enligt artikel 2.5 i andra rättsmedelsdirektivet, måste den ersättning som ska utgå sättas högt nog för att avskräcka den upphandlande enheten från att begå eller fortsätta med en överträdelse. Utbetalningen av ersättningen kan, enligt bestämmelsen, villkoras av ett slutligt framtida avgörande om att överträdelse faktiskt har skett.

Enligt förarbetena till den nu aktuella bestämmelsen i LUF är avsikten att domstolen vid en upphandling inom försörjningssektorerna ska kunna välja förbuds föreläggandet i stället för att förordna att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts (Ds 1992:62 s. 94 f.). Detta alternativ torde, enligt nämnda förarbeten, ha tillkommit av det skälet att de upphandlande enheterna just avseende försörjningssektorerna inte alltid är myndigheter utan även kan vara privata företag. Avseende beloppets storlek uttalades att detta får avvägas i förhållande till den avhållande effekt det ska uppnå. Vidare hänvisades till att det i tidigare direktivförslag angetts att beloppet skulle fastställas till minst en procent av upphandlingens värde, men att det inte längre återfinns i direktivtext och inte heller har överförts till lagtext. Emellertid framgår det, enligt promemorian, av bakgrundsmaterialet till direktivtexten (dvs. "explanatory memorandum") att beloppet inte borde understiga en procent av kontraktsvärdet.

Uttalandet avseende vitesbeloppets storlek upprepades i propositionen (prop. 1992/93:88 s. 101 f.).

Enligt artikel 2.1 i andra rättsmedelsdirektivet är medlemsstaterna inte skyldiga att ha bestämmelsen i 2.1c i nationell rätt. Medlemsstaterna ska nämligen se till att prövningsorganet har behörighet *antingen* att vidta interimistiska åtgärder (artikel 2.1a) och undanröja eller låta undanröja beslut (artikel 2.1b) *eller* att bl.a. besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen (artikel 2.1c) *och* i bägge fallen att tillerkänna skadestånd (artikel 2.1d).

I beaktandesatserna till andra rättsmedelsdirektivet anges bl.a. följande. Hänsyn måste tas till vissa rättsordningars egenart, och

medlemsstaterna måste därför ha flera likvärda alternativ att välja mellan när de utrustar prövningsorganen med rättsmedel. Ett alternativ är att ge prövningsorganen behörighet att ingripa direkt i upphandlingsförfarandena så att de kan uppskjuta deras verkställighet eller undanröja beslut och diskriminerande villkor ur upphandlingsdokument eller tillkännagivanden. Ett annat alternativ är att prövningsorganet får rätt att sätta tillräcklig indirekt press på upphandlarna och därmed förmå dem att vidta rättelse eller avhålla dem från att begå överträdelse och sålunda förebygga att skada uppstår. Möjlighet att begära skadestånd ska alltid finnas.

Av förarbetena till ÄLOU (prop. 1992/93:88 s. 102) framgår att regeringen vid genomförandet av andra rättsmedelsdirektivet ansåg att bestämmelsen om att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts motsvarar artikel 2.1 i andra rättsmedelsdirektivet och att bestämmelsen om vitesföreläggande motsvarar artikel 2.1c i andra rättsmedelsdirektivet. Vidare anges att bestämmelsen om interimistiska åtgärder motsvarar artiklarna 2.1a och 2.1c i andra rättsmedelsdirektivet.

Artikel 2.1a i andra rättsmedelsdirektivet har således genomförts i svensk rätt. Som angetts ovan i avsnitt 6.3.1, uppfyller bestämmelsen i 16 kap. 2 § första stycket LUF kraven i artikel 2.1b i andra rättsmedelsdirektivet. Genom införandet av vitesbestämmelsen i LUF har Sverige dessutom införlivat artikel 2.1c och därmed gått längre än vad andra rättsmedelsdirektivet kräver.

Ovan (avsnitt 6.3.1) har föreslagits att rätten vid bifall till leverantörs talan i överprövningsmål ska upphäva en upphandlande enhets beslut i stället för att förordna att upphandlingen ska göras om eller inte får avslutas förrän rättelse gjorts. Därmed kommer svensk rätt även fortsättningsvis att motsvara vad som föreskrivs i artikel 2.1b i andra rättsmedelsdirektivet. Vidare föreslås att möjligheten för rätten att meddela interimistiskt beslut kvarstår i de fall en avtalsspär

inte gäller (se avsnitt 6.3.2). Således kräver direktivet inte att någon vitesbestämmelse ska finnas i svensk rätt.

Vitesbestämmelsen i LUF syftar till sätta en ekonomisk press på den upphandlande enheten att följa förordnandet i domstolens dom. När rätten i stället ska upphäva ett överprövat olagligt upphandlingsbeslut är det i första hand upp till den upphandlande enheten att bestämma vilka åtgärder som ska vidtas med anledning av domen. Risker för att den upphandlande enheten upplever sig inte kunna följa domstolens dom torde därmed minska. Mot denna bakgrund och då vitesbestämmelsen sällan har använts görs bedömningen att bestämmelsen bör tas bort ur LUF.

6.4 Preklusionsfrist

Inledning

Ändringsdirektivets artikel 2c om tidsfrister för ansökan om överprövning reglerar möjligheten för medlemsstaterna att införa preklusionsfrister avseende de inledande delarna i en upphandling. Med preklusionsfrist menas att vissa av de inledande momenten i en upphandling får överprövas inom viss tid och kan därefter inte ligga till grund för prövning i ett senare skede av upphandlingsförfarandet. För alla beslut som är föremål för ett särskilt meddelande gäller samma tidsfrister om tio eller femton dagar som gäller för avtalspärren. I fråga om sådana beslut under ett upphandlingsförfarande som avses i artikel 2.1 b och som inte är föremål för ett särskilt meddelande, ska tidsfristen vara minst tio kalenderdagar räknat från och med den dag det berörda beslutet offentliggörs. Till denna typ av beslut hör bl.a. förfrågningsunderlaget. I artikel 2.1b exemplifieras detta med att prövningsorganet ska ha befogenheter att undanröja diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella

specifikationer i anbudsinfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet. Det kan också vara fråga om t.ex. beslut om att utesluta anbudssökande.

Upphandlingsutredningen fick genom tilläggsdirektiv i uppdrag att överväga införandet av en preklusionsfrist vid överprövning (Dir. 2005:39). Skälet för detta var bl.a. att det efter införandet av nya regler om överprövning 2002 konstaterades en markant ökning av antalet överprövningar, vilket kan leda till ökade kostnader för upphandlingsförfarandet.

En preklusionsfrist införs inte

Bedömning: En preklusionsfrist för ansökningar om överprövning avseende de inledande momenten i en upphandling bör inte införas.

Utredningens förslag: Utredningen konstaterade att det är uppenbart att det finns fördelar med en preklusionsfrist. För det första får leverantören en press på sig att agera snabbt för att få en viss fråga prövad. Det kan även förmodas vara lättare att rätta till ett fel om det uppmärksammas på ett tidigt stadium av upphandlingen. Vidare torde en preklusionsfrist underlätta domstolens prövning av tilldelningsbeslutet, eftersom domstolen inte behöver befatta sig med invändningar som avser tidigare led i förfarandet. Slutligen torde domstolens behov av att tillgripa interimistiskt beslut för att skaffa sig tid att genomföra överprövningen minska genom en preklusionsfrist.

Utredningen framhöll också ett antal nackdelar. Om en prövning sker redan före anbudstidens utgång kan den upphandlande myndigheten eller enheten dra sig för att gå vidare med upphandlingen. Med en preklusionsfrist kan det också förekomma att domstolarna prövar olika beslut som den

upphandlande enheten fattat på ett tidigt stadium av upphandlingen. Mer eller mindre parallella processer i olika instanser leder, enligt utredningen, erfarenhetsmässigt till problem.

Vidare anförde utredningen att om en felaktighet inte har åberopats i rätt tid, ska domstolen när den genomför en överprövning bortse från felaktigheten och inte ex officio lägga den till grund för sin bedömning. Bristfälliga förfaranden kan alltså fortgå utan möjligheter till korrigerings, vilket inte bidrar till en korrekt tillämpning av de gemenskapsrättsliga upphandlingsbestämmelserna.

Utredningen anförde att även vissa leverantörsaspekter kan anläggas. Det är inte otänkbart att en leverantör som anser sig ha en rimlig chans att få kontraktet avstår från att begära överprövning på ett så tidigt stadium som en preklusionsfrist kräver av rädsla för att framstå som "besvärlig" inför sin potentiella avtalspart. En preklusionsfrist riskerar då att inte få den avsedda effekten, dvs. att tidiga överträdelser överprövas så snart som möjligt. Med den nu angivna utgångspunkten skulle en preklusionsfrist rentav kunna tänkas leda till att färre överträdelser kom under prövning jämfört med om fristen inte hade funnits. Utredningen ansåg att detta skulle strida mot det övergripande syftet med rättsmedelsdirektiven.

Ytterligare en tänkbar nackdel med en preklusionsfrist, som utredningen förde fram, är att en sådan frist kan tvinga fram ansökningar om överprövning från en leverantör som inte, i en framtida skadeståndsprocess, vill drabbas av en invändning från motparten om att leverantören inte sökt begränsa sin skada.

Utredningen anförde avslutningsvis att en preklusionsfrist väcker vissa sekretessfrågor. För uppgift som rör anbudsansökningar eller anbud gäller absolut sekretess tills dess att samtliga anbud offentliggjorts eller tilldelningsbeslut fattats eller upphandlingen avbrutits, 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen (1980:100). Därefter gäller inte längre den absoluta sekretessen utan uppgifterna är offentliga, förutsatt att

någon annan sekretessbestämmelse, t.ex. 8 kap. 10 § sekretesslagen, inte är tillämplig. Det kan, enligt utredningen, inte uteslutas att EG-domstolens generösa tolkning av begreppet beslut i rättsmedelsdirektiven innebär att uppgifter som träffas av den absoluta sekretessen skulle kunna utgöra beslut i EG-domstolens mening.

Mot den angivna bakgrunden kom utredningen till slutsatsen att nackdelarna med en preklusionsfrist väger något tyngre än fördelarna.

Remissinstanserna: Remissutfallet i fråga om utredningens slutsats om en preklusionsfrist är blandat. Flertalet av de remissinstanser som yttrat sig är positiva till att införa en preklusionsfrist. Många remissinstanser delar emellertid utredningens bedömning att en preklusionsfrist inte bör införas. Några remissinstanser uttrycker att ändringarna i rättsmedelsdirektiven bör avvaktas och att frågan därefter bör utredas ytterligare.

Kammarrätten i Jönköping, hänvisar till utredningens förslag om införande av nya frivilliga upphandlingsformer enligt de båda förfarandedirektiven och framhåller att det i dessa fall är viktigare att upphandlingsprocessen blir snabb smidig och meningsfull än att domstolarna vid alla tidpunkter detaljgranskar alla frågor i aktuella affärsförhållanden. Överprövningar av upphandlingar kan, enligt kammarrätten, inte heller jämföras med mål enligt konfiskatorisk lagstiftning eller mål om personligt eller ekonomiskt tvång, varför rättssäkerhetsskäl inte bör kräva en lika genomgripande bedömning vid varje prövningstillfälle.

Flera remissinstanser, bl.a. *Domstolsverket* och *Vägverket* ifrågasätter utredningens farhåga att en upphandlande myndighet eller enhet skulle dra sig för att fortsätta upphandlingsprocessen vid en överprövning. Vägverket anför att en upphandlande myndighet som menar sig ha rätt kommer att fortsätta upphandlingsprocessen, eftersom anskaffningsbehovet inte

upphört och det inte innebär någon fördel att påbörja en ny upphandling.

Ekonomistyrningsverket anmärker att parallella processer kan förekomma redan i dag och att risken för dessa torde minimeras genom tillämpning av interimistiska beslut.

Flera remissinstanser, bl.a. *Socialstyrelsen*, ställer sig frågande till utredningens bedömning att leverantörer skulle avstå från att begära överprövning av rädsla för att framstå som besvärliga. *Socialstyrelsen* anför att det redan i dag är relativt vanligt att leverantörer under anbudstiden hör av sig med synpunkter på underlaget. Enligt *Socialstyrelsen* drar sig leverantörerna inte för att vara besvärliga eller kritiska och lämnar i slutändan ändå alltid anbud.

Bl.a. *Riksgäldskontoret* anser att invändningen att en preklusionsfrist riskerar att inte bidra till en korrekt tillämpning av de gemenskapsrättsliga reglerna samt strida mot syftet med rättsmedelsdirektiven är egendomlig mot bakgrund av EG-domstolens ställningstagande i målet C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, REG 2002 I-11617, där domstolen är uttalat positiv till preklusionsfrister. *Riksgäldskontoret* ställer sig vidare frågande till argumentet att en preklusionsfrist skulle kunna medföra att en upphandlande myndighet i en skadeståndsprocess kan komma att invända att en begäran om överprövning borde ha skett. Redan i dag gäller att en leverantör kan begära överprövning redan innan ett tilldelningsbeslut har fattats. Inget förändras i detta avseende med införandet av en preklusionsfrist. Det är enligt *Riksgäldskontoret* också en rimlig rättsprincip att en skadelidande part ska vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada.

Banverket anför att den absoluta sekretessen kan medföra problem vid överprövningar före tilldelningsbeslut, men att detta gäller redan i dag. *Banverket* anser trots detta att det är möjligt att införa en preklusionsfrist.

Vägverket anser att överträdelser som hänför sig till beslut avseende uppgifter som inte varit tillgängliga och därmed inte

upptäckbara för leverantören förrän efter att tilldelningsbeslut fattats, inte bör omfattas av preklusion. Överträdelse måste således enligt Vägverket vara objektivt upptäckbara för att omfattas av fristen och kan inte avse beslut som omfattas av den absoluta sekretessen.

Dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling* (NOU) hör till de remissinstanser som anser att frågan om en preklusionsfrist bör utredas ytterligare i samband med genomförandet av ändringarna i rättsmedelsdirektiven. NOU ser ett antal situationer där en sådan frist skulle vara av värde. NOU hänvisar emellertid samtidigt till att det får beaktas att avsikten med ändringarna i LOU som infördes 2002 var att leverantörer skulle ges ökade möjligheter att begära överprövning. NOU anser att den ökning som skett av antalet överprövningar var väntad. Eftersom det är en stor mängd upphandlingar som genomförs dagligen, menar NOU att antalet överprövningar inte är omotiverat stort. Den ökning som har iakttagits beträffande antalet överprövningsmål synes börja avta och NOU menar att utvecklingen av antalet mål bör följas framöver innan någon begränsning sker.

Skälen för bedömningen

För- och nackdelar med preklusionsfrist

Som beskrivits i inledningen till detta avsnitt medger ändringsdirektivet att medlemsstaterna får införa preklusionsfrister, dvs. bestämda frister inom vilken talan måste väckas för vissa beslut i upphandlingsförfarandet som föregår tilldelningsbeslutet. Det kan t.ex. röra innehållet i förfrågningsunderlaget eller beslut om uteslutning av anbudssökande. Att bestämmelser av detta slag redan tidigare varit tillåtna och är i överensstämmelse med den effektivitetsprincip som följer av rättsmedelsdirektiven under

vissa förutsättningar framgår bl.a. av EG-domstolens dom i målet C-470/99 *Universale-Bau* m.fl.

Frågan om införandet av en preklusionsfrist kan numera bedömas med hänsyn till de förslag till genomförande av ändringsdirektivet samt de förslag som i övrigt lämnas i denna promemoria.

Antalet ansökningar om överprövning har ökat de senaste åren. Under åren 2002–2008 uppgick antalet mål som kom in till länsrätterna årligen till 343, 875, 1125, 1280, 1539, 1128 respektive 1428.

Som NOU påpekar i sitt remissvar var det väntat att de regeländringar som trädde i kraft 2002 skulle medföra en ökning av antalet överprövningsmål.¹⁸ Enligt Konkurrensverkets rapport *Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2)* överprövas mellan två och tre procent av de annonserade upphandlingarna.¹⁹ Syftet med en preklusionsfrist är emellertid inte att minska antalet överprövningar utan att påskynda upphandlingsprocessen i de fall överprövning sker. Ju fler överprövningar som äger rum, desto viktigare blir det dock att överprövningsförfarandet inte i onödan leder till att upphandlingsprocessen drar ut på tiden.

Ett av de främsta skälen för att införa en preklusionsfrist är att det relativt ofta förekommer överprövningar som avser enbart inledande beslut under upphandlingsprocessen och som hade kunnat prövas i ett tidigare skede. I flera remissyttranden anförs allmänt att så är fallet. I den nämnda rapporten från Konkurrensverket görs en närmare analys av de vanligaste grunderna för ansökan om överprövning. Det anges att en av de mest frekvent åberopade grunderna i de granskade avgörandena är att förfrågningsunderlaget varit behäftat med fel i något avseende.²⁰ Det torde dessutom vara enklare och mindre kostsamt att rätta till ett fel om det uppmärksammas i inledningen av upphandlingen än när den avslutats. Leverantörer

¹⁸ Prop. 2002/02:142 s. 90 ff.

¹⁹ Konkurrensverket, *Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2)*, s. 7.

²⁰ Konkurrensverket, *Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2)*, s. 57.

som upptäcker eventuella fel i de inledande momenten, tvingas agera istället för att avvakta hur ett senare tilldelningsbeslut utfaller för deras del innan de ansöker om överprövning. Bestämmelser om preklusionsfrist skulle således kunna främja syftet med rättsmedelsdirektivet, nämligen att säkra att de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. EG-domstolen har i flera avgöranden, t.ex. målen *Universale-Bau m.fl.* och *C-327/00 Santex*, REG 2003 s. I-01877, uttalat intresset av en effektiv och skyndsam överprövning samt att fastställande av skäliga frister för att väcka talan vid äventyr av preklusion utgör en tillämpning av principen om rättssäkerhet. I den sistnämnda domen behandlades frågan om villkor för prövning, trots att fristen för att väcka talan för ett särskilt meddelande löpt ut. Domstolen uttalade bl.a. att en nationell preklusionsfrist om 60 dagar var skälig. Tidsfristen löpte från dagen för delgivning av beslutet och eller från det att leverantören fått fullständig kännedom om beslutet. I praktiken innebar fristen i sig därför inte att det blev omöjligt eller orimligt svårt att för den enskilde att hävda sina rättigheter enligt gemenskapsrätten, vilket var en förutsättning för att fristen skulle godtas. Om de nationella myndigheterna emellertid agerat på ett sådant sätt att det blivit omöjligt eller orimligt svårt att utöva de gemenskapsrättsliga rättigheterna som tillkommer en unionsmedborgare är den nationella domstolen, enligt EG-domstolen, skyldig att underlåta att tillämpa nationella preklusionsbestämmelser. Det kan exempelvis finnas situationer där det inte kan anses stå klart att anbudsunderlaget är i strid med gemenskapsrättsliga principer förrän vid tilldelningsbeslutet.

Att generellt prekludera möjligheten att beakta omständigheter som föregår tilldelningsbeslutet kan alltså kräva ett genomförande av någon form av ventil i de nationella bestämmelserna som erkänner tillämpningen av gemenskapsrätten och som gör det möjligt för domstolarna att

ändå beakta sådana villkor i en senare prövning, även om dessa skulle vara prekluderade på grund av möjligheten för leverantörerna att angripa villkoren enligt ett tidigare förfarande.

Det som talar mot att införa en preklusionsfrist är framför allt följande. I Konkurrensverkets rapport påtalas som nämnts att de ofta är de inledande momenten i en upphandling, såsom utformningen av förfrågningsunderlaget, som leder till ansökningar om överprövning. Det konstateras dock samtidigt att det är vanligt att en leverantör klagar på såväl förfrågningsunderlagets utformning som hur anbudsutvärderingen har genomförts. Enligt rapporten upptäcks felaktigheter i förfrågningsunderlaget ofta först när anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet, eftersom det dessförinnan inte alltid stått klart hur den upphandlande myndigheten eller enheten avsett att tolka eller tillämpa förfrågningsunderlaget.²¹ Även NOU framhåller i sitt remissvar att det inte är ovanligt att en anbudsgivare först vid tilldelningsbeslutet får klart för sig vad förfrågningsunderlaget har betydelse för utvärderingen och först då har tillräcklig information för att avgöra om det finns anledning att begära överprövning eller inte.

Det får anses vara betungande för leverantörer att lägga ner kostnader och resurser på att inventera de rättsliga förutsättningarna som följer av förfrågningsunderlag m.m. innan en preklusionsfrist löper ut, alternativt förlora möjligheten att åberopa de omständigheter som ligger till grund för ett senare felaktigt tilldelningsbeslut. En sådan rättsförlust skulle i och för sig kunna förhindras genom att, som tidigare anförts, en preklusionsfrist kompletteras med någon form av ventil som gör det möjligt att i vissa fall ändå efter tilldelningsbeslutet kunna åberopa omständigheter som hänför sig till de inledande momenten i en upphandling och som därför normalt

²¹ Konkurrensverket, Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2), s. 72..

prekluderats. Det får dock antas att gränsdragningsproblem skulle uppstå med en sådan reglering och därmed svårigheter för leverantörer att förutse i vilka fall omständigheter verkligen skulle vara prekluderade eller vara möjliga att åberopa i en process efter tilldelningsbeslutet.

Även om införandet av en preklusionsfrist kompletteras med en ventil av något slag finns således en viss risk för ett ökat antal överprövningar som sker för säkerhets skull, eftersom leverantören kanske inte alltid vågar avvakta tilldelningsbeslutet. Utredningen påpekade att en domstol vid en senare överprövning kan behöva bortse från felaktigheter som är prekluderade och inte ex officio lägga dem till grund för sin bedömning. Utredningen menade att bristfälliga förfaranden därför skulle kunna fortgå utan möjligheter till korrigerings och att detta inte skulle bidra till en korrekt tillämpning av de gemenskapsrättsliga upphandlingsbestämmelserna.

Det kan tilläggas att även om det, som utredningen befarat, kan tänkas förekomma att leverantörer tvekar att rikta anmärkningar mot en upphandling i ett tidigt skede, är det som flera remissinstanser påpekar, inte heller ovanligt att leverantörer kontaktar upphandlande myndigheter eller enheter med anledning av t.ex. oklarheter i förfrågningsunderlaget. Någon överhängande risk för att leverantörer avhåller sig att klaga av rädsla för att hamna i dålig dager bör således inte vara avgörande för frågan. Samtidigt kan det vara än mer viktigt att markera att många av de problem som preklusionsfrister avser att avhjälpa tidigt i upphandlingsprocessen ofta kan avhjälpas genom att leverantörer kontaktar upphandlande myndigheter eller enheter för att påtala eventuella fel eller brister i underlaget. En sådan praktisk lösning torde i flertalet fall vara mycket enklare och billigare alternativ för alla inblandade än att hänvisa frågan till domstol, vilket införandet av preklusionsfrister skulle signalera.

Vid en sammanvägning av skälen för och mot att införa en preklusionsfrist, får nackdelarna anses överväga de fördelar som finns. Även enligt nu gällande ordning samt enligt promemorians

förslag har leverantörerna möjlighet att begära överprövning även innan tilldelningsbeslutet har fattats. Detta kan ske utan risk för att domstolen tvingas bortse från omständigheter vid en eventuell senare bedömning av tilldelningsbeslutet.

6.5 Underrättelse om ansökan om överprövning

Bedömning: Krav bör inte ställas på att leverantören ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att begära överprövning.

Skälen för bedömningen: Enligt artikel 1.4 i ändringsdirektivet får medlemsstaterna föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om den påstådda överträdelsen och om sin avsikt att ansöka om prövning, under förutsättning att detta inte påverkar den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås i enlighet med artikel 2a.2 eller några andra tidsfrister för ansökan om prövning i enlighet med artikel 2c.

Det är i dag domstolen som ombesörjer att en upphandlande myndighet eller enhet underrättas om att en ansökan om överprövning har kommit in till domstolen. För att inte avtal ska ingås i strid med den förslagna avtalsspärren finns det skäl för att tillförsäkra att en upphandlande myndighet eller enhet snabbt får kännedom om att en upphandling kommer att överprövas.

I denna promemoria föreslås att lagen (1930:173) om lagstadgad tid ska beaktas vid beräkningen av avtalsspärren och tidsfristen för att ansöka om överprövning, se avsnitt 6.8. Detta förslag bör bidra till att minska risken för att avtal ingås utan att domstolen hinner meddela den upphandlande myndigheten eller enheten.

Som ett led i den processuella handläggningen av mål hanterar domstolarna denna administration effektivt i dag och ska även

fortsättningsvis ombesörja detta. Denna ordning behöver inte kompletteras med ett krav på en leverantör om att underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten. Ändringsdirektivets artikel 1.4 bör således inte genomföras i svensk rätt.

6.6 Ansökan om överprövning till upphandlande myndighet eller enhet

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

Skälen för bedömningen: Enligt artikel 1.5 i ändringsdirektivet får medlemsstaterna kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten respektive enheten. I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tills vidare inte får ingås. Den förlängda period under vilken avtal inte får ingås ska, beroende på kommunikationsmedel, vara minst tio eller 15 kalenderdagar från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten sände ett svar, eller minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att ett svar erhöles. Medlemsstaterna ska besluta om lämpliga kommunikationsmedel, inbegripet telefax eller elektroniska medel, som ska användas för ansökningar om prövning.

Enligt gällande rätt ska en ansökan om överprövning enligt LOU och LUF ges in till domstol. En anledning till att en sådan ansökan i stället först skulle ges in till den upphandlande myndigheten eller enheten är att myndigheten eller enheten skulle ompröva sitt beslut. I ett förvaltningsärende sker detta exempelvis innan ett ärende överlämnas till domstolen för prövning. Bl.a. i syfte att påskynda upphandlingsförfarandet

finns inget sådant omprövningsförfarande enligt LOU och LUF. Detta hindrar dock inte att en myndighet eller enhet i praktiken kan korrigera ett beslut efter påpekande från någon anbudsgivare.

Det är frivilligt för medlemsstaterna att genomföra ändringsdirektivets bestämmelser om att en ansökan om prövning först ska ges in till den upphandlande myndigheten eller enheten. Övervägande skäl talar för att behålla nuvarande ordning för upphandlingsprocessen. Därför föreslås inte att en ansökan om överprövning först ska lämnas till den upphandlande myndigheten eller enheten.

6.7 Tidsfrister för ansökan om överprövning

6.7.1 Tidsfrist för ansökan om överprövning av beslut om upphandling

Förslag: En ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska ha kommit in till länsrätten före utgången av avtalsspärren.

Skälen för förslaget: Artikel 2c i ändringsdirektivet innehåller för medlemsstaterna frivilliga bestämmelser om tidsfrister för ansökan om överprövning. De frister för att komma in med en ansökan om överprövning som medlemsstaterna får införa ska motsvara minst den period som gäller för avtalsspärr, dvs. tio kalenderdagar om fax eller elektroniska kommunikationsmedel används och 15 kalenderdagar om beslutet skickas på annat sätt. Om ansökan om överprövning gäller ett beslut som inte är föremål för någon särskild underrättelse, ska tidsfristen vara minst tio kalenderdagar från den dag då beslutet offentliggörs.

Nu gällande bestämmelser om tidsfrister för överprövning av upphandlingar återfinns i 16 kap. 1 § andra–fjärde styckena LOU och LUF. Enligt bestämmelserna är en upphandling att anse som avslutad först sedan ett upphandlingskontrakt föreligger och det har gått tio dagar från det att den upphandlande myndigheten eller enheten underrättat anbudsgivare och anbudssökande om tilldelningsbeslutet. Denna tidsfrist för överprövning löper från den dag då den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare. Om länsrätten fattar ett interimistiskt beslut i frågan, får upphandlingen inte avslutas innan något annat har beslutats. Först sedan allmän förvaltningsdomstol upphävt det interimistiska beslutet kan upphandlingen avslutas. För att leverantörerna ska ha en möjlighet att ta tillvara sin rätt att överklaga räknas en ny tidsfrist om tio dagar från den dag då det interimistiska beslutet upphävdes.

Av Regeringsrättens dom i RÅ 2005 ref. 10 följer att ett avtal som en upphandlande myndighet eller enhet har slutit utan att ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa LOU, dvs. genom en otillåten direktupphandling, inte har utgjort hinder mot överprövning.

Vid direktupphandling i enlighet med LOU eller LUF gäller att en ansökan inte får prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Regeringsrätten har i RÅ 2007 ref. 28 konstaterat att den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid inte är tillämplig på tiodagarsregeln.

Med hänsyn till genomförandet av bestämmelserna om avtalsspärr bör tidsfristerna för en ansökan om överprövning kopplas till den spärrperiod om tio eller 15 dagar som gäller beroende på om elektroniska medel eller postgång används för att underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet. En längre tidsfrist för att ansöka om överprövning, utöver den tid under vilken avtalsspärren löper, bör inte vara nödvändig. I praktiken innebär förslaget om

tidsfrister på tio eller 15 dagar kopplat till avtalsspärren att leverantörer kommer att ha samma eller en något längre tidsfrist att ansöka om överprövning jämfört med vad som gäller i dag. Således kan minimifristerna i ändringsdirektivet användas och tidsfristen för ansökan om överprövning av beslut om upphandling enligt LOU och LUF ska således bestämmas till den period under vilken avtalsspärr gäller.

Om en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling kommer in till länsrätten efter det att spärrperioden löpt ut, ska ansökan avvisas.

Vad gäller överprövning av ramavtal uttalade Upphandlingsutredningen (SOU 2006:28 s. 307 f.) att endast ett ramavtal som är ömsesidigt förpliktande för parterna torde bryta möjligheten till överprövning beträffande förfarandet för att tilldela ramavtalet. Andra ramavtal utgör inte upphandlingskontrakt och bryter inte möjligheten till överprövning. Upphandlingsutredningen ansåg att en sådan ordning inte är rationell och minskar förutsebarheten för avtalsparterna.

Ramavtal där samtliga villkor inte är fastställda har av domstol bedömts inte utgöra ett upphandlingskontrakt (se Kammarrättens i Stockholm dom den 10 november 2008 i mål nr 5365-08). Därmed skulle en i tiden i princip evig rätt att överklaga gälla för sådana avtal.

I och med förslaget att en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska ha kommit in till domstolen innan avtalsspärren efter underrättelse om tilldelningsbeslutet har löpt ut är det inte längre avgörande för när överprövning kan ske att ett kontrakt föreligger. Det kommer därmed inte längre att gälla en evig rätt att överklaga beslut om tilldelning av ramavtal där samtliga villkor inte är fastställda.

6.7.2 Tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling

Förslag: En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till länsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om beslutet att avbryta upphandlingen med något elektroniskt medel. Om underrättelsen skickats på annat sätt ska ansökan om överprövning ha kommit in till länsrätten innan 15 dagar har gått.

Skälen för förslaget: Ett beslut att avbryta en upphandling kan bli föremål för överprövning av allmän förvaltningsdomstol (se EG-domstolens domar i mål nr C-92/00 HI, REG 2005, s. I-05553 och mål nr C-15/04 Koppensteiner, REG 2005, s. I-04855 samt RÅ 2005 ref. 62).

Upphandlingsutredningen ansåg i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28 s. 311 f.), med hänvisning till RÅ 2005 ref. 62, att det av rättssäkerhetsskäl inte är godtagbart att möjligheten att begära överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling i princip är obegränsad i tiden och att överprövningsreglerna därför snarast borde kompletteras med en regel som begränsar denna möjlighet till viss tid efter det att den upphandlande enheten underrättat leverantörerna om att upphandlingen avbrutits. Utredningen behandlade denna fråga i avsnittet Avslutande synpunkter och ansåg sig i det sena skedet inte ha utrymme att överväga de övriga ändringar av upphandlingsreglerna som Regeringsrättens avgörande kunde komma att aktualisera. Utredningen lämnade dock ett förslag på hur bestämmelsen skulle kunna utformas. Förslaget innebar att en begäran om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling inte skulle få göras senare än tre

veckor från den dag då underrättelse om detta skickats till anbudssökandena eller anbudsgivarna.

Flera remissinstanser (bl.a. dåvarande *NOU*, *SKL*, dåvarande *Verva* och *Länsrätten i Stockholms län*) var positiva till införande av en tidsfrist.

Det bedöms otillfredsställande att tiden för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling är obegränsad. Bedömningen görs därför att det i LOU och LUF bör införas en tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling. Tidsfristen bör beräknas utifrån den underrättelse om beslutet att avbryta upphandlingen som enligt 9 kap. 9 § andra stycket LOU och LUF eller 15 kap. 19 § LOU och LUF ska skickas till anbudssökandena och anbudsgivarna. Tidsfristen bör bestämmas till tio eller 15 kalenderdagar, beroende på om underrättelsen om beslutet att avbryta upphandlingen skickats med ett elektroniskt medel eller på annat sätt. Tidsfristen kommer då att motsvara avtalsspärren och tidsfristen för att ansöka om överprövning av andra beslut om upphandling.

6.7.3 Tidsfrist för ansökan om överprövning av avtal

Förslag: En ansökan om överprövning av ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet respektive enhet och leverantör med anledning av otillåten direktupphandling, överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr eller av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal ska ha kommit in till länsrätten

1. innan 30 dagar har gått från en efterannonsering under förutsättning att annonsen innehåller en motivering av beslutet att direkttilldela kontraktet,

2. innan 30 dagar har gått från det att anbudssökandena och anbudsgivarna skriftligen har underrättats om att avtal har slutits, inbegripet avtal som ingås genom förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU, under förutsättning att underrättelsen innehåller sådana upplysningar om tilldelningsbeslutet som avses i 9 kap 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF, eller

3. om 1. eller 2. inte är tillämpliga, inom sex månader från det att avtalet slöts.

Skälen för förslaget: I artikel 2f i ändringsdirektivet finns särskilda bestämmelser om tidsfrister för ansökan om överprövning av avtal enligt artikel 2d.1.

Medlemsstaterna får enligt artikel 2f föreskriva att en ansökan om prövning av ett avtal i enlighet med artikel 2d.1 ska göras före utgången av minst 30 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett meddelande om tilldelning av kontraktet i enlighet med artikel 35.4 samt artiklarna 36 och 37 i det klassiska direktivet, under förutsättning att detta meddelande innehåller en motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett

meddelande om offentlig upphandling i EUT. Detsamma gäller om den upphandlande myndigheten har underrättat de berörda anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtal har slutits, under förutsättning att underrättelsen innehåller en sådan kortfattad redogörelse för skälen till beslutet som avses i artikel 41.2 i det klassiska direktivet, om inget annat föreskrivs i artikel 41.3 i det direktivet. Detta alternativ gäller även i de fall som avses i artikel 2b.c i ändringsdirektivet. Medlemsstaterna får vidare föreskriva att en ansökan om prövning av ett avtal enligt artikel 2d.1 under alla omständigheter ska göras före utgången av minst sex månader räknat från och med dagen efter det att avtalet slöts.

Ogiltigförklaring av ett avtal är en mycket ingripande åtgärd. Upphandlande myndigheter och enheter bör därför vid någon tidpunkt kunna vara säkra på att ett avtal som slutits inte kan komma att förklaras ogiltigt. Av rättssäkerhetsskäl bedöms det därför vara lämpligt att i LOU och LUF införa tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtal.

De i ändringsdirektivet angivna minimifristerna bedöms vara väl avvägda och längre tidsfrister bör därför inte införas i LOU och LUF. Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtal bör därmed vara 30 dagar från det att den upphandlande myndigheten eller enheten efterannonserat upphandlingen enligt 7 kap. 3 § eller 15 kap. 21 § LOU respektive 7 kap. 6 § eller 15 kap. 21 § LUF under förutsättning att efterannonseringen innehåller en motivering till beslutet att tilldela kontrakt utan föregående upphandling. Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtal bör även vara 30 dagar från det att en upphandlande myndighet eller enhet skickat en underrättelse om att avtal slutits och lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § LOU respektive LUF. Denna tidsfrist omfattar avtal som slutits efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap. 7 § LOU. I de fall efterannonsering inte skett eller en underrättelse om att avtal har slutits inte skickats bör tidsfristen för att ansöka om

överprövning av avtalet vara sex månader från det att avtalet slöts.

6.8 Beräkning av avtalsspärren och tidsfrister för ansökan om överprövning

Förslag: Vid beräkningen av avtalsspärrens längd och tidsfrister för ansökan om överprövning ska tillämpas vad som gäller enligt den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid.

Skälen för förslaget: Enligt 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid får, om den tid då enligt lag eller särskild författning en åtgärd senast ska vidtas infaller på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, åtgärden vidtas nästa vardag (söndagsregeln).

Av 16 kap. 1 § tredje stycket LOU och LUF framgår att en ansökan om överprövning, vid annan upphandling än direktupphandling, som huvudregel får provas tills dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat en underrättelse enligt 9 kap. 9 § eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Regeringsrätten konstaterade i RÅ 2007 ref. 28 att söndagsregeln är tillämplig i de fall det är föreskrivet att en åtgärd ska vidtas senast en viss dag och att söndagsregeln därför inte är tillämplig på tiodagarsregeln i LOU och LUF.

I denna promemoria föreslås att det i 16 kap. LOU och LUF ska tas in bestämmelser om avtalsspärr (avtalsspärr efter tilldelningsbeslut, avtalsspärr vid förhandsinsyn, förlängd avtalsspärr och avtalsspärr vid överklagande, se avsnitt 6.1). Dessa bestämmelser innebär att upphandlande myndigheter och enheter inte får sluta avtal förrän en viss tid har gått och således inte att en åtgärd ska vidtas senast en viss dag. Söndagsregeln

kommer därför inte att vara tillämplig utan en reglering i lagarna vid beräkningen av avtalsspärrens längd.

Vidare föreslås i promemorian tidsfrister för när en ansökan om överprövning av beslut om upphandling ska ha kommit in till länsrätten (se avsnitt 6.7.1). Den tidsfristen kopplas direkt till avtalsspärren. En tidsfrist föreslås även för när en ansökan om överprövning av ett avtal ska ha kommit in till länsrätten (se avsnitt 6.7.3). Tidsfristerna för att ansöka om överprövning innebär att en ansökan ska ha kommit in till länsrätten senast en viss dag och söndagsregeln torde därför vara tillämplig på dessa tidsfrister.

Att söndagsregeln torde vara tillämplig på tidsfristen för att ansöka om överprövning av beslut om upphandling, men inte på bestämmelserna om avtalsspärr kan exempelvis innebära att avtal får slutas en lördag, medan ansökan om överprövning inte behöver ha kommit in till länsrätten förrän följande måndag. I denna promemoria föreslås att ett beslut om upphandling inte ska prövas efter den tidpunkt då avtal slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör (se avsnitt 6.3.1). Det bedöms därför som viktigt att avtalsspärrens längd överensstämmer med den senaste tidpunkten för att ansöka om överprövning.

Sammanfattningsvis görs bedömningen att en bestämmelse enligt vilken hänsyn ska tas till lördagar, söndagar och helgdagar bör tas in i 16 kap. LOU och LUF. Detta görs lämpligast genom en hänvisning till 2 § lagen om beräkning av lagstadgad tid. För att regleringen ska bli enhetlig bör söndagsregeln gälla alla bestämmelser om avtalsspärr. För tydlighets skull bör hänvisningen till söndagsregeln även avse tidsfristerna för att ansöka om överprövning, trots att en sådan inte torde krävas för söndagsregelns tillämplighet.

6.9 Prövning av en ansökan om överprövning av beslut om upphandling

Förslag: En ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska inte prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet respektive enhet och leverantör.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten ingår ett avtal i strid mot ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås, en avtalsspärr eller ett förbud mot att ingå avtal efter länsrätts avgörande eller efter upphävande av ett interimistiskt beslut ska rätten i stället, på yrkande av leverantör, överpröva avtalet.

Skälen för förslaget: I nu gällande lydelse av 16 kap. 1 § LOU respektive LUF föreskrivs att en ansökan om överprövning vid direktupphandling inte får prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. Vid annat förfarande än direktupphandling får ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Ansökan får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten lämnat en underrättelse enligt 9 kap. 9 § LOU eller LUF till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. Bestämmelsens utformning medför att parterna, dvs. den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören, kan vara civilrättsligt bundna av ett avtal trots att avtalet inte är ett kontrakt i den mening som avses i LOU och LUF. (I ÅLOU användes benämningen upphandlingskontrakt. I propositionen som föregick lagändringen anfördes att någon ändring i sak inte var avsedd, prop. 2006/07:128 s. 302). Upphandlingen är därför inte avslutad och kan fortfarande överprövas av domstol.

Domstolen ska således enligt gällande rätt vid överprövningen bortse från ett avtal som kan vara civilrättsligt bindande om

avtalet inte utgör ett kontrakt som avses i LOU och LUF, jfr prop. 2001/02:142 s. 178 och RÅ 2005 ref. 10. Om domstolen förklarar att upphandlingen ska göras om kan en upphandlande myndighet eller enhet dock rimligen inte fullfölja avtalet. Vid införandet av den nuvarande tiodagarsregeln anförde regeringen därför att en upphandlande enhet, för att undvika civilrättslig bundenhet i förhållande till viss leverantör innan upphandlingen är avslutad, bör ange i förfrågningsunderlaget att avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt (prop. 2001/02:142 s. 78).

I promemorian föreslås i enlighet med ändringsdirektivet att ett avtal i vissa fall ska kunna förklaras ogiltigt. Med hänsyn till att avtal ska kunna ogiltigförklaras, görs bedömningen att den nu rådande skiljelinjen mellan vad som är ett civilrättsligt giltigt avtal respektive ett kontrakt enligt LOU och LUF inte behöver upprätthållas. Som anförts påverkar en överprövning av beslutet om upphandling inte den civilrättsliga giltigheten av ett avtal. Eftersom möjligheten att ogiltigförklara ett avtal införs, får det anses lämpligare att leverantören när avtal ingåtts ansöker om överprövning av avtalet, varvid rätten kan komma att ogiltigförklara det ingångna avtalet. Överprövning av beslut om upphandling föreslås därför inte kunna ske sedan avtal slutits.

Som tidigare redogjorts för, föreslås i promemorian att det i LOU och LUF införs förbud att ingå avtal vid avtalsspärr (se avsnitt 6.1.1 och 6.1.4), när rätten meddelat interimistiskt beslut att avtal inte får ingås (se avsnitt 6.3.2) samt under en viss period efter det att länsrätten avgjort målet eller efter det att en domstol upphävt ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås (se avsnitt 6.1.5). Om en upphandlande myndighet eller enhet trots detta ingår avtal med en leverantör i strid med dessa bestämmelser, skulle rätten enligt den föreslagna ordningen inte längre kunna överpröva beslutet om upphandling. Ett pågående mål skulle således få skrivas av från vidare handläggning och leverantören skulle vara hänvisad till att ge in en ny ansökan till länsrätten och i stället yrka överprövning av avtalet. En sådan ordning bedöms av flera anledningar inte vara rimlig. Det torde

för en leverantör framstå som både svårförståeligt och onödigt komplicerat att en upphandlande myndighets handlande i strid med bestämmelserna skulle medföra att målet ska skrivas av och att leverantören, om denne önskar rättens prövning av avtalet, måste väcka en ny talan. En sådan ordning skulle även i flera fall leda till ökade processkostnader bl.a. för leverantören.

För att undvika att målet skrivs av om upphandlande myndighet eller enhet ingår avtal när domstolsprövning inletts, föreslås att rätten i stället för att skriva av målet ska bereda leverantören tillfälle att ändra sin talan. Leverantören ska således medges möjlighet att justera yrkandet om överprövning av ett beslut om upphandling till att yrka överprövning av avtalet. Bedömningen görs att fördelarna med en sådan lösning överväger jämfört med alternativet att skriva av målet i den beskrivna situationen. I sammanhanget kan nämnas att 13 kap. 3 § första stycket 1 rättegångsbalken innehåller en taleändringsregel som i praxis har kommit att tolkas vitt och innebär en relativt långtgående möjlighet till taleändring i samtliga instanser. För det fall avtal ingås under prövningen i överrätt, får det bli en fråga för rätten att ta ställning till om det justerade yrkandet kan prövas i sak av överrätten som första instans eller om målet lämpligen bör återförvisas till underinstansen.

6.10 Talerätt i mål om överprövning

6.10.1 Inledning

Enligt LOU och LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada på grund av att en upphandlande myndighet eller enhet brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i respektive lag hos allmän förvaltningsdomstol

ansöka om överprövning av upphandlingen (16 kap. 1 och 2 §§ LOU respektive LUF). Överprövningen kan, enligt nu gällande rätt, vid bifall till en leverantörs talan, resultera i ett förordnande att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. I avsnitt 6.3.1 föreslås att rätten i stället ska upphäva ett av den upphandlande myndigheten eller enheten fattat beslut. Vidare föreslås i avsnitt 6.2.1 att rätten i vissa situationer ska förklara ett avtal ogiltigt.

Ändringsdirektivet innebär inte några sakliga förändringar i förhållande till första och andra rättsmedelsdirektivet i fråga om vem som ska ha talerätt i mål om överprövning. Enligt artikel 1.3 i ändringsdirektivet ska medlemsstaterna se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få sluta ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Ändringsdirektivet innehåller således vissa krav avseende vem som ska vara taleberättigad. Bestämmelserna i LOU och LUF om leverantörs talerätt bedöms uppfylla dessa krav.

Vid flera tillfällen har frågan aktualiserats om talerätt i mål om överprövning även ska tillkomma tillsynsmyndigheten och sammanslutningar av leverantörer (branschorganisationer).

När ÄLOU infördes ansåg departementschefen att tillsynsmyndigheten inte borde ha talerätt. Departementschefen anförde att om det skulle visa sig att det uppkommer ett behov av att någon annan än de inblandade parterna i en upphandling ska ha möjlighet att gripa in medan upphandlingen pågår, antingen via domstol eller på annat sätt, fick den frågan aktualiseras i ett senare sammanhang (prop. 1992/93:88 s. 43).

Upphandlingskommittén föreslog i delbetänkandet Effektivare offentlig upphandling – För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139 s. 328) att det av kommittén förordade Konkurrens- och upphandlingsverket skulle ges

talerätt i överprövningsmål. Talerätten för leverantör föreslogs också omfatta branschorganisationer (se SOU 1999:139 s. 329).

I propositionen Offentlig upphandling i informationssamhället (prop. 1999/2000:128 s. 18 f.) konstaterades att remissinstanserna över lag delade kommitténs bedömning att det är motiverat att ge tillsynsmyndigheten en lagtillämpande roll och att myndigheten bör ges talerätt i domstol. Det angavs att några remissinstanser ifrågasatte om branschorganisationer borde ges talerätt och om även tillsynsmyndigheten borde ha talerätt i överprövningsmål. Regeringen konstaterade att de förslag som kommittén lämnat i denna del fått ett positivt gensvar samtidigt som de aktualiserade vissa frågor om den närmare utformningen av en stärkt tillsyn, såväl när det gällde regelverket som organisationen. Dessa frågor ansåg regeringen behövde övervägas ytterligare och Upphandlingskommitténs förslag ledde inte till lagstiftning.

Upphandlingsutredningen 2004 behandlade inte frågan om talerätt i sitt slutbetänkande. Några remissinstanser (bl.a. *Svenskt Näringsliv*) tog däremot upp frågan som angelägen.

I rapporten Statliga bolag och offentlig upphandling (RiR 2006:15) rekommenderade Riksrevisionen regeringen att överväga att ge NOU rätt att föra talan i domstol i upphandlingsärenden.

Stockholms Handelskammare uttalade i sin analys Åtgärder för en effektivare offentlig upphandling (2008:2) att tillsynsfunktionen bör stärkas genom att en talerätt införs för Konkursverket samt för näringslivs- och branschorganisationer för överprövning av upphandlingsärenden.

6.10.2 Talerätt för Konkursverket

Bedömning: Konkursverket och branschorganisationer bör inte ges talerätt i mål om överprövning enligt LOU och LUF.

Skälen för bedömningen: Sedan den 1 september 2007 är Konkurrensverket tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen enligt LOU och LUF.

Enligt nu gällande bestämmelser om tillsyn i 16 kap. 7 och 8 §§ LOU samt 16 kap. 9 och 10 §§ LUF får tillsynsmyndigheten hämta in upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter. Dessa är skyldiga att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär. Tillsynsmyndigheten saknar i övrigt befogenheter att tvinga en upphandlande myndighet eller enhet att vidta en viss åtgärd vid en regelöverträdelse utan är hänvisat till frivilliga lösningar.

Inom ramen för sin tillsyn på upphandlingsområdet har Konkurrensverket haft möjlighet att föra talan enligt lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende vid upphandling. Denna lag har dock visat sig sakna praktisk betydelse som ett verktyg att effektivisera den offentliga upphandlingen (se prop. 2007/08:135 s. 238) och har upphört att gälla efter den 31 oktober 2008 (SFS 2008:587).

Som ovan nämnts föreslog Upphandlingskommittén i sitt delbetänkande (SOU 1999:139 s. 328) att det av kommittén förordade Konkurrens- och upphandlingsverket skulle ges talerätt i mål om överprövning. Som skäl för detta anförde kommittén följande. Enligt en rapport från NOU – Effekter av lagen om offentlig upphandling (NOU januari 1998) – hade omkring 40 procent av tillfrågade leverantörer övervägt att klaga på en upphandling men avstått främst på grund av rädsla för s.k. svartlistning. Vidare kunde man enligt kommittén misstänka, att vissa lagöverträdelser sällan eller aldrig beivras, eftersom leverantörer inte känner till dem eller är tillräckligt intresserade av att beivra dem. Det kunde röra sig om grundläggande regler som inte efterlevs, t.ex. annonseringsreglerna. I detta skede av upphandlingsprocessen menade kommittén att få leverantörer anser det mödan värt att begära överprövning och därmed kunde uppenbara regelöverträdelser undgå att beivras.

Att leverantörer avstår från att begära överprövning av rädsla för att riskera s.k. svartlistning har påtalats även av branschorganisationer. Emellertid torde det i många fall vara praktiskt svårt att hemlighålla vilken leverantör som står bakom ett klagomål, även om talan förs av någon annan. Det finns således inte skäl att av denna anledning ge Konkurrensverket möjlighet att ansöka om överprövning.

Vidare skulle en talerätt för Konkurrensverket inte kunna användas i alla fall utan måste begränsas till fall som är av principiellt intresse eller där det annars finns särskilda skäl för Konkurrensverket att föra talan.

Emellertid skulle en talerätt för Konkurrensverket i överprövningsmål möjligtvis ge bättre förutsättningar för en effektiv tillsyn. Andra åtgärder inom ramen för tillsynsverksamheten torde få större tyngd med vetskapen om att det finns en möjlighet för Konkurrensverket att – oberoende av leverantörerna – ansöka om överprövning. Till detta kommer att en talerätt för Konkurrensverket skulle ge möjlighet för verket att driva sådana mål som är av särskilt intresse för rättstillämpningen.

Möjligheterna till ingripande inom ramen för överprövningsprocessen – upphävande av upphandlingsbeslut och ogiltigförklaring av avtal – utgör dock ingrepp i avtalsförhållandet mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och den vinnande leverantören. Dessa åtgärder passar mindre bra för ingripande genom det allmännas försorg. Om ingen leverantör önskar föra talan avseende den aktuella upphandlingen kan det ses som principiellt tveksamt att tillsynsmyndigheten ska ingripa med följd exempelvis att ett civilrättsligt avtal ogiltigförklaras. Som ovan nämnts bygger även rättsmedelsdirektiven på att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet i allt väsentligt ska vara leverantörsdrivna.

Den leverantörsdrivna överprövningsprocessen föreslås dock i denna promemoria kompletteras genom rätt för Konkurrensverket att väcka talan om en sanktion bl.a. vid

otillåten direktupphandling, som är en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingsbestämmelserna (se avsnitt 6.11).

Sammanfattningsvis görs bedömningen att Konkurrensverket inte bör få talerätt i mål om överprövning.

6.10.3 Talerätt för branschorganisationer

Som ovan nämnts ansåg Upphandlingskommittén i sitt delbetänkande (SOU 1999:139 s. 329) att branschorganisationer skulle ges talerätt i mål om överprövning. Som skäl anförde kommittén följande. I många överprövningsmål är leverantörerna förhållandevis små och saknar de resurser och [den] kompetens som krävs för att tillvarata sina rättigheter. De upphandlande enheterna har däremot ofta egen kompetens eller åtminstone tillgång till den sakkompetens som krävs vid överprövningar. Genom att ge branschorganisationer talerätt skulle detta stor-liten-förhållande kunna ges en bättre balans. Ett annat tungt skäl för att ge branschorganisationer talerätt är att leverantörer ofta är rädda för svartlistning. Även om en upphandlande enhet i många fall kan räkna ut vem som klagar så kan branschorganisationens talerätt vara avgörande för om regelöverskridandet kommer att beivras eller inte. Branschorganisationerna kan också utifrån sina upphandlingskunskaper komma att förhindra klagomål som saknar grund. Branschorganisationerna kan förmodas föra talan i sin medlems intresse och därför föreligger knappast något hinder mot att ge branschorganisationen talerätt jämte leverantören. Kommittén föreslog däremot inte att andra statliga tillsynsmyndigheter, kommunförbunden, sammanslutningar av arbetstagare, konsumentorganisationer och miljöorganisationer skulle få talerätt i överprövningsmål.

Vid bedömningen av behovet av en talerätt för branschorganisationer finns till en början anledning att erinra om att varken upphandlingslagstiftningen eller processbestämmelserna för mål i allmän förvaltningsdomstol

innehåller något formellt hinder mot att branschorganisationer uppträder som ombud för medlemsföretag. Detta kan vara ett sätt att uppnå en bättre balans i fråga om resurser och kompetens mellan parterna. Vad gäller frågan om svartlistning hänvisas till vad som anförts angående Konkurrensverkets talerätt.

Sammanfattningsvis görs bedömningen att branschorganisationer inte bör ges talerätt i mål om överprövning.

6.11 Särskild avgift

6.11.1 En särskild avgift (marknadsskadeavgift) införs på upphandlingsområdet

Förslag: En möjlighet att påföra upphandlande myndigheter och enheter en särskild avgift (marknadsskadeavgift) ska införas.

Skälen för förslaget: Medlemsstaterna är enligt artikel 2e.1 ändringsdirektivet skyldiga att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall när ett avtal får bestå trots att grund för ogiltighet föreligger. En sådan sanktion ska påföras om rätten beslutat att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse samt vid överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr som inte ska föranleda ogiltighet av avtalet. Alternativa sanktioner ska enligt artikel 2e.2 i ändringsdirektivet vara avgifter eller förkortning av avtalstidens längd. Skadestånd är enligt direktivet inte lämpligt som sanktion. De alternativa sanktionerna måste vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Det finns inte något som hindrar att såväl sanktionsavgift som förkortning av avtalstidens längd införs.

Upphandlingskommittén föreslog bl.a. att en särskild marknadsskadeavgift på talan av bl.a. det då föreslagna Konkurrens- och upphandlingsverket skulle kunna påföras upphandlande enheter som uppsåtligen eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot ÅLOU genom att exempelvis ha gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling (SOU 1999:139 s. 325 f.). Syftet med en marknadsskadeavgift skulle enligt kommittén vara att förebygga den skada som en otillåten direktupphandling eller annat otillbörligt beteende kan föra med sig. Flertalet remissinstanser tillstyrkte förslaget om att införa marknadsskadeavgift som en sanktionsform.

Av den undersökning som redovisades i Konkurrensverkets rapport Konkurrensen i Sverige 2007, framgår att många upphandlande enheter inte följer upphandlingsreglerna. Exempelvis annonseras inte upphandlingen eller så underlåter man att efterannonsera.

Konkurrensverket framhöll i rapporten Åtgärder för bättre konkurrens, Delrapport 2, att verket som tillsynsmyndighet behöver verkningsfulla rättsmedel och att marknadsskadeavgift skulle vara ett sådant effektivt rättsmedel.

Det kan konstateras att det finns förhållandevis få rapporter och undersökningar som belyser i vilken utsträckning LOU och LUF efterlevs av de upphandlande enheterna. Det material som finns ger emellertid en relativt samstämmig bild avseende fel och brister vid den offentliga upphandlingen. Klagomål och kritik mot att upphandlande enheter inte följer reglerna har riktats mot nästan alla slags upphandlande enheter. Detta bekräftas av de remissvar som lämnades till Upphandlingskommitténs förslag om att införa sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten.²² På senare tid har denna bild åter bekräftats av bl.a. Konkurrensverket. Sannolikt finns även ett stort mörkertal med avvikelser som inte uppmärksammas och som inte kommer till tillsynsmyndighetens kännedom.

²² Prop. 1999/2000:128 s. 18f.

På gemenskapsnivå har problemet med bristande efterlevnad av upphandlingslagstiftningen föranlett antagandet av ändringsdirektivet. Det främsta syftet med ändringsdirektivet är som tidigare påpekats att komma till rätta med främst två problem; dels att upphandlande myndighet eller enhet tecknar upphandlingskontrakt i syfte att stänga möjligheten till överprövning, vilket upplevs av konkurrerande företag som ett sätt att kringgå regelverket, dels att det saknas effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar, dvs. upphandlingar som sker utan vederbörlig annonsering.

När det gäller de alternativa sanktionerna att förkorta avtalstidens längd och att påföra en avgift, som föreskrivs i ändringsdirektivet är en tänkbar lösning att införa båda sanktionsformerna och därmed överlämna åt tillämpande myndigheter att i det enskilda fallet bestämma om avtalstidens längd ska förkortas eller om en avgift är mer lämplig. Behovet av två alternativa sanktioner bedöms dock vara begränsat. Vidare talar vikten av förutsebarhet när det gäller sanktioner mot att införa två alternativ. Dessutom får förutsättningarna för en enhetlig rättstillämpning antas öka om endast en möjlig sanktion finns. Slutligen innebär en begränsning till en sanktion ett mindre komplicerat regelverk. Endast en alternativ sanktion bör således införas.

Vid bedömning av vilken sanktion som ska väljas bör bl.a. följande beaktas. När det gäller förkortning av avtalstidens längd är det en form av sanktion som inte alls tycks förekomma inom svensk rätt, vilket bedöms kunna leda till tillämpningssvårigheter om detta alternativ skulle väljas. Dessutom finns en risk att det blir svårt att förutse vilken sanktionen blir, vilket får ses som en betydande nackdel särskilt när fråga är om sanktioner. Vidare skulle en sådan sanktion även påverka den leverantör som slutit avtalet med den upphandlande myndigheten eller enheten. Det skulle t.ex. kunna leda till negativa konsekvenser rent ekonomiskt för en leverantör att avtalstiden förkortas. Det finns

således flera skäl som talar mot att införa denna form av sanktion.

En sanktionsavgift är en ekonomisk sanktion som åläggs en fysisk eller juridisk person på grund av ett rättsstridigt beteende. Sanktionsavgifter kan vara repressiva eller vinstbegränsande. För att fastställa sanktionsavgifter används ofta schabloner. Ansvaret är vanligtvis strikt, dvs. skyldigheten att betala en avgift uppkommer när ett regelbrott objektivt kan konstateras. Beloppens storlek varierar kraftigt, bl.a. beroende på förhållandena inom respektive område.

Avgiften kan användas vid sidan av eller i stället för skadestånd, vite, straff och förverkande. Det viktigaste skälet för att införa sanktionsavgifter har varit att lagstiftaren velat öka efterlevnaden av reglerna inom särskilda områden. Sanktionsavgifter har ofta förmodats föra med sig en effektivisering jämfört med straffrättsliga förfaranden, eftersom de anses erbjuda en snabb, enkel och billig lösning på de problem som beivrandet av regelbrott utgör.

Regeringen utvecklade i förarbetena till bestämmelserna om förverkande i 36 kap. 4 § BrB sex principer som skulle utgöra en god grund för ett system med sanktionsavgifter (prop. 1981/82:142 s. 24 f.). Riktlinjerna behandlades av Justitieutskottet och antogs av riksdagen (bet. 1981/82:JuU53 och rskr. 1981/82:328). Principerna kan sammanfattas på följande sätt. Sanktionsavgifter kan vara ändamålsenliga bl.a. i fall där regelöverträdelser är särskilt frekventa. Sådan avgift bör få förekomma endast inom speciella och klart avgränsade rättsområden. Bestämmelserna om beräkning av avgiftsbeloppet bör så långt som möjligt konstrueras så att de utgår från ett mätbart moment i överträdelserna, som gör det möjligt att förutse och fastställa hur stor avgiften ska bli i det enskilda fallet. Det bör, beroende på det aktuella rättsområdets natur, särskilt prövas om uppsåt eller oaktsamhet ska förutsättas för avgiftsskyldighet eller om denna skyldighet ska bygga på strikt ansvar. Straffrättsliga bestämmelser och bestämmelser om

sanktionsavgift bör kunna vara tillämpliga vid sidan av varandra. Om avgiftsskyldigheten görs beroende av om uppsåt eller oaktsamhet förelegat eller om det i övrigt finns utrymme för betydande skönsmässiga bedömningar är det lämpligt att prövningen överlämnas till allmän domstol. I övrigt kan prövningen överlämnas till de administrativa myndigheter som är verksamma på det aktuella området.

För det fall det införs en sanktionsavgift på upphandlingsområdet kan konstateras att det är upphandlande myndigheter respektive enheter som skulle komma att påföras sanktionen. Det är således fråga om statliga och kommunala myndigheter samt bolag, föreningar m.fl. som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse i enlighet med vad som närmare föreskrivs om offentligt styrda organ i 2 kap. 12 § LOU och LUF. Därutöver är LUF tillämplig även för övriga (privata) företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av särskilda rättigheter eller ensamrätt. Det kan visserligen ifrågasättas om t.ex. statliga myndigheter ska kunna påföras en sanktionsavgift på upphandlingsområdet. Statliga myndigheter kommer nämligen att tillhöra samma intressesfär som den myndighet som påför avgiften. Det finns dock starka skäl för att sanktionsbestämmelserna ska vara desamma för alla slag av upphandlande myndigheter och enheter. Vidare kan statliga myndigheter vid upphandling anses uppträda i privaträttslig egenskap, dvs. likställda med andra privata organ som köper varor och tjänster. Ett undantag från sanktionsavgift för statliga myndigheter bör därför inte införas.

Det kan konstateras att det under flera år från olika håll bland dem som är berörda av upphandlingslagstiftningen i Sverige uttryckts starka önskemål om att införa en sanktionsavgift. Upphandlingskommitténs förslag om att införa en avgift benämnd marknadsskadeavgift bemöttes, som tidigare berörts, positivt av flertalet remissinstanser. Vidare förekommer sanktionsavgifter på flera rättsområden i Sverige. Sammanfattningsvis får därför övervägande skäl tala för att en

sanktionsavgift bör väljas som den alternativa sanktionen enligt ändringsdirektivet. Avgiften kan lämpligen benämnas marknadsskadeavgift.

6.11.2 Överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift

Förslag: Marknadsskadeavgift ska påföras en upphandlande myndighet och enhet om rätten i en lagakraftvunnen dom fastslagit att ett avtal får bestå

1. på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse,
2. trots att avtalet har slutits utan att avtalsspärren iakttagits.

Marknadsskadeavgift ska även kunna påföras när upphandlande myndighet eller enhet och leverantör har slutit avtal utan att upphandlingen annonserats enligt LOU eller LUF på sätt som är föreskrivet.

Bedömning: Övriga överträdelser av LOU eller LUF bör inte föranleda någon marknadsskadeavgift.

Skälen för förslaget och bedömningen

När avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Det kan synas vara en ingripande åtgärd att utkräva en sanktion när det konstaterats att ett avtal, som innebär att en otillåten direktupphandling genomförts, ska bestå med hänsyn till tvingande hänsyn till allmänintresset. Vad som kan avses härmed har utvecklats i avsnitt 6.2.2 om undantag från ogiltighet av avtal. Det följer emellertid av ändringsdirektivet att en alternativ sanktion till ogiltighet ska föreskrivas i dessa fall.

Med hänsyn till att fråga är om en alternativ sanktion, ska marknadsskadeavgift påföras endast i de fall en domstol i en lagakraftvunnen dom konstaterat att ett avtal ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Sanktionen föreslås gälla även för upphandling, som inte omfattas av förfarandedirektiven. Det motiveras av att de flesta upphandlingar som genomförs är upphandlingar som inte uppgår till tröskelvärdena i förfarandedirektiven och att det får anses viktigt att upphandlingsreglerna följs även när fråga är om upphandlingar som uppgår till lägre belopp.

Överträdelse av avtalsspärr

Som behandlats i avsnitt 6.2.2 bedöms det olämpligt att ett avtal ska kunna förklaras ogiltigt när det enbart skett en överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr eller när överträdelsen av bestämmelsen kombinerats med överträdelse av någon annan bestämmelse i LOU eller LUF, utan att det medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. I dessa fall kräver ändringsdirektivet att en alternativ sanktion påförs. Ändringsdirektivet föreskriver dock inte en så långtgående reglering att ett sanktionsärende ska initieras i varje fall av bristande iakttagande av avtalsspärren som kan tänkas uppmärksammas av tillsynsmyndigheten, utan tar sikte endast på skyldigheten att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel för de upphandlingar som varit föremål för rättslig prövning på talan av en leverantör i mål om överprövning av avtal.

Påförande av marknadsskadeavgift aktualiseras således endast i de fall där domstol prövat frågan om ett avtal är ogiltigt på grund av bl.a. bristande iakttagande av avtalsspärren. Om domstolen förklarar att avtalet är ogiltigt för att ett ytterligare fel begåtts som påverkat utgången i upphandlingen, faller frågan om alternativ sanktion. Om avtalet däremot får bestå, trots bristande iakttagelse av avtalsspärren, ska tillsynsmyndigheten med

åberopande av lagakraftvunnen dom ansöka om påförande av marknadsskadeavgift.

I promemorian föreslås att även upphandlingar som inte är direktivstyrda ska omfattas av denna alternativa sanktion.

När avtal har slutits utan vederbörlig annonsering

I promemorian föreslås i enlighet med ändringsdirektivet att en leverantör ska kunna begära överprövning och yrka att ett avtal förklaras ogiltigt när annonsering inte skett i enlighet med vad som krävs enligt LOU eller LUF, s.k. otillåten direktupphandling, se avsnitt 6.2.1. Skälet för att dessutom införa en administrativ sanktion i dessa fall är i huvudsak att hotet att drabbas av ogiltighet inte bedöms som tillräckligt för att komma tillrätta med otillåtna direktupphandlingar. När det gäller dessa fall föreskriver ändringsdirektivet dock inte någon skyldighet för medlemsstaterna att införa en alternativ sanktion.

Med hänsyn till förslaget om att införa marknadsskadeavgift i de fall där en alternativ sanktion är obligatorisk, finns dock skäl att överväga om marknadsskadeavgift ska kunna påföras även vid otillåtna direktupphandlingar. Som framgått bedöms inom EU s.k. otillåten direktupphandling vara en av de mer allvarliga överträdelserna av direktiven om upphandling. Även i Sverige har vid ett flertal tillfällen framförts att det inte finns några effektiva sanktioner mot att inköp som omfattas av LOU och LUF görs utan att föreskriven annonsering sker. I en granskning som Riksdagens revisorer genomförde på uppdrag av Riksdagens finansutskott (Rapport 1997/98:3) uttalade revisorerna beträffande otillåten direktupphandling bl.a. att det inte finns några effektiva sanktioner mot upphandlingar som görs vid sidan av lagen. I sitt remissvar över revisorernas rapport anförde Konkurrensverket att otillåten direktupphandling är en av de vanligaste och allvarligaste överträdelserna av LOU samt att de nuvarande svaga sanktionsreglerna bidrar till att många myndigheter inte tar upphandlingsreglerna på allvar.

Dåvarande NOU analyserade på uppdrag av Upphandlingskommittén några av upphandlingens problemområden (Rapport 1999-08-19 dnr 52/99-28). NOU:s analyser baserades på en kartläggning av påtalade fel och brister, en studie av överprövnings- och skadeståndsmål samt myndighetens egna erfarenheter från sin tillsynsverksamhet. Den i särklass mest förekommande påtalade bristen i efterlevnaden av regelverket var otillåten direktupphandling. Av de domstolsavgöranden som ingick i kartläggningen och som avsåg överprövning av påstådd otillåten direktupphandling prövades knappt hälften i sak. Anledningen därtill var oftast att upphandlingen var avslutad vid beslutstillfället och att domstolen därför var förhindrad att pröva målet i sak. Ett fåtal av domstolsavgörandena i kartläggningen utgjordes av skadeståndsmål. Inte i något fall dömdes skadestånd ut. Enligt NOU:s bedömning kunde det låga antalet skadeståndsmål förmodas bero bl.a. på att leverantören vid fall av otillåten direktupphandling är medveten om svårigheten att erhålla ersättning i kombination med risken att bli ersättningsskyldig för motpartens rättegångskostnader. Till NOU hade framförts uppfattningen att vetskapen om avsaknaden av rättsmedel vid otillåtna direktupphandlingar har spritt sig bland upphandlande enheter. NOU bedömde att risken finns att vissa enheter väljer att genomföra en otillåten direktupphandling hellre än att riskera invändningar mot en genomförd upphandling.

Som anförts får otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de mer allvarliga överträdelserna av upphandlingslagstiftningen. Vidare kan det antas att leverantörer i viss utsträckning har mindre incitament att föra talan om ogiltighet i dessa fall, eftersom de inte deltagit i någon upphandling och därför kanske inte känner till de närmare omständigheterna vid förvärvet av varan eller tjänsten. Mot denna bakgrund görs bedömningen att möjligheten att föra talan om ogiltighet inte är tillräcklig i dessa fall utan behöver kompletteras med en möjlighet att påföra en sanktion i form av marknadsskadeavgift.

Avgörande för om otillåten direktupphandling ska anses föreligga är om tilldelning av kontrakt i strid med bestämmelserna i LOU och LUF skett utan föregående offentliggörande av upphandlingen i fråga. Det innebär exempelvis att i de fall förhandlat förfarande utan föregående annonsering genomförts trots att det inte varit tillåtet, utgör det en form av otillåten direktupphandling varvid bestämmelserna om marknadsskadeavgift kan aktualiseras. Upphandlingsdirektiven tar endast sikte på upphandlingar över EU:s tröskelvärden där annonsering i EUT är ett krav. Vid upphandling under tröskelvärdena finns möjligheter till offentliggörande på annat sätt än EUT. Otillåten direktupphandling under tröskelvärdena ska således anses vara för handen när avtal slutits utan att det skett sådan i lag föreskriven annonsering. Annonsering i EUT, vilket normalt förekommer för upphandlingar över EU:s tröskelvärden godtas naturligtvis även för upphandlingar som understiger dessa värden. Med annonsering som kan anses som godtagbar för såväl upphandlingar över som under EU:s tröskelvärden avses även ett offentliggörande som utgör en förhandsinsyn, se avsnitt 6.2.2. Ett ingripande med marknadsskadeavgift föreslås kunna ske för upphandlingar som överstiger den direktupphandlingsgräns som föreslås i denna promemoria i LOU respektive LUF på 15 procent av EU:s tröskelvärden.

Ett typexempel på en otillåten direktupphandling är när upphandlaren delar upp ett köp i flera mindre inköp i syfte att komma under det tröskelvärde som ställer krav på ett visst upphandlingsförfarande. Ett annat exempel är när en upphandlande myndighet eller enhet förlänger, utvidgar eller ändrar ett avtal med befintlig leverantör, trots att en sådan option inte finns i det ursprungliga avtalet. I realiteten innebär en sådan ändring av avtal att man sluter ett nytt avtal, vilket skulle ha föregåtts av ett offentliggörande. Otillåten direktupphandling föreligger också när en upphandlande myndighet eller enhet använder ett ramavtal som andra

myndigheter eller enheter har slutit, utan att avtalet ger möjlighet för andra att göra avrop från avtalet än de som slutit avtalet. Som ett sista exempel kan anges det fallet då en domstol förklarar ett avtal ogiltigt, men där avtalsparterna fortsätter att följa avtalet. Eftersom det förstnämnda avtalet är ogiltigt, får det fortsatta utbytet av prestationer anses innebära en ny otillåten direktupphandling.

Det behövs inte ett domstolsavgörande i vilket fastslås att en otillåten direktupphandling skett för att marknadsskadeavgift ska kunna påföras.

Marknadsskadeavgift ska inte kunna påföras vid andra överträdelser av LOU och LUF

Enligt förslaget i promemorian ska marknadsskadeavgift således kunna påföras i de fall då det i ändringsdirektivet är förskrivet att medlemsstaterna ska införa alternativa sanktioner till ogiltighet av avtal. Härutöver föreslås, som anförts, att talan ska få föras om att påföra marknadsskadeavgift vid otillåten direktupphandling. Konkurrensverket har i rapporten åtgärder för bättre konkurrens, Delrapport 2, bl.a. anført att marknadsskadeavgift eller ett s.k. avgiftsföreläggande borde kunna bli ett verksamt instrument även för att motverka bl.a. bristande annonsering och "riktade" eller diskriminerande förfrågningsunderlag. I denna promemoria görs dock bedömningen att det nu inte finns skäl att införa en möjlighet att påföra marknadsskadeavgift även för dessa fall. Med hänsyn till de nya rättsmedel som föreslås, överprövning av avtal och marknadsskadeavgift i vissa fall, bör effekten av dessa utvärderas innan det övervägs om ytterligare ändringar är behövliga.

6.11.3 Upphandlande myndigheter respektive enheter som kan påföras marknadsskadeavgift

Förslag: Marknadsskadeavgift ska kunna påföras upphandlande myndigheter respektive upphandlande enheter.

Skälen för förslaget: Upphandlande myndigheter är benämningen på de myndigheter och organ som har att tillämpa LOU. I 2 kap. 19 § LOU anges att med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter och att med myndighet ska jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting,
2. offentligt styrda organ som avses i 12 §, och
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Av förarbetena till nämnda bestämmelse framgår också att sammanslutningar i enlighet med andra stycket punkt 3 även kan förekomma mellan de kategorier som anges i denna punkt t.ex. mellan kommuner och deras bolag (prop. 2006/07:128 s. 307).

Av 2 kap. 12 § LOU följer att med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Motsvarande bestämmelser som definierar upphandlande enheter, vilka omfattas av skyldigheten att upphandla enligt LUF finns i 2 kap. 12 och 20 §§ LUF. LUF omfattar upphandling som

görs av dels myndigheter och organ, dels företag över vilka en myndighet har ett bestämmande inflytande (offentliga företag). Därutöver gäller lagen för övriga (privata) företag, som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av särskilda rättigheter eller ensamrätt.

Den krets som ska omfattas av det administrativa sanktionssystemet ska vara densamma som är skyldig att följa upphandlingslagstiftningen. Marknadsskadeavgift föreslås således kunna åläggas upphandlande myndigheter och enheter.

Avgränsningen i lagstiftningen klargör att en upphandlande myndighet eller enhet inte nödvändigtvis är identisk med den som har anlitats för uppdraget att sköta upphandlingen. Exempelvis kan en privat näringsidkare med särskild kompetens få i uppdrag att ombesörja en upphandling för myndighetens eller enhetens räkning. Vilket ansvar en uppdragstagare ska ha i sådana fall är något som inte kommer att hanteras inom ramen för sanktionssystemet. Det är även vanligt förekommande att upphandling samordnas på så sätt att en upphandlande myndighet sköter upphandlingen på uppdrag av andra myndigheter. Ett exempel på detta är den statliga inköpssamordningen som ombesörjs av tolv olika myndigheter, men som tillgodoser inköp för över 600 olika myndigheter. Om en upphandlande myndighet har i uppdrag att sköta en upphandling för en annan upphandlande myndighet bör den senare myndigheten kunna förlita sig på att upphandlingsförfarandet går korrekt tillväga. Ansvaret för ett lagenligt förfarande ska under sådana förhållanden vila på endast den myndighet som åtagit sig uppdraget att upphandla. I exemplet med den statliga inköpssamordningen är det således de tolv inköpande myndigheterna som riskerar att åläggas en marknadsskadeavgift (se avsnitt 6.12.13 om inköpscentraler). Något solidariskt ansvar föreslås alltså inte. Vad som nu sagts om avgränsningen av ansvaret för upphandlande myndigheter enligt LOU ska även gälla upphandlande enheter enligt LUF.

En annan fråga kan också vara att bestämma vilket kontraktsvärde som är hänförligt till respektive upphandlande myndighet eller enhet. Eftersom något solidariskt ansvar inte föreslås, bör vardera upphandlande myndighet under sådana förhållanden bära ansvar endast för sin andel av den otillåtna åtgärd som kan anses föranleda påförandet av marknadsskadeavgift.

6.11.4 Strikt ansvar kontra uppsåt eller oaktsamhet

Förslag: Marknadsskadeavgift ska kunna tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Strikt ansvar ska alltså gälla.

Skälen för förslaget: Upphandlingskommittén föreslog att marknadsskadeavgift skulle kunna påföras upphandlande enheter som uppsåtligt eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot gällande regler. Kommittén angav att det inte var möjligt att exakt ange när avgiften skulle kunna dömas ut, men angav åtta typsituationer när avgiften borde aktualiseras. Att sanktionen var kopplad till ett krav på uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande enhetens företrädare var efter mönster från konkurrenslagen.²³ Överväganden om ett administrativt sanktionssystem med strikt ansvar förekom inte.

Vid utformningen av reglerna om konkurrensskadeavgift som numera finns i konkurrenslagen (2008:579), påtalade regeringen att EG-rätten fordrar de subjektiva rekvisiten uppsåt eller oaktsamhet. För de sanktionsavgifter som redan fanns i lagstiftningen konstaterades dock att de nästan undantagslöst kan påföras utan hänsyn till subjektiva omständigheter.²⁴ Inom marknadsrätten och produktsäkerhetsområdet har man valt konstruktioner som uppvisar stora likheter med

²³ SOU 1999:139 s. 325f.

²⁴ Prop. 1992/93:56 s. 30.

sanktionssystemet på konkurrensrättens område. I övrigt är det dock normalt med administrativa sanktionssystem som är baserade på idén om avkriminalisering och strikt ansvar vid överträdelser av vissa klara och tydliga bestämmelser.

Avgiftsskyldighet som bygger på strikt ansvar bidrar till en förenkling och effektivisering av ett sanktionssystem. Bedömningsinslaget blir betydligt mindre än om det för ansvar skulle krävas oaktsamhet eller uppsåt. För att en konstruktion med strikt ansvar ska vara försvarbar från rättssäkerhetssynpunkt bör det finnas ett starkt stöd för en presumtion att överträdelser på området inte kan ske på annat sätt än som en följd av uppsåt eller oaktsamhet.

Samtidigt som det finns skäl för att hantera överträdelser i administrativ ordning, finns det skäl som talar för ett mer straffrättsliknande förfarande med krav på uppsåt eller oaktsamhet. En strävan efter effektivisering kan innebära risker från rättssäkerhetssynpunkt. Det uppställs normalt inte riktigt samma krav på rättssäkerhet i fråga om regler vars efterlevnad upprätthålls genom hot om administrativa sanktioner som beträffande regler som beivras straffrättsligt. Anledningen är just att effektivitetsaspekter brukar sättas i förgrunden vid användning av administrativa sanktioner, medan krav på rättssäkerhet brukar göra sig starkare gällande inom det straffrättsliga området. Detta hänger i sin tur samman med att straff främst är avsett att användas som en reaktion på gärningar som samhället anser vara särskilt klandervärda eller allvarliga. Administrativa sanktioner är däremot vanligast inom rättsområden där argumenten för att införa eller bibehålla hot om straff inte är lika starka. Det bör dock poängteras att ett införande av administrativa sanktioner inte måste innebära en försämring från rättssäkerhetssynpunkt i förhållande till ett straffrättsligt förfarande. Kraven på effektivitet och rättssäkerhet måste naturligtvis balanseras vid utformningen av ett system med administrativa sanktioner och höga krav måste ställas på

förutsägbarhet i fråga om administrativa sanktioner. Detta krav gäller i särskilt hög grad för sanktionsavgifter.

I fråga om sanktioner för att förebygga kommunalt domstolstrots på bl.a. socialtjänstens område yttrade regeringen att när det gäller sanktionsavgifter anses normalt det strikta ansvaret godtagbart när de som kan tänkas bli avgiftsskyldiga kan förväntas ha god kännedom om gällande föreskrifter och dessutom ha en särskild anledning att vaka över att dessa föreskrifter inte överträds. Enligt regeringens mening behövs det inte uppställas något krav på uppsåt eller oaktsamhet för att avgiftsskyldighet ska uppstå i sådana fall.²⁵

Det går inte att förutsätta annat än att upphandlande myndigheter och enheter har god kännedom om upphandlingsreglerna. Det får således anses föreligga en stark presumtion för att de överträdelser som sker av de avgifts-sanktionerade reglerna görs med uppsåt eller oaktsamhet. Detta talar för en konstruktion som bygger på strikt ansvar.

Mot bakgrund av det anförda föreslås således att sanktionsavgift ska tas ut även om överträdelserna inte har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Strikt ansvar ska således gälla.

Det finns ett antal andra förutsättningar för att strikt ansvar ska vara försvarbart från rättssäkerhetssynpunkt. Bland annat måste den presumtion som det strikta ansvaret innebär hållas inom rimliga gränser. Myndigheten eller enheten får inte åläggas en orimlig bevisbörda för att undgå avgift. Det måste också finnas ett utrymme för att inte påföra en avgift om det skulle anses obilligt. Beräkningen av avgiftens storlek och förutsättningarna för att i vissa fall underlåta att påföra avgift alternativt besluta om eftergift behandlas i det följande.

²⁵ Prop. 2001/02: 122 s. 24.

6.11.5 Beräkning av marknadsskadeavgiftens storlek

Förslag: Marknadsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 5 miljoner kronor, dock maximalt till 10 procent av kontraktsvärdet.

Skälen för förslaget: Sanktionsavgifter har, som berörts, regelmässigt ett repressivt och ett vinstbegränsande inslag, vilket medför att avgifterna ofta uppgår till belopp som överstiger de böter som kan komma i fråga för brott som kan bedömas vara av liknande svårighetsgrad som överträdelsen.

Sanktionsavgifter förekommer inom flera rättsområden och det kan konstateras att beräkningen av avgifternas storlek varierar mellan olika regleringar. Några exempel är följande. Enligt konkurrenslagen (2008:579) får konkurrensskadeavgiften inte överstiga 10 procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår. I marknadsföringslagen (2008:486) föreskrivs att marknadsstörringsavgiften ska fastställas till lägst 5 000 kronor och högst 5 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga 10 procent av näringsidkarens årsomsättning, närmast föregående räkenskapsår. Enligt lagen (2004:297) om bank och finansieringsrörelse får straffavgiften bestämmas till lägst fem tusen kronor och högst 50 miljoner kronor. Den får dock inte överstiga 10 procent av kreditinstitutets omsättning. Enligt socialtjänstlagen (2001:453) ska en kommun i vissa fall åläggas en särskild avgift, som ska fastställas till lägst 10 000 kronor och högst 1 miljon kronor. I föreskrifter till miljöbalken föreskrivs att miljöskadeavgift ska uppgå till lägst 1 000 kronor och högst 1 miljon kronor. Skattetillägg enligt taxeringslagen (1990:324) ska bestämmas till 40 procent av skatten på det belopp som, om den oriktiga uppgiften godtagits, vid taxeringen inte skulle ha påförts den skattskyldige.

I enlighet med vad som gäller för beräkning av sanktionsavgifter på flera andra rättsområden, bör ett beloppsbestämt intervall gälla även enligt LOU och LUF.

Genom att fastställa en övre gräns blir sanktionssystemet mer tydligt formulerat och förutsebart för upphandlande myndigheter och enheter. Vidare får, med hänsyn till att sanktionsavgifter på upphandlingsområdet är en nyhet och praxis således helt saknas, beloppsgränser anses fylla en viktig funktion.

Marknadsskadeavgiften bör, för att uppnå sitt syfte, kunna bestämmas till ett sådant belopp att det inte är möjligt att medvetet ådra sig en sanktionsavgift med ett lägre belopp än kostnaden för att genomföra en korrekt upphandling.

En avgift ska sålunda sättas så högt att den motverkar lagtrots av aktuellt slag. För att tillförsäkra rättsmedelsdirektivets krav på effektiva alternativa sanktioner vid bestämmandet av lämplig nivå bör vidare beaktas att upphandlingar kan uppgå till betydande belopp. Sanktionssystemet på upphandlingsområdet bör dock inte heller vara för ingripande. Den övre gränsen föreslås därför vara fem miljoner kronor. Det lägsta beloppet för en sanktionsavgift bör också tydligt markera sanktionsavgiftens repressiva karaktär och kan lämpligen bestämmas till ett fast belopp om 10 000 kronor. Den föreslagna lösningen innebär en hög grad av förutsebarhet och blir även förhållandevis enkel att tillämpa. För att minska risken för en orimligt hög avgift, bör avgiften även knytas till värdet på den aktuella upphandlingen. Avgiften föreslås därför inte kunna uppgå till högre belopp än 10 procent av värdet på upphandlingen i fråga, dvs. kontraktsvärdet.

6.11.6 Överträdelsens sanktionsvärde

Förslag: Vid fastställande av marknadsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till sanktionsvärdet. I ringa fall ska någon avgift inte påföras. Vid synnerliga skäl ska avgiften få efterges.

Skälen för förslaget: Enligt ändringsdirektivet, artikel 2e.2, får medlemsstaterna ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta

omständigheter, bl.a. hur allvarlig överträdelsen är och den upphandlande myndighetens eller enhetens agerande.

Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Syftet med förslaget är dock att ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om det t.ex. är så att rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Som framgått i promemorian anses exempelvis otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Om det däremot är oklart i rättspraxis huruvida en viss vara eller tjänst ska upphandlas och någon upphandling inte har skett, bör sanktionsvärdet anses relativt lågt just i det fallet, trots att det konstateras att upphandlingsbestämmelserna skulle ha iakttagits. Vidare kan avtalstidens längd och värdet påverka sanktionsvärdet på så sätt att sanktionsvärdet anses högre om en otillåten direktupphandling gjorts och avtalet i fråga avser en förhållandevis lång tid eller högt värde.

Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Det kan exempelvis från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida vara fråga om ett upprepat beteende ifråga om att inte iaktta avtalsspärren eller att företa otillåtna direktupphandlingar. Ett sådant upprepat handlande bör ses som en försvårande omständighet.

I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Föreligger det synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. Här syftas närmast på situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil.

6.11.7 Marknadsskadeavgift tillfaller staten

Förslag: Marknadsskadeavgift ska tillfalla staten.

Skälen för förslaget: Särskilda avgifter tillfaller normalt staten, utom när det gäller straffavgiften för advokater i 8 kap. 7 § tredje stycket rättegångsbalken.

Av beaktandesats 19 i ändringsdirektivet framgår att sanktionsavgifter ska betalas till ett organ som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Med hänsyn till att många av de upphandlande myndigheter och enheter som finns i Sverige är statliga myndigheter och andra statliga subjekt kan dessa också komma att påföras marknadsskadeavgift. En fråga som bör tas ställning till i detta sammanhang är om det kan anses verkkningsfullt att påföra statliga myndigheter en statlig sanktionsavgift.

Upphandlingskommittén föreslog att en marknadsskadeavgift skulle tillfalla staten. Några remissinstanser tog i samband härmed upp frågan om staten kan vara motpart till sig själv. Statliga myndigheter är nämligen inte självständiga juridiska enheter (rättssubjekt) utan utgör delar av rättssubjektet staten. Staten skulle därmed inte kunna dömas att betala sanktionsavgifter av en annan statlig myndighet.

Statlig verksamhet bedrivs i olika former. Från de utgångspunkter som här är relevanta kan man anlägga samma betraktelsesätt på ett affärsdrivande verk som på ett statligt bolag. Båda bedriver sådant slag av verksamhet att de måste behandlas på samma sätt när det gäller att bedöma deras agerande på marknaden. Huvuddelen av de statliga myndigheternas aktiviteter avser dock renodlat offentligrättslig verksamhet. I den delen måste andra överväganden göras.

Det nu sagda kan belysas enligt följande. Beträffande konkurrensskadeavgift har det i förarbetena till den numera upphävda konkurrenslagen (1993:20) anförts att sådan avgift kan tas ut också av offentligrättsliga subjekt såsom kommunala

och statliga inrättningar av olika slag i den mån de agerar som företag.²⁶ Motsvarande eller liknande sanktioner förekommer också enligt annan lagstiftning. Enligt 29 § marknadsföringslagen får vid vissa fall av otillbörlig marknadsföring en näringsidkare åläggas att betala en marknadsstörningsavgift. Detta gäller även offentligrättsliga subjekt såsom kommunala eller statliga inrättningar om de är att betrakta som näringsidkare.²⁷ Också företagsbot enligt 36 kap. 7 § brottsbalken kan komma i fråga mot en näringsidkare som utgörs av ett statligt affärsdrivande verk.²⁸ Enligt befintlig lagstiftning är det således möjligt att döma offentligrättsliga organ att betala sanktionsavgifter m.m. i den mån de utövar näringsverksamhet.

Som tidigare nämnts finns det starka skäl för att sanktionsbestämmelserna ska vara desamma för alla slag av upphandlande myndigheter och enheter. Vidare kan statliga myndigheter vid upphandling anses uppträda i privaträttslig egenskap, dvs. likställda med privata organ som köper varor och tjänster. Ett undantag från sanktionsavgift för statliga myndigheter bör därför inte införas. Marknadsskadeavgift kommer även att kunna påföras andra upphandlande myndigheter och enheter än statliga myndigheter. Det kan t.ex. vara en kommun som kan komma att påföras en sådan avgift. Det kan i detta sammanhang påpekas att möjligheten att påföra kommuner sanktionsavgifter som tillfaller staten, redan förekommer i andra författningar såsom exempelvis socialtjänstlagen.

²⁶ Prop. 1992/93:56 s. 91.

²⁷ Prop. 2007/08:115 s. 66.

²⁸ Prop. 1985/86:23 s. 26 f. och s. 62.

6.11.8 Handläggande myndighet

Förslag: Tillsynsmyndigheten ska handlägga ärenden om marknadsskadeavgift.

Skälen för förslaget: I 16 kap. 7 § LOU respektive 16 kap. 9 § LUF anges att regeringen meddelar föreskrifter om vilken myndighet som utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt LOU och LUF. Enligt 1 § förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket är Konkurrensverket förvaltningsmyndighet för bl.a. den offentliga upphandlingen. I 3 § samma förordning föreskrivs att Konkurrensverket ska fullgöra de uppgifter som följer av 16 kap. 7 § LOU och 16 kap. 9 § LUF.

Det faller sig naturligt att tillsynsmyndigheten ska handlägga ärenden om marknadsskadeavgift.

Förslaget innebär att tillsynsmyndigheten medges rätt att ingripa vid viss bristande efterlevnad av upphandlingslagarna. Tillsynsmyndigheten har dessutom enligt gällande rätt möjlighet att hämta in handlingar hos myndigheter för sin tillsynsverksamhet.

Möjligheten för tillsynsmyndigheten att agera är självständig när avtal har slutits utan föregående annonsering om upphandlingen. Tillsynsmyndigheten ska således agera på eget initiativ i dessa fall och kan inte avvakta en dom i vilken fastslagits att upphandlingsbestämmelserna inte iakttagits.

6.11.9 En ansökan om marknadsskadeavgift prövas av allmän förvaltningsdomstol

Förslag: Tillsynsmyndigheten ska ansöka hos länsrätten om att marknadsskadeavgift ska påföras.

Mål om marknadsskadeavgift ska omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätt.

Skälen för förslaget: Inom många områden överläts till förvaltningsmyndigheterna som är verksamma på området att ålägga avgiftsskyldighet. Vissa principiella betänkligheter mot detta uppkommer dock i upphandlingssammanhang av den anledningen att det kan vara fråga om att en myndighet bedömer en annan myndighets handlande. Rent principiellt talar detta för att frågan om att påföra en marknadsskadeavgift ska hanteras av domstol. Vidare bör beaktas att bedömningen av om t.ex. avtalsspärr iakttagits eller om en otillåten direktupphandling gjorts, prövas av domstol i första instans i målen om överprövning. Det finns skäl för att detsamma ska gälla när det gäller påförande av marknadsskadeavgift. Hänsyn bör även tas till vad som bäst främjar rättssäkerheten. Det gör sig i och för sig främst gällande när påförande av en sanktion är beroende av om överträdelsen skett med uppsåt eller av oaktsamhet och när reglerna är utformade på sådant sätt att det finns utrymme för skönsmässiga bedömningar. När det gäller marknadsskadeavgift görs bedömningen att det är lämpligast att avgiften utdöms av domstol efter ansökan av tillsynsmyndigheten.

Frågan är därefter om dessa mål ska prövas i allmän domstol eller i allmän förvaltningsdomstol. De allmänna förvaltningsdomstolarna hanterar i dag överprövningar av upphandlingar enligt LOU och LUF. Under de fyra senaste åren rör det sig hos länsrätterna om cirka 1 250 överprövningar årligen. De allmänna domstolarna hanterar skadeståndsmålen till

följd av felaktig upphandling och dessa mål uppgår till några få mål per år.

Regeringen har i prop. 2008/09:165 föreslagit att flertalet länsrätter läggs samman och att nuvarande 23 länsrätter fortsättningsvis ska bli tolv. Syftet med förslaget är bl.a. att skapa en långsiktigt hög kvalitet och effektivitet i domstolarna. Omorganisationen skapar enligt regeringen bättre möjligheter till specialisering i domstolarna, vilket leder till ökad kvalitet i dömandet och en mer effektiv hantering av målen. Med hänsyn till nämnda förslag och till fördelen med att utnyttja kompetensen hos domstolarna på bästa sätt, är det en fördel att processordningen är densamma för de överprövningar som görs efter ansökan av leverantörer respektive de ansökningar om utdömande av marknadsskadeavgift som görs av Konkurrensverket. Sammanfattningsvis finns det således både rättsliga och processekonomiska fördelar med att låta ansökningar om marknadsskadeavgift hanteras av de allmänna förvaltningsdomstolarna. En sådan ordning föreslås därför.

Av 16 kap. 3 § LOU och 16 kap. 4 § LUF andra stycket i respektive bestämmelse framgår att prövningstillstånd krävs vid överklagande av överprövningar till kammarrätten. När det gäller mål om sanktioner enligt andra författningar än LOU och LUF fordras det som regel prövningstillstånd i kammarrätten för att ett överklagande ska tas upp i sak. Det bedöms inte föreligga skäl för göra ett undantag för ansökningar om utdömande av marknadsskadeavgift. Systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätt ska därför även omfatta dessa mål.

Bör mål i domstol om ogiltighet även kunna gälla marknadsskadeavgift

Artikel 2e i ändringsdirektivet synes vara utformad så att det är samma prövningsorgan som kan besluta både om ogiltighet och alternativ sanktion. Fråga uppkommer om domstolen i ett mål om överprövning av avtal (ogiltighet) ex officio även skulle

kunna ta upp frågan om marknadsskadeavgift. Detta är dock något som skulle framstå som främmande för svensk förvaltningsprocessrätt.

Ett annat alternativ skulle vara att tillsynsmyndigheten i ett mål om överprövning intervenerade som part med ett yrkande om marknadsskadeavgift när det är sannolikt att avtalsspärren inte iakttagits. En sådan ordning bedöms dock som både kostsam, praktiskt svårhanterlig och betungande tidsmässigt. Det är även tveksamt om det är lämpligt att låta en utomstående myndighet föra en process tillsammans med en eller flera leverantörer i mål som kan föranleda civilrättsliga följder för en annan självständig myndighet samt den vinnande leverantören. Sammantaget bedöms det således som lämpligare att hålla isär leverantörens möjligheter till överprövning och tillsynsmyndighetens roll att tillvarata det allmänna intresset av att bestämmelserna på upphandlingsområdet efterlevs. Tillsynsmyndigheten ska således i ett nytt, separat mål kunna ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska påföras en sanktion.

6.11.10 Tidsfrister för talan om marknadsskadeavgift m.m.

Förslag: En ansökan om att påföra marknadsskadeavgift ska, när ansökan grundas på 17 kap. 2 § 1 eller 2, ha kommit in till länsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det beslut vilken ansökan grundas på har vunnit laga kraft.

När ansökan grundas på 17 kap. 2 § 3 och

1. en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtal inom i 16 kap. 17 § föreskrivna tidsfrister ska ansökan ha kommit in till länsrätten tidigast då fristen har löpt ut och beslut i anledning av överprövningen vunnit laga kraft, dock senast sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut vunnit laga kraft, eller

2. ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtal inom i 16 kap. 17 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till länsrätten inom sex månader från den tidpunkt då avtalet slöts.

Bedömning: I en förordning bör föreskrivas att tillsynsmyndigheten ska erhålla domstolarnas avgöranden i mål om upphandling.

Skälen för förslaget och bedömningen: Inom straffrätten finns bestämmelser om åtals- respektive påföljdspreskription (35 kap. brottsbalken). Åtalspreskription innebär att påföljd inte får ådömas om preskription inträtt medan påföljdspreskription innebär att ådömd påföljd bortfaller efter viss angiven tid. Det finns flera skäl bakom reglerna om preskription. Från allmänpreventiv synpunkt är det inte lika angeläget att beivra överträdelsen när en längre tid förflutit. Det kan vidare tyckas rimligt att den som begått överträdelsen vid någon tidpunkt ska kunna inrätta sig efter att det inte blir någon reaktion från samhället i anledning av brottet.

Administrativa sanktionsavgifter uppvisar stora likheter med bötesstraff. Det bör därför även för marknadsskadeavgift finnas bestämmelser om under hur lång tid ansvar kan utkrävas. I likhet med vad som gäller för många andra sanktionsavgifter behöver således fastställas hur lång tid som tillsynsmyndigheten ska ha på sig för att ansöka om att marknadsskadeavgift ska påföras. Även tidpunkten från när fristen ska beräknas och hur fristen ska iakttas behöver bestämmas.

En tvåårig frist för leverantörens möjlighet att väcka talan om skadestånd föreslogs i det ursprungliga förslaget till LOU, Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag (Ds 1992:4), men ändrades till ett år efter invändningar från bl.a. dåvarande Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. Enligt förbunden kunde det inte anses rimligt att en upphandlande enhet skulle behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadeståndstalan på grund av procedurfel. Dessutom framhölls att en anbudsgivare som vill ifrågasätta upphandlingen och kräva skadestånd rimligen bör göra detta i anslutning till upphandlingen. Upphandlingskommittén föreslog sedermera att talan om såväl marknadsskadeavgift som skadestånd skulle bestämmas till två år efter det att avtal tecknats.²⁹ Invändningar liknande dem som tidigare anförts mot en längre frist för skadeståndstalan framfördes även under remissbehandlingen av Upphandlingskommitténs förslag. Sedan ÄLOU infördes har leverantörens tidsfrist för att väcka talan om skadestånd varit ett år.

I och med genomförandet av ändringsdirektivet kommer leverantörens möjlighet att begära överprövning att förändras väsentligt. En ansökan om överprövning av ett avtal kan ges in under en period om sex månader. Om ett avtal har slutits trots allvarliga fel under upphandlingsförfarandet, exempelvis genom otillåten direktupphandling, kommer således den upphandlande myndigheten eller enheten som regel att sväva i ovisshet om

²⁹ SOU 1999:139 s. 326.

avtalets giltighet under denna tidsrymd. Därtill kan en leverantör väcka talan om skadestånd inom ett år.

Det är viktigt att framhålla att förslaget i promemorian gör skillnad på tillsynsmyndighetens roll och leverantörernas ekonomiska intresse av att upphandlingen går rätt tillväga och att tilldelningen av kontraktet går till den leverantör som lämnar det mest fördelaktiga anbudet. Det primära syftet med tillsynsmyndighetens roll är att tillvarata samhällets intresse av konkurrensutsättning och följaktligen att förbrukningen av allmänna medel sker ändamålsenligt och kostnadseffektivt. Vid bestämmande av vilka preskriptionsfrister som bör gälla, måste en avvägning göras mellan dels tillsynsmyndighetens behov av att ha tillräckligt med tid för att utreda om talan om marknadsskadeavgift ska väckas, dels upphandlande myndigheters och enheters intresse av att under endast en begränsad tid inte veta huruvida en talan om sanktion kommer att väckas.

När det gäller tillsynsmyndighetens ansökan om marknadsskadeavgift, ska beaktas att förhållandena skiljer sig mellan de fall då ansökan grundas på att avtalsspärr inte iakttagits respektive då ett avtal förklarats få bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse å ena sidan och otillåten direktupphandling å andra sidan. I de förstnämnda fallen finns alltid ett avgörande i ett överprövningsmål avseende överprövning av avtal. I dessa fall bör sex månader från den tidpunkt då domstolens beslut vann laga kraft, vara en väl avvägd tid mellan tillsynsmyndighetens behov av tid för utredning och upphandlande myndigheters respektive enheters intresse av att inte under en längre period sväva i ovisshet om en talan om sanktion kommer att väckas.

När det gäller otillåten direktupphandling, får tillsynsmyndigheten däremot väcka talan oberoende av om det finns ett avgörande från domstol avseende överprövning på talan av leverantör. Det bör därför införas bestämmelser för att i dessa fall undvika parallella processer; dvs. att ett mål om överprövning av avtal pågår samtidigt i samma eller annan instans som ett mål

om marknadsskadeavgift när det gäller samma avtal. I 16 kap. 17 § anges de frister inom vilka en ansökan om överprövning av avtal från en leverantör ska ha kommit in till länsrätten. För att undvika parallella processer föreslås därför att tillsynsmyndighetens ansökan ska ha kommit in till länsrätten tidigast då aktuell tidsfrist i nämnda bestämmelse löpt ut och, om en eller flera leverantörer ansökt om överprövning, beslut i anledning av överprövningen vunnit laga kraft. Om flera leverantörer ansökt om överprövning och målen avgörs genom olika beslut i länsrätten eller talan förs vidare till överinstans endast i något av målen vinner besluten laga kraft vid olika tidpunkter. I dessa fall ska tillsynsmyndighetens ansökan ges in först när samtliga avgöranden i anledning av överprövning av avtalet vunnit laga kraft. Även den bortre gränsen för ansökan bör lämpligen knytas till att beslut om överprövning vunnit laga kraft. I likhet med vad som föreslås beträffande ansökan som grundas på 17 kap. 2 § 1 eller 2 bör tillsynsmyndigheten anses få tillräckligt med tid för sin utredning om ansökan ska ha kommit in till länsrätten inom sex månader från det att beslut om överprövning vunnit laga kraft. Om det finns flera avgöranden är utgångspunkten den dom eller det beslut som senast vann laga kraft.

I de fall ingen leverantör ansöker om överprövning inom den i 16 kap. 17 § föreskrivna tiden, kan det många gånger tänkas att tillsynsmyndigheten får svårare både att få vetskap om förvärvet i fråga samt de närmare omständigheterna kring detta. I dessa fall bör tillsynsmyndigheten ges möjlighet att ge in ansökan om marknadsskadeavgift inom två år från den tidpunkt då avtalet i fråga slöts.

Ett alternativ till den föreslagna regleringen är att endast införa bestämmelser om den bortre gränsen för tillsynsmyndigheten att ge in en ansökan om marknadsskadeavgift. Denna gräns skulle lämpligen knytas till viss tid från det att beslut i överprövningsmål vunnit laga kraft. Avsikten skulle dock vara att tillsynsmyndigheten, även i

avsaknad av uttryckliga regler härom, skulle avvakta med att ge in en ansökan tills dess att domstolarna genom beslut som vunnit laga kraft avgjort målen i anledning av överprövning av avtalet i fråga. Detta skulle kunna utvecklas närmare i t.ex. författningskommentaren. Vid en avvägning mellan dessa alternativ, får dock övervägande skäl tala för att frister för att ge in en ansökan avseende marknadsskadeavgift, ska regleras uttryckligen såväl när det gäller tidpunkten för att tidigast ge in en ansökan som tidpunkten för att senast ge in en sådan.

Beträffande tillsynsarbetet är det viktigt att ha i åtanke att tillsynsmyndigheten inte har samma insyn som en leverantör normalt har. För att underlätta arbetet för tillsynsmyndigheten görs därför bedömningen att det i en förordning bör föreskrivas att domstolarna ska sända samtliga avgöranden i upphandlingsmål till verket.

6.11.11 Vissa övriga frågor om förfarandet hos tillsynsmyndigheten och domstolarna

Bedömning: Rätten till muntlig förhandling bör inte regleras särskilt i LOU och LUF.

Bestämmelserna om marknadsskadeavgift bedöms uppfylla Europakonventionens krav på rättssäkerhetsgarantier.

Skälen för bedömningen: Förslaget om att införa marknadsskadeavgift innebär att tillsynsmyndigheten får mandat att avgöra i vilka fall det anses erforderligt att ingripa från samhällets sida när det gäller otillåten direktupphandling. Vad gäller vissa givna förutsättningar åläggs tillsynsmyndigheten en skyldighet att ingripa, se avsnitt 6.11.2. Tillsynsmyndighetens beslut om hur verket ska förfara i ett viss enskilt ärende är ett led i den tillsynsverksamhet och den myndighetsutövning som myndigheten bedriver. Inom ramen för denna myndighetsutövning kan tillsynsmyndigheten i vissa fall avstå från att driva ett ärende om marknadsskadeavgift. Att den som

är anmälare, dvs. den som har begärt att tillsynsmyndigheten ska vidta en åtgärd, normalt inte anses ha talerätt i fråga om sådana beslut följer av allmänna principer om överklagande.

Enligt förslaget kommer tillsynsmyndighetens handläggning av enskilda ärenden att bli delvis reglerat i LOU och LUF. Om det saknas bestämmelser i dessa lagar, gäller förvaltningslagen. Förvaltningslagen innehåller bestämmelser om bl.a. en myndighets serviceskyldighet, parts ställning vid handläggningen av ett ärende och muntlig handläggning. Enligt lagens 4 § omfattar myndighetens serviceskyldighet hjälp till enskilda. Med enskilda avses inte bara enskilda individer utan också företag, organisationer och andra privaträttsliga subjekt. Däremot avses i princip inte organ för det allmänna, t.ex. kommuner. Enligt regeringens slutsats kan dock ett sådant organ i vissa fall ha samma ställning som en enskild, t.ex. när staten eller en kommun äger en fastighet.³⁰

När det gäller rätt till muntlig förhandling i mål om marknadsskadeavgift bedöms det inte vara erforderligt med någon särreglering, utan i likhet med vad som gäller för mål om överprövning får denna fråga bedömas i enlighet med vad som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Sedan den 1 januari 1995 gäller Europakonventionen som svensk lag. Det föreslagna sanktionssystemet får anses vara utformat på så sätt att de krav på rättssäkerhetsgarantier som följer av bl.a. artikel 6 i Europakonventionen är uppfyllda.

³⁰ Prop. 1985/85:80 s. 59, jfr prop. 1971:30 del 2 s. 334.

6.11.12 Betalning av marknadsskadeavgift

Förslag: I LOU respektive LUF införs bestämmelser om betalning av marknadsskadeavgift som innebär att tillsynsmyndigheten får ansvaret för att hantera inbetalning och möjlighet att lämna ärendet för indrivning. Betalning ska ske inom 30 dagar från det att domen vann laga kraft.

Det ska även införas en möjlighet för domstolen att besluta om att betalning av avgiften får ske senare än inom trettio dagar efter det att domen vunnit laga kraft.

Skälen för förslaget: Konkursverket är tillsynsmyndighet och administrerar sedan tidigare inbetalningar av konkurrensskadeavgift (3 kap. 22 § konkurrenslagen). Tillsynsmyndigheten bör ges ansvaret även för hanteringen av inbetalning av marknadsskadeavgift. En väl avvägd tid för att betala avgiften är 30 dagar från det att domen vann laga kraft.

Det kan inte uteslutas att en upphandlande myndighet eller enhet kan drabbas av likviditetsbrist och att detta kan påverka möjligheten att tillhandahålla den service som den ska utföra. Domstolen ska därför kunna beakta även tillfälliga ekonomiska svårigheter vid tidpunkten för domen. I likhet med vad som gäller för betalning av bl.a. konkurrensskadeavgift enligt konkurrenslagen och sanktionsavgift enligt 43 § produktsäkerhetslagen (2004:451) föreslås därför en möjlighet för domstolen att besluta att inbetalningen av marknadsskadeavgift får ske senare än den angivna tiden om trettio dagar.

6.11.13 Verkställighet

Förslag: Ett krav på marknadsskadeavgift faller bort om verkställighet inte har skett inom fem år från det att domen har vunnit laga kraft.

Skälen för förslaget: Det bör finnas en gräns för under hur lång tid ett beslut om marknadsskadeavgift ska få verkställas. Enligt 35 kap. 7 § brottsbalken bortfaller ådömda böter och utdömt vite när fem år har förflutit från det att domen vann laga kraft. Denna tidsfrist för verkställighet tjänar även som förebild inom ett flertal administrativa sanktionssystem. Tidsfristen för verkställighet av beslutad marknadsskadeavgift föreslås också vara fem år. En utdömd marknadsskadeavgift ska därför falla bort om verkställighet inte skett inom fem år från det att domen har vunnit laga kraft.

6.11.14 Kvarstad

Bedömning: Det finns inte något behov av att säkerställa anspråk på marknadsskadeavgift genom beslut om kvarstad.

Skälen för bedömningen: Inom flertalet andra rättsområden finns bestämmelser som gör det möjligt att säkerställa anspråk på administrativa sanktioner genom att rätten får besluta om kvarstad. Ett sådant beslut innebär att den som blir föremål för en talan inte får förfoga över viss egendom.

Vad gäller det aktuella området ska sanktionen betalas av upphandlande myndigheter och enheter. Något behov av bestämmelser om att säkerställa anspråk på marknadsskadeavgift som åläggs någon i denna krets bedöms inte föreligga.

6.11.15 Skatterättsliga konsekvenser

Bedömning: Marknadsskadeavgiften ska inte vara avdragsgill vid inkomsttaxeringen.

Skälen för bedömningen: Av 9 kap. 9 § inkomstskattelagen (1999:1229) följer att bl.a. offentligrättsliga sanktionsavgifter inte får dras av vid inkomsttaxeringen. I förarbetena till bestämmelsen anges att alla offentligrättsliga sanktionsavgifter som inte uttryckligen undantagits i respektive lag omfattas.³¹ För att marknadsskadeavgiften ska få avsedd effekt ska utgiften inte vara avdragsgill. Det behövs ingen ytterligare reglering för att uppnå det önskade resultatet.

³¹ Prop. 1999/2000:2 del 2 s. 110 ff.

6.12 Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m.

Förslag: Tillsynsmyndighetens möjlighet att hämta in upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter kompletteras med en möjlighet att hämta in upplysningar även från den som kan antas vara upphandlande myndighet eller enhet. Även bestämmelserna om upphandlande myndigheters och enheters skyldighet att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär ska omfatta den som kan antas vara upphandlande myndighet eller enhet.

Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn ska myndigheten kunna förelägga en upphandlande myndighet respektive enhet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet respektive enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

Föreläggandet ska kunna överklagas till allmän förvaltningsdomstol.

Tillsynsmyndigheten ska vara motpart i domstol.

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

Skälen för förslaget: Enligt 16 kap. 7 § LOU respektive 16 kap. 9 § LUF får tillsynsmyndigheten, dvs. Konkursverket, hämta in alla nödvändiga upplysningar från upphandlande myndigheter eller enheter. Upplysningarna ska i första hand hämtas in genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna hämtas in genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Enligt 16 kap. 8 § LOU respektive 16 kap. 10 § LUF är en

upphandlande myndighet eller enhet skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

Motsvarande bestämmelser fanns i ÄLOU. Tillsyn utövades av dåvarande NOU. Vid ÄLOU:s tillkomst infördes inga bestämmelser om rätt för tillsynsmyndigheten att få del av handlingar, men i förarbetena (prop. 1992/93:88 s. 44 f.) förutskickades att tillsynsmyndigheten borde få en sådan rätt. I förarbetena till den ändring av ÄLOU varigenom tillsynsmyndigheten fick rätt att få del av upplysningar (prop. 1993/94:227 s. 19 f. och 26 f.) uttalade regeringen bl.a. följande. Nämnden bör inte ges rätt att ta del av den upphandlande enhetens samtliga böcker och affärshandlingar, utan endast de handlingar som avser en eller flera bestämda upphandlingar. Det är nödvändigt att nämnden kan få tillgång till alla nödvändiga handlingar i ett upphandlingsärende. Detta är ett naturligt inslag i den tillsynsuppgift som nämnden har. Nämndens rätt att begära upplysningar är avhängig av att rätten utövas vid fullgörandet av nämndens tillsyn över den offentliga upphandlingen. Det inhämtande som avses ska gälla alla nödvändiga upplysningar som behövs för tillsynsfunktionen. De tillsynsmöjligheter som nu ges nämnden kan bedömas tillräckliga åtminstone inledningsvis. Det kan vidare förutsättas att det inte kommer att stöta på några särskilda svårigheter för nämnden att få ta del av de upplysningar man begär.

Till skillnad från vad som förutsattes vid bestämmelsernas tillkomst har det visat sig att tillsynsmyndigheten ibland har svårigheter att få begärda upplysningar. Exempelvis kan det i vissa fall råda delade meningar om ett visst organ är en upphandlande myndighet eller enhet. Det kan då förekomma att tillsynsmyndigheten vägras de upplysningar som begärs. Det finns endast ett fåtal domstolsavgöranden där frågan om ett visst organ är skyldigt att tillämpa upphandlingslagstiftningen har ställts på sin spets. Högsta domstolen har exempelvis i ett skadeståndsmål enligt ÄLOU prövat om en samfällighetsförening för väghållning var en upphandlande enhet

(se NJA 2003 s. 683). För att åtgärda problemet bör tillsynsmyndighetens befogenheter skärpas.

Tillsynsmyndigheten föreslås därför få möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter och handlingar. För att säkerställa en effektiv tillsyn på upphandlingsområdet bör ett sådant föreläggande även kunna riktas mot den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet. Av samma skäl bör nu gällande tillsynsbestämmelser om rätt att hämta in respektive skyldighet att tillhandahålla upplysningar utvidgas till att även omfatta den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet.

Frågan om sekretess för uppgifter som lämnades till dåvarande NOU har behandlats i förarbetena till den ändring av ÄLOU varigenom tillsynsmyndigheten gavs rätt att hämta in upplysningar (prop. 1993/94:227 s. 20).

Föreläggandet bör kunna överklagas av den som föreläggandet riktas till. Därför föreslås att bestämmelser som reglerar detta tas in i LOU och LUF. Överklagande bör ske till allmän förvaltningsdomstol med krav på prövningstillstånd för överklagande till kammarrätten.

Av 7 a § förvaltningsprocesslagen framgår att om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut hos länsrätten ska den myndighet som först beslutade i saken vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet överlämnats till domstolen. Om en myndighet överklagar ett föreläggande blir tillsynsmyndigheten således, enligt bestämmelsen, inte motpart. En bestämmelse som föreskriver att tillsynsmyndigheten blir motpart i domstol om ett föreläggande överklagas bör därför tas in i LOU och LUF.

6.13 Ytterligare möjligheter att ingripa vid upphandlingar

Bedömning: Tillsynsmyndigheten bör inte ges några ytterligare möjligheter att ingripa vid upphandlingar.

Skälen för bedömningen: I promemorian föreslås att tillsynsmyndigheten ska få föra talan om marknadsskadeavgift bl.a. vid otillåten direktupphandling (se avsnitt 6.11). Vidare föreslås att tillsynsmyndigheten ska kunna förelägga en upphandlande myndighet respektive enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter eller handlingar (se föregående avsnitt). I promemorian föreslås även att domstol på talan av leverantör ska kunna ogiltigförklara ett avtal.

De föreslagna nya rättsmedlen ogiltighet av avtal och marknadsskadeavgift kan förväntas innebära att regelefterlevnaden vid upphandlingar ökar. Vidare kommer frågan om ett visst organs upphandlingsrättsliga status, om detta är tvistigt, att prövas av domstol i ett mål om överprövning eller marknadsskadeavgift. Tillsynsmyndighetens möjlighet att utfärda ett föreläggande innebär en förstärkning av myndighetens möjlighet att få tillgång till uppgifter och handlingar.

Mot denna bakgrund görs bedömningen att det åtminstone för närvarande inte finns behov av att ge Konkurrensverket möjlighet att föra en fastställsetalan eller att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende. I sammanhanget kan nämnas att lagen (1994:614) om ingripande mot otillbörligt beteende vid upphandlingar innehöll en möjlighet för bl.a. Konkurrensverket att hos Marknadsdomstolen ansöka om förbud för upphandlande enheter att tillämpa ett visst beteende. Marknads-

domstolens förbud kunde förenas med vite. Lagen tillämpades dock sällan och upphävdes fr.o.m. den 1 november 2008³².

För närvarande bedöms det inte heller i övrigt finnas behov av någon ytterligare möjlighet för tillsynsmyndigheten att ingripa vid upphandlingar. Frågan om talerätt för tillsynsmyndigheten i mål om överprövning behandlas i avsnitt 6.10.2.

6.14 Åtgärder mot domstolstrots

Bedömning: Det bör inte införas några särskilda bestämmelser riktade mot upphandlande myndigheter eller enheter som underlåter att rätta sig efter en domstols dom (domstolstrots).

Skälen för bedömningen: Det saknas sanktioner i LOU om en upphandlande myndighet underlåter att följa domstols dom med innebörd att en upphandling ska rättas eller göras om, förutom möjligheten till skadestånd för en leverantör. Detsamma gäller för det fall rätten, enligt LUF, beslutar att en upphandling ska göras om. I 16 kap. 2 § första stycket sista meningen LUF finns visserligen i dag en möjlighet för rätten att vid vite förbjuda en upphandlande enhet att fortsätta en upphandling utan att avhjälpa bristerna. Det föreslås dock, som behandlats ovan (se avsnitt 6.3.3), att denna bestämmelse tas bort.

Det har från olika håll påpekats att det förekommer att upphandlande myndigheter eller enheter väljer att inte följa domstols dom i mål om överprövning och åsikten har framförts att det behövs möjligheter till ingripande mot sådant agerande.

I rapporten Statliga bolag och offentlig upphandling (RiR 2006:15) uttalade Riksrevisionen att förekomsten av domstolstrots visar att det är en påtaglig brist i lagstiftningen att inga sanktioner utgår mot ett offentligt ägt bolag som döms att göra om en upphandling enligt [Ä]LOU, men väljer att inte följa

³² SFS 2008:587

domstolens beslut. I sitt remissvar på slutbetänkandet från Upphandlingsutredningen 2004 anförde Riksrevisionen att det är en brist att utredningen inte behandlar frågan om de fall av domstolstrots som förekommer i upphandlingsmål. Med anledning av det som kommit fram i granskningen av statliga bolag och offentlig upphandling kan det, enligt Riksrevisionen, finnas skäl för regeringen att överväga hur väl den svenska lagstiftningen uppfyller EG:s rättsmedelsdirektiv inom upphandlingsområdet. Det gäller, anförde Riksrevisionen, främst de krav som innebär att medlemsländerna är skyldiga att införa bestämmelser som garanterar att domstolarnas beslut följs.

I beslut rörande anmälningar om domstolstrots i upphandlingsärenden uttalade Justitieombudsmannen att det finns ett behov av ytterligare sanktionsmöjligheter på området (Justitieombudsmannens beslut den 29 juni 2007, dnr 3006-2005 och den 19 november 2007, dnr 1282-2007).

Stockholms Handelskammare uttalade i sin analys Åtgärder för en effektivare offentlig upphandling (2008:2) att det är oacceptabelt att domstolstrots tillåts fortgå utan att det åtföljs av sanktioner. Avsaknaden av sanktioner vid domstolstrots torde, enligt handelskammaren, vara i strid med rättsmedelsdirektiven och gemenskapsrätten.

Enligt artikel 2.8 i första rättsmedelsdirektivet, i dess lydelse enligt ändringsdirektivet, ska medlemsstaterna se till att de beslut som fattas av de behöriga prövningsorganen kan verkställas effektivt. Motsvarande bestämmelse fanns tidigare i artikel 2.7 i första rättsmedelsdirektivet. Enligt artikel 2.8 i andra rättsmedelsdirektivet, vilken inte ändrats i och med ändringsdirektivet, ska medlemsstaterna se till att prövningsorganens beslut verkligen åtföljs.

Att en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte följa domstols dom är givetvis högst otillfredsställande.

I denna promemoria föreslås emellertid att det införs bestämmelser som möjliggör för allmän förvaltningsdomstol att i vissa angivna situationer, på talan av leverantör, förklara ett avtal

ogiltigt (se avsnitt 6.2) och på talan av Konkurrensverket döma ut marknadsskadeavgift (se avsnitt 6.11). Dessa nya, starka rättsmedel syftar till att förbättra regelefterlevnaden vid offentlig upphandling och att öka möjligheterna för effektiva ingripanden vid överträdelser av upphandlingsbestämmelserna.

Vidare föreslås i promemorian att beslut om upphandling innan ett avtal har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör, där ett domstolsingripande i dag resulterar i ett förordnande att en upphandling ska göras om eller inte får avslutas förrän rättelse gjorts, i stället ska upphävas (se avsnitt 6.3.1). Det ska därmed överlämnas till myndigheten eller enheten att agera utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet vid tidpunkten för domstolsavgörandet. Även om den upphandlande myndigheten eller enheten inte efter fritt skön kan avgöra hur den därefter ska agera, torde situationen att en upphandlande myndighet eller enhet, på grund av att förutsättningarna har ändrats, upplever sig inte kunna följa en domstols dom inte längre uppkomma.

Dessutom torde de föreslagna rättsmedlen ogiltighet av avtal och marknadsskadeavgift kunna tillgripas i en situation där domstolstrots föreligger. Om en upphandlande myndighet eller enhet, i strid mot en domstols dom, fortsätter att tillämpa ett avtal som förklarats ogiltigt eller sluter ett avtal i enlighet med ett upphävt tilldelningsbeslut, torde det kunna betraktas som en otillåten direktupphandling, varpå avtalet (återigen) kan förklaras ogiltigt eller marknadsskadeavgift påföras. De föreslagna bestämmelserna torde således även vara effektiva för att åtgärda en eventuell ovilja hos en upphandlande myndighet eller enhet att följa en domstols dom. Rättsmedelsdirektivens krav på att medlemsstaterna ska se till att domstolars avgöranden verkligen följs får härigenom anses vara uppfyllda.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan görs i promemorian bedömningen att det inte bör införas några särskilda bestämmelser i LOU och LUF för att specifikt sanktionera domstolstrots.

6.15 Regelförenklingar i LOU och LUF

6.15.1 Inledning

I denna promemoria lämnas förslag på regelförenklingar i LOU och LUF. Vissa förslag avser såväl upphandlingar som omfattas av direktiven som upphandlingar som inte eller endast delvis omfattas av dessa. I de fall ändringar föreslås av de direktivstyrda bestämmelserna föreslås också motsvarande följdändringar av de icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF.

Därutöver föreslås i regelförenklande syfte några ändringar i 15 kap. i de båda lagarna samt även smärre justeringar i samma syfte.

6.15.2 Bakgrund

Förenklad hantering avseende skattekontroll

Regeringens skrivelse 2007/08:131 behandlar det fortsatta regelförenklingsarbetet (se avsnitt 6.16), bl.a. regeringens mål att minska företagens administrativa kostnader med minst 25 procent till hösten 2010. I samband med Regeringskansliets regelförenklingsarbete har bl.a. Företagarna och Svenskt Näringsliv framfört förslag om att överföra ansvaret på de upphandlande myndigheterna och enheterna att hämta in uppgifter från offentliga register (dnr Fi2006/1649) (se avsnitt 6.16). Vidare har kommissionen inom ramen för det s.k. småföretagarstadgan ("Small Business Act") i juni 2008 presenterat ett tjänstemannadokument med en europeisk "code of best practice" för att underlätta för små och medelstora

företag (SME) att delta i offentliga upphandlingar.³³ Meddelandet syftar till att ge medlemsstaterna och deras upphandlande myndigheter vägledning om hur gemenskapsrätten kan tillämpas för att underlätta för SME att delta i offentliga upphandlingar. Vidare ger meddelandet exempel på nationella bestämmelser och metoder för att främja SMEs deltagande i upphandlingar.

Meddelandet innehåller förslag som ligger i linje med Företagarnas och Svenskt Näringslivs förslag ovan om att lägga ansvaret för viss kontroll av anbudssökande och anbudsgivare på de upphandlande myndigheterna och enheterna. I ett antal medlemsstater såsom Nederländerna, Belgien, Italien och Ungern får upphandlande myndigheter inte kräva eller kommer i framtiden inte att få kräva att anbudsgivare tillhandahåller uppgifter, som den upphandlande myndigheten enkelt och kostnadsfritt kan få verifierade i en tillförlitlig och elektroniskt tillgänglig databas.

I samband med regelförenklingsarbetet har vidare bl.a. Företagarna påpekat att inhämtande av bevis m.m. skulle kunna begränsas till de företag som faktiskt slutligen är med och tävlar om kontrakten. Nutek har också pekat på den omfattande hanteringen av handlingar och försökt att beräkna företagens administrativa kostnader för att delta i offentliga upphandlingar. Sådana beräkningar har emellertid visat sig svåra att göra med anledning av företagets skiftande kompetens och att kraven i olika upphandlingar varierar samt att upphandlingsstatistiken är undermålig. Nutek konstaterar dock att kostnaderna uppgår till miljardbelopp³⁴.

³³ Commission staff working document, European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts, SEC 2008 (2193).

³⁴ Småföretag och offentlig upphandling, Hinder och möjligheter för småföretag att delta i offentliga upphandlingar (R 2005:21)

Kontroll av anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet

Kommissionen konstaterar i sitt tjänstemannameddelande, SEC (2008) 2193, i samband med småföretagarstadgan att SMEs vanligaste klagomål mot offentlig upphandling rör den administrativa bördan, vilken är betydligt mer kännbar för dem än för större företag med större resurser och specialistkapacitet. Kommissionen påtalar att direktiven kräver att upphandlingskontrakt ska tilldelas efter det att den upphandlande myndigheten eller enheten kontrollerat leverantörens lämplighet att utföra de aktuella uppdragen. Kommissionen avser i sammanhanget de omständigheter som beskrivs i bl.a. de obligatoriska och fakultativa utslutningsgrunderna samt bestämmelserna om leverantörens ekonomiska och tekniska kapacitet samt förmåga.

Kommissionen påtalar vidare att det är medlemsstaterna som bestämmer om detaljerna kring när och hur bevis, intyg, certifikat, betyg etc. ska sändas in till den upphandlande myndigheten eller enheten innan kontrakt tilldelas. Medlemsstaterna får kräva att anbudssökande och anbudsgivare på heder och samvete intygar att de uppfyller de krav som ställs på lämplighet. Enligt kommissionen behöver endast den leverantör som lämnat det bästa anbudet sända in relevanta handlingar inom angiven tidsfrist.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan vid vissa förfaranden välja att begränsa antalet lämpliga anbudssökanden eller anbudsgivare som den avser att bjuda in att lämna anbud eller förhandla med. Kommissionen konstaterar att de som väljs ut ska uppfylla lämplighetskraven och vara minst så många som upphandlingsdirektiven kräver. Syftet är att åstadkomma en verklig konkurrens som sker på lika villkor mellan de utvalda leverantörerna.

6.15.3 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter

Förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om en leverantör i fråga sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter.

Uppgifterna ska vid öppet förfarande hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Vid selektiv eller förhandlad upphandling ska uppgifterna hämtas in innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas.

Skälen för förslaget: Enligt 10 kap. 2 § LOU och 10 kap. 3 § LUF får upphandlande myndigheter och enheter utesluta leverantörer från att delta i en upphandling eller delta i ett kvalifikationssystem om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Myndigheten eller enheten får, enligt tredje stycket i respektive lag, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Normalt ställer de upphandlande myndigheterna och enheterna krav på att leverantörerna till anbudsansökan eller anbudet ska bifoga uppgifter om hur han eller hon sköter sina skatter och avgifter. Leverantören kan visa hur han eller hon skött sådana skyldigheter i Sverige genom att skicka in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten. Leverantören begär ut dessa uppgifter genom att skicka en blankett till Skatteverket. Blanketten (SKV 4820) ger svar på om leverantören är registrerad i organisationsnummerregistret, som arbetsgivare, eller för F-, FA- eller A-skatt. Vidare lämnas uppgifter om leverantörens arbetsgivaravgifter de senaste tre månaderna, om leverantören har restförda skatteskulder samt om avbetalningsplan finns och hur den följs. Blanketten kan användas av alla som vill få information om ett företag i förekommande fall sköter sina skatter och avgifter. Enligt

uppgift lämnar Skatteverket normalt svar samma dag eller per den dag som anges i begäran.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare inte lämnar begärda uppgifter inom den frist som gäller för att lämna anbudsansökan eller anbud kan han eller hon uteslutas från fortsatt deltagande i upphandlingen. Detta uppfattas av många upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer som alltför onyanserat. Det förhållandet att en anbudsgivare förbisett att bifoga en ifylld blankett om skatter och avgifter kan medföra att konkurrenskraftiga anbudsgivare utesluts och att konkurrensen i den enskilda upphandlingen blir lidande.

I promemorian görs bedömningen att det finns skäl att lägga ansvaret för att begära in uppgifter om anbudssökanden och anbudsgivaren betalt skatter och avgifter i Sverige på de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Uppgifterna behöver endast hämtas in beträffande de anbudssökande som valts ut att få delta i anbudsgivning eller förhandling i selektivt eller förhandlat förfarande eller den anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Uppgifterna ska vid öppet förfarande hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Vid selektivt eller förhandlat förfarande ska uppgifterna hämtas in senast innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas.

Syftet med bestämmelsen är i denna del att minska den administrativa bördan för de upphandlande myndigheterna och enheterna såtillvida att de inte behöver hämta in och kontrollera de aktuella uppgifterna avseende samtliga anbudssökande och anbudsgivare.

6.15.4 Bevis på leverantörens lämplighet

Förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får begränsa kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar som visar anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet och redlighet till

1. den anbudsgivare som den upphandlande myndigheten eller enheten valt att tilldela kontraktet i ett öppet förfarande, och

2. de anbudssökande eller anbudsgivare som bjudits in att delta i anbudsgivning eller förhandling i ett selektivt eller förhandlat förfarande.

Bevis enligt den första punkten ska tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Bevis enligt andra punkten ska tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten innan inbjudan till anbudsgivningen eller förhandlingen sker.

En leverantör, som på den upphandlande myndighetens eller enhetens begäran inte inom angiven tidsfrist tillhandahåller relevanta bevis, kan komma att uteslutas från att delta i upphandlingen.

Bestämmelsen som ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att utesluta en leverantör som i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar ändras till att omfatta även bevis om registrering, ekonomisk ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Bestämmelsen överensstämmer härmed med direktiven.

Tidsfristen för att lämna in bevis ska vara skälig.

Bedömning: Någon särskild sanktion för det fall en anbudssökande eller anbudsgivare inte i rätt tid ger in bevis att de uppfyller ställda krav på lämplighet bedöms inte som nödvändig.

Skälen för förslaget och bedömningen: Av 10 kap. LOU och LUF framgår de obligatoriska och fakultativa grunderna för att utesluta leverantörer från att delta i offentliga upphandlingar över tröskelvärdena (se avsnitt 3.3).

I 10 kap. 3 § LOU och 10 kap. 4 § LUF anges vad den upphandlande myndigheten respektive enheten ska godta som bevis för att det inte finns grund för uteslutning av en leverantör vid upphandling över tröskelvärdena.

I 11 kap. LOU och LUF anges vilka krav på bevis den upphandlande myndigheten respektive enheten får ställa på leverantörernas ekonomiska ställning, tekniska förmåga och kapacitet samt beträffande registrering i aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register (avsnitt 3.3).

Nämnda bestämmelser har i allmänhet tolkats på så vis att bevisen ska begäras in och kontrolleras i förhållande till samtliga anbudssökande eller anbudsgivare. Det skapar i många upphandlingar en omfattande pappershantering för både leverantörer, upphandlande myndigheter och enheter, vilket påtalats av bl.a. Nutek. Som framgått ovan har problemet också berörts av Företagarna inom ramen för Regeringskansliets regelförenklingsarbete och av kommissionen i samband med småföretagarstadgan.

I syfte att begränsa den administrativa bördan för företagen och därmed underlätta för dessa att delta i upphandlingar föreslås att en upphandlande myndighet eller enhet vid öppet förfarande får begränsa kontrollen på så sätt att bevis måste begäras in endast från den leverantör som myndigheten eller enheten har för avsikt att tilldela kontraktet (punkt ett i förslaget). Anbudsgivaren ska tillhandahålla bevisen innan den upphandlande myndigheten eller enheten underrättar anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet (se 9 kap. 9 § LOU eller LUF).

Vid selektivt och förhandlat förfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten endast kontrollera att de leverantörer

som erbjuds att delta i anbudsgivningen eller förhandlingen uppfyller leverantörskraven (punkt två i förslaget). Vid dessa upphandlingsförfaranden ska bevisen tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten innan den påbörjar anbudsgivning eller förhandling.

Bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket 6 LOU och 10 kap. 3 § första stycket 6 LUF, som reglerar möjligheten att utesluta en leverantör från upphandlingen om han i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse står inte helt i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i direktiven. Dessa bestämmelser grundar uteslutning om handlingar enligt 10 kap. 2 § LOU och 10 kap. 3 § LUF som begärts in inte lämnats till den upphandlande myndigheten respektive enheten. I direktiven anges (artikel 45. 2 g i det klassiska direktivet och artikel 54.4 i försörjningsdirektivet) att rätt till uteslutning föreligger i de fall den ekonomiske aktören i allvarlig omfattning lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information eller underlåtit lämna den information som kan begäras enligt det avsnitt i direktiven där bestämmelsen återfinns. Avsnittet i fråga i direktiven behandlar inte bara reglerna om uteslutning utan även regler om behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning, teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet, kvalitetsstandarder, standarder för miljöledning, kompletterande handlingar och upplysningar samt officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga organ. Med hänsyn till detta bör regleringarna i 10 kap. 2 § första stycket 6 LOU och 10 kap. 3 § första stycket 6 LUF ändras på så sätt att de omfattar möjlighet till uteslutning på samtliga de i direktivet angivna grunderna. Regleringarna kommer således att ge den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att utesluta den leverantör som i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda

upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av 10 kap. eller 11 kap. LOU eller LUF.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska fastställa en tidsfrist inom vilken handlingarna ska hämtas in. Om en leverantör inom angiven tidsfrist inte kan tillhandahålla bevisen kan denne enligt förslaget i promemorian uteslutas ur upphandlingen enligt 10 kap. 2 § första stycket punkt 6 LOU respektive 10 kap. 3 § första stycket punkt 6 LUF. Den upphandlande myndigheten eller enheten får i annonsen under rubriken kompletterande upplysningar/information³⁵ ange att handlingarna ska tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten inom ett visst antal dagar efter dess begäran.

Tidsfristen bör vara skälig. Vid bedömning av vad som är en skälig tidsfrist kan den upphandlande myndigheten eller enheten utgå från att de aktuella handlingarna normalt finns tillgängliga hos leverantören redan vid tidpunkten för ansökan eller anbudets inlämnande. Vid bedömningen av vad som är en skälig tidsfrist behöver den upphandlande myndigheten eller enheten därför endast ta hänsyn till hur lång tid det kan tänkas ta att per post tillhandahålla de önskade bevisen.

Det bedöms inte nödvändigt att i enlighet med kommissionens förslag reglera att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kräva att anbudssökande och anbudsgivare på heder och samvete intygar att de uppfyller ställda krav. Det ankommer visserligen på den upphandlande myndigheten eller enheten att i annonsen eller förfrågningsunderlaget tillförsäkra sig om att anbudssökande och anbudsgivare är lämpad för att utföra uppdraget. Under alla omständigheter gäller att den upphandlande myndigheten eller enheten ska genomföra ett urval på grundval av de urvalskriterier som myndigheten eller enheten har ställt upp i upphandlingen. När anbudssökande eller anbudsgivaren i sin ansökan eller sitt anbud anger att han eller hon uppfyller kraven anses bundenhet

³⁵ Se avsnitt VI i de standardformulär som ska användas för meddelande om olika upphandlingsförfaranden.

uppkomma i och med att ansökan eller anbudet undertecknats eller godkänts av behörig person.

Den i promemorian föreslagna bestämmelsen är fakultativ, vilket innebär att den som upphandlar redan i ett tidigare skede kan begära in bevis etc. om det av någon anledning kan anses lämpligare i den enskilda upphandlingen. Den föreslagna bestämmelsen kommer att få genomslagskraft eftersom den, förutom att minska den administrativa bördan för leverantörer, även minskar bördan för de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Reglerna om elektronisk anbudsansökning och anbudsgivning innehåller en begränsning av överföring av sådana handlingar som inte finns i elektronisk form. En särskild reglering som medger undantag för elektronisk kommunikation finns i 9 kap. 4 § LOU och LUF. I bestämmelserna anges att intyg etc., som inte finns tillgängliga i elektronisk form, ska lämnas in före utgången av tidsfristen för att lämna anbudsansökan eller anbud. Bestämmelsen har sin motsvarighet i upphandlingsdirektiven (se exempelvis artikel 42.5 d i det klassiska direktivet) men har inte kommenterats av kommissionen i ovan nämnda tjänstemannameddelande. I de fall handlingarna inte finns tillgängliga i elektronisk form kommer bestämmelsen att bli tillämplig också beträffande fristen i de nu föreslagna bestämmelserna. De flesta av de aktuella dokumenten bör dock på ett relativt enkelt sätt kunna skannas in och därefter skickas i elektronisk form till den upphandlande myndigheten eller enheten. Bestämmelsen om uteslutning på grund av att begärda handlingar inte kommit in i rätt tid är vidare fakultativ och gäller om upplysningsplikten åsidosatts i något väsentligt hänseende. De ger således utrymme att beakta att vissa handlingar inte kan göras elektroniskt överförbara.

Särskilt sanktionssystem vid uteblivna bevis och intyg m.m.

Kommissionen anger i tjänstemannameddelandet SEC (2008) 2193, att medlemsstaterna måste tillhandahålla ett effektivt, proportionellt och avskräckande sanktionssystem som ska tillämpas om den anbudsgivare, som lämnat det bästa anbudet, inte kan tillhandahålla relevanta bevis etc. innan tidsfristen för detta löpt ut eller befinns oförmögen att leva upp till ett eller flera uppställda lämplighetskrav. I vilket fall som helst, konstaterar kommissionen, får en sådan anbudsgivare inte tilldelas kontraktet. Kommissionens meddelande är dock svårtolkat i denna del. Det är oklart om kommissionen anser det vara en tillräcklig sanktion att under angivna omständigheter utesluta den ”bästa” anbudsgivaren från upphandlingen. Den rättsliga grunden för att kräva att medlemsstaterna inför ett särskilt sanktionssystem saknas emellertid i upphandlingsdirektiven. Mot den bakgrunden görs därför bedömningen att det, utöver kravet på obligatorisk uteslutning, inte behöver införas ett särskilt system för att sanktionera sådana leverantörer som inte i rätt tid kan tillhandahålla bevis på att de lever upp till ställda lämplighetskrav.

Kontraktet får, enligt kommissionen, i stället tilldelas den näst bästa anbudsgivaren om detta angetts i förfrågningsunderlaget. Det kan dock ifrågasättas om det verkligen är nödvändigt att ange denna omständighet i förfrågningsunderlaget. Oavsett om den föreslagna bestämmelsen genomförs i svensk rätt torde det vara en självklarhet att den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar kontraktet till den som lämnat det näst bästa, och med ställda krav överensstämmande, anbudet om den bästa anbudsgivaren diskvalificerat sig. Det anses således inte nödvändigt att i lagen reglera att det ska framgå av förfrågningsunderlaget att kontraktet i sådana fall kommer att tilldelas den som har lämnat det näst bästa anbudet.

6.16 Upphandling som inte omfattas av direktiven

6.16.1 Inledning

Upphandlingsutredningen 2004 hade enligt tilläggsdirektiv (Dir. 2005:39) i uppdrag att bl.a. göra en allmän översyn av 6 kap. ÄLOU, som motsvarar 15 kap. i nu gällande lag. Översynen skulle bl.a. göras i syfte att förenkla reglerna i kapitlet. Utredningen föreslog bl.a. bestämmelser om fasta direktupphandlingsgränser. Någon genomgripande förändring av bestämmelserna som inte omfattas av direktivet eller endast delvis omfattas av direktivet föreslogs inte. Bestämmelserna i 15 kap. i de båda lagarna motsvarar därför i huvudsak lagarnas bestämmelser för upphandlingar som omfattas av direktiven.

Finansdepartementet bjöd under hösten 2007 in myndigheter och intresseorganisationer inom ramen för Regeringskansliets regelförenklaringsarbete (reg. skr. 2007/08:131) till ett möte om regelförenkling av upphandlingslagstiftningen. Deltagarna bereddes också möjlighet att komma in med förslag på förenklingar av upphandlingsbestämmelserna (Dnr Fi2006/1649).

Konkurrensverket har av regeringen fått i uppdrag att lämna förslag till åtgärder som stärker konkurrensen i Sverige. Som en delredovisning av uppdraget har verket i februari 2009 avgett en rapport, Åtgärder för bättre konkurrens, delrapport 2, som innehåller vissa förslag inom upphandlingsområdet.

Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO) låter för närvarande analysera bl.a. vilka konkurrensvinster och kostnader som konkurrensutsättning enligt LOU genererar för statliga och kommunala upphandlande myndigheter inom ramen för ett forskningsprojekt om förenkling av reglerna för offentlig upphandling. Avsikten är att publicera en rapport under 2009.

En särskild lag för upphandlingar som inte omfattas av direktiven?

Bedömning: Nuvarande ordningen bör behållas med särskilda kapitel i LOU och LUF som reglerar upphandling, som inte eller endast till viss del omfattas av upphandlingsdirektiven. Någon särskild lagstiftning för sådan upphandling föreslås således inte.

Utredningens bedömning överensstämmer med promemorians.

Remissinstanserna: Ett fåtal av drygt 120 remissinstanser, bl.a. *Kammarrätten i Göteborg*, *Nämnden för offentlig upphandling*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* har efterlyst en separat lag för upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster. En separat lag anses öka tydligheten och möjligheterna att anpassa bestämmelserna till nationella förutsättningar och önskemål. Därefter har önskemålet tagits upp i ett antal skrivelser från bl.a. SKL, dåvarande Verva och Ekonomistyrningsverket, i samband med Regeringskansliets regelförenklingsarbete. I det sammanhanget har också påtalats att s.k. överreglering och ordningsbestämmelser samt regler som också finns i annan lagstiftning bör tas bort eller förenklas.

Skälen för bedömningen: Som angetts i tidigare avsnitt ska även sådan upphandling som omfattas av 15 kap. LOU respektive LUF följa de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna (se avsnitt 3.2). Utrymmet för att i en separat lag anpassa bestämmelserna till nationella förutsättningar och önskemål är därför begränsat.

Antalet regler i en ny separat lagstiftning, vilken inkluderar upphandling i den klassiska sektorn och försörjningssektorerna, kan beräknas till mellan 80 och 100 paragrafer. En separat lag måste nämligen innehålla de relativt omfattande bestämmelser som finns i LOU och LUF om tillämpningsområde, undantag och definitioner eftersom en ändamålsenlig lagstiftningsteknik och önskemålet om översiktlighet inte tillåter omfattande hänvisningar till annan lagstiftning. Flera bestämmelser tydliggör

också de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Det finns således mycket som talar för att en separat lagstiftning inte leder till ökad överskådlighet.

I samband med kritiken mot att vissa regler upplevs onödiga på grund av att de exempelvis är av ordningskaraktär och redan förekommer i annan lagstiftning, bör beaktas att inte alla upphandlande myndigheter och enheter omfattas av exempelvis tryckfrihetsförordningens offentlighetsprincip, förvaltningslagen (1986:223) eller arkivlagen (1990:782). Vissa begränsade revideringar av 15 kap. i lagarna gjordes också i och med den senaste lagändringen (se exempelvis 15 kap. 20 § LOU, prop. 2006/07:128, s. 439) och några föreslås i denna promemoria.

Slutsatsen är således att en separat lag inte i någon nämnvärd omfattning skulle bidra till ökad överskådlighet, tydlighet eller ge utrymme för nationella anpassningar och önskemål. Vidare kan bestämmelserna i direktiven ofta ha stort värde för de upphandlande myndigheterna och enheterna samt domstolarna vid tolkning av bestämmelserna i kapitlen rörande icke direktivstyrda upphandlingar. Att bestämmelserna i 15 kap. i LOU och LUF ska tolkas i ljuset av de direktivstyrda bestämmelserna talar också för en för båda regelsystemen gemensam lag. Mot den bakgrunden behålls bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF.

Förslagen i promemorian bygger på att 15 kap. LOU och LUF i stort behåller sin tidigare struktur baserad på en i förhållande till upphandlingsprocessen kronologisk ordning. Reglerna i kapitlen omfattar i stor utsträckning hänvisningar till bestämmelser i övriga kapitel vilka är tillämpliga också vid upphandling som regleras i 15 kap. Därvid har den principen eftersträvat att sådana hänvisningar till bestämmelser som regelmässigt ska övervägas i samtliga upphandlingar har försetts med en egen rubrik (t.ex. tekniska specifikationer, kommunikationsmedel vid offentlig upphandling samt mottagande och öppnande av anbud). Övriga hänvisningar återfinns i en av de inledande paragraferna om tillämpliga

bestämmelser. I syfte att göra bestämmelserna lättare att tillämpa har hänvisningarna utformats på så sätt att de anger det sakliga innehållet i de bestämmelser som hänvisningarna avser.

6.16.2 Beloppsgränser för direktupphandling

Förslag: Direktupphandling definieras i LOU och LUF som en upphandling utan krav på att anbud lämnas i viss form.

I LOU ska direktupphandling få användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster, som i dag uppgår till 1 911 155 kronor, dvs. ca 286 000 kronor.

I LUF ska direktupphandling få användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster som i dag uppgår till 3 822 309 kr, dvs. ca 573 000 kronor. Direktupphandlingsgränserna gäller vid upphandling av såväl byggtreprenader som varor och tjänster.

Kravet på upphandlande myndigheter och enheter att vid behov införa riktlinjer för direktupphandling tas bort.

Utredningens förslag: Avseende direktupphandlingsgränser överensstämmer utredningens förslag delvis med promemorians. Utredningen föreslår att direktupphandling ska få användas om upphandlingens värde uppgår till högst 10 procent av det tröskelvärde som gäller för upphandling av varor och tjänster och till högst en procent av det tröskelvärde som gäller för upphandling av byggtreprenader. Om det finns särskilda skäl föreslås att gränsen, när det gäller varor och tjänster, dras vid 20 procent av tröskelvärdet. Den nuvarande möjligheten att direktupphandla vid synnerliga skäl behålls.

De upphandlande myndigheterna ska enligt förslaget fastställa riktlinjer för direktupphandling. Förslaget inbegriper en skyldighet att dokumentera beslut att använda

direktupphandling och skälen härför när förfarandet används på grund av synnerliga skäl eller när kontraktsvärdet uppgår till minst 20 procent av de värden som i normalfallet föreslås gälla för sådant förfarande.

Remissinstanserna: Remissutfallet bland dem som lämnat yttrande angående regelverket kring fasta direktupphandlingsvärden får anses vara blandat, dock med viss tonvikt åt det kritiska hållet. Flertalet remissinstanser, bl.a. *Kammarrätten i Jönköping, Kommerskollegium, Socialstyrelsen, Riksgäldskontoret, dåvarande Verva, Post & Telestyrelsen (PTS), Vägverket, Konkurrensverket, Svenska Kraftnät, Posten, Linköpings kommun, Arvidsjaurs kommun, Svensk Handel, Svenskt Näringsliv, Företagarna, Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO) och Almega*, förordar utredningens förslag om att införa fasta värden för direktupphandling i stället för bestämmelsen om "lågt värde". Flera remissinstanser, bl.a. *Fortifikationsverket (FORTV), Arbetsgivarverket, dåvarande NOU, Skatteverket, SKL, Jönköpings läns landsting, Eskilstuna, Kiruna, Karlstad och Skellefteå kommuner och Konkurrenskommissionen*, avstyrker dock att det införs fasta direktupphandlingsvärden och förordar att bestämmelsen om "lågt värde" behålls. Oavsett om remissinstanserna förespråkar regeln om lågt värde eller fasta direktupphandlingsvärden har många lämnat synpunkter på lämpliga beloppsgränser om fasta direktupphandlingsvärden ska anges i lag. Remissutfallet är här blandat. Några remissinstanser, bl.a. *Domstolsverket, VHS, Konkurrensverket, Glesbygdverket, Linköpings kommun, Almega och Allego AB* har inga invändningar mot de av utredningen föreslagna beloppsgränserna. Några remissinstanser, däribland *Arbetsgivarverket, Riksgäldskontoret, Skatteverket, dåvarande Verva, Nutek, Svenska Kraftnät, SKL, Stockholms och Västra Götalands läns landsting* anser att beloppen är för lågt satta. Ett fåtal instanser anser att beloppen bör vara högre för vissa typer av tjänster eller beaktat sektorspecifika förhållanden. En del instanser förespråkar också den högre gräns som utredningen

föreslår i fråga om ”särskilda skäl” för direktupphandling. Ett fåtal remissinstanser, *Svensk Handel, Svenskt Näringsliv, Företagarna, Konkurrenskommissionen och Svenska Bussbranschens Riksförbund (BR)*, anser att föreslagna gränser är för höga. Majoriteten av dessa anser att gränsen för direktupphandling inte bör överstiga 100 000 kr.

De remissinstanser som yttrat sig i frågan tillstyrker utredningens förslag om dokumentationskrav rörande vissa direktupphandlingar.

Skälen för förslaget

Begreppet direktupphandling

Begreppet direktupphandling definieras i 2 kap. 23 § LOU respektive 2 kap. 26 § LUF. Där anges att med direktupphandling avses ett förfarande utan krav på anbud.

Bestämmelsen fick sin nuvarande utformning genom en lagändring år 2000 (prop. 1999/2000:128). Den tidigare lydelsen angav att med direktupphandling skulle avses upphandling utan infordrande av skriftliga anbud. Definitionen ändrades i syfte att tillåta att anbud lämnas genom elektronisk överföring eller på annat sätt. Definitionen av direktupphandling framstår emellertid som missvisande eftersom anbud i någon form alltid lämnas i samband med att en upphandlande myndighet eller enhet har för avsikt att ingå avtal med en leverantör. Med hänsyn till detta föreslås därför att definitionen av direktupphandling preciseras i de båda upphandlingslagarna till att avse en upphandling utan krav på att anbud lämnas i en viss form.

Beloppsgräns för direktupphandling

Upphandlingsutredningen 2004 gjorde bedömningen att en fast gräns för direktupphandling borde anges i lagen och föreslog att

gränsen för varor och tjänster skulle ligga vid ca 200 000 kronor och för byggtreprenader vid ca 500 000 kronor.

Utredningen fann att bestämmelsen som medger direktupphandling i ÄLOU, dvs. uttrycket "lågt värde", tillämpats med stora variationer av de upphandlande myndigheterna. Den av enskilda upphandlande myndigheter själva fastställda direktupphandlingsgränsen varierar enligt utredningen mellan 0,3 prisbasbelopp och 10 prisbasbelopp. Medelvärdet varierar mellan 2,5 prisbasbelopp (upphandling av varor hos kommunerna) och 4,97 prisbasbelopp (upphandling av tjänster hos landstingen). De stora skillnaderna tillämpades enligt utredningen utan någon direkt koppling till de särskilda upphandlingarnas svårighetsgrad och kostnaderna för dem.

De kraftiga variationerna i tillämpningen av uttrycket "lågt värde" visar på ett stort mått av godtycke vid användningen av direktupphandling. I likhet med utredningen görs därför bedömningen att uttrycket "lågt värde" bör ersättas med ett i lagen angivet belopp.

Beträffande direktupphandlingsgränsens storlek lät utredningen ett medelvärde av de av de upphandlande myndigheterna redovisade direktupphandlingsgränserna bilda utgångspunkt för sitt förslag för upphandling av varor och tjänster. Utredningen utgick således från värdet 5 prisbasbelopp eller ca 200 000 kronor och föreslog att värdet skulle bestämmas till 10 procent av tillämpligt tröskelvärde. För byggtreprenader föreslog utredningen ett högre värde.

I promemorian görs bedömningen, i likhet med utredningen, att uppgifter om tillämpade direktupphandlingsgränser bör ligga till grund för bestämmelsen om direktupphandling.

Utredningen föreslog vidare att direktupphandlingsgränserna skulle fastställas i förhållande till de olika tröskelvärdena. Det resulterade emellertid till ett flertal olika beloppsgränser beroende av vad som var föremålet för upphandlingen och vem som upphandlade. I förenklande syfte bör beloppsgränserna fastställas i förhållande till enbart ett tröskelvärde per lag, dvs.

ett för upphandlingar enligt LOU och ett för upphandlingar enligt LUF. Tröskelvärdena regleras i 3 kap. 1 § LOU och LUF, där en hänvisning görs till de värden som kommissionen fastställt eller lämnat meddelande om. Aktuella tröskelvärden tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling. Nuvarande värden framgår av SFS 2008:32. I promemorian görs bedömningen att i LOU bör tröskelvärdet i 3 kap. 1 § första stycket 2, som gäller för kommuner och landsting m.fl. typer av upphandlande myndigheter vid upphandling av varor och tjänster, vilket idag uppgår till 1 911 155 kronor, ligga till grund för direktupphandlingsgränsen. Det tröskelvärde i LUF som bör ligga till grund för direktupphandlingsgränsen är det värde enligt 3 kap. 1 § första stycket 1, som gäller vid upphandling av varor och tjänster, vilket idag uppgår till 3 822 309 kronor.

Utredningen föreslog vidare att direktupphandling skulle medges upp till det dubbla värdet, dvs. 20 procent av tröskelvärdet, om det finns särskilda skäl. Utredningens förslag i denna del med dubbla värdegränser bedöms dock inte sammanfalla med det regelförenklingssyfte som eftersträvas i denna promemoria. Vidare kan det antas att rekvisitet särskilda skäl skulle leda till oklara bedömningar om vilket värde som är tillämpligt vid direktupphandling. Med hänsyn till att den av utredningen föreslagna möjligheten till direktupphandling upp till 20 procent av kontraktets värde inte föreslås i denna promemoria, bör gränsen i gengäld fastställas till ett något högre belopp än de ca 200 000 kronor som utredningen utgick från. Som generell gräns för direktupphandling föreslås därför 15 procent av tröskelvärdet.

Direktupphandlingsgränsen bör således fastställas till 15 procent av de angivna tröskelvärdena. De föreslagna direktupphandlingsgränserna uppgår således till 286 000 kronor i LOU och 573 000 kronor i LUF. Gränserna är avsedda att gälla alla typer av upphandlingar, dvs. upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Beloppsgränserna för direktupphandling blir i enlighet med förslaget dubbelt så högt i LUF som i LOU, vilket är avsett att återspegla den skillnad som råder mellan tillämpliga tröskelvärden i de två lagarna. Med hänsyn till att försörjningsdirektivet syftar till ett mer flexibelt förfarande med friare former än i det klassiska direktivet finns det anledning att vid upphandling under tröskelvärdena inom försörjningssektorerna tillåta en större grad av frihet än vid motsvarande upphandling inom den klassiska sektorn.

Kopplingen av direktupphandlingsgränserna till tröskelvärden medför att gränserna ändras i samband med revision av tröskelvärdena. Europeiska kommissionen ska enligt direktiven (artikel 69 i försörjningsdirektivet och artikel 78 i det klassiska direktivet) kontrollera och vid behov revidera värdena. Revideringen ska göras vartannat år och beräknas utifrån en genomsnittlig dagskurs för euro. Vidare ska kommissionen på samma sätt beräkna motvärdena till tröskelvärdena uttryckta i de nationella valutor som inte deltar i den monetära unionen. Tröskelvärdena uttryckta såväl i euro som övriga valutor ska publiceras i Europeiska unionens officiella tidning. Genom kopplingen till tröskelvärdena kommer således direktupphandlingsgränserna att gälla två år i taget.

Riktlinjer för direktupphandling

De upphandlande myndigheternas och enheternas behov av att besluta om riktlinjer för direktupphandling torde minska i och med att beloppsgränser och vissa beräkningsregler fastslås i upphandlingslagarna. Det föreslås därför att bestämmelsen om att vid behov besluta om riktlinjer för direktupphandling upphävs.

Det finns naturligtvis inget som hindrar att myndigheterna och enheterna utan reglering i lag väg upprättar riktlinjer exempelvis om hur konkurrensutsättningen ska gå till och dokumenteras. Även vid direktupphandling är det lämpligt att

göra prisjämförelser mellan olika leverantörer där detta är möjligt. Vidare är det angeläget att klargöra i vilken omfattning direktupphandling får ske och vilken eller vilka befattningshavare hos myndigheten eller enheten som ska få göra direktupphandlingar. Det får emellertid anses ligga i de upphandlande myndigheternas och enheternas eget intresse att upprätta sådana riktlinjer. Ett krav i lagen att riktlinjer ska antas av de upphandlande myndigheterna och enheterna bedöms därför inte vara nödvändigt.

6.16.3 Principer för beräkning av kontraktets värde

Förslag: Värdet av ett kontrakt som omfattas av 15 kap. LOU och LUF ska, vid tillämpning av de föreslagna reglerna om fasta direktupphandlingsgränser, uppskattas till det totala beloppet som ska att betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i lagen.

Skälen för förslaget: Med hänsyn till att fasta belopp för direktupphandling föreslås i promemorian bör det också införas bestämmelser för beräkning av värdet av ett kontrakt som man avser att upphandla med stöd av de föreslagna bestämmelserna om fasta värden för direktupphandling. Värdet av kontraktet ska enligt förslaget uppskattas till det totala beloppet som kan komma att betalas enligt kontraktet, exempelvis ska options- och förlängningsklausuler betraktas som om de utnyttjas. Det är givetvis den upphandlande myndigheten eller enheten som uppskattar kontraktets värde.

Reglerna bör förhindra att en upphandling enligt 15 kap. LOU eller LUF delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Bestämmelsen bör således förbjuda uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga beloppsgränser. Den innebär naturligtvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har

ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten eller enheten ansvarar således för att se till de upphandlingar som görs inom myndigheten respektive enheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppen. Det innebär vidare att en upphandlande myndighet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde.

De bestämmelser med beräkningsprinciper som föreslås i promemorian har sin förebild i reglerna om beräkning av värdet av ett kontrakt och om förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling som gäller för upphandlingar som omfattas av direktiven (3 kap. 3 och 5 §§ LOU respektive 3 kap. 2 och 4 §§ LUF). Vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsernas närmare innebörd får stöd sökas i förarbeten och praxis avseende dessa bestämmelser.

6.16.4 Direktupphandling när förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt

Förslag: Vid upphandling enligt 15 kap. LOU eller LUF får en upphandlande myndighet eller enhet använda direktupphandling när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt bestämmelserna i 4 kap. LOU och LUF är uppfyllda.

Bestämmelserna om begäran om anbud utan föregående annonsering i 15 kap. 5 § båda lagarna föreslås utgå.

Skälen för förslaget: Enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU och 4 kap. 2 och 3 §§ LUF får i vissa fall förhandlat förfarande utan föregående annonsering tillämpas, vilket innebär att när angivna förutsättningar föreligger får en direktupphandling göras. De

förutsättningar i upphandlingsdirektiven som tillåter förhandlad upphandling utan annonsering kan enligt kommissionens tolkningsmeddelande om icke direktivstyrd upphandling m.m. även gälla vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster oavsett värde.³⁶

Med förhandlat förfarande avses i 2 kap. 9 § LOU och LUF ett förfarande där den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. I promemorian görs bedömningen att det saknas skäl för att ha strängare bestämmelser i 15 kap. LOU och LUF än vad som gäller vid upphandling över tröskelvärdena. Det föreslås därför att motsvarande bestämmelser införs i 15 kap. i båda lagarna för att förenkla dessa upphandlingar.

I 15 kap. 5 § LOU och LUF, vilken bestämmelse innehåller krav på skriftlighet, får den upphandlande myndigheten eller enheten, under angivna förutsättningar, begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör. I regelförenklade syfte kan kravet på ett skriftligt förfarande utgå. Förfarandet regleras inte närmare vid upphandling enligt 4 kap. LOU och LUF och det bedöms därför inte finnas anledning att reglera om förfarandet ska vara skriftligt eller inte under tröskelvärdena. Det särskilt reglerade förfarandet i 15 kap. 5 § LOU och LUF föreslås därför utgå.

Vägledning om hur övriga grunder för förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska tolkas får sökas i praxis och förarbeten till motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena.

I de fall förutsättningar för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda i en upphandling som inte bedöms uppgå till tröskelvärdet i tillämpligt direktiv behöver upphandlingen inte avbrytas och ett nytt förfarande påbörjas om det visar sig i ett senare skede, att upphandlingen överstiger tröskelvärdet. Om upphandlingen överstiger tröskelvärdena, och

³⁶ Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).

således omfattas av 4 kap. LOU eller LUF, ska den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpa bestämmelserna om protokoll i 9 kap. 12 § LOU respektive 9 kap. 14 § LUF och om efterannonsering i 7 kap. 3 § LOU respektive 7 kap. 6 § LUF samt upphandlingsförordningen (2007:1099). Genom förslaget om förhandsinsyn (se avsnitt 6.2.2) kan upphandlande myndigheter och enheter få prövat i domstol om deras skäl för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller direktupphandling är förenliga med gällande rätt. Det innebär också en möjlighet för leverantörerna att, innan kontrakt sluts, ansöka om överprövning av sådana direktupphandlingar som de anser oförenliga med lagstiftningen. Det är därför angeläget att den upphandlande myndigheten eller enheten dokumenterar vilka skäl som ligger till grund för beslutet att tillämpa direktupphandling om värdet överstiger direktupphandlingsbeloppet. Det åligger nämligen den som ansvarar för upphandlingen att kunna visa, vid exempelvis en eventuell domstolsprocess eller på begäran av tillsynsmyndigheten, att det föreligger godtagbara skäl. Dokumentationskravet är således ett uttryck för transparens- och öppenhetsprincipen och gäller givetvis när den upphandlande myndigheten eller enheten har för avsikt att tillämpa direktupphandling.

I likhet med vad som gäller enligt nuvarande lagstiftning föreslås direktupphandling få användas om det föreligger synnerliga skäl.

6.16.5 Rätt att åberopa andra företags kapacitet

Förslag: Vid behov ska en leverantör, när det gäller ett visst kontrakt, få åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Skälen för förslaget: Enligt 11 kap. 12 § LOU och 11 kap. 5 § LUF får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla bevis om ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Bestämmelsen infördes i LOU och LUF i samband med genomförandet av upphandlingsdirektiven. Behovet att stödja sig på annan leverantörs kapacitet gör sig i lika hög grad gällande vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven, varför denna möjlighet uttryckligen bör framgå av lagen.

Konkurrensverket har i en skrivelse den 30 juni 2008 till Finansdepartementet (Dnr Fi2008/4209) påpekat att möjligheten att åberopa annan leverantörs kapacitet även bör tydliggöras i 15 kap. LOU och LUF för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

Kommissionen lyfter fram upphandlingsdirektivens motsvarande bestämmelser i sitt tjänstemannameddelande inom ramen för småföretagarstadgan som syftar till att öka små och medelstora företags möjligheter att delta i offentlig upphandling (se avsnitt 6.15.2). I meddelandet konstateras att den grupp som lämnar ett gemensamt anbud kan förlita sig på gruppmedlemmarnas kapacitet. Detta framgår redan av definitionen av begreppet leverantör i 2 kap. 11 § LOU respektive LUF. Vidare kan gruppen, enligt kommissionens meddelande, förlita sig på ett annat företags kapacitet, dvs. ett företag som inte ingår i gruppen. Kommissionen förordar också att de upphandlande myndigheterna informerar om den aktuella möjligheten i annonsen som föregår en upphandling.

Även vid upphandling som omfattas av 15 kap. LOU och LUF torde det finnas behov för små och medelstora företag att kunna förlita sig på andra företags kapacitet för att kunna delta i upphandlingar. Ett sådant exempel kan vara att det krävs viss

specialistkompetens vid utförandet av en viss del av det kontrakt som upphandlas.

Mot denna bakgrund föreslås i promemorian att det tydliggörs att det även vid upphandling enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF är möjligt för ett företag att åberopa andra företags kapacitet. Bestämmelsen ska i allt väsentligt tolkas på samma sätt som sin motsvarighet över tröskelvärdena. Den skillnaden föreligger emellertid jämfört med motsvarande bestämmelse i 11 kap. att den här föreslagna bestämmelsen inte är begränsad till ”ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet”. Skillnaden beror på att reglerna i 15 kap. inte innehåller lika preciserade bestämmelser om urval av deltagare som de direktivstyrda delarna. Den föreslagna bestämmelsen ger därför anbudssökande och anbudsgivare rätt att vid de angivna förhållandena åberopa andra företags kapacitet.

I 11 kap. LOU regleras bl.a. vilka bevis som den upphandlande myndigheten får kräva av leverantören för att kunna bedöma hans eller hennes ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Motsvarande reglering saknas i LUF. De krav som ställs på leverantörens kapacitet och bevis om kapaciteten ska vara förenliga med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna (dvs. icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande).

6.16.6 Ansvar för att hämta in uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter

Förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ansvara för att hämta in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om huruvida en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter.

Uppgifterna ska vid förenklat förfarande, som genomförs utan förhandling, hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Vid urvalsförfarande eller förenklat förfarande där förhandling kan förekomma ska uppgifterna hämtas in innan inbjudan till anbudsgivning respektive förhandling skickas ut.

Skälen för förslaget: I överensstämmelse med förslagen i promemorian om ändrade bestämmelser när det gäller ansvar för kontroll avseende skatter och socialförsäkringsavgifter ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära in sådana uppgifter från Skatteverket eller Kronofogdemyndigheten även vid upphandlingar som omfattas av 15 kap. (se avsnitt 6.15.3).

6.16.7 Bevis på leverantörens lämplighet

Förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska få begränsa kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar som visar anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet och redlighet till

1. den anbudsgivare som den upphandlande myndigheten eller enheten avser att tilldela kontraktet i ett förenklat förfarande där förhandling inte äger rum, och

2. de anbudssökande eller anbudsgivare som bjudits in att delta i anbudsgivning eller förhandling i ett urvalsförfarande eller förenklat förfarande.

Bevis enligt den första punkten ska tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Motsvarande bevis enligt andra punkten ska tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten innan inbjudan skickas ut.

En leverantör, som på den upphandlande myndighetens eller enhetens begäran inte inom angiven tidsfrist tillhandahåller relevanta bevis, kan komma att uteslutas från att delta i upphandlingen.

Tidsfristen för att lämna in bevis ska vara skälig.

Skälen för förslaget: I likhet med vad som gäller för de direktivstyrda upphandlingarna finns det skäl att begränsa hanteringen av dokument i förfarandena som regleras i 15 kap. LOU och LUF.

Kontrollen får således begränsas på så sätt att handlingar begärs in enbart av den anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet i ett förenklat förfarande där det inte kommer att bjudas in till förhandling om anbudet. Handlingarna ska ha getts in innan underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickas. Vidare får i ett urvalsförfarande eller ett förenklat förfarande som föregås av

förhandling, handlingarna begäras in enbart av dem som ska bjudas in till anbudsgivning eller förhandling. Handlingarna ska ha kommit in innan inbjudan till anbudsgivning eller förhandling skickas.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska fastställa en tidsfrist inom vilken handlingarna ska ges in. Fristen ska vara skälig. Det kan exempelvis vara ett par dagar räknat från dagen då myndigheten eller enheten begärde in bevisen. Om en leverantör inom angiven tidsfrist inte kan tillhandahålla bevisen kan denne uteslutas ur upphandlingen enligt 15 kap. 13 § andra stycket jämfört med 10 kap. 2 § första stycket 6.

Ett förslag i promemorian till justering av 10 kap. 2 § första stycket 6 LOU och 10 kap. 3 § första stycket 6 LUF får tillämpning även vid upphandlingar som genomförs enligt bestämmelserna i 15 kap. i de båda lagarna.

6.16.8 Ramavtal

Förslag: Bestämmelserna om ramavtal i 15 kap. LOU ändras så, att ramavtal där alla villkor är fastställda kan ingås med ett valfritt antal leverantörer.

Skälen för förslaget: I LOU infördes en bestämmelse i 15 kap. 2 § andra stycket, som klargör att reglerna om ramavtal i 5 kap. LOU gäller också vid offentliga upphandlingar enligt 15 kap. LOU.

Ramavtal kan av den upphandlande myndigheten ingås med enbart en leverantör eller med flera leverantörer. Avtal med flera leverantörer är enligt lagstiftningen av två typer, dels sådana där alla villkor är fastställda, dels sådana där något eller några villkor inte fastställts i ramavtalet. Om ramavtal slutits av den förstnämnda typen har den upphandlande myndigheten rätt att göra en beställning från avtalet på grundval av villkoren i avtalet. Är det fråga om ramavtal där alla villkor inte har fastställts måste

den upphandlande myndigheten före tilldelningen av kontrakt enligt bestämmelser i lagen genomföra en förnyad konkurrensutsättning.

För båda typerna av ramavtal som ingås med flera leverantörer gäller i enlighet med vad som stipuleras i direktivet att dessa ska vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

Kritik har framförts mot regleringen av ramavtal av bl.a. Sveriges Kommuner och Landsting i en skrivelse till regeringen (Dnr Fi2006/3609). Kritiken gäller bl.a. kravet att ramavtal som tecknas med flera leverantörer måste vara minst tre.

Skälet till att antalet måste vara minst tre får antas vara att konkurrensen ska upprätthållas vid det efterföljande skedet av upphandlingen, dvs. vid tilldelning av det enskilda kontraktet. Detta är naturligtvis av största betydelse vid den typ av ramavtal där alla villkor inte är fastställda och därför en förnyad konkurrensutsättning ska föregå själva tilldelningen av kontraktet. Kravet framstår emellertid som mindre befogat vid den typ av ramavtal där samtliga villkor är fastställda i ramavtalet. Här görs ju enbart en beställning från ramavtalet utan vidare reglering av villkoren. Bestämmelsen bör därför ändras på så sätt, att ramavtal som slutits med flera leverantörer och där samtliga villkor fastställts ska kunna ingås med valfritt antal leverantörer.

6.16.9 Upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling

Förslag: Andra stycket i 15 kap. 22 § LOU och LUF om upphandling som rör rikets säkerhet m.m. ska upphävas.

En justering av lagtexten görs som innebär att materiel ersätts med varor och byggentreprenader.

Försvarsmakten ges möjlighet att i vissa fall besluta om undantag från bestämmelserna i 15 kap. om upphandlingens värde understiger 5 000 000 kronor.

Skälen för förslaget: I 1 kap. 2 § andra och tredje styckena 3 och 4 LOU anges att 15 och 16 kap. LOU är tillämpliga på offentlig upphandling som görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget eller av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet. Motsvarande reglering finns i LUF (1 kap. 2 § andra och tredje styckena 3 LUF).

I 15 kap. 22 § LOU respektive LUF regleras under vilka förutsättningar som regeringen får besluta om undantag från bestämmelserna i 15 kap. respektive lag vid försvars- och säkerhetsupphandlingar. Undantag får enligt bestämmelsernas första stycke ske

1. från bestämmelserna om annonsering, och
2. i övrigt från bestämmelserna i 15 kap. LOU eller LUF om det är nödvändigt med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

Vidare får regeringen enligt bestämmelsernas andra stycke, i enskilda fall, överlåta till en upphandlande myndighet eller enhet att själv besluta om sådana undantag som avses i bestämmelsens första stycke.

I denna promemoria görs emellertid bedömningen att bestämmelserna i andra stycket är onödiga, eftersom regeringen redan genom att besluta om ett fullständigt undantag från

bestämmelserna i 15 kap. med stöd av 15 kap. 22 § första stycket i respektive lag, i enskilda fall, kan ge den upphandlande myndigheten eller enheten en motsvarande frihet. I promemorian föreslås därför att det andra stycket upphävs.

I syfte att åstadkomma en konsekvent terminologi ersätts begreppet materiel i 15 kap. 22 § LOU med varor och byggentreprenader.

Slutligen ges Försvarsmakten i lagen rätt att, i fråga om sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra och tredje styckena 3 och 4 LOU, besluta om undantag från bestämmelserna i 15 kap. om upphandlingens värde understiger 5 000 000 kronor. Försvarets radioanstalt och Säkerhetspolisen har motsvarande undantag. Försvarsmakten genomför årligen ett stort antal upphandlingar som omfattas av 1 kap. 2 § andra och tredje styckena 3 och 4 LOU.

6.16.10 Några mindre regelförenklingsåtgärder och lagtekniska ändringar

Förslag: Bestämmelserna om krav att det ska framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling och om rätt för leverantör att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer bedöms obsoleta och föreslås tillsammans med några andra onödiga regler kunna upphävas.

Skälen för förslaget: Bestämmelsen i 15 kap. 2 § tredje stycket LOU och LUF upplyser om att annonser om upphandlingar får publiceras i Europeiska unionens officiella tidning i enlighet med bestämmelserna i 7 kap. LOU och LUF. Bestämmelsen är således en ren upplysning till upphandlande myndigheter och enheter. Lagstiftningen bör enligt promemorian inte tyngas av upplysningar som kan tillhandahållas på annat håll, t.ex. från tillsynsmyndigheten, EU:s

publikationskontor eller de privata aktörer som tillhandahåller allmänt tillgängliga elektroniska databaser. Bestämmelsen föreslås därför utgå.

I 15 kap. 7 § andra stycket LOU och LUF regleras att det av förfrågningsunderlaget ska framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. Av bestämmelsens tredje stycke framgår vidare att en leverantör, som inte särskilt tillfrågats, har rätt att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer. Båda bestämmelserna har sitt ursprung i det äldre regelverk som tillämpades innan Sverige ingick i det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och motsvarande regleringar saknas vid upphandling över tröskelvärdena.

Bestämmelsens andra stycke kan motiveras av att leverantören ska kunna lämna sitt bästa anbud om förhandlingar troligen inte kommer i fråga. I annat fall kan leverantören lägga på en "förhandlingsmån" i syfte att ha något att förhandla om. Enligt promemorian kan den osäkerhet som uppkommer, om huruvida förhandlingar kommer att ske eller inte, vara gynnsam för konkurrensen. Det kan i sin tur bidra till kostnadsbesparingar för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Vidare finns det enligt promemorian ingen anledning att förlänga upphandlingsförfarandet i onödan. Av bestämmelsens ordalydelse kan det inte heller uteslutas, att förhandlingar kan komma i fråga, även om den lagstadgade upplysningen lämnats i förfrågningsunderlaget. I promemorian föreslås således att bestämmelsen upphävs.

Bestämmelsen i 15 kap. 7 § tredje stycket LOU och LUF har sitt ursprung i äldre regelverk som innehöll bestämmelser om ett förfarande som medgav att upphandlande myndigheter, utan föregående annonsering, kunde tillfråga ett visst antal leverantörer. Bestämmelsen i 15 kap. 7 § tredje stycket kan även ha haft viss betydelse i samband med tillämpningen av 15 kap. 5 § LOU och LUF. Genom förslagen om ökade möjligheter att

använda direktupphandling upphävs emellertid 15 kap. 5 § LOU och LUF. Bestämmelsen föreslås därför utgå.

I 15 kap. 15 § andra stycket LOU och LUF anges att en upphandlande myndighet eller enhet får förkasta en ansökan eller ett anbud av samma skäl som en myndighet får utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare enligt 13 § första och andra styckena. I 13 § hänvisas till bestämmelserna om de obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1-3 §§. Bestämmelsen får anses överflödig eftersom, om det finns grund för att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare, kommer leverantörens ansökan eller anbud automatiskt att förkastas. Det föreslås därför att bestämmelsen upphävs.

I 15 kap. 21 § LOU och LUF återfinns bestämmelser om meddelande till kommissionen om resultatet av en upphandling av B-tjänster. Av bestämmelsens sista mening framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten i meddelandet ska ange om den godkänner att meddelandet publiceras. Denna skyldighet framgår av de annonseringsformulär som enligt kommissionens förordning³⁷ är obligatoriska att tillämpa i samband med denna form av efterannonsering. Det föreslås därför att bestämmelsen i denna del upphävs.

6.17 Begreppet skriftlig

6.17.1 Förtydligande av begreppet skriftlig

Förslag: Med begreppet *skriftlig* i LOU och LUF ska avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

³⁷ Kommissionens förordning (2005/1564/EG), av den 7 september 2005 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG.

Skälen för förslaget

Inledning

I LOU och LUF finns flera bestämmelser med krav på skriftlighet. Av lagarna framgår dock inte vad som avses med begreppet skriftlig. Detta framgick inte heller av ÄLOU.

Enligt 2 kap. 10 § LOU och LUF avses med *kontrakt* ett skriftligt avtal [...] som [...] undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Vad gäller föregångaren till paragraferna, 1 kap. 5 § ÄLOU, uttalade regeringen i förarbetena till den ändring av paragrafen genom vilken tillades att avtal ska undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur (prop. 2001/02:142 s. 70) följande.

De nuvarande upphandlingsdirektiven ger inte någon vägledning i frågan om hur kravet på skriftlighet bör tolkas eftersom det knappast var aktuellt att ingå avtal på elektronisk väg när dessa direktiv beslutades. Avsikten med skriftlighetskravet torde dock inte ha varit någon annan än att såvitt möjligt förhindra att upphandlingskontrakt ingås muntligen och att därigenom motverka bevisproblem i fråga om parternas åtagande och i fråga om möjligheten att utnyttja föreskrivna rättsmedel.

Lagändringen föranleddes av Regeringsrättens dom den 26 juni 1996 i RÅ 1996 ref. 50, av vilken det framgår att undertecknande av det skriftliga avtalet krävdes.

I 9 kap. 1 § första stycket LOU och LUF föreskrivs att anbudsansökningar och anbud ska lämnas skriftligen om inte något annat följer av andra eller tredje stycket. Enligt andra stycket i paragraferna får en upphandlande myndighet eller enhet bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med något elektroniskt medel. I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 214) uttalade regeringen att den upphandlande myndigheten

respektive enheten inte är skyldig att ta emot elektroniska anbud för det fall skriftliga anbud begärts. Av föregångaren till paragrafen – 1 kap. 19 § ÄLOU, i dess lydelse t.o.m. den 31 december 2000 – framgick att anbudsansökningar och anbud skulle avges skriftligt. Ansökningar fick dock göras muntligt eller genom telegram eller telefax om de bekräftades genom en egenhändigt undertecknad handling. Av förarbetena till den aktuella bestämmelsen (prop. 1992/93:88 s. 70) framgår att kravet på skriftliga anbud innebar att anbud inte får lämnas muntligen. Upphandlingskommittén tolkade systematiken i paragrafen som innebärande att det inte fanns något krav på egenhändigt undertecknande av skriftliga anbud eller ansökningar och att detta krav endast gällde bekräftelser av ansökningar som gjorts på annat sätt än skriftligen (se slutbetänkandet Mera värde för pengarna SOU 2001:31 s. 352). I förarbetena till en ändring av paragrafen (prop. 1999/2000:128 s. 21) uttalades att den då gällande lydelsen utgjorde ett hinder för bl.a. elektroniskt lämnade anbud i form av exempelvis e-post.

Fr.o.m. den 1 januari 2001 föreskrevs i 1 kap. 19 § ÄLOU att anbudsansökningar och anbud skulle lämnas skriftligen. Dock fick en upphandlande enhet tillåta att anbud lämnades genom elektronisk överföring eller på annat sätt och enheten fick då begära att ett sådant anbud bekräftades skriftligen eller på annat sätt. Vidare fick anbudsansökningar lämnas muntligen, genom elektronisk överföring eller på annat sätt under förutsättning att de bekräftades skriftligen eller på annat sätt.

Dåvarande NOU har i ett nyhetsbrev uttalat att myndigheten anser att egenhändigt undertecknande inte är ett formkrav för anbuds giltighet (se NOU info december 2001).

Till skillnad från vad som gällde avseende upphandlingskontrakt innebar skriftlighetskravet i 1 kap. 19 § ÄLOU i sig således inte något krav på egenhändigt undertecknande. Någon förändring i detta avseende har inte gjorts i och med 9 kap. 1 § LOU och LUF.

Begreppet skriftlig finns även i andra bestämmelser i LOU och LUF än de ovan angivna, t.ex. 8 kap. 10 § LOU och 8 kap. 11 § LUF om inbjudan att komma in med anbud eller att förhandla, 9 kap. 9 § LOU och LUF om underrättelse om bl.a. tilldelningsbeslut samt 12 kap. 3 § LOU och LUF om begäran om förklaring innan onormalt låga anbud förkastas.

Kammarrätten i Sundsvall har i en dom den 2 mars 2009 (mål nr 168-09), där den upphandlande myndigheten hade gjort tilldelningsbeslutet och skälen för detsamma tillgängligt för anbudsgivarna med elektroniska medel via en Internetadress, uttalat att begreppet skriftligen i 9 kap. 9 § LOU får anses innefatta att tilldelningsbeslutet får meddelas elektroniskt och att den upphandlande myndigheten därför uppfyllt skriftlighetskravet. Regeringsrätten har i beslut den 21 april 2009 meddelat prövningstillstånd (mål nr 1571-09).

Beteckningen skriftlig enligt förfarandedirektiven

I artikel 1.12 i det klassiska direktivet anges att betydelsen av beteckningen skriftlig i direktivet är följande.

skriftlig: varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas. Denna enhet kan innehålla uppgifter som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

Artikel 1.11 i försörjningsdirektivet innehåller motsvarande föreskrift, med det undantaget att det anges [...] uppgifter som går att överföra *eller* lagra med elektroniska medel. Här synes det dock vara fråga om en felaktig översättning då det i de engelska, franska och tyska versionerna av försörjningsdirektivet, precis som i det klassiska direktivet, föreskrivs överföra *och* lagra.

Tidigare överväganden och förslag

Upphandlingskommittén diskuterade skriftlighetsbegreppet i ÄLOU i sitt slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31). Kommittén avstod från en definition av skriftlighetsbegreppet som tog sikte på samtliga bestämmelser i ÄLOU eftersom det inte skulle överensstämma med systematiken i den lagen, men ansåg att det fanns anledning att se över behovet av ett enhetligt skriftlighetsbegrepp i lagen (se SOU 2001:31 s. 354).

Upphandlingsutredningen föreslog i sitt delbetänkande Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) att begreppet skriftlig skulle definieras i LOU och LUF enligt följande.

Med *skriftlig* avses att en enhet av ord eller siffror kan läsas, återges och sedan meddelas. Denna enhet kan innehålla uppgifter som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

Utredningen hänvisade avseende LOU till artikel 1.12 i det klassiska direktivet och anförde följande (SOU 2005:22 s. 239).

En definition av vad som avses med skriftlig fyller knappast något påtagligt behov. Den enklaste definitionen torde vara att ett skriftligt meddelande är ett meddelande som inte är muntligt. Någon särskild nackdel kan det dock inte medföra att i lagen föra in en definition som väsentligen överensstämmer med direktivets.

Vad gäller LUF hänvisade utredningen till artikel 1.11 i försörjningsdirektivet och till vad som anförts avseende förslaget till definition i LOU (se SOU 2005:22 s. 420).

Även lagrådsremissen Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster innehöll ett förslag på definition av begreppet skriftlig i LOU och LUF. I lagrådsremissen föreslogs följande definition.

Med *skriftlig* avses även uppgifter som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

Som kommentar och skäl för förslaget hänvisade regeringen i lagrådsremissen avseende LOU till artikel 1.12 i det klassiska direktivet och anförde följande (s. 303).

Den enklaste definitionen torde vara att ett skriftligt meddelande är ett meddelande som inte är muntligt. En sådan definition fyller dock inget behov. Däremot har angetts, i överensstämmelse med direktivet, att begreppet skriftlig även avser uppgifter som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

Vad gäller LUF hänvisade regeringen till artikel 1.11 i försörjningsdirektivet och till vad som anförts avseende förslaget avseende LOU (se lagrådsremissen s. 435).

Lagrådet framförde inga synpunkter. Förslaget ledde emellertid inte till lagstiftning.

Konkurrensverkets framställning

Konkurrensverket har genom en skrivelse daterad den 24 juni 2008 (Dnr Fi2008/4209) velat fästa uppmärksamhet på att kravet på skriftlighet som uppställs i LOU och LUF försvårar ambitionen hos upphandlande myndigheter eller enheter och leverantörer att använda elektroniska medel vid överföring av olika dokument. Konkurrensverket har i skrivelsen föreslagit att ett förtydligande införs i lagarna som medför att en elektronisk överföring av information likställs med en skriftlig överföring. Med ett sådant förtydligande skulle, enligt Konkurrensverket, osäkerheten angående kravet på skriftlighet i den svenska lagstiftningen undanröjas. En sådan ändring skulle, enligt verket, underlätta användningen av elektroniska medel vid offentlig upphandling, vilket i sin tur skulle förenkla upphandlingsprocessen såväl för inköparsidan som för deltagande leverantörer.

FORMEL-gruppen

I rapporten Formel – Formkrav och elektronisk kommunikation (Ds 2003:29 s. 93 ff.) uttalades följande. Sammantaget är arbetsgruppen av den meningen att krav på skriftlighet inte generellt kan antas hindra elektroniska rutiner. I vissa fall kan dock förhållandena vara sådana att det krävs förtydliganden för att klargöra att elektroniska rutiner är möjliga. I de fall där avsikten med skriftlighetskrav är att utesluta elektroniska rutiner bör bestämmelsen enligt arbetsgruppens mening förtydligas så att det klart framgår att den utesluter elektroniska rutiner. Begreppet skriftlig bör också kunna användas i nya formkrav, när avsikten är att tillåta elektroniska rutiner, men det särskilt bör regleras att dessa får en tillgänglig och beständig form.

Begreppet skriftlig i LOU och LUF

Bestämmelserna i 2 kap. 10 § LOU och LUF eller 9 kap. 1 § LOU och LUF hindrar inte en upphandlande myndighet respektive enhet från att bestämma att elektroniska överföringar ska användas vid en upphandling. Skriftlighetsbegreppet har dock olika innebörd i de två bestämmelserna. Begreppet skriftlig i 2 kap. 10 § LOU och LUF innefattar elektroniska överföringar, medan elektroniska överföringar inte omfattas av det begreppet i 9 kap. 1 § första stycket LOU och LUF. Begreppet skriftlig finns även i andra bestämmelser i LOU och LUF.

Det är naturligtvis otillfredsställande att skriftlighetsbegreppets innebörd skiljer sig åt i olika paragrafer i lagarna. Vidare torde osäkerheten om vad begreppet innebär i onödan försvåra användandet av elektroniska överföringar.

Formkravet i 9 kap. 1 § första stycket LOU och LUF torde vara ett uttryck för att anbudsansökningar och anbud ska vara dokumenterade och kunna bevaras, snarare än ett uttryck för att pappersform i sig har ett värde. Eventuella identifieringsproblem avseende utgivare av elektroniska överföringar kan av

upphandlande myndigheter och enheter lösas genom krav på elektronisk signatur eller bekräftelse enligt vad som föreskrivs i 9 kap. 3 och 5 §§ LOU och LUF.

För att åstadkomma en enhetlig terminologi i LOU och LUF finns således ett behov av att i lagarna förtydliga vad som ska avses med begreppet skriftlig. Förtydligandet bör införas i 2 kap. i respektive lag.

Som ovan nämnts föreslogs i lagrådsremissen Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster att med skriftlig skulle avses även uppgifter som går att överföra och lagras med elektroniska medel. Uppgifter som överförs muntligt per telefon kan lagras elektroniskt. Sådana uppgifter bör dock inte omfattas av begreppet skriftlig. Det bör därför även anges att uppgifterna ska vara i läsbar form. Förtydligandet i LOU och LUF bör således ges utformningen att med skriftlig avses även uppgifter i läsbar form som kan överföras och lagras med elektroniska medel.

Det föreslagna förtydligandet av begreppet skriftlig medför inte behov av ändring av 2 kap. 10 § LOU och LUF eftersom begreppet skriftlig i dessa paragrafer redan i dag omfattar elektroniska överföringar. Förtydligandet medför däremot behov av ändringar i 9 kap. 1 § LOU och LUF. Detta behandlas i avsnitt 6.17.2 nedan. Förtydligandet av vad som ska avses med skriftlig bedöms inte medföra behov av ändringar i några andra bestämmelser i LOU och LUF.

6.17.2 Formen för att lämna anbudsansökningar och anbud

<p>Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med ett elektroniskt medel eller på annat sätt.</p>

Skälen för förslaget: Förtydligandet av vad som ska avses med begreppet skriftlig som föreslås i föregående avsnitt påverkar 9 kap. 1 § LOU och LUF, som innehåller regler för kommunikation. Genom förtydligandet kommer begreppet skriftligen i 9 kap. 1 § första stycket LOU och LUF att omfatta såväl lämnande av dokument i pappersform som elektroniska överföringar av dokument.

Enligt 9 kap. 1 § andra stycket LOU och LUF i nuvarande lydelse, får en upphandlande myndighet respektive enhet bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med något elektroniskt medel. För att behålla den upphandlande myndighetens respektive enhetens bestämmanderätt över i vilken form anbudsansökningar och anbud ska lämnas (jfr även artikel 42.1 i det klassiska direktivet och artikel 48.1 i försörjningsdirektivet) måste bestämmelserna ändras.

Upphandlingsutredningen föreslog i sitt delbetänkande (SOU 2005:22 s. 323) följande lydelse av en bestämmelse som reglerar formen för kommunikation och informationsutbyte.

En upphandlande myndighet får bestämma om kommunikation och informationsutbyte i förfaranden enligt denna lag för tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor eller tjänster ska ske per post, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud får även göras muntligen.

Motsvarande bestämmelse föreslogs avseende LUF (se SOU 2005:22 s. 527).

I lagrådsremissen Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster föreslog regeringen en bestämmelse vars första och andra stycke skulle ges följande lydelse (s. 31 f.).

En upphandlande myndighet får välja om kommunikation och informationsutbyte vid en upphandling ska ske per post, per telefax eller med något annat elektroniskt medel eller kombinationer av dessa kommunikationsmedel.

Myndigheten får tillåta att en anbudsansökan görs per telefon.

Motsvarande bestämmelse föreslogs i LUF (se lagrådsremissen s. 89)

Lagrådet ansåg att den grundläggande regeln att kommunikationen ska ske skriftligen bör anges i inledningen av paragrafen (prop. 2006/07:128 bilaga 14 s. 626) och därför fick bestämmelserna i LOU och LUF den nuvarande utformningen (se prop. 2006/07:128 s. 214).

De sätt för kommunikation och informationsutbyte som anges i förfarandedirektiven (artikel 42.1 respektive 48.1) är post, fax, elektroniska medel, telefon eller en kombination av dessa medel.

Såsom regeringen uttalade i förarbetena till 9 kap. 1 § LOU och LUF (prop. 2006/07:128 s. 214) ställs uttrycket per post i direktivet i motsats till telefax och elektroniska medel. Det kan därför antas att uttrycket är avsett att beteckna överbringande på något sätt i pappersform. Uttrycket per post bör därför anses omfatta såväl postförsändelser i vanlig mening som andra sätt att överbrinka handlingar i pappersform, exempelvis att anbud lämnas personligen eller med bud till den upphandlande myndigheten eller enheten.

I paragrafen kan elektroniska medel ställas mot överbringande i pappersform genom uttrycket ”på annat sätt”. En sådan formulering föreslås även avseende avtalsspärr (se avsnitt 6.1.1) och tidsfrister för att ansöka om överprövning av beslut att avbryta en upphandling (se avsnitt 6.7.2).

I förarbetena till 2 kap. 6 § LOU (prop. 2006/07:128 s. 300) uttalades att definitionen av elektroniska medel ansluter till den definition av elektronisk kommunikation som finns i 1 kap. 7 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation och definitionerna av elektronisk kommunikationstjänst och elektroniskt kommunikationsnät.

Till skillnad från vad som synes gälla enligt förfarandedirektiven, omfattas telefax av definitionen elektroniskt medel i LOU och LUF. Att så är fallet framgår

också av 9 kap. 5 § LOU och LUF enligt vilken en upphandlande myndighet respektive enhet får begära att en anbudsansökan som görs per telefax ska bekräftas genom ett *annat* elektroniskt medel.

I 9 kap. 1 § andra stycket i lagarna ska därför anges att upphandlande myndighet eller enhet får bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med ett elektroniskt medel eller på annat sätt.

6.18 Inköpscentraler

Inledning

I det klassiska direktivet finns bestämmelser som ger medlemsstaterna möjlighet att införa bestämmelser om inköpscentraler. Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som anskaffar varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, genomför offentlig upphandling eller ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter. Två huvudtyper av centraliserad upphandling kan urskiljas. En typ av inköpscentral upphandlar byggentreprenader, varor och tjänster för vidareförsäljning till andra upphandlande myndigheter, dvs. en form av grossistverksamhet. En annan typ av inköpscentral upphandlar ramavtal för varor och tjänster, som sedan andra upphandlande myndigheter kan göra avrop ifrån.

Upphandlingsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28) att bestämmelser om inköpscentraler skulle införas i upphandlingslagarna. Vidare föreslogs att ansvaret för att gällande bestämmelser följs vid anskaffning genom en inköpscentral ska vila på den upphandlande myndigheten eller enheten som anlitar inköpscentralen. Utredningen ansåg att det i Sverige inte fanns några myndigheter som uppträder som

inköpscentraler och beskrev därför endast i begränsad omfattning behovet och konsekvenserna av den föreslagna lagstiftningen om inköpscentraler. Utredningens betänkande ledde i denna del inte till lagstiftning och i LOU och LUF saknas således bestämmelser om inköpscentraler.

Inköpscentraler införs

Förslag: I både LOU och LUF införs bestämmelser om inköpscentraler. Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, *eller* medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter. En upphandlande myndighet eller enhet får anskaffa byggtreprenader, varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral.

Utredningens förslag: Överensstämmer med promemorians förslag utom när det gäller hur ansvarsfördelningen ska bedömas.

Remissinstanserna: En majoritet av remissinstanserna tillstyrkte att det i lagstiftningen införs bestämmelser om inköpscentraler. Flera remissinstanser ansåg, till skillnad från utredningen, att den statliga inköpssamordningen uppfyller kriterierna i direktivet för en inköpscentral. *Ekonomistyrningsverket* ansåg att direktivet inte ställer några särskilda krav utöver dem som framgår av definitionen av en inköpscentral. Verket hade av EU-kommissionen fått intrycket att även kommissionen ansåg att den statliga inköpssamordningen i Sverige faller under direktivet.

Många remissinstanser var kritiska till förslaget att ålägga de upphandlande myndigheterna eller enheterna ansvaret för att följa regelverket och ansåg tvärtom att det borde vara inköpscentralerna som får detta ansvar. *Ekonomistyrningsverket* påpekade exempelvis att utredningens förslag skulle kunna leda till att en felaktighet, som begåtts av en inköpscentral under

upphandlingen av ett ramavtal avsedd för andra myndigheter, under avtalets hela giltighetstid skulle kunna återopas av en leverantör så fort någon använder ramavtalet. Det stämmer inte överens med rättsmedlen för upphandling där en viktig och bärande princip är att felaktigheter ska rättas och återopas så snart som möjligt. *Skatteverket* anförde att det inte kan vara den bakomliggande meningen med direktiven att ansvar för fel begångna vid genomförandet av upphandlingen ska ligga hos någon annan än den som utfört densamma. *Riksgäldskontoret* menade att en upphandlande myndighet som anlitar en inköpscentral har mycket små möjligheter att avgöra om inköpscentralen har utfört en korrekt upphandling och att den föreslagna ansvarsfördelningen riskerade att leda till att upphandlande myndigheter avstår från att utnyttja inköpscentraler. *Sveriges Kommuner och Landsting* kunde tänka sig att det ankommer på den upphandlande myndigheten att förvissa sig om att inköpscentralen formellt sett uppfyller kraven på att vara en upphandlande myndighet i lagens mening och att t.ex. avrop som bygger på ramavtal följer villkoren i ramavtalet. Några längre gående krav kan inte ställas på den upphandlande myndigheten. I annat fall framstår hela idén med inköpscentral som förfelad.

Det fanns dock remissinstanser som anslöt sig till utredningens förslag i denna del. *Verket för högskoleservice (VHS)* instämde i utredningens förslag att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som är ansvarig gentemot leverantörerna. Det kan inte vara rimligt, menade VHS, att undkomma ett sådant ansvar genom att överlåta på någon annan att genomföra upphandlingen.

Statskontorets promemoria: För att utreda behovet och konsekvenserna av vad förslagen innebär för små och medelstora företag, upphandlande myndigheter och myndigheter som avropar från ramavtalen fick Statskontoret i juni 2008 regeringens uppdrag att utreda detta samt lämpligheten av att

införa bestämmelser i enlighet med de förslag till bestämmelser som Upphandlingsutredningen lämnat.

Statskontoret redovisade uppdraget i en promemoria den 17 november 2008 (Dnr Fi 2008/4012). Statskontoret föreslår i promemorian att bestämmelser om inköpscentraler införs. Enligt Statskontoret förekommer redan inköpscentraler i Sverige och direktivens bestämmelser om inköpscentraler i svensk lagstiftning är en önskvärd kodifiering av redan existerande praxis. Det kan, enligt Statskontoret, förefalla märkligt om vi i Sverige har för avsikt att bedriva verksamhet i form av inköpscentraler och inte använder oss av möjligheten att reglera företeelsen, inte minst mot bakgrund av det förfarande med samordnad upphandling av ramavtal som Sverige under lång tid bedrivit förefaller ha varit en av de modeller som inspirerat tillkomsten av det aktuella direktivet. Om bestämmelser om inköpscentraler inte införs, finns till och med risken att sådan verksamhet kan komma att bli bedömd som olaglig. En parallell kan dras till hur regeringen resonerade kring att införa bestämmelserna om ramavtal i svensk lagstiftning (prop. 2006/07:128, s. 167). Regeringen anförde att om bestämmelserna om ramavtal inte införs, är det inte uteslutet att domstolarna vid en framtida prövning skulle göra bedömningen att ramavtal över huvud taget inte kan användas.

För införandet av bestämmelser om inköpscentraler talar även, enligt Statskontoret, att Danmark och Finland infört direktivets bestämmelser om inköpscentraler i sina respektive nationella upphandlingslagstiftningar.

Enligt direktiven kan en inköpscentral agera grossist. Statskontoret bedömer att det är tveksamt om denna typ av upphandling för närvarande förekommer i Sverige. Det finns, enligt Statskontoret, anledning att förhålla sig kritisk till att införa bestämmelser om grossistverksamhet i upphandlingslagstiftningen. Dels förefaller det inte finnas något behov, dels skulle inköpscentralen/grossisten ta en affärsmässig risk genom att upphandla produkter för vidareförsäljning. Det

som, enligt Statskontoret, talar mot att inte införa grossistfunktionen är att föreställningen av vad en grossist är för något kan komma att förändras i takt med att alltmer av handeln sker på elektronisk väg. Det kan inte uteslutas, menar Statskontoret, att grossistfunktionen i framtiden framstår som ändamålsenlig. Sammanfattningsvis anser dock Statskontoret att skälen mot att införa bestämmelser om grossistfunktionen väger tyngre än ett osäkert framtida behov.

När det gäller ansvarsfördelningen mellan inköpscentraler och upphandlande myndigheter anges i direktiven att en upphandlande myndighet eller enhet som gör sina inköp med hjälp av en inköpscentral kan göra detta utan att själv iakttä direktivets förfaranderegler, givet att inköpscentralen gjort det. Enligt Statskontorets bedömning är inte avsikten med denna formulering att införa någon ny ansvarsfördelning vid överprövningar etc. Direktivets lydelse bör i stället ses som en bekräftelse på att dagens ordning kan fortsätta att gälla, dvs. att den myndighet som tecknar ramavtalet är ansvarigt. I ombuds-fallet däremot bör, i enlighet med praxis, den myndighet som anlitar inköpscentralen få bära ansvaret för att allt går rätt till. Vidare anser Statskontoret att den ansvarsfördelning mellan ramavtalsupphandlande myndigheter och avropande myndigheter som etablerats i praxis är ändamålsenlig och att ansvarsfrågan därför inte behöver regleras särskilt.

Konsekvenserna av att införa bestämmelser om inköpscentraler i lagstiftningen är därför, enligt Statskontoret, begränsade för beställare och leverantörer med hänsyn till att det är en kodifiering av praxis.

Skälen för förslaget

När det gäller inköpscentraler har framförts farhågor att en omfattande användning av inköpscentraler skulle kunna leda till stora inköpsvolymer, vilket kan gynna de större företagen, men missgynna små och medelstora företag. Som anförts av såväl

Statskontoret som flera remissinstanser görs dock bedömningen att inköpscentraler i den mening som avses i direktiven redan finns i Sverige. Härmed avses den samordnade upphandlingen av ramavtal som utförs av t.ex. VHS. Enligt Statskontorets analys av att införa bestämmelser i enlighet med direktiven skulle konsekvenserna dessutom komma att bli begränsade eftersom förfarandet redan förekommer. Det kan vidare nämnas att i det tidigare nämnda uppdraget till Statskontoret ingår även att kartlägga och beskriva hur andra jämförliga EU-länder och den Europeiska kommissionen arbetar i syfte att öka små och medelstora företags möjligheter att delta i samordnade upphandlingar. Vidare ska Statskontoret lämna förslag på hur den statliga inköpssamordningen, särskilt de ramavtalsupphandlande myndigheterna, bör utveckla sina metoder för att beakta små och medelstora företags medverkande i upphandlingarna. Denna del av uppdraget överlämnades den 12 juni 2009.

Det förhållandet att det redan finns statliga myndigheter som bedriver verksamhet som gör att de kan betraktas som inköpscentraler i direktivets mening talar för att institutet bör författningsregleras. Vidare bör införas bestämmelser om att en inköpscentral i enlighet med direktiven ska kunna medverka vid en upphandling såsom ombud åt upphandlande myndigheter eller enheter. När det däremot gäller möjligheten för en inköpscentral att genom centraliserad upphandling agera som grossist tycks denna funktion inte alls förekomma i Sverige. Det har inte heller framkommit något behov av att införa en sådan möjlighet. Även om det i framtiden skulle framstå som ändamålsenligt med en sådan funktion, talar övervägande skäl mot att för närvarande införa bestämmelser som möjliggör för en inköpscentral att agera grossist.

I enlighet med direktiven (artikel 1.10 i det klassiska direktivet och artikel 1.8 i försörjningsdirektivet) måste en inköpscentral vara en upphandlande myndighet. En upphandlande enhet enligt försörjningsdirektivet eller annat

privaträttsligt subjekt kan därför inte ha funktionen som en inköpscentral.

Den som avser att anlita en inköpscentral, till exempel som ombud, behöver inte upphandla den tjänsten.

En viktig fråga när det gäller bruket av inköpscentraler är vem som är ansvarig för att regelverket följs och som således kan komma att bli motpart i en eventuell process om överprövning eller skadestånd. Upphandlingsutredningen ansåg att det ansvaret skulle läggas på den upphandlande myndighet eller enhet som anlitar en inköpscentral. Statskontoret anser däremot att den ansvarsfördelning mellan ramavtalsupphandlande myndigheter och avropande myndigheter som etablerats i praxis bör gälla, dvs. att den myndighet som tecknar ramavtalet är ansvarig, och att någon särskild reglering av denna fråga inte behövs.

I enlighet med Statskontorets tolkning får direktiven förstås så att den ordning som gäller enligt praxis, dvs. att den myndighet som tecknar ramavtal är ansvarig, är tillåten och kanske även den avsedda ordningen. Mycket talar också för en sådan ordning. Det framstår som den mest naturliga lösningen att den som genomför en upphandling och är insatt i de olika frågorna är den som är ansvarig för att den genomförs i enlighet med upphandlingslagstiftningen. I de rena ombudsfallen är det däremot, i enlighet med allmänna rättsliga principer, den upphandlande myndigheten eller enheten som anlitat en inköpscentral som ombud som är ansvarig.

Med hänsyn till att dessa överväganden helt överensstämmer med nuvarande praxis torde uttryckliga bestämmelser rörande ansvarsfördelningen inte behöva införas.

6.19 Skadestånd

Förslag: Reglerna om skadestånd i LOU kompletteras med en bestämmelse som anger att anbudsgivare och anbudssökande som deltagit i en upphandling är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om den upphandlande myndigheten har åsidosatt bestämmelserna i LOU och detta har menligt påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Skälen för förslaget: Enligt 16 kap. 7 § LUF är anbudsgivare och anbudssökande som deltagit i en upphandling berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om den upphandlande enheten åsidosatt bestämmelserna i LUF och detta menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet. Bestämmelsen ger således rätt till ersättning med det negativa kontraktsintresset. Bestämmelsen införlivar artikel 2 (7) i direktiv 92/13/EEG.

LOU innehåller inte någon motsvarande bestämmelse om ersättning för nedlagda kostnader (det negativa kontraktsintresset) för de leverantörer som inte är berättigade till ersättning med belopp som motsvarar det positiva kontraktsintresset. Inte heller det bakomliggande direktivet (89/665/EEG) innehåller någon sådan bestämmelse.

Båda lagarna innehåller en generell bestämmelse om skadestånd. Enligt 16 kap. 5 § LOU och 16 kap. 6 § LUF ska en upphandlande myndighet respektive en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i respektive lag ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Den generella skadeståndsbestämmelsen i båda lagarna ger rätt till skadestånd avseende hela den lidna skadan (prop. 1992/93:88 sid. 102 f) inklusive det positiva kontraktsintresset.

I samband med införandet av lagen ÄLOU, som föregick nu gällande LOU och LUF och som innehöll samma skadeståndsbestämmelser som nuvarande lagstiftning, ansåg Lagrådet att tillämpningen av bestämmelsen var oklar med hänsyn till dess samband med den generella skadeståndsbestämmelsen (prop. 1992/93:88 s 140 f).

Med hänsyn till att bestämmelsen var hämtad direkt från direktivet ansågs den motiverad och kunde inte klart konstateras vara obehövlig (prop. 1992/93:88 s 103). Den togs därför in i lagen.

HD har i rättsfallet NJA 2000 s 712 behandlat frågan om skadestånd enligt ÄLOU och därvid uttalat beträffande möjligheterna till ersättning för det negativa intresset att, i avsaknad av sakskäl som talar för annat, får samma principer som gäller inom försörjningssektorerna enligt 7 kap 7 § i ÄLOU antas var tillämpliga vid annan upphandling som regleras i lagen.

HD prövade frågan om skadeståndets storlek och beräkning vid upphandling inom den klassiska sektorn där endast den generella skadeståndsbestämmelsen grundar rätt till ersättning. HD konstaterar att bestämmelsen ska tolkas så att den inte är begränsad till vad som motsvarar leverantörens kostnader som han haft för upphandlingen, utan den ger möjlighet att döma ut ersättning med ett belopp upp till vad som motsvarar utebliven vinst. Det får enligt HD anses stå klart att beviskravet för att leverantören förlorat kontraktet till följd av överträdelsen måste vara högre i dessa fall än när ersättningsyrkandet avser kostnader.

HD slog fast att ett krav på att leverantören alltid skall styrka att just han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen skulle medföra att rätten till ersättning i praktiken blev urholkad på ett sätt som i vart fall inte står i god samklang med det preventiva syfte som direktivens bestämmelser om rätt till skadestånd har. Vidare anförde HD följande.

Frågan om beviskravet för rätt till skadestånd kan emellertid inte ses helt oberoende från frågan om beräkningen av skadeståndet. Ett sänkt beviskrav innebär ofrånkomligen att en upphandlande enhet riskerar att få betala ersättning till flera leverantörer trots att endast en av leverantörerna skulle kunna ha fått kontraktet. Om ersättningen under alla förhållanden skulle bestämmas enligt samma principer som tillämpas inom ramen för kontraktsförhållanden skulle detta kunna leda till orimligt betungande ersättningskyldigheter. Skadeståndsskyldigheten enligt LOU har emellertid i väsentliga hänseenden andra ändamål än skadeståndsskyldighet inom kontraktsförhållanden. Man kan inte redan av den omständigheten att 7 kap 6 § lämnar utrymme för full ersättning för utebliven vinst dra den slutsatsen att ersättningen alltid skall bestämmas med stöd av samma principer som tillämpas inom ramen för skadestånd i kontraktsförhållanden. Goda skäl kan anföras för att ersättningen som regel bör utgå med ett med hänsyn till bl a överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp (jfr Hellner, Skadeståndsrätt, 5 uppl, s 468). Att full ersättning för beräknad utebliven vinst dömdes ut under de särskilda förhållanden som var vid handen i NJA 1998 s 873 kan inte anses utgöra hinder för att lägga en sådan allmän princip till grund för beräkningen av skadeståndet. En sådan princip lämnar utrymme för att beakta om också andra leverantörer än den som väckt talan måste bedömas ha haft goda möjligheter att erhålla kontraktet.

Övervägande skäl får därför anses tala för att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han kan ha haft.

I rättsfallet NJA 2007 s. 349 bekräftar HD att den skönsmässiga bedömning av skadeståndets storlek som HD gjorde i rättsfallet ovan inte utesluter att andra leverantörer kan få ersättning för nedlagda kostnader utöver ersättningen för det positiva intresset

som utgått till den leverantör som kan visa att han skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

För upphandlingar som omfattas av LOU finns således, trots frånvaron av en uttrycklig bestämmelse därom, möjligheten att döma ut ersättning för det negativa intresset för leverantör som lidit skada på grund av ett fel i en upphandling.

I samband med de nu gällande LOU och LUF, som innehåller samma skadeståndsbestämmelser som ÄLOU, ansåg Lagrådet (prop. 2006/07:128 del 2 s. 649) att det borde övervägas om bestämmelsen om skadestånd upp till det negativa intresset i LUF behövs med hänsyn till den praxis som utvecklats i anslutning till tillämpningen av den generella skadeståndsbestämmelsen i ÄLOU. Lagrådet hänvisade därvid till det ovan angivna rättsfallet NJA 2000 s 712. Lagrådet ansåg vidare att om bestämmelsen behövs borde det, mot bakgrund av HD:s ställningstagande i nämnda rättsfall, övervägas om det i förtydligande syfte bör föreskrivas motsvarande för den klassiska sektorn.

Som Lagrådet framhållit kan det ifrågasättas om bestämmelsen om ersättning för det negativa intresset i LUF behövs med hänsyn till att HD uttalat att möjligheten finns att döma ut ersättning till det negativa intresset utan hinder av att ersättning utgår med högre belopp till annan leverantör som gjort sannolikt att han förlorat kontraktet.

Bestämmelsen i LUF om ersättning till det negativa intresset följer av rättsmedelsdirektivet och det är därför inte lämpligt att den tas bort. Lagstiftningen om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna tillämpas av ett stort antal myndigheter, kommuner och samhällsägda bolag samt berör ett stort antal företag i egenskap av anbudssökande och anbudsgivare. Det är därför värdefullt att det i lagen uttryckligen klargörs att ersättning för det negativa intresset kan dömas ut till den anbudssökande eller anbudsgivare vars möjligheter att tilldelas kontraktet menligt har påverkats av att bestämmelserna i

lagen även om han inte kan göra sannolikt att han förlorat kontraktet.

Med hänsyn till att det numera är klarlagt av HD att det negativa intresset kan utgå även vid offentlig upphandling inom den klassiska sektorn och behovet av klargörande görs sig gällande i lika hög grad vid upphandlingar inom denna sektor bör en kompletterande regel efter mönster av bestämmelsen om ersättning för det negativa intresset i LUF föras in i LOU.

6.20 Granskning och medling

Förslag: Möjligheten att begära granskning ska utgå ur LUF. Även möjligheten att begära medling ska tas bort.

Skälen för förslaget: Inom försörjningssektorerna finns enligt 16 kap. 11 § LUF en möjlighet för en upphandlande enhet att få sina rutiner granskade av en oberoende granskare i syfte att bedöma om rutinerna stämmer överens med upphandlingsreglerna.

Inom försörjningssektorerna finns också en möjlighet enligt 16 kap. 12–14 §§ LUF att få till stånd ett särskilt medlingsförfarande

Enligt beaktandesatserna 29 och 30 i ändringsdirektivet har dessa båda möjligheter utnyttjats i mycket begränsad omfattning och bestämmelserna om dessa förfaranden har därför upphävts.

Såvitt känt har bestämmelserna om granskning och medling i LUF inte heller använts i någon nämnvärd utsträckning. Bedömningen görs därför att dessa bestämmelser kan tas bort.

6.21 Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Förslag: De föreslagna bestämmelserna ska träda i kraft den 1 juni 2010. Bestämmelserna ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

De nya föreslagna ändringarna ska tillämpas enbart på upphandlingar som påbörjas efter lagens ikraftträdande. Den nya lagen kan således inte tillämpas på åtgärder, exempelvis otillåten direktupphandling, som påbörjats före ikraftträdandet.

En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 del I, s. 447 och 568).

7 Konsekvenser

Bedömning: Förslaget bedöms få effekten att ett ökat antal upphandlingar kommer att konkurransutsättas, vilket i sin tur leder till minskade kostnader för inköp för stat, kommun, landsting och verksamheter inom försörjningssektorerna.

Marknaden bedöms bli mer tillgänglig för företagen, vilket leder till nya affärsmöjligheter samt ökad konkurrens.

Förslaget om att inrätta en nationell databas för förhandsinsyn kommer att medföra kostnader.

Konkurrensverket får nya arbetsuppgifter för vilka anslag redan beviljats.

Måltillströmningen förväntas öka i allmänna förvaltningsdomstolar.

Förslaget om att ändra domstolens slut vid överprövning av beslut om upphandling bedöms öka utrymmet för den kommunala självstyrelsen.

Förslaget bedöms öka företagandet och har därigenom en positiv effekt på sysselsättningen.

Förslaget bedöms inte påverka den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan män och kvinnor samt möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

Förslaget bedöms inte heller medföra några negativa konsekvenser för miljön.

Statsfinansiella konsekvenser

De nya rättsmedel och den föreslagna ändringen av direktupphandlingsgränsen kommer sannolikt att medföra att antalet upphandlingar som konkurrensutsätts ökar.

Genom ökad konkurrensutsättning kommer varor och tjänster att upphandlas till lägre kostnader av staten och statliga bolag. Samhällets inköpskostnader kommer därmed att minska. De administrativa utgifterna för att upphandla bedöms inte vara alltför betungande. Sammantaget leder förslaget därmed till att statens utgifter kommer att minska. Något säkerställt empiriskt underlag för att mäta besparingarna finns dock inte. Det är därför inte möjligt att mer konkret uppskatta hur stor minskning av utgifterna som förslaget kommer att föranleda.

Förslaget om att inrätta en nationell databas för förhandsinsyn kommer att medföra kostnader.

De utökade möjligheterna för leverantörerna att begära överprövning, och Konkurrensverkets nya tillsynsroll, bedöms leda till att antalet rättsprocesser kommer att öka på området. Ett anslag om tio miljoner kronor för denna nya tillsynsverksamhet har redan lämnats till Konkurrensverket i budgetpropositionen för 2009 (prop. 2008/09:1, utgiftsområde 2, avsnitt 4 och 13). Något ytterligare behov av resurser bedöms för närvarande inte föreligga. Ytterligare anslag kan dock komma att fordras för de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Förslagen har i stora delar beretts med en referensgrupp bestående av representanter för bl.a. myndigheter, kommuner och näringsliv. Under denna beredning har framkommit att förslaget medför ökade krav på kompetens för att upphandla samt ett ökat behov av samordning. Detta behov kan till viss del tillgodoses av det upphandlingsstöd som Kammarkollegiet i budgetpropositionen för 2009 (prop. 2008/2009:1) fått i uppdrag att utveckla. Vidare visar Statskontorets rapport En effektivare statlig inköpssamordning – analys och förslag (Dnr Fi2008/4012) att en samordnad upphandling medför betydande besparingar.

En ökad samordning och en ökad grad av centraliserad upphandling kan således leda till vissa besparingar.

Konsekvenser för kommuner och landsting

I likhet med statens utgifter bedöms effekten av en ökad konkurrensutsättning leda till lägre kostnader för kommuner och landsting. Detta uppväger de ökade administrativa kostnaderna för att upphandla. Förslagen om förenklingar för upphandlingar som inte omfattas av det direktivstyrda området kan också förväntas ha en viss positiv effekt.

Även för kommuner och landsting saknas emellertid data för att uppskatta hur stora besparingarna kommer att bli.

Det har, som ovan nämnts, framförts att förslaget leder till ett ökat behov av centralisering av upphandling. Även inom kommuner och landsting för sig sannolikt fördelarna av samordnad upphandling gällande.

Konsekvenser för företagen

Genom den föreslagna ändringen av direktupphandlingsgränsen och de nya rättsmedel som föreslås kommer sannolikt antalet upphandlingar som konkurrensutsätts att öka. Marknaden kommer därmed att bli mer tillgänglig för företagen. Detta ger företagen ökade möjligheter att få avsättning för produkter till stat, kommun, landsting och verksamheter inom försörjningssektorerna. Genom ökad konkurrens på upphandlingsmarknaden ökar också möjligheterna för företag att öka sin produktivitetstillväxt.

Verket för näringslivsutveckling (Nutek) har försökt mäta företagens administrativa kostnader för att delta i offentliga upphandlingar. Nuteks rapport Offentlig upphandling – vad företagen tycker är krångligt? (R 2008:06) bekräftar emellertid att sådana mätningar kan vara svåra att dra några säkra slutsatser

av. En öppnare upphandlingsmarknad leder dock till fler upphandlingar. Det är därför naturligt att dessa nya affärsmöjligheter måste administreras. Företagen får här göra en avvägning mellan möjligheten att vinna en upphandling och de administrativa kostnaderna för att delta i upphandlingen.

Den föreslagna möjligheten för företag att samverka även om upphandlingar som understiger EU:s tröskelvärden kan väntas ha en viss positiv effekt på små och medelstora företags möjligheter att konkurrera om upphandlingsavtal.

En möjlighet till fortbildning kommer också att finnas tillgänglig för små och medelstora företag hos Kammarkollegiet som i budgetpropositionen för 2009 (prop. 2008/09:1) fått i uppdrag att inrätta ett upphandlingsstöd. Även tillsynsmyndigheten, Konkurrensverket, tillhandahåller information på upphandlingsområdet. Vidare kommer den plattform för elektronisk upphandling, som Kammarkollegiet fått i uppdrag att utveckla få stor betydelse för företagen.

Små och medelstora företag bedöms ha stor delaktighet i ramavtal. Vad SKL och Verva har anfört i fråga om behov av mer centraliserad upphandling bedöms således inte få någon negativ effekt för små företag.

Konsekvenser för Konkurrensverket

Konkurrensverket föreslås få en förändrad tillsynsroll som kan förväntas medföra ett behov av ändrade arbetsmetoder. Förändringen medför också en ökad arbetsbelastning.

Konkurrensverket har redan beviljats anslag om tio miljoner kronor för denna nya tillsynsverksamhet (prop. 2008/09:1). Ianspråktagande av resurser för detta arbete ska rymmas inom ramen för detta anslag.

Konsekvenser för domstolsväsendet

Eftersom antalet upphandlingar sannolikt kommer att öka, är det följdriktigt att anta att antalet ansökningar om överprövning kommer att öka i allmän förvaltningsdomstol. Vidare kommer mål om överprövning av avtal att vara en ny företeelse. Konkurrensverkets nya tillsynsroll kommer också medföra nya typer av mål som ska hanteras av allmän förvaltningsdomstol. De föreslagna ändringarna kan förväntas medföra en ökad måltillströmning i allmän förvaltningsdomstol. Det saknas dock beräkningar för hur stort antal nya mål som kommer att genereras. Lagstiftningens ändamål är att långsiktigt kunna öka de upphandlande myndigheternas och enheternas regelefterlevnad, varför det kan antas att lagändringarna inledningsvis kommer att medföra en ökad måltillströmning som med tiden kommer att avta och plana ut.

Ändringarna föreslås träda i kraft den 1 juni 2010. Frågan om finansieringen får behandlas i den lagrådsremiss som följer på denna promemoria.

För de allmänna domstolarna förväntas förslaget inte medföra någon större effekt.

Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

Förslaget om att domstolarna vid överprövning av en upphandling, i stället för att besluta att upphandlingen ska göras om eller inte får avslutas förrän rättelse gjorts, ska kunna upphäva det överprövade beslutet bedöms öka utrymmet för den kommunala självstyrelsen. Förslagen i övrigt bedöms inte ha någon påverkan på den kommunala självstyrelsen.

Konsekvenser för sysselsättningen

En större upphandlingsmarknad kommer att leda till ett ökat intresse för nya företag att etablera sig och konkurrera på denna marknad. Detta bedöms ha en positiv effekt på sysselsättningen.

Övriga konsekvenser

Förslaget bedöms inte ha några konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan män och kvinnor samt möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. Förslaget bedöms inte heller medföra några negativa konsekvenser för miljön.

8 Författningskommentar

8.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

2 kap. 9 a §

Bestämmelsen är ny och genomför, tillsammans med 4 kap. 10 §, artikel 1.10 i det klassiska direktivet.

I enlighet med vad som föreskrivs i direktivet får endast en upphandlande myndighet vara inköpscentral. En upphandlande enhet enligt försörjningsdirektivet eller ett privaträttsligt subjekt får således inte ha funktionen som inköpscentral. I de fall inköpscentralen medverkar som ombud i en upphandling krävs att upphandlingen rör flera myndigheter. Funktionen som ombud ska således vara i förhållande till flera myndigheter vid en och samma upphandling.

2 kap. 16 a §

Bestämmelsen är ny. Ett förtydligande av vad begreppet skriftlig i LOU innefattar införs i lagen. Avsikten är att underlätta användandet av elektroniska kommunikationer vid offentliga upphandlingar och skapa enhetlighet avseende begreppet. Med begreppet skriftlig avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel. Vad som avses med elektroniska medel framgår av 2 kap. 6 §. Artikel 1.12 i det klassiska direktivet innehåller en definition av begreppet skriftlig. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.17.

2 kap. 23 §

Bestämmelsen har ändrats så att det framgår att anbud alltid lämnas vid direktupphandling men att lagen inte kräver att anbudet ska anta en viss form. Anbudet kan således vara muntligt eller skriftligt. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.16.2.

4 kap. 10 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 1.10 i klassiska direktivet.

En upphandlande myndighet eller enhet får förvärva byggentreprenader, varor och tjänster via en inköpscentral. Detta kan ske dels genom att inköpscentralen ingår ramavtal som myndigheten får beställa från, dels genom att inköpscentralen i egenskap av ombud genomför en upphandling åt upphandlande myndigheter. Att anlita en inköpscentral kräver inte en upphandling.

7 kap. 4 §

Bestämmelsen är ny och genomför tillsammans med den föreslagna bestämmelsen i 16 kap. 9 § artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2.

I 4 kap. 5–9 §§ LOU finns bestämmelser som möjliggör förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid upphandlingar inom det direktivstyrda området.

För att den upphandlande myndigheten ska kunna försäkra sig om att ett avtal inte kan komma att ogiltigförklaras, införs ett förfarande där myndigheten kan ge förhandsinsyn i upphandlingen. Förhandsinsynen innebär att myndigheten ska annonsera avsikten att tilldela ett kontrakt efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering och därefter iaktta en avtalsspärr innan avtalet sluts, se 16 kap. 17 § 2. Eftersom förhandsinsyn är en form av annonsering kan inte heller marknadsskadeavgift enligt 17 kap. påföras.

Genom förfarandet med förhandsinsyn ges leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av ett beslut om upphandling innan avtal har slutits. En ansökan om överprövning ska ske inom den tid som gäller för den förhandsinsyn särskilt föreskrivna avtalsspärren, se kommentarerna till 16 kap. 9 och 12 §§.

Vid förhandsinsyn enligt den aktuella bestämmelsen ska annonsering ske i EUT. Blanketter och format för annonsering kommer att regleras i en förordning utfärdad av kommissionen [www.simap.eu.int].

9 kap. 1 §

Paragrafen ändras till följd av förtydligandet i 2 kap. 16 a § att med skriftlig ska avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

En upphandlande myndighet får, enligt gällande rätt, bestämma i vilken form anbudsansökningar och anbud ska lämnas. För att behålla denna bestämmanderätt justeras paragrafens andra stycke så att det föreskrivs att myndigheten får bestämma att anbudsansökningar och anbud ska ges in med ett elektroniskt medel eller på annat sätt. Uttrycket "på annat sätt" avser överbringande i annan skriftlig form än elektronisk, t.ex. postgång, personligt överlämnande eller överlämnande med bud. Vad som avses med elektroniska medel regleras i 2 kap. 6 §. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.17.2.

9 kap. 9 §

Paragrafen motsvarar delvis nu gällande 9 kap. 9 § och reglerar upphandlande myndighets skyldighet att skicka beslut om bl.a. tilldelning av kontrakt till anbudssökande och anbudsgivare samt underrättelsens innehåll. Paragrafen bidrar till genomförandet av artikel 2a.2 i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 6.1.2.

Paragrafens *första stycke* kompletteras med att i tilldelningsbeslutet ska avtalsspärrens längd anges.

Såsom framgår av kommentaren till 16 kap. 6 § utlöser underrättelseskyldigheten avseende tilldelningsbeslut, enligt denna paragraf, avtalsspärren. Om underrättelsen inte uppfyller de krav som anges börjar avtalsspärren inte att löpa.

Paragrafens *andra stycke* om underrättelse vid beslut om att avbryta eller göra om en upphandling hänvisar i nu gällande lydelse till underrättelse enligt första stycket. Bestämmelsen behålls men justeras med anledning av att det inte ska gälla någon avtalsspärr efter en sådan underrättelse. Någon förändring i sak är inte avsedd genom ändringen. I denna promemoria föreslås att den yttersta tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling begränsas till tio eller 15 dagar, beroende på kommunikationssätt, från det att underrättelsen har skickats (se förslaget till 16 kap. 13 §, vilket behandlas närmare i avsnitt 6.7.2). Om underrättelsen inte uppfyller de angivna kraven börjar tidsfristen inte att löpa.

10 kap. 2 §

Bestämmelsen i paragrafens *första stycke* punkt 6 har ändrats så att den står i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.15.4.

Bestämmelsens *sista stycke* har ändrats såtillvida att upphandlande myndigheter inte längre får begära in sådana upplysningar från leverantörerna som de enligt den föreslagna bestämmelsen i 4 § är skyldiga att själva hämta in.

10 kap. 4 §

Bestämmelsen är ny. I 10 kap. 2 § LOU anges att upphandlande myndigheter får utesluta leverantörer från att delta i en upphandling om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

I denna bestämmelse föreslås att den upphandlande myndigheten från behörig myndighet, dvs. Skatteverket, ska

ansvara för att hämta in uppgifter om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige. Skyldigheten infaller när den upphandlande myndigheten har för avsikt att beakta dessa uppgifter i en upphandling.

Enligt bestämmelsen ska uppgifterna vid öppen upphandling hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket. Den upphandlande myndigheten behöver därför endast hämta in dessa uppgifter beträffande den eller de leverantörer som myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Vid selektiv eller förhandlad upphandling ska uppgifterna hämtas in senast innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas. De anbudssökande eller anbudsgivare, som ska erbjudas att lämna anbud eller delta i en förhandling, ska således uppfylla den upphandlande myndighetens krav på skötsamhet beträffande skatter och sociala avgifter.

Inget hindrar dock att den upphandlande myndigheten hämtar in uppgifter om skatter och avgifter i ett tidigare skede. Så kan exempelvis vara fallet om myndigheten i en öppen upphandling fattat misstanke om att den leverantör, som synes ha lämnat ett attraktivt anbud, anställer svart arbetskraft. Om Skatteverkets besked kan bekräfta misstanken kan leverantörens anbud läggas åt sidan redan tidigt under upphandlingsförfarandet.

Förslaget behandlas ytterligare i avsnitt 6.15.3.

11 kap. 17 §

Bestämmelsen är ny. I 10 och 11 kap. finns bestämmelser som reglerar de upphandlande myndigheternas möjligheter att ställa krav på att leverantörerna intygar sin kapacitet, lämplighet och redlighet i samband med en viss upphandling.

Denna bestämmelse möjliggör för de upphandlande myndigheterna och leverantörerna att reducera antalet intyg, certifikat, bevis eller liknande handlingar som måste hanteras vid en upphandling genom att begränsa kontrollen till de

anbudsgivare som är relevanta. Kontrollen görs således i efterhand beträffande de anbudssökande eller anbudsgivare som kan komma ifråga genom att handlingarna ska lämnas in inom en av den upphandlande myndigheten angiven tidsfrist. Tidsfristen ska vara skälig.

Enligt bestämmelsen ska handlingarna vid en öppen upphandling kontrolleras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket. I praktiken innebär det att den upphandlande myndigheten ska kontrollera handlingarna hos den eller de anbudsgivare som myndigheten har för avsikt att tilldela ett kontrakt eller ett ramavtal. Vid selektiv eller förhandlad upphandling ska kontrollen ske innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas. De anbudssökande eller anbudsgivare, som ska erbjudas att lämna anbud eller förhandlas med, ska således uppfylla den upphandlande myndighetens kapacitets-, lämplighets- och redlighetskrav.

Den upphandlande myndigheten ska i annonsformuläret (under rubriken upplysningar/information) ange att handlingarna på begäran ska tillhandahållas den upphandlande myndigheten inom ett visst antal dagar. Tidsfristen ska vara skälig. Vid bedömning av vad som är en skälig tidsfrist kan den upphandlande myndigheten utgå från att de aktuella handlingarna normalt finns i leverantörens ägo redan vid tidpunkten för ansökan eller anbudets inlämnande. Vid bedömningen av vad som är en skälig tidsfrist behöver myndigheten därför endast ta hänsyn till hur lång postgången kan tänkas vara.

Anbudssökande eller anbudsgivare som inte tillhandahåller begärda handlingar på den upphandlande myndighetens begäran och inom den annonserade tidsfristen kan uteslutas från upphandlingen.

Den föreslagna bestämmelsen hindrar inte att den upphandlande myndigheten redan i ett tidigare skede kan begära in bevis etc. om det av någon anledning kan anses lämpligare i den enskilda upphandlingen.

Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 6.15.4.

15 kap. 2 §

Bestämmelsen reglerar vilka bestämmelser som är tillämpliga enligt detta kapitel vid all offentlig upphandling och motsvarar delvis nuvarande 2 § första stycket. Hänvisningarna har i syfte att göra dem mer lättlästa utformats så att det efter lagrummet kort anges vad som regleras i lagrummet avser.

Bestämmelsen kommenteras närmare i avsnitt 6.16. Hänvisningen till bestämmelserna om ramavtal kommenteras i avsnitt 6.16.8. Hänvisningen till bestämmelsen om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i 6 kap. 13 § motsvarar 14 § och innebär ingen förändring i sak jämfört med nuvarande lag.

15 kap. 3 §

Bestämmelsen motsvaras delvis av nuvarande 3 §.

Bestämmelsen i *andra stycket, första meningen* är ny och fastställer den beloppsgräns som gäller för direktupphandling av varor, tjänster och byggentreprenader. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.16.2. I andra meningen anges att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt bestämmelserna i 4 kap. är tillämpligt.

Förslaget, som behandlas i avsnitt 6.16.4, innebär att direktupphandling får användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5, 7–9 §§ är uppfyllda.

En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 5 § använda direktupphandling vid tilldelning av kontrakt om

1. det vid ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande inte lämnats några anbudsansökningar, anbud eller några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller

3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att tillämpa något av de annonserade förfarandena enligt detta kapitel.

En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 7 § använda direktupphandling vid tilldelning av varukontrakt om

1. det gäller varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte,
2. det gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga leverantören om
 - a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och
 - b) 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. de noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
4. det är möjligt att anskaffa dem på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet, trätt i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

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

Vidare får en upphandlande myndighet enligt 4 kap. 8 § använda direktupphandling om

1. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet om

- a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras,
 - b) de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och
 - c) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller
 - d) de kan avskiljas och är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullföljas, eller
2. det gäller en ny byggentreprenad eller tjänst, som är en upprepning av tidigare byggentreprenader eller tjänster, under förutsättning att
- a) de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande,
 - b) arbetena tilldelas samma leverantör,
 - c) det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
 - d) värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet, samt
 - e) det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

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

Det förfarande som avses i *första stycket 2* får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

Vidare får en upphandlande myndighet tillämpa direktupphandling enligt 4 kap. 9 § vid tilldelning av ett tjänstekontrakt som följer på en projektävling som anordnats enligt 23 § under förutsättning att kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Utöver vad som gäller för direktupphandling enligt ovan kan i enlighet med tidigare lagstiftning direktupphandling användas

om det föreligger synnerliga skäl. Uttrycket synnerliga skäl överlappar naturligtvis vad som anges om synnerlig brådska i de ovan relaterade bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I uttrycket synnerliga skäl ligger dock inte enbart synnerlig brådska. Detta klargjordes i samband med att motsvarande bestämmelse i 6 kap. 2 § 2 st ÄLOU ändrades på så sätt att uttrycket ”synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten” ersattes av enbart ”synnerliga skäl”. I propositionen (prop. 2001/02:142 s 99) angavs följande beträffande den ändrade bestämmelsen.

Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t. ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendalternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling grunda rätt till direktupphandling.

15 kap. 3a §

Bestämmelsen är ny. Den motsvaras av bestämmelserna i 3 kap. 3 § första meningen och 3 kap. 5 § rörande beräkning av ett kontrakts värde att jämföras med tillämpligt tröskelvärde.

Värdet ska, enligt den föreslagna bestämmelsen, uppskattas till det totala beloppet som kan komma att betalas enligt avtalet, exempelvis ska options- och förlängningsklausuler betraktas som om de utnyttjas. Det är den upphandlande myndigheten som uppskattar kontraktsvärdet.

Bestämmelsen förbjuder uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga tröskelvärden eller beloppsgränser. Den innebär givetvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten ansvarar för att se till de upphandlingar som görs inom myndigheten inte överskrider det i lagen angivna direktupphandlingsbeloppet eller tröskelvärdena.

Vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena.

15 kap. 4 §

Bestämmelsen sammanför, med oförändrat innehåll, nu gällande 4 § och 6 § första stycket samt tredje stycket. Regleringen av innehåll i en annons i andra stycket har i stället tagits in i 5 §.

15 kap. 5 §

Bestämmelsen är delvis ny och reglerar vad som ska framgå av annonsen eller av förfrågningsunderlaget.

Enligt *första stycket* ska det av annonsen framgå föremålet för upphandlingen, dvs. vilken vara, tjänst eller byggtreprenad som den upphandlande myndigheten har för avsikt att träffa avtal om. Det kan lämpligen ske genom att föremålet för upphandlingen kodas i enlighet med den nomenklatur som gäller vid upphandlingar över tröskelvärdena (CPV-nomenklaturen).

Vidare ska det framgå vem som ansvarar för upphandlingen. Det innebär att det åtminstone ska framgå vilken myndighet som är upphandlande myndighet och kontaktuppgifter i form av e-postadress och telefonnummer till den person som ansvarar för att genomföra upphandlingen.

Bestämmelsens *andra och tredje stycken* sammanför nu gällande 6 § andra stycket och 10 §.

15 kap. 5a §

Bestämmelsen kommenteras närmare i avsnitt 6.2.2.

15 kap. 7 §

Paragrafens *första stycke* är oförändrat. Paragrafens *andra och tredje stycken* har utgått, vilket behandlas i avsnitt 6.16.10. Vidare har rubriken ändrats så att den överensstämmer med motsvarande bestämmelse i 6 kap. som en följd av den föreslagna ändringen.

15 kap. 9 §

Bestämmelsen är oförändrad bortsett från hänvisningen till 4 § andra stycket.

15 kap. 13a §

Bestämmelsen är ny. Av 13 § andra stycket jämfört med 10 kap. 2 § första stycket 5 framgår att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Myndigheten får enligt tredje stycket av sistnämnda föreskrift begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

De föreslagna bestämmelsen ska tolkas på samma sätt som motsvarande bestämmelse över tröskelvärdena. Förslaget behandlas ytterligare i avsnitt 6.16.6.

15 kap. 13b §

Bestämmelsen är ny och möjliggör för de upphandlande myndigheterna och leverantörerna att reducera antalet intyg, certifikat, bevis eller liknande handlingar som måste hanteras vid en upphandling i syfte att visa leverantörens lämplighet att utföra ett visst kontrakt.

Enligt bestämmelsen ska handlingarna vid ett förenklat förfarande utan förhandling kontrolleras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 19 § första stycket. I praktiken innebär det att den upphandlande myndigheten ska kontrollera handlingarna hos den eller de anbudsgivare som myndigheten har för avsikt att tilldela ett kontrakt eller ett ramavtal. Vid förenklat förfarande, där förhandling kan förekomma, eller urvalsförfarande ska kontrollen ske innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas. De anbudssökande eller anbudsgivare, som ska erbjudas att lämna anbud eller förhandlas med, ska således uppfylla den upphandlande myndighetens kapacitets-, lämplighets- och redlighetskrav.

Den upphandlande myndigheten ska ange en tidsfrist inom vilken handlingarna ska ges in till myndigheten. Tidsfristen ska enligt paragrafens *första stycke* vara skälig. Den anbudssökande eller anbudsgivare som inte tillhandahåller begärda handlingar på den upphandlande myndighetens begäran och inom den angivna tidsfristen riskerar enligt 13 § andra stycket jämfört med 10 kap. 2 § första stycket punkt 6 att uteslutas från upphandlingen.

Den föreslagna bestämmelsen hindrar inte att den upphandlande myndigheten redan i ett tidigare skede begär in bevis etc. om det av någon anledning kan anses lämpligare i den enskilda upphandlingen.

De föreslagna bestämmelsen ska tolkas på samma sätt som motsvarande bestämmelse över tröskelvärdena. Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 6.16.7.

15 kap. 15 §

Bestämmelsen *första stycke* är oförändrat. Andra stycket har utgått. Den föreslagna bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.16.10.

15 kap. 15a §

Bestämmelsen är ny men motsvaras delvis av 11 kap. 5 § som gäller vid upphandling över tröskelvärdena. Den föreslagna bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.16.5. Bestämmelsen ska i allt väsentligt tolkas på samma sätt som sin motsvarighet över tröskelvärdena.

15 kap. 18 §

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 § med den skillnaden att bestämmelsen hänvisar till direktupphandling enligt 3 § andra stycket, första meningen. Bestämmelsen innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten ansvarar för att anteckna skälen för beslutet att tillämpa direktupphandling. Det får anses åligga myndigheten att kunna visa, vid exempelvis en eventuell domstolsprocess eller på begäran av tillsynsmyndigheten, att det föreligger godtagbara skäl för att tillämpa direktupphandling.

15 kap. 19 §

Bestämmelsen är oförändrad bortsett från ett par mindre redaktionella ändringar.

15 kap. 21 §

Bestämmelsen är oförändrad bortsett från ett att sista meningen rörande godkännande av publicering har utgått. Bestämmelsen kommenteras i avsnitt 6.16.10.

15 kap. 22 §

Paragrafen reglerar undantag vid försvarsupphandlingar och upphandlingar som gäller rikets säkerhet. I promemorian föreslås att andra stycket upphävs. Vidare ändras begreppet materiel till byggentreprenader och varor för att överensstämja med begreppen i lagen. Slutligen bemyndigas Försvarsmakten att

besluta om sådana undantag som avses i första stycket om upphandlingens värde understiger 5 miljoner kronor. Förslagen behandlas närmare i avsnitt 6.16.9.

16 kap. Överprövning, skadestånd, m.m.

Det nuvarande 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m. i LOU upphävs och ersätts med följande kapitel.

Genom de föreslagna bestämmelserna i detta kapitel genomförs merparten av ändringsdirektivets bestämmelser. Ändringsdirektivet tar sikte på rättsmedel för upphandlingar inom det direktivstyrda området. Förslagen har dock fått en enhetlig utformning och omfattar således även upphandling under EU:s tröskelvärden.

Bestämmelserna om tillsyn är flyttade till det föreslagna 17 kap.

16 kap. 1 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 1 § första stycket och genomför artikel 1.3 i ändringsdirektivet.

I paragrafen regleras en leverantörs talerätt. En leverantör kan ansöka om överprövning av såväl en upphandlande myndighets beslut om upphandling som ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör.

16 kap. 2 §

Bestämmelsen motsvarar nuvarande 16 kap. 3 § LOU.

16 kap. 3 §

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 4 § LOU.

16 kap. 4 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 2 § andra stycket och genomför artikel 2.1a och 2.5 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.3.2.

En motsvarighet till bestämmelsen i *första stycket första punkten* finns i nu gällande 16 kap. 2 § andra stycket första meningen LOU. Bestämmelser om avtalsspärr införs i syfte att möjliggöra överprövning av beslut om upphandling innan avtal om upphandling ingås. Avtalsspärr gäller dock inte för alla upphandlingar och endast i första instans, se 16 kap. 6 och 8–10 §§. Behov av att kunna fatta interimistiska beslut med motsvarande innebörd som en avtalsspärr, dvs. att avtal inte får ingås, kan därför finnas i länsrätt för de upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller och i överinstanserna. Vad gäller förutsättningarna för att interimistiskt besluta att avtal inte ska få ingås torde vägledning kunna hämtas från praxis avseende interimistiska beslut att upphandlingen inte får avslutas.

Första stycket andra punkten innehåller en ny bestämmelse. Vid överprövning av ett avtal kan det finnas anledning för rätten att överväga behovet av ett interimistiskt beslut om att avtalet inte får fullgöras innan något annat har beslutats. Om t.ex. ett avtal är på väg att fullgöras, kan den klagande leverantörens möjligheter att konkurrera om avtalet vid en korrekt utförd upphandling gå förlorad. Vid bedömningen av om det finns behov av ett sådant beslut måste rätten dock även väga in att ett beslut kan medföra betydande praktiska och ekonomiska olägenheter för avtalsparterna.

Ett interimistiskt beslut upphör att gälla när domstolen avgör målet slutligt.

Bestämmelsen i *andra stycket* motsvarar nuvarande 16 kap. 2 § sista meningen. En förändring är att bestämmelsen även är tillämplig vid rättens bedömning av om det finns behov av att förordna att ett avtal inte ska få fullgöras innan något annat har beslutats.

16 kap. 5 §

Paragrafen är ändrad i förhållande till nuvarande 16 kap. 2 § första stycket första meningen. Paragrafen genomför artikel 2.1b i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.1.

Enligt nuvarande bestämmelse i 16 kap. 2 § första stycket första meningen ska rätten, under vissa förutsättningar, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Genom att föreskriva hur den upphandlande myndigheten ska agera går svensk rätt längre än vad gemenskapsrätten kräver. Den föreskriver endast att ett olagligt beslut ska kunna åsidosättas.

Av paragrafen framgår att rätten vid bifall till en leverantörs ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska upphäva ett felaktigt upphandlingsbeslut. Det överlämnas därmed i större utsträckning än enligt gällande rätt till den upphandlande myndigheten att avgöra hur den ska agera till följd av domen. Den upphandlande myndigheten kan, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, besluta om rättelse eller att göra om upphandlingen. Vidare kommer upphävande av upphandlingsbeslut innan avtal har slutits att systematiskt överensstämja med det ingripande som kan ske vid överprövning av ett avtal, nämligen ogiltigförklaring av avtalet.

Förslaget innebär ingen förändring i förhållande till gällande rätt avseende vilka beslut av en upphandlande myndighet som kan bli föremål för överprövning i domstol.

16 kap. 6 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.1.1.

Första och andra stycket genomför artikel 2a.2 första stycket i dess lydelse enligt ändringsdirektivet.

Paragrafen anger vissa tidsfrister när avtalsspärr gäller. När avtalsspärren gäller får avtal inte ingås. Syftet med bestämmelsen är att ge anbudssökande rådrum att överväga behovet av överprövning av upphandlingen. I förening med övriga bestämmelser om avtalsspärr är syftet också att möjliggöra en överprövning innan avtal sluts.

Bestämmelsen om avtalsspärr är tillämplig på såväl upphandlingar inom det direktivstyrda området som upphandlingar som inte omfattas av direktivet.

Avtalsspärren börjar löpa när en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § skickas till anbudssökandena och anbudsgivarna.

I de fall det inte föreligger en skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt någon av de angivna paragraferna gäller inte någon avtalsspärr. Därutöver anges i 16 kap. 7 § vissa situationer då någon avtalsspärr inte behöver iakttas.

Första stycket anger att avtalsspärren gäller i tio dagar från det att underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickats med ett elektroniskt medel, exempelvis med e-post eller telefax (se avsnitt 6.17.2).

Såsom avseende nu gällande tiodagarsfrist är den påföljande dagen den första som ska räknas vid beräkning av avtalsspärrens längd (jfr prop. 2001/02:142 s. 101 och artikel 3.1 i rådets förordning 1182/71/EEG av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder datum och frister³⁸). Avtalsspärrens längd överensstämmer därmed med artikel 2a.2 i ändringsdirektivet, enligt vilken avtal inte får ingås före utgången av minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes.

Av *andra stycket* framgår att avtalsspärren gäller i 15 dagar från det att underrättelsen skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel. Med detta avses skriftligt överbringande i annan form än elektronisk, t.ex. genom postgång, personligt överlämnande eller överlämnande med bud.

För det fall att en kombination av olika kommunikationsmedel används, måste den längre perioden iakttas.

Av 9 kap. 9 § första stycket och, genom en hänvisning, 15 kap. 19 § framgår att avtalsspärrens längd ska anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet.

³⁸ EGT nr L124,08/06/1971 s. 1-2

Av 16 kap. 18 § följer att 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska tillämpas vid beräkningen av avtalsspärrens längd.

Det står en upphandlande myndighet fritt att ange en längre avtalsspärr än de i första eller andra stycket föreskrivna minimifristerna. Av det *tredje stycket* följer att en sådan längre avtalsspärr måste iakttas av den upphandlande myndigheten.

16 kap. 7 §

Bestämmelsen är ny, men motsvarar delvis vad som gäller enligt nuvarande 16 kap. 1 § fjärde stycket 1. Paragrafen genomför artikel 2 b i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.1.3.

Av paragrafen framgår när bestämmelsen om avtalsspärr i 16 kap. 6 § inte är tillämplig.

Första punkten motsvarar i princip nuvarande 16 kap. 1 § fjärde stycket 1. Avtalsspärr gäller inte vid upphandling som rör rikets säkerhet m.m. när undantag beslutats enligt 15 kap. 22 §.

Andra punkten avser ett undantag från avtalsspärr vid upphandling som får ske genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Genom möjligheten till förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § följt av en avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § kan dock en upphandlande myndighet ändå välja frivilligt att iaktta en avtalsspärr för att undgå risken att avtalet om upphandling förklaras ogiltigt, se kommentaren till 16 kap. 16 §.

Tredje punkten avser ett undantag från avtalsspärr vid tilldelning av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap. 7 §.

I *fjärde punkten* görs ett undantag från avtalsspärr vid direktupphandling enligt 15 kap 3 § andra stycket.

16 kap. 8 §

Bestämmelsen är ny och genomför tillsammans med 7 kap. 4 § artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2.

I paragrafen återges tidsfristen för den avtalsspärr som ska iakttas vid förhandsinsyn. Om förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § är korrekt utförd och avtalsspärren enligt denna paragraf är iakttagen, tillämpas inte bestämmelserna om ogiltighet av avtal på upphandlingen, se 16 kap. 16 § 2.

16 kap. 9 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.1.4. Paragrafen genomför artikel 2.3 i ändringsdirektivet.

Utgångspunkten i bestämmelsen är att en förlängd avtalsspärr gäller intill dess länsrätten har avgjort målet. Den förlängda avtalsspärren gäller endast i första instans och för upphandlingar som omfattas av avtalsspärr enligt 6 § eller avtalsspärr vid förhandsinsyn enligt 8 §.

Vid prövning i högre instans och vid upphandlingar som inte omfattas av bestämmelserna om avtalsspärr får rätten, i den mån det är behövligt, med stöd av 16 kap. 4 § förordna interimistiskt att avtal om upphandling inte får ingås.

Syftet med bestämmelsen om förlängd avtalsspärr är att tillförsäkra att domstolen får tid att överpröva upphandlingen innan avtal ingås. För de fall en avtalsspärr ska iakttas följer av 16 kap. 11 § att en ansökan om överprövning ska ha kommit in före utgången av avtalsspärren. Bestämmelsen om förlängd avtalsspärr i denna paragraf är riktad till den upphandlande myndigheten. Omständigheten att en förlängd avtalsspärr börjar löpa innebär således inte att det ges en ytterligare tidsfrist för andra leverantörer att komma in med en ansökan om överprövning. Lagtekniskt framgår detta av 16 kap. 11 § som endast hänvisar till tidsfristerna för avtalsspärr i 16 kap. 6 och 8 §§, se även kommentaren till 16 kap. 11 §.

Enligt bestämmelsen gäller den förlängda avtalsspärren om rätten inte beslutar annat. Genom möjligheten för rätten att interimistiskt besluta annat lämnas ett utrymme för domstolen att i ett enskilt mål avgöra om den förlängda avtalsspärren ska upphävas. Ett beslut om upphävande av en förlängd avtalsspärr innebär att avtal om upphandling omedelbart får ingås.

Upphävande av den förlängda avtalsspärren riskerar alltså att leda till att en ansökan om överprövning av beslut om upphandling inte kommer att tas upp till prövning i sak (jfr 16 kap. 13 §). Denna omständighet bör nogsnamt vägas in vid bedömningen av om ett beslut i fråga om upphävande av en förlängd avtalsspärr ska fattas. Upphävande bör endast komma i fråga i undantagsfall och möjligheten är avsedd att tillämpas när det framstår som orimligt att den upphandlande myndigheten ska vara förhindrad att ingå avtal. Rätten torde vanligtvis besluta om upphävande av den förlängda avtalsspärren på yrkande av part, men torde även kunna fatta ett sådant beslut ex officio.

Det kan finnas flera leverantörer som önskar ansöka om överprövning av en upphandling. En domstol kan inte upphäva en avtalsspärr som gäller efter underrättelse om tilldelningsbeslut eller vid förhandsinsyn (16 kap. 6 respektive 8 §). Om avtalsspärren enligt 16 kap. 6 eller 8 § inte har löpt ut får en upphandlande myndighet därför, även om rätten i ett mål om överprövning upphävt den förlängda avtalsspärren, inte ingå avtal förrän avtalsspärren efter underrättelse om tilldelningsbeslut eller vid förhandsinsyn har löpt ut.

I 16 kap. 10 § regleras att i de fall en förlängd avtalsspärr gäller under handläggningen i länsrätten prövning, får avtal om upphandling inte ingås förrän efter tio dagar från det att länsrätten har avgjort målet.

16 kap. 10 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.1.5.

Bestämmelsen innehåller en tiodagarsfrist under vilken den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal efter det att rätten har avgjort ett mål eller upphävt ett interimistiskt beslut. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att överprövning kan ske. En likartad bestämmelse avseende upphävida interimistiska beslut finns i nuvarande 16 kap. 1 § tredje stycket 2 LOU.

Av *första stycket* följer att om en förlängd avtalsspärr gäller under handläggningen i länsrätten får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätten har avgjort målet. För det

fall länsrätten bifaller en leverantörs ansökan om överprövning ersätts den förlängda avtalsspärren av avgörandet i sak, dvs. upphävande av det överprövade beslutet. Avser överprövningen t.ex. tilldelningsbeslutet får avtal då inte ingås.

Vid avslag på leverantörens ansökan om överprövning får, när en förlängd avtalsspärr gäller, avtal ingås tidigast när tio dagar har gått från det att länsrätten har avgjort målet.

I *andra stycket* föreskrivs att om rätten interimistiskt har förordnat att avtal inte får ingås, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att länsrätt eller kammarrätt har avgjort målet eller har upphävt det interimistiska beslutet. Ett interimistiskt beslut kan upphävas genom ett särskilt beslut och upphör annars att gälla när målet avgörs slutligt (jfr kommentaren till 16 kap. 4 §). Genom avgränsningen till länsrätt eller kammarrätt tydliggörs att något förbud att ingå avtal inte ska gälla i tio dagar efter det att Regeringsrätten har avgjort ett mål eller upphävt ett interimistiskt beslut. Med begreppet "avgjort målet" avses även situationen att en kammarrätt har upphävt den överklagade domen och återförvisat målet till länsrätten.

Av *tredje stycket* framgår att om Regeringsrätten i ett mål om överprövning har fattat ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås och därefter visar målet åter till lägre instans får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att Regeringsrätten fattade beslutet om återförvisning.

Förhållandet att förbudet mot att ingå avtal gäller i tio dagar är betingat av att tidsfristerna ska vara så enhetliga som möjligt. Som jämförelse ska avtalsspärrens längd efter underrättelse om tilldelningsbeslut med ett elektroniskt medel vara tio dagar, se 16 kap. 6 §.

Det ska anmärkas att förbudet mot att ingå avtal enligt denna paragraf är kortare än den tid om tre veckor som gäller för överklagande av en domstols avgörande. Om ett överklagande kommer in efter det att perioden har löpt ut, finns risk för att avtalet slutits och att överklagandet inte tas upp till prövning, se 16 kap. 13 § (jfr Justitieombudsmannens beslut den 13 februari

2009 med dnr 5604-2008 och 523-2009). Upplysning om den period under vilken avtal inte får ingås bedöms dock kunna lämnas i en sedvanlig anvisning om hur man överklagar.

För att undvika orimliga konsekvenser bör rätten kunna förordna att någon tiodagarsfrist inte ska gälla (jfr möjligheten att upphäva en förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 9 § och kommentaren till den bestämmelsen). En sådan möjlighet finns i paragrafens *tredje stycke*. Eftersom ett sådant förordnande kan förta leverantören rätten till överprövning (jfr 16 kap. 13 §) bör möjligheten användas i undantagsfall och med stor försiktighet.

Domstolen kan inte upphäva avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut eller vid förhandsinsyn (16 kap. 6 respektive 8 §). Det kan finnas flera leverantörer som vill ansöka om överprövning av samma upphandling. Om en sådan avtalsspärr löper innebär det ett förbud för den upphandlande myndigheten att ingå avtal oavsett vad rätten förordnat i ett enskilt mål med stöd av denna bestämmelse (jfr också kommentaren till 16 kap. 9 §).

16 kap. 11 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2c i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.7.1.

Paragrafen innehåller tidsfrister för att ansöka om överprövning av beslut om upphandling där en avtalsspärr ska iakttas. Tidsfristerna för att komma in med en sådan ansökan är desamma som för avtalsspärren eller avtalsspärren vid förhandsinsyn, se kommentaren till 16 kap. 6 och 8 §§. Vid en ansökan om överprövning av ett beslut där avtalsspärr gäller enligt 6 § är tidsfristen därmed normalt tio eller 15 dagar beroende på om tilldelningsbeslutet skickas till anbudssökandena och anbudsgivarna med ett elektroniskt medel eller på annat sätt. Tidsfristen kan dock vara längre om detta anges särskilt i tilldelningsbeslutet. En ansökan om överprövning av ett beslut där avtalsspärr vid förhandsinsyn gäller enligt 8 § ska ha kommit in innan tio dagar gått från publiceringen av annonsen i EUT eller i den nationella databasen.

Av 16 kap. 18 § följer också att 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska tillämpas vid beräkningen av avtalsspärren och om en ansökan om överprövning har kommit in i tid. En ansökan som kommit in för sent ska inte tas upp till prövning.

I 16 kap. 13 § finns en handlingsregel för domstolarna med innebörd att en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling inte ska prövas efter den tidpunkt då avtal slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör.

16 kap. 12 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.7.2.

Enligt 9 kap. 9 § andra stycket föreligger en skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att skicka en underrättelse om bl.a. ett beslut om att avbryta en upphandling. Motsvarande skyldighet finns för upphandlingar som inte omfattas av direktivet genom hänvisningen i 15 kap. 19 § till 9 kap. 9 §.

Ett beslut att avbryta en upphandling kan överprövas av allmän förvaltningsdomstol, se RÅ 1995 ref. 62. Enligt nuvarande praxis finns i princip en evig rätt att överklaga beslut att avbryta en upphandling.

I paragrafen fastställs en tidsfrist för att komma in med en ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling om tio eller 15 dagar från det att en underrättelse om beslutet skickats till anbudssökandena och anbudsgivarna. Vilken tidsfrist som gäller är beroende av vilket kommunikationsmedel den upphandlande myndigheten använder för att skicka underrättelsen och den påföljande dagen är den första som ska räknas vid beräkningen av tidsfristens längd, se kommentaren till 16 kap. 6 §.

16 kap. 13 §

Bestämmelsen motsvaras delvis av 16 kap. 1 § andra och tredje stycket och behandlas i avsnitt 6.9.

I paragrafen regleras när en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling inte ska prövas.

Enligt *första stycket* ska en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal har slutits. Målet ska därmed avskrivas. Detta överensstämmer med vad som i dag gäller vid överprövning av direktupphandling.

Andra stycket reglerar domstolens prövning av en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling när ett avtal ingås i strid mot en bestämmelse som innebär ett förbud mot att ingå avtal. Dessa bestämmelser är interimistiskt beslut att avtal inte får ingås enligt 16 kap. 4 § 1, avtalsspärr enligt 16 kap. 6, 8 eller 9 § och förbud mot att ingå avtal efter länsrätts dom eller efter upphävande av ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 10 §. Om avtal sluts i strid med någon av dessa bestämmelser ska rätten i stället, på yrkande av leverantör, överpröva avtalet. När domstolen får kännedom om att ett avtal har slutits ska rätten ge leverantören möjlighet att komma in med ett sådant yrkande. Om leverantören inte önskar att avtalet ska överprövas ska rätten avskriva målet. Detta är en förändring jämfört med vad som i dag gäller. Enligt gällande rätt kan upphandlande myndighet och leverantör vara civilrättsligt bundna av ett avtal som inte utgör ett kontrakt i den mening som avses i LOU. Upphandlingen är därför inte avslutad och kan fortfarande överprövas av domstol.

Genom den förslagna ordningen undviks den situation som i dag kan uppkomma att en upphandlande myndighet är civilrättsligt bunden av ett avtal, samtidigt som rätten beslutat att upphandlingen ska göras om. I promemorian föreslås även att rätten vid överprövning innan avtal slutits, i stället för att förordna att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts, ska upphäva det överprövade beslutet, se 16 kap. 5 §.

Om avtalet har ingåtts efter det att länsrätten avgjort målet måste överinstansen ta ställning till om instansordningsprincipen medger att överprövning av avtalet sker i överrätten eller om målet ska visas åter till underinstansen för prövning.

16 kap. 14 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2d.1 och 2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.1.

Paragrafen innehåller en uttömmande uppräkningslista av de fall av felaktig eller underlåten upphandling som kan föranleda att en domstol förklarar ett ingånget avtal ogiltigt.

Om avtalet förklaras ogiltigt, kan det inte göras gällande enligt sitt innehåll eller med de rättsverkningar som avtalet innefattar. Har inte parterna börjat att utbyta prestationer händer inget. Är förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllda ska prestationerna återgå. Om återgång av prestationer inte är möjligt ska ersättning lämnas i värde.

Av ogiltigförklaring av ett avtal får anses följa att exempelvis ett tilldelningsbeslut inte längre gäller.

Även när det föreligger skäl för att förklara ett avtal ogiltigt enligt någon bestämmelse i denna paragraf, kan domstolen under de förutsättningar som gäller enligt 16 kap. 15 eller 16 § förklara att ett ingånget avtal ska bestå.

Av *första punkten* framgår att ett ingånget avtal ska förklaras ogiltigt om det inte föregåtts av att upphandlingen annonserats i enlighet med vad som föreskrivs i denna lag. Ett avtal som kan förklaras ogiltigt enligt denna punkt har inte varit föremål för något formellt upphandlingsförfarande. Bestämmelsen tar dock endast sikte på kravet på att annonsera en upphandling. Om en upphandlande myndighet annonserat eller gjort motsvarande offentliggörande av upphandlingen, blir det allmänt känt att ett upphandlingsförfarande inletts. Ett felaktigt förfarande kan därefter angripas av leverantör, bl.a. genom att ansöka om överprövning av beslut om upphandlingen enligt 16 kap. 5 §. Fel under upphandlingsförfarandet kan även leda till ogiltighet enligt andra eller tredje punkten i denna paragraf.

Bestämmelsen omfattar alla former av ingångna avtal, t.ex. kontrakt eller ramavtal, som normalt skulle ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande enligt lagen. Avtal som inte omfattas av lagen berörs inte av bestämmelsen. Upphandlingslagstiftningen omfattar onerösa fång, dvs. när en upphandlande myndighet eller

enhet gör en anskaffning av en tillgång mot betalning. Transaktioner av benefik karaktär, t.ex. gåvor, omfattas inte. I de fall gränsdragningsfrågor uppkommer får en helhetsbedömning av samtliga förekommande omständigheter belysa hur avtalets egentliga karaktär ska kategoriseras.

Av *andra punkten* framgår under vilka omständigheter ett ingånget avtal ska förklaras ogiltigt när det förekommit ett upphandlingsförfarande.

Det första villkoret som ska vara uppfyllt för ogiltighet är att avtalets slutits utan att den upphandlande myndigheten eller enheten iakttagit en avtalsspärr som gäller enligt 16 kap. 6 eller 8–10 §§ eller att avtalet slutits i strid med ett interimistiskt beslut enligt 4 §. Det är exempelvis inte tillåtet att sluta avtal direkt efter ett tilldelningsbeslut när en avtalsspärr gäller.

Bestämmelsen får också anses täcka situationen att en avtalsspärr aldrig börjar löpa i den mening som avses i lagen. En sådan situation skulle kunna vara för handen i de allvarliga fall av överträdelser då ett upphandlingsförfarande avslutas innan tilldelningsbeslutet genom att avtal om upphandlingen sluts.

Som ett andra villkor för ogiltighet ankommer det på leverantören att påvisa förekomsten av fel i upphandlingsförfarandet i övrigt genom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen ska ha överträtts. Felet ska vara av sådan art att det har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Tillämpningen av dessa villkor överensstämmer med tillämpningen av nuvarande 16 kap. 2 § första stycket. För det fall felet inte har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada, ska avtalet således inte förklaras ogiltigt. En sådan utgång i ett mål om överprövning, ska leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om att marknadsskadeavgift ska påföras i enlighet med vad som föreskrivs i kap. 17. En ansökan från tillsynsmyndigheten förutsätter emellertid i princip att domstolen i ett mål om överprövning tagit ställning till huruvida ett fel som utgör grund för ogiltighet har skett. Det bör därför påpekas att det är viktigt att domstolen i sitt avgörande först tar

ställning till huruvida det föreligger ett fel som utgör grund för att förklara avtalet ogiltigt och sedan i ett senare led tar ställning till om skaderekvisitet är uppfyllt eller inte.

Tredje punkten gäller endast för upphandling genom förnyad konkurrensutsättning av leverantörerna inom ett ramavtal. Bestämmelsen är föranledd av att det inte finns något krav på att iaktta en avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning, se 16 kap. 7 § 3. Under sådana förhållanden kräver genomförandet av artikel 2d.1c i ändringsdirektivet att ett ingånget avtal ska kunna förklaras ogiltigt. En förnyad konkurrensutsättning ska följa de villkor som är uppställda i 5 kap. 7 § eller i ramavtalet. Om så inte har skett, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska ett ingånget avtal förklaras ogiltigt.

En upphandlande myndighet som så önskar kan tillförsäkra sig om att ett avtal som slutits efter förnyad konkurrensutsättning inte kan förklaras ogiltigt av domstol. Detta sker genom en underrättelse om tilldelningsbeslutet och iakttagande av en avtalsspärr innan avtalet ingås, se 16 kap. 16 § 1.

I 16 kap. 17 § regleras de tidsfrister som gäller för att ansöka om överprövning av ett avtal.

16 kap. 15 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2d.3 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2.

På talan av en leverantör ska rätten besluta om ogiltighet enligt de förutsättningar som anges i 14 §. I denna paragraf föreskrivs emellertid att ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör ska få bestå, trots skäl för ogiltighet, på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom andra områden i EG-rätten. I artikel 30 i EG-fördraget finns t.ex. en uppräkningslista av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten. Hänsyn kan tas exempelvis tas till

allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål.

Undantagen har ofta varit föremål för EG-domstolens prövning. Eftersom hänsyn till allmänintresset utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten, är utgångspunkten att begreppet ska tolkas restriktivt.

Begränsad vikt får läggas till ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska t.ex. inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Med direkt koppling till avtalet avses, enligt direktivets artikel 2d.3, bl.a. kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.

Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock beaktas om ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder. Stor vikt bör här läggas på myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det ankommer här på domstolarna att göra en skäligen avvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas.

För det fall en domstol beslutar att ett avtal ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska tillsynsmyndigheten väcka talan om marknadsskadeavgift, se 17 kap. 1 §. Det är därför viktigt att domstolen, när den anser att ett avtal ska bestå på denna grund, inte gör denna prövning direkt utan först tar ställning till om det finns grund för att förklara avtalet ogiltigt. För det fall domstolen, t.ex. av arbetsekonomiska skäl, inte först tar ställning till frågan om grund för ogiltighet föreligger,

berövas tillsynsmyndigheten i praktiken sin möjlighet att ansöka om att marknadsskadeavgift ska påföras, vilket även har berörts i kommentaren till 14 § andra punkten.

16 kap. 16 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2d.4 och 5 i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2.

Denna paragraf innehåller vissa handlingsregler för upphandlande myndighet som, om de följs, innebär att ett ingånget avtal inte ska förklaras ogiltigt av domstol.

I *första punkten* finns ett förfarande som upphandlande myndighet kan tillgripa vid en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Av 16 kap. 14 § 3 följer att en felaktigt genomförd förnyad konkurrensutsättning kan föranleda att ett ingånget avtal kan förklaras ogiltigt av domstol. För att inte riskera att drabbas av ogiltighet kan den upphandlande myndigheten underrätta berörda leverantörer om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § och iaktta en avtalsspärr innan avtalet ingås. Avtalsspärrens längd är tio eller 15 dagar beroende på om underrättelsen skickats med ett elektroniskt medel eller på annat sätt, se kommentaren till 16 kap. 6 §. Är nämnda krav uppfyllda, ska inte domstolen föreskriva ogiltighet. I detta hänseende saknar det betydelse om förfarandet varit behäftad med något fel.

Under den tid som avtalsspärren gäller har leverantören möjlighet att ansöka om överprövning av beslutet. En sådan prövning sker enligt 16 kap. 5 § och kan föranleda ett upphävande av beslutet.

Av *andra punkten* följer ett ytterligare förfarande som har effekten att domstol inte ska ogiltigförklara ett ingånget avtal om upphandling. Enligt 7 kap. 4 § och 15 kap. 5 a § kan en upphandlande myndighet annonsera sin avsikt att ingå ett avtal. En sådan annonsering, följt av iakttagelse av avtalsspärr om tio dagar enligt 9 § föranleder att avtal som slutits mellan

upphandlande myndighet och leverantör inte kan förklaras ogiltigt, se även kommentaren till 9 §.

Vill en leverantör angripa en upphandling som tillkännages genom förhandsinsyn får detta ske genom en ansökan överprövning av beslut om upphandling. Det ankommer på leverantören att bevaka den förhandsinsyn som annonseras för att kunna tillvarata rätten till överprövning av beslut om upphandling.

16 kap. 17 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2f i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.7.3.

En förändring jämfört med vad som i dag gäller är att giltigheten av ett ingånget avtal kan överprövas. I denna paragraf framgår de särskilda tidsfrister som gäller för en ansökan om överprövning av ett ingånget avtal. För överprövning av beslut om upphandling gäller de tidsfrister som framgår av 11 och 12 §§.

Första punkten anger en kortare tidsfrist om 30 dagar för de fall den upphandlande myndigheten tillkännagivit en tilldelning av ett kontrakt eller ett ramavtal i en efterannons enligt 7 kap 3 § eller 15 kap. 21 §. De krav som uppställs för en efterannons måste vara uppfyllda för att den kortare tidsfristen ska vara tillämplig. I annat fall gäller tidsfristen som framgår av tredje punkten.

I paragrafens *andra punkt* framgår att den kortare tidsfristen om 30 dagar för att ansöka om överprövning av ett ingånget avtals giltighet även gäller när upphandlande myndighet skickat en underrättelse om att avtalet slutits och lämnat vissa upplysningar. Om en berörd anbudssökande och anbudsgivare inte erhållit en underrättelse gäller den längre tidsfristen som framgår av tredje punkten.

Den kortare tidsfrist som framgår av första och andra punkterna är motiverad av en avvägning mellan den upphandlande myndighetens intresse av att kunna avsluta en upphandling och leverantörens intresse av ett korrekt

upphandlingsförfarande. Genom en efterannons eller en underrättelse kan berörda leverantörer, anbudssökande eller potentiella anbudssökande förväntas bli varse om tilldelningen av ett avtal och agera relativt omgående utifrån denna information.

Av *tredje punkten* följer en längre tidsfrist för avtal som slutits utan att detta kommunicerats på något av de sätt som framgår av första eller andra punkten. Tidsfristen för att komma in med en ansökan om överprövning av ett avtal är här sex månader.

För att säkerställa om en ansökan kommit in i rätt tid får domstolen vid behov hämta in information om avtalet från den upphandlande myndigheten.

Vem som är taleberättigad framgår av 16 kap. 1 §. En överprövning av ett avtal ska ske enligt de förutsättningarna som anges i 16 kap. 14–16 §§.

16 kap. 18 §

Bestämmelsen är ny och behandlas närmare i avsnitt 6.8.

Enligt 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid får, om den tid då enligt lag eller särskild författning en åtgärd senast ska vidtas infaller på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, åtgärden vidtas nästa vardag (söndagsregeln).

I paragrafen kopplas beräkningen av avtalsspärrens längd till söndagsregeln. Upphandlande myndigheter måste således beakta att avtalsspärrens längd ska beräknas på så sätt att om sista dag för avtalsspärren infaller på en någon av dagarna som är uppräknade i söndagsregeln, ska sista dag för spärren i stället anses infalla nästa vardag. Detta innebär att avtal får ingås tidigast dagen därefter, oavsett om det är en helgdag eller inte.

Tidsfristerna för att ansöka om överprövning av ett beslut sammanfaller med de tidsfrister under vilka avtalsspärr gäller. På tidsfristerna för att ansöka om överprövning torde dock söndagsregeln vara direkt tillämplig, utan att någon särskild hänvisning behöver göras. För tydlighets skull tas dock en sådan hänvisning in i paragrafen. Således ska tidsfristerna för att ansöka

om överprövning av såväl beslut som avtal beräknas med iakttagande av söndagsregeln.

16 kap. 19 §

Bestämmelsen är motsvarar nuvarande 16 kap. 5 §. Paragrafen genomför artikel 2.1c i ändringsdirektivet.

16 kap. 20 §

Bestämmelsen, som reglerar rätten till skadestånd för det negativa kontraktsintresset, behandlas närmare i avsnitt 6.19.

16 kap. 21 §

Bestämmelsen innehåller ändrade hänvisningar, men motsvarar nuvarande 16 kap. 6 §.

17 kap. Marknadsskadeavgift och tillsyn

Genom kapitlet inrättas ett sanktionssystem, en särskild avgift (marknadsskadeavgift), på upphandlingsområdet.

Vissa bestämmelser om marknadsskadeavgift genomför ändringsdirektivets krav på alternativa sanktioner.

Vidare innehåller kapitlet bestämmelser om tillsyn.

17 kap. 1 §

Paragrafen är ny och dess första stycke bidrar, tillsammans med 17 kap. 2 §, till genomförandet av artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.11.

Bestämmelsen reglerar när tillsynsmyndigheten ska respektive får ingripa genom att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att påföra en upphandlande myndighet en marknadsskadeavgift.

Första stycket avser de situationer när tillsynsmyndigheten har en skyldighet att ansöka om marknadsskadeavgift. Av 17 kap. 2 § framgår att överträdelsen ska vara konstaterad av allmän förvaltningsdomstol vid en överprövning av avtal som gjorts efter en ansökan av en leverantör. De situationer som avses är när en domstol i ett mål om överprövning av avtal funnit att

avtalet ska bestå trots överträdelse av avtalsspärr eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, se kommentaren till 17 kap. 2 § 1 och 2. Ett ingripande från tillsynsmyndigheten får inte ske förrän domstolens avgörande i målet om överprövning av avtalet vunnit laga kraft.

Andra stycket avser de situationer när tillsynsmyndigheten får ansöka om marknadsskadeavgift och omfattar upphandlingar som inte annonserats i enlighet med lagen, se kommentaren till 17 kap. 2 § 3.

17 kap. 2 §

Paragrafen är ny och punkterna 1 och 2 genomför, tillsammans med 17 kap. 1 § första stycket, artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.11.2.

Bestämmelsen reglerar förutsättningarna för allmän förvaltningsdomstol att, efter ansökan av tillsynsmyndigheten enligt 17 kap. 1 §, döma ut marknadsskadeavgift.

Enligt 17 kap. 1 § är tillsynsmyndigheten skyldig att ansöka om att en upphandlande myndighet ska påföras marknadsskadeavgift i de fall som regleras i första och andra punkten i denna paragraf, medan tillsynsmyndigheten får ansöka om åläggande av marknadsskadeavgift i fall som regleras i tredje punkten i paragrafen.

Av den *första punkten* framgår att marknadsskadeavgift ska påföras en upphandlande myndighet när en domstol i ett mål om överprövning av ett avtal förklarat att tvingande hänsyn till ett allmänintresse utgör skäl för att låta avtalet bestå. Punkten innehåller kumulativa rekvisit för att aktualisera en sanktion. Av domstolens dom ska det framgå att det finns skäl för att förklara avtalet ogiltigt. Därefter ska domstolen ha konstaterat att avtalet, trots detta, får bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset. Ingripande får endast ske om det finns ett lagakraftvunnet avgörande från allmän förvaltningsdomstol med denna innebörd.

Den *andra punkten* föreskriver att marknadsskadeavgift ska påföras en upphandlande myndighet om domstol i ett mål om överprövning av avtal konstaterat att ett avtal slutits i strid med

en avtalsspärr, men avtalet inte förklarats ogiltigt. Situationen kan vara att det inte förekommit något annat fel under förfarandet eller att ett fel som förekommit under förfarandet inte medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, se 16 kap. 14 § 2. Ingripande får endast ske om det finns ett lagakraftvunnet avgörande från allmän förvaltningsdomstol med denna innebörd.

Av den *tredje punkten* framgår att marknadsskadeavgift ska dömas ut om en upphandlande myndighet slutit ett avtal utan att annonsera upphandlingen på sätt som krävs enligt lagen.

Till skillnad från punkterna 1 och 2 krävs inte för att påföra marknadsskadeavgift enligt punkten 3 att frågan varit föremål för bedömning av allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning av avtal. Utdömmande enligt punkten 3 kan således ske oberoende av om en sådan talan förts av någon leverantör. Förutsättningarna för att påföra marknadsskadeavgift överensstämmer med förutsättningarna för att i ett mål om överprövning av avtal ogiltigförklara ett avtal med stöd av 16 kap. 14 § 1.

Krav på annonsering finns i 7 kap. 1–4 §§, 13 kap. 2 och 5 §, 14 kap. 5 §, samt 15 kap. 4, 5 a och 6 §§. Denna bestämmelse omfattar inte krav på annonsering om resultatet av en upphandling (efterannonsering).

Bestämmelsen tar sikte på att annonsering inte skett och inte på brister i utformningen av annonseringen. Fel eller brister i annonseringen ska således normalt inte föranleda någon marknadsskadeavgift. Om annonseringen är behäftad med sådana allvarliga fel och brister att den inte kan härleda leverantören till att en upphandling ska ske, torde det dock kunna anses att någon annonsering inte har skett.

För bestämmelsens tillämpning fordras också att den upphandlande myndigheten har slutit avtal med en leverantör. Med detta menas ett civilrättsligt bindande avtal.

Bestämmelsen är utformad med strikt ansvar. Bristande kännedom om gällande rätt eller misstag om lagstiftningens innehåll utgör inte någon ursäkt för en överträdelse.

Den upphandlande myndighet som ombesörjer upphandlingen bär risken att drabbas av en sanktion. Om en upphandlande myndighet åtar sig att upphandla för en annan upphandlande myndighets räkning, är det den förstnämnda myndigheten som svarar för upphandlingens riktighet. Om upphandlingen ombesörjs av annan än en upphandlande myndighet är det dock den upphandlande myndighet som beställt upphandlingen som bär risken att drabbas av en sanktion i händelse av bristande regelefterlevnad.

Bevisbördan för att förutsättningarna som anges i bestämmelsen är uppfyllda vilar på tillsynsmyndigheten.

17 kap. 3 §

Bestämmelsen är ny och genomför delvis artikel 2e.2 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.5.

Paragrafens *första stycke* anger det lägsta och högsta belopp som marknadsskadeavgift kan fastställas till. Det ankommer på tillsynsmyndigheten att yrka ett bestämt belopp och att ange de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet.

I *andra stycket* föreskrivs en begränsning avseende hur högt belopp avgiften får uppgå till beräknat i relation till kontraktsvärdet av den upphandling som bedömts föranleda en särskild avgift. Bestämmelser om beräkning av kontraktsvärdet finns i 3 och 15 kap.

17 kap. 4 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.6.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Exempelvis kan beaktas om den upphandlande myndighetens agerande är att betrakta som särskilt klandervärt. Vikt kan också läggas vid om avtalet i fråga fortfarande är giltigt. Något som regelmässigt bör ses som en förmildrande omständighet är att den upphandlande myndigheten redan drabbats av olägenheter eller negativa

ekonomiska konsekvenser, exempelvis på grund av att avtalet förklarats ogiltigt.

Förmildrande omständigheter kan föranleda att marknadsskadeavgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut.

I paragrafen ges möjlighet att efterge avgiften helt om det finns synnerliga skäl. Som framgår av formuleringen ska denna möjlighet användas restriktivt och främst ses som en ventil.

17 kap. 5 §

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om de tidsfrister som gäller för tillsynsmyndighetens ansökan om att marknadsskadeavgift ska påföras. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.10.

I *första stycket* anges inom vilken tid talan om marknadsskadeavgift ska väckas i anledning av att en domstol beslutat att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 15 § eller att ett avtal får bestå trots att föreskriven avtalsspärr inte har iakttagits. I dessa fall har tillsynsmyndigheten alltid tillgång till en domstols beslut i anledning av att en leverantör har ansökt om överprövning.

Andra stycket reglerar tidsfrister för talan om marknadsskadeavgift vid otillåten direktupphandling. Till skillnad mot vad som är fallet enligt första stycket, är möjligheten att få en talan om marknadsskadeavgift prövad på denna grund inte avhängig av att det finns ett domstolsavgörande rörande överprövning. I en del mål om marknadsskadeavgift enligt 2 § 3 finns det således ett avgörande angående överprövning, medan det i andra mål inte har väckts någon talan av en leverantör. För att undvika parallella processer; dvs. att ett mål om överprövning av avtal och ett mål om att påföra marknadsskadeavgift pågår samtidigt när det gäller samma avtal, ska tillsynsmyndigheten i dessa fall avvakta viss tid med att ge in en ansökan om marknadsskadeavgift.

I *första punkten* behandlas situationen att en eller flera leverantörer ansöker om överprövning av avtal. I 16 kap. 17 §

anges inom vilken tid en leverantör ska ge in en ansökan om överprövning till länsrätten. Tillsynsmyndighetens ansökan får därför ges in först när föreskriven tidsfrist löpt ut och beslut i anledning av denna talan vunnit laga kraft. För det fall flera leverantörer ansökt om överprövning av det aktuella avtalet och dessa mål avgörs genom olika beslut, ska samtliga avgöranden ha vunnit laga kraft innan tillsynsmyndigheten får ge in ansökan. Den bortre gränsen för att ge in ansökan är sex månader från det att beslut i anledning av överprövningen av avtalet i fråga vunnit laga kraft. Härmed avses det senast lagakraftvunna beslutet, om flera mål om överprövning avgjorts.

Andra punkten reglerar situationen att ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtal inom de frister som anges i 16 kap. 17 § föreskrivna fristen. Det ligger i sakens natur, såsom bestämmelserna utformats, att tillsynsmyndigheten alltid måste avvakta att den tidsfristen löpt ut innan ansökan tidigast kan ges in. I dessa fall har tillsynsmyndigheten många gånger svårare såväl att få vetskap om det förvärv som skett, som att utreda de närmare omständigheterna kring avtal etc.. Tillsynsmyndigheten har i dessa fall medgett en bortre gräns på två år från det att avtalet i fråga slöts för att väcka talan.

17 kap. 6 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.7.

17 kap. 7 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i 6.11.12.

I *första stycket* anges den tidsfrist inom vilken marknadsskadeavgift ska betalas.

Av *andra stycket* följer att en lagakraftvunnen dom får verkställas.

17 kap. 8 §

Av den föreslagna bestämmelsen framgår att marknadsskadeavgiften faller bort om inte verkställighet har kunnat ske inom fem år från det att den allmänna

förvaltningsdomstolens dom vann laga kraft. Detta motsvarar vad som gäller enligt 35 § marknadsföringslagen (2008:486) och 3 kap. 23 § konkurrenslagen (2008:579).

17 kap. 9 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 7 § och behandlas i avsnitt 6.12.

För att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva effektiv tillsyn kompletteras bestämmelsen så att myndigheten får rätt att hämta in upplysningar även från den som kan antas vara en upphandlande myndighet. Skyldigheten att tillhandahålla sådana upplysningar regleras i 17 kap. 10 §.

17 kap. 10 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 8 § LOU och behandlas i avsnitt 6.12.

För att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva effektiv tillsyn kompletteras bestämmelsen så att även den som kan antas vara en upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Tillsynsmyndighetens rätt att hämta in upplysningar regleras i 17 kap. 9 §.

17 kap. 11 §

Bestämmelsen är ny och behandlas i avsnitt 6.12. Paragrafen kompletterar tillsynsmyndighetens rätt att hämta in upplysningar och upphandlande myndigheters skyldighet att tillhandahålla sådana upplysningar enligt 17 kap. 9 och 10 §§.

Paragrafens *första stycke* ger tillsynsmyndigheten rätt att förelägga en upphandlande myndighet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen. Bestämmelsen tar inte sikte på andra uppgifter eller handlingar än sådana som tillsynsmyndigheten i dag har rätt att hämta in inom ramen för sin tillsyn. Tillsynsmyndigheten kan dock välja att tillgripa ett föreläggande, exempelvis om myndigheten har anledning att tro att uppgifterna annars inte skulle

tillhandahållas. Möjligheten att utfärda ett föreläggande avgränsas av att uppgiften eller handlingen ska behövas för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn enligt lagen.

Ett föreläggande får enligt paragrafen även riktas mot den som kan antas vara en upphandlande myndighet. Därigenom klargörs att den som av tillsynsmyndigheten bedöms vara en upphandlande myndighet inte kan vägra att lämna uppgifter eller handlingar till tillsynsmyndigheten. Om den som föreläggandet riktar sig till har en avvikande åsikt i frågan om tillsynsmyndigheten har haft fog för föreläggandet får föreläggandet överklagas, vilket framgår av *andra stycket*. En definition av upphandlande myndighet finns i 2 kap. 19 § och offentligt styrda organ definieras i 2 kap. 12 §.

I *tredje stycket* föreskrivs att tillsynsmyndigheten ska vara motpart i domstol när ett föreläggande överklagas.

17 kap. 12 §

Bestämmelsen är ny.

Av *första stycket* framgår vilken länsrätt som ska ta emot och pröva tillsynsmyndighetens ansökan om påförande av marknadsskadeavgift. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.9.

Av *andra stycket* framgår till vilken länsrätt tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 17 kap. 11 § att lämna uppgifter eller handlingar ska överklagas. Förslaget behandlas i avsnitt 6.12.

Av *tredje stycket* framgår att det krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

Övergångsbestämmelser

Av *första punkten* i övergångsbestämmelsen framgår när de föreslagna bestämmelserna ska träda i kraft. Denna punkt genomför artikel 3.1 första stycket i ändringsdirektivet.

Av *andra punkten* framgår avgränsningen mellan tillämpningen av nuvarande och de nya föreslagna bestämmelserna. En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten beslutat om vilket

upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (prop. 2006/07:128 del I, s. 447 och 568). Åtgärder i strid mot de förslagna bestämmelserna som vidtagits innan lagens ikraftträdande eller som vidtagits som ett led i en påbörjad upphandling eller dylikt förfarande som syftar till att ingå avtal med leverantör, ska inte föranleda något ingripande i form av särskild avgift (marknadsskadeavgift).

8.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

2 kap. 9 a §

Bestämmelsen är ny och genomför, tillsammans med 4 kap. 4 §, artikel 1.8 i försörjningsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.18 och motsvarar 2 kap. 9 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

2 kap. 17 a §

Bestämmelsen är ny och innehåller ett förtydligande av att med begreppet skriftlig ska avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.17. Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 16 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Artikel 1.11 i försörjningsdirektivet innehåller en definition av begreppet skriftlig.

2 kap. 26 §

Bestämmelsen har ändrats så att det framgår att anbud alltid lämnas vid direktupphandling men att lagen inte kräver att anbudet ska anta en viss form. Anbudet kan således vara muntligt eller skriftligt. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.16.2.

4 kap. 4 §

Bestämmelsen är ny och genomförs, tillsammans med 2 kap. 9 a §, artikel 1.8 i försörjningsdirektivet. Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 6.18 och motsvarar 4 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

7 kap. 7 §

Bestämmelsen är ny och genomförs tillsammans med 16 kap. 9 § artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2.

För att en upphandlande enhet ska kunna försäkra sig om att ett avtal som slutits efter förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 eller 3 § inte kan komma att ogiltigförklaras kan enheten genomföra en förhandsannonsering med iakttagande av en avtalsspärr. Paragrafen motsvarar 7 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

9 kap. 1 §

Paragrafen ändras med anledning av förtydligandet som införs i 2 kap. 17 a § att med skriftlig även ska avses uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagras med elektroniska medel. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.17.2. Paragrafen motsvarar 9 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

9 kap. 9 §

Paragrafen motsvarar delvis nu gällande 9 kap. 9 § och bidrar till genomförande av artikel 2a.2 i andra rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 6.1.2 och motsvarar 9 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

10 kap. 3 §

Bestämmelsen i paragrafens första stycke punkt 6 har ändrats så att den står i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.15.4.

Bestämmelsens sista stycke har ändrats så tillvida att upphandlande enheter inte längre får begära in sådana upplysningar från leverantörerna som de enligt den föreslagna bestämmelsen i 5 § är skyldiga att själva inhämta.

10 kap. 5 §

Bestämmelsen är ny. I 10 kap. 3 § LOU anges att upphandlande enheter får utesluta leverantörer från att delta i en upphandling eller ett kvalificeringssystem om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Den upphandlande enheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

I denna bestämmelse föreslås att den upphandlande enheten från behörig myndighet, dvs. Skatteverket, ska ansvara för att hämta in uppgifter om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige. Skyldigheten infaller när enheten har för avsikt att beakta dessa uppgifter i en upphandling.

Enligt bestämmelsen ska uppgifterna vid öppen upphandling hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket. Den upphandlande enheten behöver därför endast hämta in dessa uppgifter beträffande den eller de leverantörer som enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Vid selektiv eller förhandlad upphandling ska uppgifterna inhämtas innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas. De anbudssökande eller anbudsgivare, som ska erbjudas att lämna anbud eller förhandlas med, ska således uppfylla den upphandlande enhetens krav på skötsamhet beträffande skatter och sociala avgifter.

Inget hindrar dock att den upphandlande enheten hämtar in uppgifter om skatter och avgifter i ett tidigare skede. Så kan vara fallet om enheten i exempelvis en öppen upphandling fattat misstanke om att den leverantör, som synes lämna ett attraktivt anbud, anställer svart arbetskraft. Om Skatteverkets besked kan

bekräfta misstanken kan leverantörens anbud läggas åt sidan redan tidigt under upphandlingsförfarandet.

Förslaget behandlas ytterligare i avsnitt 6.15.3.

11 kap. 13 §

Bestämmelsen är ny. I 10 och 11 kap. finns bestämmelser som reglerar de upphandlande enheternas möjligheter att ställa krav på att leverantörerna intygar sin kapacitet, lämplighet och redlighet i samband med en viss upphandling eller för att delta i ett kvalificeringssystem.

Denna bestämmelse möjliggör för de upphandlande enheterna och leverantörerna att reducera antalet intyg, certifikat, bevis eller liknande handlingar som måste hanteras vid en enskild upphandling.

Enligt bestämmelsen ska handlingarna vid en öppen upphandling kontrolleras innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket. I praktiken innebär det att den upphandlande enheten ska kontrollera handlingarna hos den eller de anbudsgivare som enheten har för avsikt att tilldela ett kontrakt eller ett ramavtal. Vid selektiv eller förhandlad upphandling ska kontrollen ske innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas. Anbudssökande eller anbudsgivare, som ska erbjudas att lämna anbud eller förhandlas med, ska således uppfylla den upphandlande enhetens kapacitets-, lämplighets- och redlighetskrav.

Den upphandlande enheten ska i annonsformuläret (under rubriken upplysningar/information) ange att handlingarna på begäran ska tillhandahållas den upphandlande enheten inom ett visst antal dagar. Tidsfristen ska vara skälig. Vid bedömning av vad som är en skälig tidsfrist kan den upphandlande enheten utgå från att de aktuella handlingarna normalt finns i leverantörens ägo redan vid tidpunkten för ansökan eller anbudets inlämnande. Vid bedömningen av vad som är en skälig tidsfrist behöver enheten därför endast ta hänsyn till hur lång postgången kan tänkas vara.

Anbudssökande eller anbudsgivare som inte tillhandahåller begärda handlingar på den upphandlande enhetens begäran och inom den annonserade tidsfristen ska ovillkorligen uteslutas från att delta i upphandlingen.

Bestämmelsens räckvidd begränsas av 9 kap. 4 § som avser sådana upphandlingar i vilka anbudssökande och anbudsgivare får lämna anbudsansökningar eller anbud med elektroniska medel. I bestämmelsen anges att intyg etc. enligt 10 och 11 kap., som inte finns tillgängliga i elektronisk form, ska lämnas in före utgången av tidsfristen för att lämna anbudsansökan eller anbud.

Den föreslagna bestämmelsen hindrar inte att den upphandlande enheten redan i ett tidigare skede begär in bevis etc. om det av någon anledning får anses lämpligare i den enskilda upphandlingen.

Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 6.15.4.

15 kap. 2 §

Bestämmelsen reglerar vilka bestämmelser som är tillämpliga vid all upphandling enligt kapitlet och motsvarar delvis nuvarande 2 § första stycket. Hänvisningen till bestämmelsen om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i 6 kap. 14 § motsvarar 14 § och innebär ingen förändring i sak jämfört med nuvarande lag.

Bestämmelsen kommenteras närmare i avsnitt 6.16.

15 kap. 3 §

Bestämmelsen syftar till att ange vilka upphandlingsförfaranden som får tillämpas vid sådan upphandling som omfattas av kapitlet. Bestämmelsen motsvaras delvis av nuvarande 3 § första stycket.

Bestämmelsen i andra stycket, första meningen är ny och fastställer den beloppsgräns som gäller för direktupphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.16.2. I andra meningen anges att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt bestämmelserna i 4 kap. är tillämpligt.

Förslaget, som behandlas i avsnitt 6.16.4, innebär att direktupphandling får användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § är uppfyllda.

En upphandlande enhet får enligt detta lagrum använda direktupphandling vid tilldelning av kontrakt om

1. det vid ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande inte lämnats några anbudsansökningar, anbud eller några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det gäller kontrakt som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har ett sådant syfte,
3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
4. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten gör det omöjligt att tillämpa något av de annonserade förfarandena enligt detta kapitel.

Vidare får en upphandlande enhet använda direktupphandling vid tilldelning av varukontrakt om

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

2. de noteras och omsätts på en råvarumarknad, eller
3. det är möjligt att anskaffa dem på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet, trätt i likvidation, försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

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

Vidare får en upphandlande enhet använda direktupphandling om

1. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet om
 - a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras,
 - b) de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och
 - c) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller
 - d) de kan avskiljas och är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullföljas, eller
2. det gäller en ny byggtreprenad, som är en upprepning av tidigare byggtreprenader, under förutsättning att
 - a) de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande,
 - b) arbetena tilldelas samma leverantör,
 - c) det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
 - d) värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet, samt
 - e) det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

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

Det förfarande som avses i första stycket 2 får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

Vidare får en upphandlande enhet tillämpa direktupphandling enligt 4 kap. 3 § vid tilldelning av ett tjänstekontrakt som följer på en projekttävling som anordnats enligt 23 § under förutsättning att kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Utöver vad som gäller för direktupphandling enligt ovan kan i enlighet med tidigare lagstiftning direktupphandling användas om det föreligger synnerliga skäl. Uttrycket synnerliga skäl överlappar naturligtvis vad som anges om synnerlig brådska i de ovan relaterade bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I uttrycket synnerliga skäl ligger dock inte enbart synnerlig brådska. Detta klargjordes i samband med att motsvarande bestämmelse i 6 kap. 2 § 2 st ÄLOU ändrades på så sätt att uttrycket ”synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten” ersattes av enbart ”synnerliga skäl”. I propositionen (prop. 2001/02:142 s 99) angavs följande beträffande den ändrade bestämmelsen.

Vidare har orden "såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten" utgått. Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t. ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare bör vissa hälso- och sjukvårdstjänster samt socialtjänster

kunna direktupphandlas. Det är främst sådana tjänster där relationen mellan vårdgivare och vård- eller omsorgstagare skulle störas och vården eller omsorgen därmed försämrats eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendialternativ på grund av vårdbehov eller anhöriganknytning. Vidare bör sådana fall där patientens fria val av vårdgivare omöjliggör upphandling enligt reglerna för förenklad upphandling eller urvalsupphandling grunda rätt till direktupphandling.

15 kap. 3a §

Bestämmelsen är ny. Den motsvaras av bestämmelserna i 3 kap. 2 § första meningen och 3 kap. 4 § rörande beräkning av ett kontrakts värde för jämförelse av tillämpligt tröskelvärde.

Värdet ska enligt den föreslagna bestämmelsen uppskattas till det totala beloppet som kan komma att betalas enligt avtalet, exempelvis ska options- och förlängningsklausuler betraktas som om de utnyttjas. Det är givetvis den upphandlande enheten som uppskattar kontraktsvärdet.

Bestämmelsen förbjuder uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga tröskelvärden eller beloppsgränser. Den innebär givetvis inget förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande enheten ansvarar för att se till de upphandlingar som görs inom enheten inte överskrider direktupphandlingsbeloppet eller tröskelvärdena i lagen.

Vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena.

15 kap. 4 §

Bestämmelsen sammanför, med oförändrat innehåll, nu gällande 4 § och 6 § första stycket samt tredje stycket. Regleringen av innehåll i en annons i andra stycket har i stället tagits in i 5 §.

I sista stycket klargörs att annonsering inte krävs i de fall ett urval av anbudsgivare gjorts med stöd av ett kvalificeringssystem enligt bestämmelserna i 11 kap. och tilldelning av kontraktet sker från detta urval. Inbjudan ska göras med tillämpning av bestämmelserna för anbudsgivning i övrigt enligt detta kapitel. Bestämmelsen syftar till att i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser för upphandlingar över tröskelvärdena åstadkomma att kvalificeringssystem ska kunna utnyttjas också för enskilda kontrakt som understiger tröskelvärdena.

15 kap. 5 §

Bestämmelsen är delvis ny och samlar i en paragraf vad som ska framgå av annonsen eller av förfrågningsunderlaget.

Enligt första stycket ska det av annonsen framgå föremålet för upphandlingen, dvs. vilken vara, tjänst eller byggentreprenad som den upphandlande enheten har för avsikt att anskaffa. Det kan lämpligen ske genom att föremålet för upphandlingen kodas i enlighet med den nomenklatur som gäller vid upphandlingar över tröskelvärdena. Vidare ska det framgå vem som ansvarar för upphandlingen. Det innebär att det åtminstone ska framgå vem som är upphandlande enhet och kontaktuppgifter i form av e-postadress och telefonnummer till den person som ansvarar för att genomföra upphandlingen.

Bestämmelsens andra och tredje stycken sammanför nu gällande 6 § andra stycket och 10 §.

15 kap. 5a §

Bestämmelsen kommenteras närmare i avsnitt 6.2.2.

15 kap. 7 §

Bestämmelsen motsvaras av nuvarande 7 § första stycket. Paragrafens andra och tredje stycken har utgått, vilket behandlas i avsnitt 6.16.10. Vidare har rubriken ändrats så att den överensstämmer med motsvarande bestämmelse i 6 kap. som en följd av den föreslagna ändringen.

15 kap. 9 §

Bestämmelsen är oförändrad bortsett från hänvisningen till 4 §.

15 kap. 13 a §

Paragrafen överensstämmer med 15 kap. 13 a § klassiska lagen, se kommentaren till den paragrafen.

15 kap. 13 b §

Paragrafen överensstämmer med 15 kap. 13 b § klassiska lagen, se kommentaren till den paragrafen.

15 kap. 15 §

Bestämmelsen första stycke är oförändrat. Andra stycket har utgått. Den föreslagna bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.16.10.

15 kap. 15 a §

Bestämmelsen är ny men motsvaras delvis av 11 kap. 5 § som gäller vid upphandling över tröskelvärdena. Den föreslagna bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.16.5. Bestämmelsen ska i allt väsentligt tolkas på samma sätt som sin motsvarighet över tröskelvärdena.

15 kap. 18 §

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 § med den skillnaden att bestämmelsen hänvisar till direktupphandling enligt 3 § andra stycket, första meningen. Bestämmelsen innebär bl.a. att den upphandlande enheten ansvarar för att anteckna skälen för beslutet att tillämpa direktupphandling. Det får anses åligga enheten att kunna visa, vid exempelvis en eventuell domstolsprocess eller på begäran av tillsynsmyndigheten, att det föreligger godtagbara skäl för att tillämpa direktupphandling.

15 kap. 19 §

Bestämmelsen är oförändrad bortsett från ett par mindre redaktionella ändringar.

15 kap. 21 §

Bestämmelsen är oförändrad bortsett från ett att sista meningen rörande godkännande av publicering har utgått. Bestämmelsen kommenteras i avsnitt 6.16.10.

15 kap. 22 §

Paragrafen reglerar undantag vid upphandlingar som gäller rikets säkerhet. Bestämmelsen återfinns, med undantag för vissa föreslagna ändringar, i nu gällande 22 § första stycket. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.16.9.

16 kap. Överprövning, skadestånd, m.m.

Det nuvarande 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m. i LOU upphävs och ersätts med följande kapitel.

Genom de föreslagna bestämmelserna i detta kapitel genomförs merparten av ändringsdirektivets bestämmelser. Utformningen är i huvudsak föranledd av nämnda genomförande. Ändringsdirektivet tar sikte på rättsmedel för upphandlingar inom det direktivstyrda området. Förslagen har dock fått en enhetlig utformning och omfattar således även upphandling under EU:s tröskelvärden. Den delen av genomförandet får anses vara frivillig.

Bestämmelserna om tillsyn är flyttade till det föreslagna 17 kap.

16 kap. 1 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 1 § första stycket och genomför artikel 1.3 i ändringsdirektivet.

I paragrafen regleras en leverantörs talerätt. En leverantör kan ansöka om överprövning av såväl en upphandlande enhets beslut om upphandling som ett avtal som slutits mellan upphandlande enhet och leverantör.

16 kap. 2 §

Bestämmelsen motsvarar nuvarande 16 kap. 4 § LUF.

16 kap. 3 §

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 5 § LUF.

16 kap. 4 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 2 § andra stycket och genomför artikel 2.1a i första rättsmedelsdirektivet och artikel 2.4 i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.3.2 och motsvarar 16 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 5 §

Paragrafen är ändrad jämfört med nuvarande 16 kap. 2 § första stycket. Paragrafen genomför artikel 2.1b i första rättsmedelsdirektivet.

Rättens möjlighet att vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpna bristerna tas bort. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.3.3.

Förslaget i övrigt behandlas närmare i avsnitt 6.3.1 och motsvarar 16 kap. 5 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 6 §

Bestämmelsen är ny. Paragrafens första och andra stycke genomför artikel 2a.2 första stycket i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.1.1 och motsvarar 16 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 7 §

Bestämmelsen är ny, men motsvarar delvis vad som gäller enligt nuvarande 16 kap. 1 § fjärde stycket 1. Paragrafen genomför artikel 2 b i andra rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.1.3 och

motsvarar 16 kap. 7 § 1, 2, 4 och 5 LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 8 §

Bestämmelsen är ny och genomför, tillsammans med 7 kap. 7 § artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2 och motsvarar 16 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 9 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2.3 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.1.4 och överensstämmer med 16 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 10 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.1.5 och överensstämmer med 16 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 11 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2c i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.7.1 och överensstämmer med 16 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 12 §

Paragrafen är ny. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 6.7.2 och motsvarar 16 kap. 12 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 13 §

Paragrafen motsvaras delvis av 16 kap. 1 § andra och tredje stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 6.9 och motsvarar 16 kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 14 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2d.1 och 2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.1 och motsvarar 16 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 15 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2d.3 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2 och överensstämmer med 16 kap. 15 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 16 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2.d 4 i andra rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.2 och motsvarar 16 kap. 16 § 2 LOU.

16 kap. 17 §

Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2f i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.7.3 och motsvarar 16 kap. 17 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 18 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.8 och motsvarar 16 kap. 18 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap. 19 §

Bestämmelsen motsvarar nuvarande 16 kap. 6 § LUF.

16 kap. 20 §

Bestämmelsen motsvarar nuvarande 16 kap. 7 § LUF.

16 kap. 21 §

Bestämmelsen innehåller ändrade hänvisningar, men motsvarar nuvarande 16 kap. 8 § LUF.

17 kap. Marknadsskadeavgift och tillsyn

Kapitlet är nytt. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11. Genom kapitlet inrättas ett sanktionssystem, en särskild avgift (marknadsskadeavgift) på upphandlingsområdet.

Vissa bestämmelser om marknadsskadeavgift genomför ändringsdirektivets krav på alternativa sanktioner.

Vidare innehåller kapitlet bestämmelser om tillsyn.

17 kap. 1 §

Bestämmelsen är ny. Paragrafens första stycke bidrar, tillsammans med 17 kap. 2 §, till genomförandet av artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11 och motsvarar 17 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 2 §

Paragrafen är ny. Punkterna 1 och 2 genomför, tillsammans med 17 kap. 1 § första stycket, artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.2 och motsvarar 17 kap. 2 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 3 §

Bestämmelsen är ny och genomför delvis artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.5 och överensstämmer med 17 kap. 3 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 4 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.6 och överensstämmer med 17 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 5 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.10 och överensstämmer med 17 kap. 5 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 6 §

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.7 och överensstämmer med 17 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 7 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.12 och överensstämmer med 17 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 8 §

Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 6.11.13 och överensstämmer med 17 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 9 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 9 §. Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 10 §

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 10 §. Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 11 §

Bestämmelsen är ny och motsvarar 17 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

17 kap. 12 §

Bestämmelsen är ny och motsvarar 17 kap. 12 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

Övergångsbestämmelser

Första punkten genomför artikel 3.1 första stycket i ändringsdirektivet.

Övergångsbestämmelserna överensstämmer med de som föreslås avseende LOU, se kommentaren till dessa.

DIREKTIV

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

(Text av betydelse för EES)

EUROPAPARLAMENTET OCH EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR ANTAGIT DETTA DIREKTIV

med beaktande av fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 95,

med beaktande av kommissionens förslag,

med beaktande av Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande (1),

med beaktande av Regionkommitténs yttrande (2),

i enlighet med förfarandet i artikel 251 i fördraget (3), och

av följande skäl:

(1) 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 (4) och 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 (5), gäller prövning av upphandling som utförts av upphandlande myndigheter i enlighet med artikel 1.9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänsterna, varor och tjänster (6) respektive upphandlande enheter i enlighet med artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (7). Syftet med direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG är att säkerställa en effektiv tillämpning av direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG.

(2) Direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG är därför endast tillämpliga på de avtal som omfattas av tillämpningsområdet för direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG enligt Europeiska gemenskapernas domstols tolkning oavsett det anbudsförfarande eller meddelande om konkurrensutsatt upphandling som använts, däribland projekttävling, kvalificeringssystem och dynamiska inköpsystem. Enligt EG-domstolens rättspraxis bör medlemsstaterna se till att det finns möjligheter till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av de upphandlande myndigheternas och de upphandlande enheternas beslut om ett särskilt kontrakt kan hänföras till den personkrets som direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG är tillämpliga på eller till deras materiella tillämpningsområde.

(3) Samråd med de berörda parterna och EG-domstolens rättspraxis har visat på ett antal brister i medlemsstaternas prövningsförfaranden. På grund av dessa brister är det inte alltid möjligt att med tillämpning av de

(1) EUT C 93, 27.4.2007, s. 16.

(2) EUT C 146, 30.6.2007, s. 69.

(3) Europaparlamentets ståndpunkt av den 21 juni 2007 (ännu ej offentliggjord i EUT) och rådets beslut av den 15 november 2007.

(4) EUT L 395, 30.12.1989, s. 33. Direktivet ändrat genom direktiv 92/50/EEG (EGT L 209, 24.7.1992, s. 1).

(5) EGT L 76, 23.3.1992, s. 14. Direktivet senast ändrat genom direktiv 2006/97/EG (EUT L 363, 20.12.2006, s. 107).

(6) EUT L 134, 30.4.2004, s. 114. Direktivet senast ändrat genom direktiv 2006/97/EG.

(7) EUT L 134, 30.4.2004, s. 1. Direktivet senast ändrat genom direktiv 2006/97/EG.

- förfaranden som inrättades genom direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG se till att gemenskapslagstiftningen följs, särskilt inte i ett skede när överträdelser ännu kan rättas till. De garantier för insyn och likabehandling som eftersträvas i dessa direktiv bör därför förstärkas för att säkerställa att gemenskapen som helhet fullt ut drar nytta av de positiva effekterna av den modernisering och förenkling av reglerna för offentlig upphandling som åstadkommit genom direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG. För att det ska bli möjligt att uppnå de resultat som eftersträvas av gemenskapslagstiftaren bör därför direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG ändras genom tillägg av nödvändiga förtydliganden.
- (4) Av de brister som konstaterats kan särskilt framhållas avsaknaden av en tidsfrist som möjliggör en effektiv prövning mellan beslutet att tilldela ett kontrakt och ingåendet av avtalet i fråga. Detta medför ibland att de upphandlande myndigheterna och de upphandlande enheterna skyndar sig att underteckna kontraktet i avsikt att göra det ifrågasatta beslutets verkningar oåterkalleliga. För att åtgärda denna brist, som allvarligt hindrar ett effektivt rättsligt skydd för de berörda anbudsgivarna, dvs. de som ännu inte har utslutits definitivt, är det nödvändigt att införa en minimiperiod, under vilken det aktuella avtalet inte får ingås, oavsett om avtalet ingås i och med att kontraktet undertecknas.
- (5) Vid fastställandet av minimilängden av den period under vilken avtal inte får ingås ska hänsyn tas till olika kommunikationsmedel. Om snabba kommunikationsmedel används kan en kortare period fastställas än om andra kommunikationsmedel används. I detta direktiv fastställs endast minimiperioder under vilka avtal inte får ingås. Medlemsstaterna har rätt att införa eller behålla perioder som är längre än dessa. Medlemsstaterna har också rätt att besluta vilken period som bör gälla om olika kommunikationsmedel används samtidigt.
- (6) Perioden under vilken avtal inte får ingås bör ge de berörda anbudsgivarna tillräckligt lång tid för att granska tilldelningsbeslutet och bedöma om ett prövningsförfarande bör inledas. När de berörda anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet bör de få den relevanta information som är nödvändig för att de ska kunna ansöka om effektiv prövning. Detsamma gäller på motsvarande sätt för anbudssökandena om den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte i rätt tid tillhandahållit information om avslaget på deras ansökan.
- (7) Denna relevanta information omfattar särskilt den kortfattade redogörelsen för skälen till beslutet som föreskrivs i artikel 41 i direktiv 2004/18/EG och artikel 49 i direktiv 2004/17/EG. Eftersom längden på den period under vilken avtal inte får ingås varierar mellan medlemsstaterna, är det också viktigt att berörda anbudsgivare och anbudssökande underrättas om den period de faktiskt har till förfogande för att ansöka om prövning.
- (8) Denna minimiperiod under vilken avtal inte får ingås är inte avsedd att tillämpas om det enligt direktiv 2004/18/EG eller direktiv 2004/17/EG inte krävs att ett föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling har gjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*, särskilt i fall av synnerlig brådska enligt artikel 31.1 c i direktiv 2004/18/EG eller artikel 40.3 d i direktiv 2004/17/EG. I dessa fall är det tillräckligt att föreskriva effektiva prövningsförfaranden efter det att avtalet har ingåtts. En minimiperiod är inte heller nödvändig om den enda berörda anbudsgivaren är den som tilldelats kontraktet och ingen anbudssökande berörs. I detta fall återstår det ingen annan person i anbudsförfarandet som har ett intresse av att erhålla underrättelsen och som kan utnyttja perioden under vilken avtal inte får ingås till att ansöka om effektiv prövning.
- (9) När det gäller kontrakt som grundar sig på ett ramavtal eller ett dynamiskt inköpsystem kan slutligen en obligatorisk period under vilken avtal inte får ingås inverka på de effektivitetsvinster som är syftet med dessa anbudsförfaranden. Istället för att införa en obligatorisk period under vilken avtal inte får ingås kan medlemsstaterna därför föreskriva ogiltighet som effektiv sanktion i enlighet med artikel 2d i direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG vid överträdelser av artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen och av artikel 33.5 och 33.6 i direktiv 2004/18/EG samt artikel 15.5 och 15.6 i direktiv 2004/17/EG.
- (10) I sådana fall som avses i artikel 40.3 i direktiv 2004/17/EG kräver inte kontrakt som grundar sig på ett ramavtal att ett föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling har gjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*. I sådana fall bör den period under vilken avtal inte får ingås inte vara obligatorisk.
- (11) När en medlemsstat kräver att en person som avser att utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten om denna avsikt, är det nödvändigt att klargöra att detta inte bör påverka perioden under vilken avtal inte får ingås eller någon annan tidsfrist som gäller för ansökan om prövning. När en medlemsstat kräver att den berörda personen i första hand ska lämna sin ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten, är det nödvändigt att den personen förfogar över en rimlig minimiperiod för att kunna vända sig till det behöriga prövningsorganet innan avtalet ingås, om den personen skulle vilja invända mot den upphandlande myndighetens eller den upphandlande enhetens svar eller avsaknad av svar.

- (12) Om en ansökan om prövning lämnas in strax innan den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås löper ut, bör detta inte få till följd att det behöriga prövningsorganet berövas den tid som är nödvändig för att agera, särskilt för att förlänga den period under vilken avtal inte får ingås. Därför är det nödvändigt att det fastställs en oberoende minimiperiod som inte bör löpa ut förrän prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen. Detta bör inte hindra prövningsorganet från att göra en förhandsbedömning av om prövningen som sådan kan tas upp. Medlemsstaterna får föreskriva att denna period ska löpa ut antingen när prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen om provisoriska åtgärder, inbegripet ytterligare förlängning av perioden under vilken avtal inte får ingås, eller när prövningsorganet har fattat ett beslut i sak, särskilt avseende en ansökan om åsidosättande av ett olagligt beslut.
- (13) För att bekämpa ootillåten direkttilldelning, som av EG-domstolen har betecknats som den allvarigaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå, bör effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner föreskrivas. Ett avtal som har ingåtts till följd av en ootillåten direkttilldelning bör därför i princip anses vara ogiltigt. Ogiltigheten bör inte vara automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som fattats av ett oberoende prövningsorgan.
- (14) Ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Direkttilldelning i den mening som avses i detta direktiv bör omfatta all upphandling där inget föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling har gjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt direktiv 2004/18/EG. Detta motsvarar ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt direktiv 2004/17/EG.
- (15) Direkttilldelning i den mening som avses i detta direktiv kan vara motiverad när det gäller undantagen i artiklarna 10–18 i direktiv 2004/18/EG, tillämpningen av artikel 31, 61 eller 68 i direktiv 2004/18/EG, tilldelningen av ett tjänstekontrakt i enlighet med artikel 21 i direktiv 2004/18/EG eller ett internt kontrakt som tilldelas på lagligt sätt enligt EG-domstolens tolkning.
- (16) Detsamma gäller för de avtal som uppfyller villkoren för undantag eller särskilda överenskomelser i enlighet med artikel 5.2, artiklarna 18–26, artiklarna 29 och 30 eller artikel 62 i direktiv 2004/17/EG, för de fall där artikel 40.3 i direktiv 2004/17/EG tillämpas eller för tilldelningen av ett tjänstekontrakt i enlighet med artikel 32 i direktiv 2004/17/EG.
- (17) Ett prövningsförfarande bör finnas tillgängligt åtminstone för varje person som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett särskilt kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse.
- (18) I syfte att förebygga allvarliga överträdelser av skyldigheten att beakta den period under vilken avtal inte får ingås och den automatiska förlängningen av den period under vilken avtal inte får ingås, vilka är nödvändiga förutsättningar för effektiva prövningar, bör effektiva sanktioner tillämpas. Därför bör avtal som ingås med åsidosättande av den period under vilken avtal inte får ingås och den automatiska förlängningen av den period under vilken avtal inte får ingås i princip anses vara ogiltiga om de kombineras med överträdelser av direktiv 2004/18/EG eller direktiv 2004/17/EG, om dessa överträdelser har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som söker om prövning att erhålla kontraktet.
- (19) När det gäller andra överträdelser av formella krav kan medlemsstaterna anse att principen om ogiltighet är olämplig. I dessa fall bör medlemsstaterna ha rätt att föreskriva andra alternativa sanktioner. Som alternativa sanktioner bör endast betraktas åläggande av avgifter vilka ska betalas till ett organ som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten, eller förkortning av avtalstidens längd. Det är medlemsstaterna som ska fastställa detaljerna för alternativa sanktioner och reglerna för tillämpningen av dem.
- (20) Detta direktiv bör inte utesluta att strängare sanktioner tillämpas enligt nationell lagstiftning.
- (21) Det mål som måste uppnås när medlemsstaterna fastställer regler som säkerställer att ett avtal ska anses vara ogiltigt är att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter bör upphöra att tillvaratas och fullgöras. Följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt bör fastställas i nationell lagstiftning. Därför kan nationell lagstiftning till exempel föreskriva ett retroaktivt upphörande av alla avtalskyldigheter (*ex tunc*) eller omvänt begränsa upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts (*ex nunc*). Detta bör inte leda till att verkningfulla sanktioner inte tillämpas om avtalskyldigheterna redan har fullgjorts antingen fullt ut eller nästan fullt ut. I sådana fall bör medlemsstaterna även föreskriva alternativa sanktioner, med beaktande av i vilken utsträckning ett avtal fortfarande är giltigt i enlighet med nationell lagstiftning. Likaledes måste följderna av eventuell återbetalning av belopp som kan ha utbetalats liksom andra former av eventuell restitution, inbegripet restitution i värde när restitution i natura inte är möjlig, fastställas i nationell lagstiftning.

- (22) För att säkerställa att de sanktioner som tillämpas är proportionella får dock medlemsstaterna ge det behöriga prövningsorganet möjlighet att inte ifrågasätta avtalet eller att erkänna alla eller vissa tidsmässiga verkningar av det, om exceptionella omständigheter i det aktuella fallet gör det nödvändigt att respektera vissa tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I dessa fall bör alternativa sanktioner tillämpas i stället. Ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten bör undersöka alla relevanta omständigheter för att fastställa om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att verkningarna av avtalet bör upprätthållas.
- (23) I undantagsfall bör användning av det förhandlade fördraget tillåtas omedelbart efter avtalets upphörande utan offentliggörande av meddelandet om upphandling enligt artikel 31 i direktiv 2004/18/EG eller artikel 40.3 i direktiv 2004/17/EG. Om de återstående avtalskyldigheterna av tekniska eller andra tvingande skäl i det skedet endast kan fullgöras av den ekonomiska aktör som har tilldelats kontraktet, kan det vara berättigat att anse att tvingande hänsyn föreligger.
- (24) Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får endast betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga bör emellertid inte utgöra tvingande hänsyn.
- (25) Dessutom kräver rätts säkerheten på längre sikt beträffande de beslut som fattas av de upphandlande myndigheterna och de upphandlande enheterna att det fastställs en rimlig minsta preskriptionstid för prövning av beslutet i syfte att fastställa att avtalet är ogiltigt.
- (26) För att undvika rättsosäkerhet till följd av ogiltighet bör medlemsstaterna föreskriva om ett undantag från beslut om ogiltighet i de fall då den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten anser att direkttilldelning av kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG och den har tillämpat en minimiperiod under vilken avtal inte får ingås för att möjliggöra effektiva rättsmedel. Det frivilliga offentliggörande som medför denna period under vilken avtal inte får ingås innebär ingen utvidgning av skyldigheterna enligt direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG.
- (27) Eftersom detta direktiv förstärker nationella prövningsförfaranden, särskilt i samband med otillåten direkttilldelning, bör de ekonomiska aktörerna uppmuntras att utnyttja dessa nya mekanismer. Med hänsyn till rätts säkerheten begränsas möjligheten att förklara att ett avtal är ogiltigt till en viss period. Dessa gränser verkan bör respekteras.
- (28) Effektiviseringen av de nationella prövningsförfarandena genom detta direktiv bör främja att de berörda personerna i högre grad utnyttjar möjligheterna att ansöka om interimistiskt förfarande innan avtalet ingås. Mot den bakgrunden bör korrigeringsmekanismen fokuseras på allvarliga överträdelser av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.
- (29) Det frivilliga granskningsystem som föreskrivs i direktiv 92/13/EEG, enligt vilket de upphandlande enheterna har möjlighet att genom regelbundna kontroller låta fastställa att deras förfaranden för kontraktstildelning överensstämmer med bestämmelserna, har nästan aldrig använts. Det kan därför inte uppnå sitt mål, nämligen att förhindra ett betydande antal överträdelser av gemenskapslagstiftningen om upphandling. Däremot kan den skyldighet som medlemsstaterna åläggs genom direktiv 92/13/EEG att se till att ackrediterade organ ständigt finns tillgängliga för detta ändamål, utgöra en förvaltningskostnad som inte längre är motiverad i avsaknad av en reell efterfrågan från de upphandlande enheternas sida. Därför bör granskningsystemet avskaffas.
- (30) Det medlingsförfarande som föreskrivs i direktiv 92/13/EEG har inte heller det tilldragit sig något verkligt intresse från de ekonomiska aktörernas sida. Detta beror dels på att det inte är möjligt att enbart genom det utverka tvingande provisoriska åtgärder som i tid kan hindra att ett avtal ingås på olagligt sätt, dels på att det inte lätt kan förenas med iakttagandet av de särskilt korta tidsfrister som gäller för rättsmedel i form av provisoriska åtgärder och åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt. Dessutom har medlingsförfarandets potentiella verkningfullhet ytterligare försvagats genom svårigheterna med att upprätta en fullständig och tillräckligt omfattande förteckning över oberoende medlare i varje medlemsstat, som ständigt är tillgängliga och kan handlägga medlingar med mycket kort varsel. Därför bör medlingsförfarandet avskaffas.
- (31) Kommissionen bör ha rätt att begära att medlemsstaterna förser den med information om nationella prövningsförfaranden, i proportion till syftet, genom medverkan av den rådgivande kommittén för offentlig upphandlingskontrakt vid fastställandet av informationens omfattning och art. Endast om dessa uppgifter tillhandahålls blir det möjligt att korrekt bedöma följderna av de ändringar som införs genom detta direktiv efter en tillräckligt lång tillämpningsperiod.

- (32) Kommissionen bör se över medlemsstaternas framsteg och avlägga rapport till Europaparlamentet och rådet om detta direktivs verkan senast tre år efter utgången av fristen för dess genomförande.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Ändringar av direktiv 89/665/EEG

Direktiv 89/665/EEG ska ändras på följande sätt:

- (33) De åtgärder som är nödvändiga för att genomföra direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG bör antas i enlighet med rådets beslut 1999/468/EG av den 28 juni 1999 om de förfaranden som ska tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter⁽¹⁾.

1. Artiklarna 1 och 2 ska ersättas med följande:

"Artikel 1

**Tillämpningsområde och tillgängliga
prövningsförfaranden**

1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster⁽²⁾, såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 10–18 i det direktivet.

- (34) Eftersom målen för detta direktiv, nämligen effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling som omfattas av direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG, av de skäl som anges ovan, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och de därför bättre kan uppnås på gemenskapsnivå, kan gemenskapen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget. I enlighet med proportionalitetsprincipen i samma artikel går detta direktiv inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål, samtidigt som principen om medlemsstaternas självständighet i processuella frågor följs.

Avtal enligt detta direktiv inbegriper offentliga kontrakt, ramavtal, byggtjänster och dynamiska inköpsystem.

- (35) I enlighet med punkt 34 i det interinstitutionella avtalet om bättre lagstiftning⁽³⁾ bör medlemsstaterna för egen del och i gemenskapens intresse upprätta egna tabeller som visar överensstämmelsen mellan detta direktiv och införlivandeåtgärderna samt offentliggöra dessa tabeller.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

- (36) Detta direktiv respekterar de grundläggande rättigheterna och följer de principer som erkänns särskilt i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Detta direktiv syftar särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.

2. Medlemsstaterna ska se till att det inte sker någon diskriminering mellan företag som åberopar skada i samband med ett tilldelningsförfarande till följd av den skillnad som görs enligt detta direktiv mellan nationella bestämmelser om genomförande av gemenskapslagstiftningen och andra nationella bestämmelser.

- (37) Direktiven 89/665/EEG och 92/13/EEG bör därför ändras i enlighet med detta.

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

⁽¹⁾ EGT L 184, 17.7.1999, s. 23. Beslutet ändrat genom beslut 2006/512/EG (EUT L 200, 22.7.2006, s. 11).

⁽²⁾ EUT C 321, 31.12.2003, s. 1.

4. Medlemsstaterna får föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten om den påstådda överträdelsen och om sin avsikt att ansöka om prövning, under förutsättning att detta inte påverkar den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås i enlighet med artikel 2a.2 eller några andra tidsfrister för ansökan om prövning i enlighet med artikel 2c.

5. Medlemsstaterna får kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten. I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tills vidare inte får ingås.

Medlemsstaterna ska besluta om lämpliga kommunikationsmedel, inbegripet telefax eller elektroniska medel, som ska användas för ansökningar om prövning i enlighet med första stycket.

Den förlängda period under vilken avtal inte får ingås som avses i första stycket ska inte upphöra före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten sände ett svar, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten sände ett svar, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att ett svar erhöles.

Artikel 2

Krav på prövningsförfaranden

1. Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

a) vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt eller av genomförandet av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten,

b) antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfördran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,

c) bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.

2. De befogenheter som avses i punkt 1 och i artiklarna 2d och 2e får tilldelas separata organ som ansvarar för olika aspekter av prövningsförfarandet.

3. När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.

4. Utom i de fall som avses i punkt 3 och i artikel 1.5 ska prövningsförfarandena inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp.

5. Medlemsstaterna får föreskriva att det behöriga prövningsorganet får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset, och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna.

Ett beslut att inte bevilja provisoriska åtgärder ska inte påverka andra yrkanden från den person som begärt åtgärderna.

6. Medlemsstaterna får föreskriva att när någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, ska det ifrågasatta beslutet först åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna.

7. Utom i de fall som avses i artiklarna 2d–2f ska verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i den här artikeln på ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av det regleras i nationell lagstiftning.

Vidare får medlemsstaterna, utom i de fall där ett beslut ska åsidosättas innan skadestånd beviljas, föreskriva att efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 1.5, punkt 3 i den här artikeln eller artiklarna 2a–2f ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen.

8. Medlemsstaterna ska se till att de beslut om fattas av de behöriga prövningsorganen kan verkställas effektivt.

9. Om de behöriga prövningsorganen inte är domstolar, ska de alltid ge skriftliga skäl till sina beslut. Dessutom ska det i ett sådant fall vidtas åtgärder för att garantera förfaranden, med vars hjälp en påstådd olaglig åtgärd av ett prövningsorgan eller en påstådd brist i utövandet av dess befogenheter kan bli föremål för domstolsprövning eller prövning av ett annat organ som är en domstol i enlighet med artikel 234 i fördraget och är oberoende av den upphandlande myndigheten och prövningsorganet.

Medlemmarna av ett sådant oberoende organ ska utnämnas och avgå ur tjänst på samma villkor som domarkårens medlemmar vad avser den myndighet som ansvarar för deras utnämning, deras mandatperiod och deras avgång. Årminstone ordföranden för detta oberoende organ ska ha samma juridiska och yrkesmässiga meriter som domarkårens medlemmar. Det oberoende organet ska fatta sina beslut enligt ett förfarande under vilket båda parter har hörts och dessa beslut ska vara rättsligt bindande genom de medel som varje medlemsstat bestämmer.

(*) EUT L 134, 30.4.2004, s. 114. Direktivet senast ändrat genom rådets direktiv 2006/97/EG (EUT L 363, 20.12.2006, s. 107)."

2. Följande artiklar ska införas:

"Artikel 2a

Period under vilken avtal inte får ingås

1. Medlemsstaterna ska se till att de personer som avses i artikel 1.3 får de tidsfrister som krävs för att effektivt kunna pröva de upphandlande myndigheternas beslut om tilldelning av kontrakt, genom att införa de bestämmelser som krävs för att uppfylla de minimikrav som anges i punkt 2 i den här artikeln och i artikel 2c.

2. Avtal enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18/EG får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av antingen en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

dena, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte har uteslutits definitivt. Ett uteslutande är definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna, och antingen har ansetts vara lagligt av ett oberoende prövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för ett prövningsförfarande.

Anbudssökande ska anses vara berörda om den upphandlande myndigheten inte har lämnat information om avslaget på deras ansökan innan berörda anbudsgivare meddelats beslutet om tilldelning av kontraktet.

Meddelandet till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om beslutet om tilldelning av kontrakt ska åtföljas av

— den kortfattade redogörelse för skälen till beslutet som föreskrivs i artikel 41.2 i direktiv 2004/18/EG, om inget annat föreskrivs i artikel 41.3 i det direktivet, och

— en exakt angivelse av den period under vilken avtal inte får ingås i enlighet med nationella bestämmelser som införlivar denna punkt.

Artikel 2b

Undantag från perioden under vilken avtal inte får ingås

Medlemsstaterna får föreskriva att de tidsfrister som avses i artikel 2a.2 inte ska tillämpas i följande fall:

a) Om direktiv 2004/18/EG inte kräver att ett föregående meddelande om offentlig upphandling ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*.

b) Om den enda berörda anbudsgivaren enligt artikel 2a.2 är den som tilldelas kontraktet och ingen anbudssökande berörs.

c) När det är fråga om ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal i enlighet med artikel 32 i direktiv 2004/18/EG och när det är fråga om ett särskilt kontrakt som grundar sig på ett dynamiskt inköpsystem i enlighet med artikel 33 i det direktivet.

Om detta undantag åberopas ska medlemsstaterna säkerställa att avtalet är ogiltigt i enlighet med artiklarna 2d och 2f i det här direktivet

- om det föreligger en överträdelse av artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen eller av artikel 33.5 eller 33.6 i direktiv 2004/18/EG, och
- om kontraktsvärdet uppskattas motsvara eller överstiga tröskelvärdena i artikel 7 i direktiv 2004/18/EG.

Artikel 2c

Tidsfrister för ansökan om prövning

När medlemsstaterna föreskriver att en ansökan om prövning av ett beslut av en upphandlande myndighet, som fattats inom eller med anknytning till ett upphandlingsförfarande som omfattas av direktiv 2004/18/EG, ska lämnas in inom en viss tidsfrist, ska denna tidsfrist vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens beslut översändes till anbudsgivaren eller anbudssökanden, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, antingen minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens beslut översändes till anbudsgivaren eller anbudssökanden eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens beslut erhöles. Meddelandet till varje anbudsgivare eller anbudssökande om den upphandlande myndighetens beslut ska åtföljas av en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet. När det gäller en ansökan om prövning av beslut som avses i artikel 2.1 b i det här direktivet, som inte är föremål för ett särskilt meddelande, ska tidsfristen vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med den dag det berörda beslutet offentliggörs.

Artikel 2d

Ogiltighet

1. Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

- a) om den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella*

tidning utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18/EG,

- b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 i detta direktiv, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att räkta anspråk före ingåendet av avtalet, i kombination med en överträdelse av direktiv 2004/18/EG, om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet,
- c) i de fall som avses i artikel 2b c andra stycket, om medlemsstaten har åberopat undantag från den period under vilken avtal inte får ingås om de bygger på ett ramavtal och ett dynamisk inköpsystem.

2. Följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning.

I nationell lagstiftning får det därför föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra sanktioner enligt artikel 2e.2.

3. Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt av de skäl som anges i punkt 1, om prövningsorganet finner, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I detta fall ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2 som ska tillämpas i stället.

Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får endast betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder.

Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska emellertid inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet omfattar bland annat kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.

4. Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 a i den här artikeln inte ska tillämpas om

— den upphandlande myndigheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv 2004/18/EG,

— den upphandlande myndigheten i *Europeiska unionens officiella tidning* har offentliggjort ett meddelande enligt artikel 3a där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet, och

— avtalet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.

5. Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 c i den här artikeln inte ska tillämpas om

— den upphandlande myndigheten anser att tilldelningen av ett kontrakt är förenlig med artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen eller artikel 33.5 och 33.6 i direktiv 2004/18/EG,

— den upphandlande myndigheten till berörda anbudsgivare har överlämnat ett beslut om tilldelning av kontraktet tillsammans med en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet i enlighet med artikel 2a.2, och

— avtalet inte har ingåtts före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av en tidsfrist på antingen minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

Artikel 2c

Överträdelse av detta direktiv och alternativa sanktioner

1. Vid överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 som inte omfattas av artikel 2d.1 b ska medlemsstaterna föreskriva ogiltighet i enlighet med artikel 2d.1–2e.3 eller alternativa sanktioner. Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten ska besluta, efter att ha undersökt alla relevanta

omständigheter, om avtalet bör anses vara ogiltigt eller om alternativa sanktioner bör åläggas.

2. Alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. De alternativa sanktionerna ska utgöras av

— att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter, eller

— att avtalstidens längd förkortas.

Medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bland annat hur allvarlig överträdelsen är, den upphandlande myndighetens agerande och, i de fall som avses i artikel 2d.2, i vilken utsträckning avtalet fortfarande är giltigt.

Beviljande av skadestånd är inte någon lämplig sanktion enligt denna punkt.

Artikel 2f

Tidsfrister

1. Medlemsstaterna får föreskriva att en ansökan om prövning i enlighet med artikel 2d.1 ska göras

a) före utgången av minst 30 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att

— den upphandlande myndigheten har offentliggjort ett meddelande om tilldelning av kontraktet i enlighet med artikel 35.4 samt artiklarna 36 och 37 i direktiv 2004/18/EG, under förutsättning att detta meddelande innehåller en motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*, eller

— den upphandlande myndigheten har underrättat de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om avtalets ingående, under förutsättning att underrättelsen innehåller en sådan kortfattad redogörelse för skälen till beslutet som avses i artikel 41.2 i direktiv 2004/18/EG, om inget annat föreskrivs i artikel 41.3 i det direktivet; detta alternativ gäller även i de fall som avses i artikel 2b c i det här direktivet,

b) under alla omständigheter före utgången av minst 6 månader räknat från och med dagen efter det att avtalet ingicks.

2. I alla övriga fall, inklusive ansökningar om prövning i enlighet med artikel 2e.1, ska tidsfristerna för ansökan om prövning fastställas i nationell lagstiftning, om inte annat föreskrivs i artikel 2c."

3. Artikel 3 ska ersättas med följande:

"Artikel 3

Korrigeringsmekanism

1. Kommissionen får åberopa förfarandet enligt punkterna 2–5, om den innan ett avtal ingås anser att en allvarlig överträdelse av gemenskapsrätten om offentlig upphandling har begåtts i samband med en offentlig upphandling som omfattas av direktiv 2004/18/EG.

2. Kommissionen ska underrätta den berörda medlemsstaten om de skäl som föranlett bedömningen att det föreligger en allvarlig överträdelse, och ska kräva korrigerig på lämpligt sätt.

3. Inom 21 kalenderdagar efter erhållandet av den under rättelse som avses i punkt 2 ska den berörda medlemsstaten till kommissionen lämna

a) en bekräftelse på att överträdelsen har korrigerats,

b) en förklaring till varför ingen korrigerig skett, eller

c) ett meddelande om att upphandlingsförfarandet har skjutits upp antingen av den upphandlande myndigheten på eget initiativ eller på grundval av de befogenheter som anges i artikel 2.1 a.

4. En förklaring som överlämnats enligt punkt 3 b kan bland annat hänvisa till att den påstådda överträdelsen redan är föremål för rättsliga förfaranden eller andra prövningsförfaranden eller en prövning i enlighet med artikel 2.9. I ett sådant fall ska medlemsstaten underrätta kommissionen om resultatet av dessa förfaranden så snart det blir känt.

5. Om det har lämnats ett meddelande om att ett upphandlingsförfarande har skjutits upp i enlighet med punkt 3 c, ska medlemsstaten underrätta kommissionen när uppskovet hävs eller om det har inletts något annat upphandlingsförfarande som helt eller delvis gäller samma sak. Meddelandet ska bekräfta att den påstådda överträdelsen har korrigerats eller innehålla en förklaring till varför ingen korrigerig gjorts."

4. Följande artiklar ska införas:

"Artikel 3a

Innehållet i ett meddelande om frivillig förhandssyn

Det meddelande som avses i artikel 2d.4 andra strecksatsen, vars format ska antas av kommissionen i enlighet med det rådgivande förfarande som avses i artikel 3b.2, ska innehålla följande uppgifter:

a) Den upphandlande myndighetens namn och kontaktuppgifter.

b) En beskrivning av avtalets ändamål.

c) En motivering av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*.

d) Namn och kontaktuppgifter avseende den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet enligt tilldelningsbeslutet.

e) I förekommande fall, andra uppgifter som den upphandlande myndigheten eventuellt anser vara användbara.

Artikel 3b

Kommittéförfarande

1. Kommissionen ska biträdas av den rådgivande kommitté för offentliga bygg- och upphandlingskontrakt som inrättats genom artikel 1 i rådets beslut 71/306/EEG av den 26 juli 1971 (*) (nedan kallad 'kommittén').

2. När det hänvisas till denna punkt ska artiklarna 3 och 7 i rådets beslut av den 28 juni 1999 om de förfaranden som ska tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (**) tillämpas, med beaktande av bestämmelserna i artikel 8 i det beslutet.

(*) EGT L 185, 16.8.1971, s. 15. Beslutet ändrat genom beslut 77/63/EEG (EGT L 13, 15.1.1977, s. 15).

(**) EGT L 184, 17.7.1999, s. 23. Beslutet ändrat genom beslut 2006/512/EG (EUT L 200, 22.7.2006, s. 11)."

5. Artikel 4 ska ersättas med följande:

"Artikel 4

Genomförande

1. Kommissionen får i samråd med kommittén uppmana medlemsstaterna att till kommissionen lämna information om tillämpningen av nationella prövningsförfaranden.

2. Medlemsstaterna ska årligen delge kommissionen samtliga beslut, inklusive motiveringar, som deras prövningsorgan fattat i enlighet med artikel 2d.3."

6. Följande artikel ska införas:

"Artikel 4a

Översyn

Senast den 20 december 2012 ska kommissionen se över genomförandet av detta direktiv och avlägga rapport till Europaparlamentet och rådet om dess verkan, särskilt med avseende på de alternativa sanktionernas och tidsfristernas verkan."

Artikel 2

Ändringar av direktiv 92/13/EEG

Direktiv 92/13/EEG ska ändras på följande sätt:

1. Artikel 1 ska ersättas med följande:

"Artikel 1

Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden

1. Detta direktiv ska tillämpas på avtal som avses i Europaparlamentets 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) (*), såvida inte sådana avtal omfattas av undantag i enlighet med artiklarna 5.2, 18–26, 29 och 30 eller 62 i det direktivet.

Avtal enligt det här direktivet inbegriper varukontrakt, byggtreprenadkontrakt, tjänstekontrakt, ramavtal och dynamiska inköpsystem.

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande enhets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/17/EG kan prövas effektivt, och i

synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att upphandlingsbeslutet har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.

2. Medlemsstaterna ska se till att det inte sker någon diskriminering mellan företag som kan åberopa skada i samband med ett tilldelningsförfarande till följd av den skillnad som görs enligt detta direktiv mellan nationella bestämmelser om genomförande av gemenskapslagstiftningen och andra nationella bestämmelser.

3. Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

4. Medlemsstaterna får föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande enheten om den påstådda överträdelsen och om sin avsikt att ansöka om prövning, under förutsättning att detta inte påverkar den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås i enlighet med artikel 2a.2 eller några andra tidsfrister för ansökan om prövning i enlighet med artikel 2c.

5. Medlemsstaterna får kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande enheten. I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tillsvidare inte får ingås.

Medlemsstaterna ska besluta om lämpliga kommunikationsmedel, inbegripet telefax eller elektroniska medel, som ska användas för ansökningar om prövning i enlighet med första stycket.

Den förlängning av den tid under vilken avtal får ingås som avses i första stycket ska inte upphöra före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande enheten sände ett svar, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande enheten sände ett svar, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att ett svar erhöles.

(*) EUT L 134, 30.4.2004, s. 1. Direktivet senast ändrat genom rådets direktiv 2006/97/EG (EUT L 363, 20.12.2006, s. 107)."

2. Artikel 2 ska ändras på följande sätt:

a) Titeln "Krav på prövningsförfaranden" ska läggas till.

b) Punkterna 2–4 ska ersättas med följande:

"2. De befogenheter som anges i punkt 1 och i artiklarna 2d och 2e får tilldelas separata organ som ansvarar för olika aspekter av prövningsförfarandet.

3. När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande enheten, prövar ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande enheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.

3a. Utom i de fall som avses i punkt 3 och i artikel 1.5 ska prövningsförfarandena inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp.

4. Medlemsstaterna får föreskriva att det behöriga prövningsorganet får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset, och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna.

Ett beslut att inte bevilja provisoriska åtgärder ska inte påverka andra yrkanden från den person som begärt åtgärderna."

c) Punkt 6 ska ersättas med följande:

"6. Utom i de fall som avses i artiklarna 2d–2f ska verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i den här artikeln på ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av det regleras i nationell lagstiftning.

Vidare får medlemsstaterna, utom i de fall där ett beslut ska åsidosättas innan skadestånd beviljas, föreskriva att

efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 1.5, punkt 3 i den här artikeln eller artiklarna 2a–2f ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen."

d) I punkt 9 första stycket ska orden "en rättslig instans eller en domstol som avses i fördragets artikel 177" ersättas med orden "en rättslig instans eller en domstol i den mening som avses i artikel 234 i fördraget".

3. Följande artiklar 2a–2f ska läggas till:

"Artikel 2a

Period under vilken avtal inte får ingås

1. Medlemsstaterna ska se till att de personer som avses i artikel 1.3 får de tidsfrister som krävs för att effektivt kunna pröva de upphandlande enheternas beslut om tilldelning av kontrakt, genom att införa de bestämmelser som krävs för att uppfylla de minimikrav som anges i punkt 2 i denna artikel och i artikel 2c.

2. Avtal enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2004/17/EG får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av antingen en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

Anbudsgivarna ska anses vara berörda om de ännu inte har uteslutits definitivt. Ett uteslutande är definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna, och antingen har ansetts vara lagligt av ett oberoende prövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för ett prövningsförfarande.

Anbudssökandena ska anses vara berörda om den upphandlande enheten inte har lämnat information om avslaget på deras ansökan innan de berörda anbudsgivarna meddelats beslutet om tilldelning av kontraktet.

Meddelandet till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om beslutet om tilldelning av kontrakt ska åtföljas av

- den kortfattade redogörelse för skälen till beslutet som avses i artikel 49.2 i direktiv 2004/17/EG, och
- en exakt angivelse av den period under vilken avtal inte får ingås i enlighet med nationella bestämmelser som införlivar denna punkt.

Artikel 2b

Undantag från perioden under vilken avtal inte får ingås

Medlemsstaterna får föreskriva att de tidsfrister som avses i artikel 2a.2 inte ska tillämpas i följande fall:

- a) Om direktiv 2004/17/EG inte kräver att ett föregående meddelande om upphandling ska offentliggöras i *Europeiska unionens officiella tidning*.
- b) Om den enda berörda anbudsgivaren enligt artikel 2a.2 är den som tilldelas kontraktet och ingen anbudssökande berörs.
- c) När det är fråga om särskilda kontrakt som grundar sig på ett dynamiskt inköpssystem i enlighet med artikel 15 i direktiv 2004/17/EG.

Om detta undantag åberopas ska medlemsstaterna säkerställa att avtalet är ogiltigt i enlighet med artiklarna 2d och 2f om

- det föreligger en överträdelse av artikel 15.5 eller 15.6 i direktiv 2004/17/EG, och
- kontraktsvärdet uppskattas motsvara eller överstiga tröskelvärdena i artikel 16 i direktiv 2004/17/EG.

Artikel 2c

Tidsfrister för ansökan om prövning

När en medlemsstat föreskriver att en ansökan om prövning av ett beslut av en upphandlande enhet, som fattats inom eller med anknytning till ett upphandlingsförfarande som omfattas av direktiv 2004/17/EG, ska lämnas in inom en viss tidsfrist, ska denna tidsfrist vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande enhetens beslut översändes till anbudsgivaren eller kan-

didaten, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, antingen minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande enhetens beslut översändes till anbudsgivaren eller kandidaten eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande enhetens beslut erhöles. Meddelandet till varje anbudsgivare eller kandidat om den upphandlande enhetens beslut ska åtföljas av en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet. När det gäller en ansökan om prövning av beslut som avses i artikel 2.1 b i det här direktivet, som inte är föremål för ett särskilt meddelande, ska tidsfristen vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med den dag det berörda beslutet offentliggörs.

Artikel 2d

Ogiltighet

1. Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande enheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltighet beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

- a) om den upphandlande enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/17/EG,
- b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före avtalets ingående, när en sådan överträdelse föreligger i kombination med en överträdelse av direktiv 2004/17/EG, om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet,
- c) i de fall som avses i artikel 2b c andra stycket, om medlemsstaterna har åberopat undantag från den period under vilken avtal inte får ingås om dessa bygger på ett dynamiskt inköpssystem.

2. Följderna av att ett avtal har ansetts vara ogiltigt ska föreskrivas i nationell rätt.

I nationell rätt får det därför föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra påföljder enligt artikel 2e.2.

3. Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande enheten inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt av de skäl som anges i punkt 1, om prövningsorganet finner, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I detta fall ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2 som ska tillämpas i stället.

Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får endast betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder.

Ekonomiska intressen med direkt koppling till kontraktet i fråga ska emellertid inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet omfattar bland annat kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.

4. Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 a i den här artikeln inte ska tillämpas om

— den upphandlande enheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* är tillåten i enlighet med direktiv 2004/17/EG,

— den upphandlande enheten i *Europeiska unionens officiella tidning* har offentliggjort ett meddelande enligt artikel 3a där den uttrycker sin avsikt att ingå avtalet, och

— avtalet inte har ingåtts före utgången av en minsta tidsfrist på 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då detta meddelande offentliggjordes.

5. Medlemsstaterna ska föreskriva att punkt 1 c i den här artikeln inte ska tillämpas om

— den upphandlande enheten anser att tilldelningen av ett kontrakt är förenlig med artikel 15.5 och 15.6 i direktiv 2004/17/EG,

— den upphandlande enheten till berörda anbudsgivare har överlämnat ett beslut om tilldelning av kontraktet tillsammans med en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet i enlighet med artikel 2a.2, och

— avtalet inte har ingåtts före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av en tidsfrist på antingen minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.

Artikel 2e

Överträdelse av detta direktiv och alternativa sanktioner

1. Vid överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 som inte omfattas av artikel 2d.1 b ska medlemsstaterna föreskriva ogiltighet i enlighet med artikel 2d.1–2d.3 eller alternativa sanktioner. Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande enheten ska besluta, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, om avtalet bör anses vara ogiltigt eller om alternativa sanktioner bör läggas.

2. Alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande. De alternativa sanktionerna ska utgöras av

— att den upphandlande enheten åläggs avgifter, eller

— att avtalstidens längd förkortas.

Medlemsstaterna får ge prövningsorganet stort utrymme för egen bedömning för att ta hänsyn till alla relevanta faktorer, bland annat hur allvarlig överträdelsen är, den upphandlande enhetens agerande och, i de fall som avses i artikel 2d.2, i vilken utsträckning avtalet fortfarande är giltigt.

Beviljande av skadestånd är inte någon lämplig sanktion enligt denna punkt.

Artikel 2f

Tidsfrister

1. Medlemsstaterna får föreskriva att en ansökan om prövning i enlighet med artikel 2d.1 ska göras

a) före utgången av minst 30 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att

— den upphandlande enheten har offentliggjort ett meddelande om tilldelning av kontrakt i enlighet med artiklarna 43 och 44 i direktiv 2004/17/EG, under förutsättning att detta meddelande innehåller en motivering av den upphandlande enhetens beslut att tilldela kontraktet utan att ett föregående meddelande om upphandling offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*, eller

— den upphandlande enheten har underrättat de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena om avtalets ingående, under förutsättning att underrättelsen innehåller en sammanfattning av en sådan kortfattad redogörelse för skälen till beslutet som föreskrivs i artikel 49.2 i direktiv 2004/17/EG. Detta alternativ gäller även i de fall som avses i artikel 2b.c i det här direktivet,

b) under alla omständigheter före utgången av minst 6 månader räknat från och med dagen efter det att avtalet ingicks.

2. I alla övriga fall, inklusive ansökningar om prövning i enlighet med artikel 2e.1, ska tidsfristerna för ansökan om prövning fastställas i nationell lagstiftning, om inte annat föreskrivs i artikel 2c."

4. Artiklarna 3–7 ska ersättas med följande:

"Artikel 3a

Innehållet i ett meddelande om frivillig förhandsinsyn

Det meddelande som avses i artikel 2d.4 andra strecksatsen, vars format ska antas av kommissionen i enlighet med det rådgivande förfarande som avses i artikel 3b.2, ska innehålla följande uppgifter:

a) Den upphandlande enhetens namn och kontaktuppgifter.

b) En beskrivning av avtalets ändamål.

c) En motivering av den upphandlande enhetens beslut att tilldela kontraktet utan föregående offentliggörande av ett

meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*.

d) Namn och kontaktuppgifter avseende den ekonomiska aktör som tilldelats kontraktet enligt tilldelningsbeslutet.

e) I förekommande fall andra uppgifter som den upphandlande enheten eventuellt anser vara användbara.

Artikel 3b

Kommittéförfarande

1. Kommissionen ska biträdas av den rådgivande kommitté för offentliga bygg- och upphandlingskontrakt som inrättats genom artikel 1 i rådets beslut 71/306/EEG av den 26 juli 1971 (*) (nedan kallad 'kommittén').

2. När det hänvisas till denna punkt ska artiklarna 3 och 7 i rådets beslut 1999/468/EG av den 28 juni 1999 om de förfaranden som ska tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (**) tillämpas, med beaktande av bestämmelserna i artikel 8 i det beslutet.

(*) EGT L 185, 16.8.1971, s. 15. Beslutet ändrat genom beslut 77/63/EEG (EGT L 13, 15.1.1977, s. 15).

(**) EGT L 184, 17.7.1999, s. 23. Beslutet ändrat genom beslut 2006/512/EG (EUT L 200, 22.7.2006, s. 11)."

5. Artikel 8 ska ersättas med följande:

"Artikel 8

Korrigeringsmekanism

1. Kommissionen får åberopa förfarandet enligt punkterna 2–5, om den innan ett avtal ingås anser att en allvarlig överträdelse av gemenskapsrätten om upphandling har begåtts i samband med en upphandling som omfattas av direktiv 2004/17/EG eller i förhållande till artikel 27a i det direktivet för de upphandlande enheter som omfattas av den bestämmelsen.

2. Kommissionen ska underrätta den berörda medlemsstaten om de skäl som föranlett bedömningen att det föreligger en allvarlig överträdelse, och ska kräva korrigerig på lämpligt sätt.

3. Inom 21 kalenderdagar efter erhållandet av den underrättelse som avses i punkt 2 ska den berörda medlemsstaten till kommissionen lämna

a) en bekräftelse på att överträdelsen har korrigerats,

- b) en förklaring till varför ingen korrigerig skett, eller
- c) ett meddelande om att upphandlingsförfarandet har skjutits upp antingen av den upphandlande enheten på eget initiativ eller på grundval av de befogenheter som anges i artikel 2.1 a.

4. En förklaring som överlämnats enligt punkt 3b kan bland annat hänvisa till att den påstådda överträdelsen redan är föremål för rättslig prövning eller en prövning i enlighet med artikel 2.9. I ett sådant fall ska medlemsstaten underätta kommissionen om resultatet av dessa förfaranden så snart det blir känt.

5. Om det har lämnats ett meddelande om att ett upphandlingsförfarande har skjutits upp i enlighet med punkt 3c, ska den berörda medlemsstaten underrätta kommissionen när uppskovet hävs eller om det har inletts något annat upphandlingsförfarande som helt eller delvis gäller samma sak. Det nya meddelandet ska bekräfta att den påstådda överträdelsen har korrigerats eller innehålla en förklaring till varför ingen korrigerig gjorts."

6. Artiklarna 9–12 ska ersättas med följande:

"Artikel 12

Genomförande

1. Kommissionen får i samråd med kommittén uppmana medlemsstaterna att till kommissionen lämna information om tillämpningen av de nationella prövningsförfarandena.
2. Medlemsstaterna ska årligen delge kommissionen samtliga beslut, inklusive motiveringar, som deras prövningsorgan fattat i enlighet med artikel 2d.3.

Artikel 12a

Översyn

Senast den 20 december 2012 ska kommissionen se över genomförandet av detta direktiv och avlägga rapport till Europaparlamentet och rådet om dess verkan, särskilt med

avseende på de alternativa sanktionernas och tidsfristernas verkan."

7. Bilagan ska utgå.

Artikel 3

Införlivande

1. Medlemsstaterna ska sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 20 december 2009. De ska genast överlämna texten till dessa bestämmelser till kommissionen.

När en medlemsstat antar dessa bestämmelser ska de innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvisning när de offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen ska göras ska varje medlemsstat själv utfärda.

2. Medlemsstaterna ska till kommissionen överlämna texten till de centrala bestämmelser i nationell lagstiftning som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv.

Artikel 4

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft den tjugonde dagen efter det att det har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.

Artikel 5

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

Utfärdat i Strasbourg den 11 december 2007.

På Europaparlamentets vägnar

H.-G. PÖTTERING

Ordförande

På rådets vägnar

M. LOBO ANTUNES

Ordförande

Departementsserien 2009

Kronologisk förteckning

1. Förstärkt integritetsskydd vid signalspaning. Fö.
2. Skyddade beteckningar på jordbruksprodukter och livsmedel. Jo.
3. Fordonsbesiktning. N.
4. Översyn av vissa mediemyndigheter – en effektivare administration. Ku.
5. Författningsändringar med anledning av VIS-förordningen. Ju.
6. Ekonomiska villkor för ledamöter av Europaparlamentet. Ju.
7. Effektivare regler och bättre beslutsunderlag för arbetsmarknadspolitiken. A.
8. Genomförandet av delar av Prümrådsbeslutet. Ju.
9. Förbättrad utslussning från sluten ungdomsvård och ändrade gallringsregler i belastningsregistret. Ju.
10. Stärkt finanspolitiskt ramverk – översyn av budgetlagens bestämmelser om utgiftstak. Fi.
11. Oberoendet i den kommunala revisionen. Fi.
12. Registrering av personuppgifter vid katastrofer utomlands. Ju.
13. Konsumenttjänster m.m. Ju.
14. Konsumentombudsmannen – en översyn IJ.
15. En enklare ledighetslagstiftning. A.
16. Produktsäkerhet vid offentliga tjänster. IJ.
17. Straffrättsliga åtgärder till förebyggande av terrorism. Ju.
18. Behovsbedömning av annat än ekonomiskt bistånd enligt socialtjänstlagen. S.
19. Insatser för en alkohol- och narkotikafri graviditet. S.
20. Rätt till gymnasial vuxenutbildning och gymnasial särvux. U.
21. Bortom krisen. Om ett framgångsrikt Sverige i den nya globala ekonomin. U.
22. Genomförande av FN:s vapenprotokoll m.m. Ju.
23. Det nya punktskattedirektivet. Fi.
24. Effektivare skatter på klimat- och energiområdet. Fi.
25. Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet. Del 1+2. U.
26. Förbättringar i arbetslöshetsförsäkringen. A.
27. Ny lag om ekologisk produktion. Jo.
28. Ny delgivningslag m.m. Ju.
29. Återbetalningsskyldighet i straffrättsliga förfaranden, m.m. Ju.
30. Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet. Fi.

Departementsserien 2009

Systematisk förteckning

Justitiedepartementet

- Författningsändringar med anledning av VIS-förordningen. [5]
- Ekonomiska villkor för ledamöter av Europaparlamentet. [6]
- Genomförandet av delar av Prövrådsbeslutet. [8]
- Förbättrad utslussning från sluten ungdomsvård och ändrade gallringsregler i belastningsregistret. [9]
- Registrering av personuppgifter vid katastrofer utomlands. [12]
- Konsumenttjänster m.m. [13]
- Straffrättsliga åtgärder till förebyggande av terrorism. [17]
- Genomförande av FN:s vapenprotokoll m.m. [22]
- Ny delgivningslag m.m. [28]
- Återbetalningsskyldighet i straffrättsliga förfaranden, m.m. [29]

Försvarsdepartementet

- Förstärkt integritetsskydd vid signalspaning. [1]

Socialdepartementet

- Behovsbedömning av annat än ekonomiskt bistånd enligt socialtjänstlagen. [18]
- Insatser för en alkohol- och narkotikafri graviditet. [19]

Finansdepartementet

- Stärkt finanspolitiskt ramverk – översyn av budgetlagens bestämmelser om utgiftstak. [10]
- Oberoendet i den kommunala revisionen. [11]
- Det nya punktskattedirektivet. [23]
- Effektivare skatter på klimat- och energiområdet. [24]
- Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet. [30]

Utbildningsdepartementet

- Rätt till gymnasial vuxenutbildning och gymnasial särvox. [20]
- Bortom krisen. Om ett framgångsrikt Sverige i den nya globala ekonomin. [21]
- Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet. Del 1+2. [25]

Jordbruksdepartementet

- Skyddade beteckningar på jordbruksprodukter och livsmedel. [2]
- Ny lag om ekologisk produktion. [27]

Näringsdepartementet

- Fordonsbesiktning. [3]

Integrations- och jämställdhetsdepartementet

- Konsumentombudsmannen – en översyn. [14]
- Produktsäkerhet vid offentliga tjänster. [16]

Kulturdepartementet

- Översyn av vissa mediemyndigheter – en effektivare administration. [4]

Arbetsmarknadsdepartementet

- Effektivare regler och bättre beslutsunderlag för arbetsmarknadspolitiken. [7]
- En enklare ledighetslagstiftning. [15]
- Förbättringar i arbetslöshetsförsäkringen. [26]



Fritzes

ett Wolters Kluwer-företag

106 47 Stockholm Tel 08-598 191 90 Fax 08-598 191 91 order.fritzes@nj.se www.fritzes.se

ISBN 978-91-38-23246-0 ISSN 0284-6012